

Pratique de l'Autorité de la concurrence



Avertissement

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

Le lecteur trouvera en fin d'ouvrage un tableau listant les décisions de 2010 ayant fait l'objet d'un recours, et indiquant le cas échéant, la position adoptée par la cour d'appel de Paris.

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

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

Pratique de l'Autorité de la concurrence

La définition des marchés	143
Le marché pertinent de produit ou de service	144
La substituabilité du point de vue des demandeurs	144
La substituabilité de l'offre	157
Le marché géographique	159
Dimension régionale ou locale	159
Dimension nationale	160
Dimension nationale et locale	162
Dimension supranationale	162
Contrôle des pratiques anticoncurrentielles	163
Applicabilité du droit de la concurrence, prescription et procédure	163
Champ de compétence de l'Autorité de la concurrence	163
Prescription	173
Déroulement de la procédure	174
Ententes illicites	192
Les concours de volontés	192
Les différentes restrictions de concurrence	204
Les restrictions accessoires	227
Les exemptions	232
Pratiques abusives	237
Abus de position dominante	238
Abus de dépendance économique	254
Mesures conservatoires	255
Sur la recevabilité des mesures conservatoires	255

Imputabilité _____	257
Modification de la structure, de la situation juridique, de la dénomination ou de l'activité de l'entreprise auteur des pratiques _____	257
Du comportement de la filiale à la société mère _____	260
Responsabilité de l'entreprise du fait de ses salariés _____	262
Responsabilité d'un groupement _____	262
Politique de l'Autorité de la concurrence en matière de sanctions _____	264
Aspect correctif : les injonctions _____	264
Aspect dissuasif : les sanctions pécuniaires et la publication des décisions _____	266
Les engagements _____	279

Contrôle des concentrations _____ 290

Notion d'entreprise _____	290
Notion de concentration _____	290
Participation minoritaire et contrôle conjoint _____	291
Fusion de fait _____	293
Contrôle sur une base purement contractuelle _____	294
Les opérations transitoires _____	295
Les opérations interdépendantes _____	295
Entreprises communes _____	296
Les seuils de contrôle _____	298
Analyse concurrentielle _____	299
L'évaluation des parts de marché _____	299
Les effets horizontaux _____	302
Les concentrations verticales _____	309
Les concentrations conglomerales _____	313
Les mesures correctives _____	317

Activité consultative _____ 323

Avis rendus sur des projets de textes législatifs ou réglementaires _____	323
Avis sur le fonctionnement concurrentiel des marchés _____	335
Avis rendus aux régulateurs _____	371

Pratique de l'Autorité de la concurrence

La définition des marchés

La délimitation du marché pertinent est essentielle en droit de la concurrence, car elle permet d'apprécier, d'une part, le pouvoir de marché d'une entreprise, c'est-à-dire sa capacité à augmenter ses prix au-delà du prix concurrentiel sans que la baisse des ventes qui en résulte annule la hausse des profits escomptés, et d'autre part, les effets des pratiques mises en œuvre.

Enfin, la circonscription du marché pertinent permet de quantifier, tout au moins en partie, le dommage à l'économie conduisant à l'évaluation des sanctions.

Le Conseil, puis l'Autorité de la concurrence ont donné, dans leurs rapports précédents, la définition suivante du marché pertinent : *« Le marché, au sens où l'entend le droit de la concurrence, est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. En théorie, sur un marché, les unités offertes sont parfaitement substituables pour les consommateurs qui peuvent ainsi arbitrer entre les offreurs lorsqu'il y en a plusieurs, ce qui implique que chaque offreur est soumis à la concurrence par les prix des autres. À l'inverse, un offreur sur un marché n'est pas directement contraint par les stratégies de prix des offreurs sur des marchés différents, parce que ces derniers commercialisent des produits ou des services qui ne répondent pas à la même demande et qui ne constituent donc pas, pour les consommateurs, des produits substituables. Une substituabilité parfaite entre produits ou services s'observant rarement, le Conseil regarde comme substituables et comme se trouvant sur un même marché les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les considèrent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande »* (10-D-07; 10-D-14; 10-D-15; 10-D-19; 10-D-36; 10-D-37; 10-D-39).

La délimitation du marché pertinent doit donc procéder de l'examen des caractéristiques objectives du produit en cause mais aussi des conditions de concurrence et de structure de la demande et de l'offre.

Cette définition peut varier au fil du temps, à mesure que les caractéristiques des produits et des services évoluent et que les possibilités de substitution, du côté

de la demande ou de l'offre, se modifient. Dès lors, l'Autorité apprécie le marché dans sa situation contemporaine des pratiques (10-D-07). À l'inverse, en contrôle des concentrations, l'Autorité tient compte des évolutions en cours ou anticipées pouvant affecter le fonctionnement d'un marché dans un horizon raisonnable.

La délimitation du marché pertinent se fait en deux étapes : dans un premier temps, l'Autorité identifie les biens et services qui s'échangent sur ce marché ; dans un second temps, elle définit la zone géographique concernée.

L'Autorité a rappelé que lorsque les pratiques qui ont fait l'objet de la notification des griefs sont recherchées au titre de la prohibition des ententes, il n'est alors pas nécessaire de définir le marché avec la même précision qu'en matière d'abus de position dominante : il suffit que le marché soit apprécié avec assez de précision pour permettre d'évaluer les effets des pratiques incriminées (10-D-04 ; 10-D-13 ; 10-D-15 ; 10-D-17 ; 10-D-35).

Enfin, il convient de noter que les autorités de concurrence, tant nationales que communautaire, préfèrent, lorsque la segmentation d'un marché n'apporterait aucune information supplémentaire sur le pouvoir de marché dont dispose l'entreprise concernée et sur les effets sur la concurrence, laisser la question ouverte (10-D-02 ; 10-D-14 ; 10-D-32). En contrôle des concentrations, la délimitation exacte n'est généralement précisée que lorsque l'opération est susceptible de porter atteinte à la concurrence sur l'un des marchés possibles.

Le marché pertinent de produit ou de service

Le marché est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. Une substituabilité parfaite s'observant rarement, l'Autorité considère que sont substituables et par conséquent se situent sur un même marché, les produits et les services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les regardent comme des moyens entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande (10-D-13 ; 10-D-14 ; 10-D-15 ; 10-D-17 ; 10-D-19).

La substituabilité du point de vue des demandeurs

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

L'identité et les caractéristiques des demandeurs

Les caractéristiques des demandeurs

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

L'Autorité a rappelé que, selon une jurisprudence et une pratique juridictionnelle constantes relatives au secteur des produits pharmaceutiques, des indications thérapeutiques différentes conduisent à délimiter des marchés séparés **(10-D-02; 10-D-37)**. Dans ce secteur, les possibilités de substitution entre les médicaments sont limitées non seulement par leurs indications et contre-indications thérapeutiques respectives – qui dépendent elles-mêmes des propriétés pharmacologiques des produits – mais aussi par le point de vue des médecins les prescrivant **(10-D-16; 10-D-37)**. Ainsi, l'Autorité a considéré que le marché des héparines pouvait être subdivisé en deux marchés, l'un préventif sur lequel le médicament est prescrit pour empêcher la formation des thromboses, l'autre curatif, pour éliminer les thromboses **(10-D-02)**.

Dans une affaire 10-D-37, l'Autorité a exclu, dans les cas où la substitution par le biais de médicaments génériques ne pouvait être envisagée, que soit circonscrit un marché pertinent autour de la molécule ou du principe actif du médicament concerné. En effet, l'appréciation de la substituabilité pour la définition du marché pertinent des médicaments s'effectue à travers l'analyse de la demande, qui s'apprécie en règle générale au moment où le médecin prescripteur, pour le compte du malade, choisit parmi les spécialités pharmaceutiques le traitement adéquat. Ainsi, soit le médecin prescripteur considère qu'un médicament n'a pas de substitut pour différentes raisons et le marché sera limité à ce seul produit, soit il estime que différents médicaments sont interchangeables et le marché sera circonscrit à ces différents substituts qui exercent les uns sur les autres une contrainte concurrentielle. Le pharmacien n'interfère pas dans ce choix puisqu'il a l'obligation de délivrer le médicament inscrit sur l'ordonnance **(10-D-37)**.

L'Autorité a, par ailleurs, dans les trois décisions précitées, distingué le marché dit de la « ville », sur lequel opèrent les officines, et le marché hospitalier. Ces deux marchés diffèrent d'abord en raison de l'absence de substituabilité de la demande émanant, pour le premier, des patients et pour le second, des hôpitaux. Ensuite, l'élasticité-prix de la demande n'est pas la même ; elle est forte à l'hôpital où le prix d'achat affecte le budget des hôpitaux et faible en ville car le patient n'assume pas directement le prix du médicament qui lui est remboursé par l'assurance maladie **(10-D-02; 10-D-16)**. Dans une affaire 10-D-37, l'Autorité a ainsi différencié, au sein du marché pertinent des antihistaminiques, le marché de la vente en ville des antihistaminiques de seconde génération remboursables et celui de la vente en ville des antihistaminiques non remboursables **(10-D-37)**.

De même, l'Autorité s'est notamment fondée sur la forte substituabilité entre les supérettes et les petits supermarchés du point de vue de la demande pour

déterminer que ces deux types de magasins figurent sur le même marché pertinent. Elle a ainsi relevé que, bien que le nombre de références disponibles dans les supérettes soit plus faible que celui observé dans les supermarchés, les rayons, la structure de vente par rayon et les services proposés sont similaires **(10-D-08)**.

Dans une décision 10-D-38, l'Autorité a estimé qu'il ne peut pas être exclu que les annuaires en ligne et les moteurs de recherche ne présentent pas une substituabilité suffisante pour être considérés comme appartenant au même marché pertinent. En effet, les offres respectives des annuaires en ligne et des moteurs de recherche visent à satisfaire la demande de types de clientèles distincts, dont les objectifs diffèrent : l'annuaire Internet permet aux internautes de disposer des coordonnées des annonceurs alors que la publicité liée aux recherches vise à générer un acte d'achat en ligne **(10-D-38)**.

Enfin, l'Autorité a retenu, entre autres indices de l'existence du marché spécifique des films rétro réfléchissants destinés à la fabrication de panneaux de signalisation routière verticale en France, la spécificité de la structure de la demande, constituée par un oligopole restreint collusif **(10-D-39)**.

Dans la décision **10-DCC-79** relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés La Compagnie de formation Chezy et Forteam par Duke Street Holdings Ltd, concernant le secteur de l'enseignement supérieur privé et de la formation professionnelle, l'Autorité a opéré une distinction entre la formation initiale et la formation professionnelle. En effet, la formation professionnelle s'adresse à des salariés ou demandeurs d'emploi, contrairement à la formation initiale qui s'adresse à de plus jeunes publics dans un cadre éducatif. D'autre part, bien qu'étant consommateurs finaux de formation, les salariés ou demandeurs d'emploi n'expriment pas souvent une demande directe et ne sont que rarement les acheteurs du stage de formation. De fait, la demande de formation continue émane plus fréquemment des entreprises et des collectivités publiques.

Dans la décision **10-DCC-02** relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Keolis et Effia par la SNCF et la CDPQ ainsi que dans la décision **10-DCC-198** relative à la création d'une entreprise commune par Veolia Environnement et la Caisse des dépôts et consignations, l'Autorité a également considéré que, outre la spécificité des matériels et des compétences requis pour l'exploitation de ces réseaux de transport, il convenait de distinguer le transport public urbain de voyageurs du transport public interurbain notamment parce que l'organisation de ces deux types de transport public était du ressort d'autorités organisatrices différentes.

Distinction entre marché amont et marché aval

L'existence de groupes distincts de demandeurs est également un indice utile dans la délimitation d'un marché pertinent.

Dans une décision 10-D-01, l'Autorité a rappelé que selon une pratique décisionnelle constante, lorsqu'il est démontré que le consommateur final a systématiquement recours à des distributeurs intermédiaires, il est pertinent de distinguer le marché amont de l'approvisionnement du marché aval de la distribution de ces

produits. En l'espèce, l'Autorité a distingué le marché amont des terminaux de téléphonie mobile, qui met en relation les constructeurs avec les distributeurs alors que le marché aval confronte l'offre des distributeurs de terminaux sur les différents territoires nationaux et la demande des consommateurs finaux **(10-D-01)**.

Statuant sur des pratiques mises en œuvre par la Société des téléphériques de la Grande Motte (STGM), l'Autorité a rappelé qu'il convenait de distinguer un marché amont de la vente de tickets et forfaits d'accès aux remontées mécaniques aux différentes catégories de professionnels du tourisme et le marché aval de la vente de forfaits aux touristes **(10-D-06)**.

Dans son examen des pratiques mises en œuvre dans le secteur des titres cadeaux prépayés, l'Autorité a souligné les deux faces du marché des titres. Elle a ainsi distingué, en amont, le marché de l'acceptation des titres cadeaux, qui met en présence les émetteurs de ces titres et les commerçants qui les acceptent en paiement, et le marché aval de la distribution des titres, qui met en présence les émetteurs et les organismes intermédiaires ou les personnes physiques qui les achètent **(10-D-07)**.

Dans une décision 10-D-08, l'Autorité a identifié, dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité, un marché amont de l'approvisionnement, lequel peut être segmenté en autant de marchés pertinents que de groupes de produits et qui se distingue du marché du commerce d'alimentation générale de proximité **(10-D-08)**.

Statuant sur des demandes de mesures conservatoires présentées par la société Itas Tim concernant des pratiques mises en œuvre par la société TDF dans le secteur des services de diffusion par voie hertzienne en mode numérique, l'Autorité a délimité, en amont, le marché de gros des services de diffusion par voie hertzienne terrestre en mode numérique – marché dit de l'« accès », comprenant des prestations offertes par un hébergeur à un diffuseur – et le marché de gros aval des services de diffusion par voie hertzienne terrestre en mode numérique. Elle a par ailleurs estimé qu'en raison de l'existence d'une demande effective d'accès aux terrains sur lesquels sont implantés les pylônes de la société TDF de la part de la saisissante – qui estime que l'accès à ces terrains est indispensable pour l'exercice d'une activité sur le marché de gros amont des services de diffusion – il ne peut être exclu qu'il existe, en amont des marchés de diffusion par voie hertzienne en mode numérique, un marché de l'accès aux terrains susceptibles d'accueillir des infrastructures permettant une telle diffusion **(10-D-09)**.

Dans une décision **10-D-14** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la valorisation électrique du biogaz, l'Autorité a rappelé que le marché de la production de l'électricité comprend trois niveaux :

- en amont, le marché de l'électricité produite par les centrales et celle importée par le biais des interconnexions ;
- à l'échelon intermédiaire, le marché de la vente en gros de l'électricité ;
- à l'aval, le marché de la vente au détail de l'électricité.

Dans la même décision, l'Autorité a considéré que la gestion des réseaux de chaleur constitue un marché aval distinct du marché amont de la fourniture d'énergie

destinée au chauffage domestique, sur lequel interviennent les exploitants de réseaux de chaleur, en concurrence pour l'obtention de contrats **(10-D-14)**.

De manière analogue, l'Autorité a analysé le secteur de la télévision payante en distinguant plusieurs types de marchés **(10-D-32)** :

- les marchés amont de l'acquisition des droits de diffusion sur lesquels se rencontrent l'offre des détenteurs de droits de diffusion de programmes audiovisuels et la demande des éditeurs de services de télévision payante ;
- les marchés intermédiaires de l'édition et de la commercialisation de chaînes thématiques payantes sur lesquels se rencontrent l'offre des éditeurs et la demande des distributeurs de télévision payante ;
- les marchés aval de la distribution et de la diffusion de chaînes thématiques payantes sur lesquels se rencontrent l'offre émanant des distributeurs et la demande des abonnés à une offre payante de télévision.

Appels d'offres et marché pertinent

Dans le cas de pratiques d'ententes relevées dans le cadre de réponses à des appels d'offres, chaque consultation est considérée comme un marché en soi, la demande étant circonscrite dans chacun des cahiers des charges **(10-D-03 ; 10-D-04 ; 10-D-05 ; 10-D-10 ; 10-D-19 ; 10-D-22 ; 10-D-35)**.

La circonstance que des entreprises, pour des raisons légitimes tenant à leur implantation géographique, soient contraintes de répondre à des lots différents et ne sont, dès lors, pas directement confrontées les unes aux autres sur des lots donnés, n'est pas de nature à remettre en cause cette analyse. Ainsi, dans une décision 10-D-05 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des transports sanitaires dans le département des Deux-Sèvres, l'Autorité a souligné que le mécanisme de concurrence par comparaison (*yardstick competition*) permet de remédier à l'absence de concurrence directe sur chaque lot. La comparaison des offres, sur des lots distincts, mais appartenant au marché des transports sanitaires à destination du même hôpital et présentant des caractéristiques similaires, permet au donneur d'ordre d'évaluer la pertinence des propositions qui lui sont faites. Celui-ci peut, le cas échéant, déclarer infructueux un lot dont le montant serait anormal par rapport aux offres faites par des concurrents du soumissionnaire sur des lots comparables. En l'espèce, la situation s'expliquait par les caractéristiques du transport par ambulances, l'éloignement des zones d'intervention et la localisation des entreprises **(10-D-05)**.

De plus, l'Autorité a rappelé que, s'agissant de l'appréciation de la dominance d'une entreprise, l'analyse du marché pertinent n'est pas limitée à ces marchés instantanés que constituent les appels d'offres. En effet, pour déterminer si une entreprise active dans un secteur qui fonctionne par appel d'offres détient une position dominante, il peut être pertinent de retenir non pas le marché particulier résultant du croisement d'un appel d'offres et des soumissions qui ont été déposées en réponse, mais le marché plus général où sont actifs l'ensemble des opérateurs susceptibles de répondre à l'appel d'offres concerné **(10-D-31)**. Ainsi, en matière de contrôle des concentrations, l'Autorité a, dans les décisions **10-DCC-02 ; 10-DCC-83 et**

10-DCC-198 mené son analyse sur le marché national du transport urbain, la concurrence sur ce marché s'organisant à l'occasion d'appels d'offres lancés par les autorités organisatrices de transport pour l'attribution de délégations de service public aux opérateurs de transport retenus.

Enfin, le Conseil de la concurrence a rappelé, les années précédentes, que si plusieurs appels d'offres constituent des marchés pertinents différents, une entente organisée à un échelon plus vaste que chacun des marchés considérés peut être sanctionnée si elle conduit les entreprises qui y sont présentes à s'en répartir illicitement les parts. Dans un arrêt du 14 janvier 2003, la cour d'appel de Paris avait ainsi estimé : « *Considérant que chaque marché public passé selon la procédure de l'appel d'offres constitue un marché de référence, résultant de la confrontation concrète, à l'occasion de l'appel d'offres, d'une demande du maître de l'ouvrage et des propositions faites par les candidats qui répondent à l'appel; considérant que si cette circonstance permet de délimiter et d'identifier le marché de référence, peuvent néanmoins être sanctionnées en application de l'article L. 420-1 du Code de commerce, non seulement les pratiques anticoncurrentielles affectant exclusivement ce marché, mais aussi l'entente organisée à un échelon plus vaste que chacun des marchés considérés et produisant des effets sur lesdits marchés, en ce qu'elle conduit les entreprises qui y sont présentes à s'en répartir illicitement les parts.* » Des ententes peuvent donc être appréciées au niveau d'un marché global composé de plusieurs appels d'offres, lots ou sous-marchés.

La nature ou la fonction organique d'un produit, ses caractéristiques physiques et matérielles

Les demandeurs peuvent considérer que différents biens ou services sont ou ne sont pas substituables entre eux, eu égard à la nature ou aux caractéristiques des biens et services concernés. Ces éléments sont en effet essentiels aux yeux des demandeurs.

L'Autorité a ainsi distingué le marché des cartes cadeaux de celui des chèques cadeaux en raison notamment des spécificités qui caractérisent les premières. Ainsi, la carte peut, à la différence du chèque, être désactivée et remplacée en cas de vol. De plus, elle peut être personnalisée en faveur de son porteur par l'impression de photographies ou de messages. Enfin, elle est sécable et peut, le cas échéant, être rechargée. Dans la même affaire, l'Autorité a envisagé une segmentation du marché de la distribution de la carte cadeau selon que la carte est mono-enseigne ou multi-enseignes. L'Autorité a ainsi souligné que les caractéristiques spécifiques des deux produits indiquent une probable absence de substituabilité. Alors que la carte multi-enseignes offre un large choix d'enseignes au consommateur final, la carte mono-enseigne repose sur la seule notoriété de l'enseigne émettrice. Par ailleurs, la valeur des cartes mono-enseigne est limitée à 150 euros (**10-D-07**).

Statuant sur des pratiques mises en œuvre par la société Sanofi-Aventis France, l'Autorité a souligné que le « *Clopidogrel* » pourrait constituer un marché distinct des autres molécules appartenant à la classe des inhibiteurs de l'agrégation plaquettaire, héparine exclue, dans la mesure où le Clopidogrel se distingue notablement des autres molécules du 4^e niveau de la classification anatomique, thérapeutique

et chimique («*ATC*») quant à son mode d'action, sa forme galénique, son mode de prescription, et le champ de son indication thérapeutique **(10-D-16)**.

Dans une décision **10-D-17**, l'Autorité a rappelé qu'il résulte d'une pratique décisionnelle constante que chaque marché de produits pour un sport spécifique constitue un marché pertinent. En l'espèce, l'Autorité a identifié un marché des boules de pétanque de compétition qui se distingue des autres marchés de jeux de boules, et notamment de la boule lyonnaise, en raison des spécificités techniques de la pratique de ce sport, des normes de fabrication et de la nécessité d'un agrément préalable des boules de pétanque par la Fédération sportive afin de s'assurer de leur conformité avec les règles prévues par le règlement du jeu. Enfin, du point de vue d'un joueur licencié voulant participer à une compétition officielle, les boules de loisir et de compétition ne sont pas des produits interchangeables, étant donné que le joueur ne peut participer à une compétition que s'il utilise des boules de pétanque agréées par la Fédération.

Dans la même décision, l'Autorité a identifié un marché de la mise à disposition d'espace commercial à l'occasion de compétitions de pétanque d'importance majeure, distinct de celui dans le cadre duquel se déroulent d'autres compétitions de pétanque sur le territoire national. L'Autorité a relevé que les compétitions de pétanque d'importance majeure présentent des caractéristiques propres **(10-D-17)** :

- leur périodicité annuelle;
- leur durée;
- le nombre de spectateurs qu'elles rassemblent;
- le prestige des titres remis aux lauréats;
- leur notoriété reposant, pour partie, sur la circonstance qu'elles sont diffusées à la télévision.

Dans une décision 10-D-32 relative à des pratiques dans le secteur de la télévision payante, l'Autorité a notamment distingué, sur les marchés intermédiaires et aval du secteur, différents marchés correspondant aux thématiques des chaînes. Il ressort en effet de la pratique décisionnelle des autorités de concurrence qu'une offre de télévision payante présente une attractivité suffisante pour le consommateur seulement lorsqu'elle est composée de chaînes relevant de thématiques incontournables telles que : cinéma, sport et jeunesse et d'un complément de chaînes relevant d'une variété de thématiques substituables les unes aux autres **(10-D-32)**.

Dans une décision 10-D-36, l'Autorité a considéré qu'il est nécessaire de distinguer le marché du GPL conditionné à usage professionnel de celui à usage domestique. L'Autorité a relevé que les bouteilles de GPL destinées aux professionnels sont généralement de 35 kg et utilisées pour le séchage des cultures, la réalisation de travaux d'étanchéité ou l'utilisation de chariots élévateurs **(10-D-36)**.

L'Autorité a considéré qu'il ne peut pas être exclu qu'il existe deux marchés distincts de l'édition d'annuaires, l'un concernant les annuaires sur format papier, l'autre les annuaires en ligne. L'Autorité a ainsi relevé que sur le marché de l'édition d'annuaires, les produits proposés en ligne et sur supports imprimés présentent

des différences notables, l'annuaire en ligne offrant plus de services que l'annuaire imprimé (plans, vue aérienne, itinéraires, photos, etc.) (**10-D-38**).

Enfin, dans une décision **10-D-39**, l'Autorité a déterminé que le marché de la signalisation plastique (équipements de sécurité et de balisage en matière plastique) se distingue de celui de la signalisation routière verticale permanente et temporaire en raison de différences tenant notamment à la composition des produits et à leur usage (**10-D-39**).

Dans la décision **10-DCC-21** relative à la prise de contrôle exclusif de Champiloire par Bonduelle, l'Autorité a relevé que le champignon appertisé se distinguait des autres légumes car il s'utilise comme un « légume ingrédient », à l'instar des tomates en conserve, et non comme un accompagnement à part entière.

Dans la décision **10-DCC-79**, l'Autorité a envisagé une segmentation selon le domaine de formation en soulignant que, du point de vue de la demande, le choix d'une spécialité conduit le demandeur à ne considérer que les écoles et les universités offrant une formation dans le domaine.

Dans la décision **10-DCC-158** concernant la distribution de gros de produits frais, l'Autorité a considéré qu'en la matière, il convenait de distinguer la restauration hors foyer (RHF) des commerces de détail à dominante alimentaire compte tenu de différences significatives en termes de conditionnement, d'emballage, de diversité de gamme et de prix des produits distribués auprès de ces deux catégories de clientèle. À l'inverse, les produits commercialisés auprès des cafés-hôtels-restaurants (CHR) et des grands comptes étant de même nature et les conditions de livraison identiques, il est apparu inutile de considérer des marchés de produits distincts au sein de la distribution de produits frais à destination des commerces de détail à dominante alimentaire.

Dans la décision **10-DCC-110** relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Entremont par le groupe Sodial, l'Autorité a considéré qu'il convenait de distinguer le fromage à raclette des autres fromages à pâte pressée non cuite (par exemple édam, gouda, cantal, saint-nectaire...) compte tenu du fait que le fromage à raclette est principalement consommé chaud comme plat principal, contrairement aux autres fromages présentés en fin de repas. En outre, la demande de fromage à raclette connaît une forte saisonnalité, ce qui n'est pas le cas pour les autres fromages. Une éventuelle substituabilité avec d'autres fromages qui se consomment en plats chauds (fondue, tartiflette) a également été évoquée mais non retenue en l'espèce.

Dans la décision **10-DCC-76** relative à la prise de contrôle exclusif de la société Sin & Stes par le groupe Elicor, l'Autorité a considéré qu'il convenait de distinguer les services de nettoyage industriel classique (locaux professionnels à vocation administrative ou commerciale) des services de nettoyage industriel technique compte tenu notamment du fait que le nettoyage technique nécessite des moyens matériels et une formation du personnel spécifiques.

Dans la décision **10-DCC-98** relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Tarmac par la société Eurovia qui concernent notamment le secteur des

granulats utilisés par exemple dans la fabrication d'enrobés bitumineux, l'Autorité s'est interrogée sur la pertinence d'une distinction entre granulats alluvionnaires et granulats issus de roches massives (roche calcaire ou roche éruptive). En effet, les granulats alluvionnaires de forme ronde sont préférés par les producteurs de béton car ils permettent un meilleur écoulement du béton lors de l'application. À l'inverse, les granulats éruptifs sont adaptés à la production d'enrobés qui requièrent des granulats résistants à l'usure. D'autres caractéristiques particulières comme la propreté, la couleur, la dureté ou la composition physico-chimique peuvent entrer en ligne de compte dans le choix des clients, de sorte que les granulats alluvionnaires, calcaires ou éruptifs peuvent être perçus comme imparfaitement substituables. Toutefois, l'Autorité a relevé que pour certains usages, la nature des granulats est indifférente. Par ailleurs, des techniques de traitement des granulats alluvionnaires, bien que coûteuses, permettent de leur conférer des caractéristiques techniques similaires à celles des granulats éruptifs. Enfin, compte tenu du coût de transport de ces matériaux pondéreux, l'instruction a permis de confirmer que la proximité de la carrière est un élément essentiel dans le choix des clients, plus que la nature du granulats. En l'espèce, compte tenu de ces éléments, l'Autorité a mené son analyse concurrentielle sur le marché global des granulats tous types confondus tout en tenant compte de leur imparfaite substituabilité.

Dans la décision **10-DCC-100** relative à la prise de contrôle conjoint de la société JST Transformateurs SAS par le groupe Siparex, l'Autorité a considéré qu'il convenait de distinguer les prestations de maintenance et de réparation effectuées sur les transformateurs de puissance, d'une part et les mêmes prestations effectuées sur les transformateurs de traction d'autre part. En effet, les transformateurs de traction sont plus compliqués et impliquent des contraintes plus importantes en termes de maintenance et de réparation que les transformateurs de puissance.

Dans la décision **10-DCC-66** relative à la transformation de RAGT Semences en entreprise commune contrôlée par RAGT et CAF Grains, l'Autorité a souligné que si les activités d'obtention, de production et de commercialisation de semences allogames ou hybrides doivent être assurées par le même opérateur compte tenu de la complexité du processus de production, ce n'est pas le cas pour les semences autogames pour lesquelles l'activité d'obtention peut facilement être séparée des activités de production et de commercialisation. Ainsi, l'Autorité a analysé séparément le marché de l'obtention et le marché de la production et de la commercialisation pour des semences comme le blé tendre, le blé dur, l'orge d'hiver, l'orge de printemps, etc.

Dans la décision **10-DCC-11** relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe TF1 de la société NT1 et Monte-Carlo Participations (groupe AB), l'Autorité s'est interrogée sur le périmètre du marché de la publicité au regard des différents supports médias véhiculant les messages publicitaires (télévision, radio, Internet, presse...). En particulier, elle a examiné la question de la substituabilité entre la publicité télévisuelle et la publicité sur Internet. Malgré une certaine pression concurrentielle exercée par Internet sur la télévision dans ce domaine (pratique de *cross-média*, arbitrage entre les différents supports médias...), le test de marché

a confirmé le maintien de la spécificité du média télévision quant à sa capacité à toucher rapidement un nombre important de personnes. La publicité en ligne permet à l'inverse de toucher une audience plus ciblée avec plus d'efficacité. Il est ainsi apparu que les différents médias se caractérisaient par leur complémentarité pour porter un message publicitaire.

Les besoins des clients

Dans la décision **10-DCC-76**, l'Autorité a envisagé de distinguer les services de nettoyage en milieu hospitalier (nettoyage des blocs opératoires, des chambres médicalisées, des instruments et des machines) au sein des services de nettoyage industriel technique. En effet, les établissements de santé ont des besoins à la fois spécifiques et exigeants en matière d'hygiène afin de réduire les risques d'infections nosocomiales. Une telle qualité de service nécessite un haut niveau de qualification des agents de propreté ainsi que l'utilisation de matériels spécifiques.

Par ailleurs, dans la décision **10-DCC-79**, l'Autorité a retenu une segmentation entre la formation initiale continue et la formation initiale en alternance qui répondent à des besoins différents du point de vue de l'étudiant. En effet, l'étudiant en alternance recherche avant tout une formation rémunérée tandis que l'étudiant qui choisit une formation initiale à temps plein consent un investissement à long terme et accepte de différer son entrée sur le marché du travail. Une segmentation selon la durée du cycle d'études a également été retenue. En effet, en matière d'investissement éducatif, différentes études ont relevé que les choix individuels en matière d'éducation pourraient être modélisés comme le résultat d'un calcul coûts-avantages pondéré par la probabilité de réussite sous contraintes de données sociologiques individuelles.

Enfin, dans la décision **10-DCC-02**, l'Autorité a envisagé un marché du conseil en transport public consistant en un ensemble d'études de marché et de prestations d'assistance à maîtrise d'ouvrage auprès des autorités organisatrices. L'Autorité a en effet relevé leur besoin grandissant en compétences techniques lié au développement des réseaux de transport public.

Les modalités de distribution

Dans une décision 10-D-07 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Kadéos dans le secteur des titres cadeaux prépayés, l'Autorité a relevé, à l'appui de la distinction entre le marché des chèques cadeaux et celui des cartes ayant le même objet, que les chèques font essentiellement l'objet d'une distribution auprès d'organismes intermédiaires alors que les cartes sont proposées par les commerçants directement aux personnes physiques. L'Autorité a souligné que, du point de vue des consommateurs, la distribution directe confère à la carte une plus grande accessibilité que le chèque (**10-D-07**).

Toutefois, l'Autorité a considéré qu'il n'est pas nécessaire de segmenter le marché du GPL conditionné à usage domestique en fonction de ses différents canaux de distribution dans la mesure où, bien que ceux-ci présentent un certain nombre de

différences, ils ne visent à satisfaire qu'une seule et même demande pour un seul et même produit, le GPL conditionné à usage domestique (10-D-36).

Dans la décision **10-DCC-158** précitée, l'Autorité a examiné la pertinence d'une distinction entre le *cash and carry* et le commerce de gros traditionnel dans le secteur de la distribution de gros de produits frais. Les *cash and carry* attirent essentiellement des petites et moyennes entreprises de la restauration commerciale indépendante. Dès que les achats atteignent un certain volume, avec des contraintes de transport plus lourdes, les clients font le choix du commerce de gros traditionnel. En l'espèce, une distinction entre le commerce de gros traditionnel et le *cash and carry* a donc été retenue.

Dans la décision **10-DCC-42** relative à l'acquisition par la société 3 Suisses International SA de certains actifs de la société La Source, l'Autorité s'est interrogée sur la pertinence de la distinction entre vente à distance et vente en magasin en ce qui concerne les produits non alimentaires tels que les vêtements, les chaussures, le mobilier ou encore la décoration. En effet, de nombreux acteurs de la vente au détail ont désormais recours à de multiples canaux de distribution et disposent d'un site de vente par Internet. De plus, l'instruction a constaté un certain degré de concurrence entre l'e-commerce et la vente en boutique dans la mesure où les acteurs de la vente à distance tiennent compte du comportement des réseaux physiques dans l'élaboration de leur stratégie commerciale. Toutefois, du point de vue du consommateur, la vente à distance ne permet pas d'inspecter le produit souhaité ni de bénéficier de conseil. Les articles ne sont pas non plus disponibles immédiatement. En l'espèce, l'analyse concurrentielle a été menée sur les marchés de la vente à distance de biens non alimentaires par familles de produits, marchés distincts de ceux de la vente en magasin. Il a cependant été tenu compte de la pression concurrentielle exercée par la vente en magasin.

À l'inverse, dans la décision **10-DCC-140** relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Histoire d'Or Europe SAS et Financière MO Holding SAS par Bridgepoint Capital Group Limited, l'Autorité a considéré que sur le marché de l'horlogerie, bijouterie, joaillerie et orfèvrerie («*HBJO*»), une distinction par canal de distribution (bijouterie en ville, bijouterie de centres commerciaux, *corners* d'hypermarchés ou de grands magasins) n'était pas pertinente dans la mesure où ces différents formats proposent des assortiments similaires en termes de qualité et de famille de produits. De plus, les gammes de prix pratiqués sont proches. Par ailleurs, les concepts de point de vente tendent à se rapprocher ainsi que les surfaces de vente.

Dans la décision **10-DCC-48** relative à la prise de contrôle exclusif de la société Amonite SAS par la société Manuloc, l'Autorité s'est interrogée sur la pertinence d'une distinction entre la vente directe des constructeurs d'équipements de maintenance industrielle auprès des utilisateurs finaux (notamment les grands comptes) et la vente indirecte qui fait intervenir un grossiste ou un distributeur indépendant entre le constructeur et le client final. Toutefois, l'Autorité a relevé que les deux circuits de distribution étaient pleinement concurrents et fournissent la même gamme de produits dans des conditions tarifaires similaires. Ainsi, il n'est

pas apparu pertinent de segmenter le marché de la distribution d'équipements de manutention industrielle selon le circuit de distribution.

Dans la décision **10-DCC-149** relative à la prise de contrôle conjoint de la société TyreDating par la Manufacture française des pneumatiques Michelin et Atiro Holding, l'Autorité a remarqué qu'à côté des canaux traditionnels de distribution de pneus de remplacement (le canal des négociants spécialistes, le canal des centres autos et le canal des concessionnaires et garages automobiles) s'est développée ces dernières années la vente par Internet. Si les acteurs des canaux traditionnels se dotent d'un site Internet, des *pure players* sont également apparus. Ainsi, l'Autorité a envisagé, sans trancher la question de distinguer un marché de la vente de pneus de remplacement sur Internet.

Le positionnement commercial des produits et l'image de marque

Sur les marchés de la commercialisation de produits alimentaires en GMS, la question d'une segmentation entre les produits vendus sous la marque du distributeur (MDD) et les produits vendus sous la marque des fabricants (MDF) se pose dans la mesure où le positionnement commercial est distinct, lié à une différenciation en termes de processus de fabrication, de recette et de savoir-faire. La notoriété des marques de fabricants ainsi que l'existence de différences significatives de goût ou d'emballage sont des éléments importants à apprécier pour évaluer la substituabilité du point de vue de la demande entre un produit MDD et un produit MDF.

Ainsi, dans la décision **10-DCC-21**, l'Autorité a considéré que, malgré des processus d'achat distincts, l'absence de différence significative de goût et d'emballage entre les champignons vendus sous MDD ou sous MDF ainsi que l'absence de marque incontournable et la prépondérance des MDD sur ce marché permettaient de qualifier une réelle pression concurrentielle entre les champignons vendus sous MDD et ceux vendus sous MDF.

Pour les mêmes raisons, l'Autorité a considéré dans la décision **10-DCC-110** que les fromages vendus sous MDD exerçaient une pression concurrentielle réelle sur les fromages vendus sous MDF. L'absence de marque incontournable est particulièrement vérifiée pour le fromage à raclette, mais ce n'est toutefois pas le cas au sein de toutes les familles de fromages (Vache qui rit, Président, Caprice des Dieux).

Dans la décision **10-DCC-51** relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Quartier français par Tereos, l'Autorité a considéré que le sucre de bouche vendu sous MDD constituait une alternative parfaitement substituable au sucre de bouche vendu sous MDF en France, contrairement à ce qu'avait constaté la Commission en Allemagne notamment. En atteste la forte progression des MDD sur le marché français du sucre de bouche.

À l'inverse, dans la décision **10-DCC-60** relative à la prise de contrôle exclusif de la société Soparo par le groupe R & R Ice Cream, l'Autorité a relevé que, du fait la notoriété des marques telles que Miko, Carte d'Or ou Häagen Dazs et malgré de faibles différences en termes de qualité ou d'emballage, les glaces vendues sous

MDD exerçaient probablement une pression concurrentielle limitée sur les glaces vendues sous MDF. En l'espèce, l'opération n'emportait de chevauchement que sur les glaces vendues sous MDD.

Les différences de prix

Un écart de prix substantiel et durable entre différents produits peut être un indice de non-substituabilité entre ces derniers et donc de non-appartenance au même marché.

L'Autorité a rappelé, dans une décision 10-D-37 qu'en matière de médicaments, une segmentation du marché fondée sur les modalités de financement de l'achat du médicament peut être envisageable. Certains médicaments sont, en effet, pris en charge par l'Assurance maladie et font l'objet d'un remboursement par le régime général de la Sécurité sociale, ou par les organismes complémentaires d'assurance maladie. Leur prix est fixé par les pouvoirs publics. À l'inverse, certains médicaments, qui ne sont pas pris en charge par l'assurance sociale sont la plupart du temps en vente libre et leur prix librement déterminé. En l'espèce, l'Autorité a différencié, au sein du marché pertinent des antihistaminiques, le marché de la vente en ville des antihistaminiques de seconde génération remboursables et celui de la vente en ville des antihistaminiques non remboursables (10-D-37).

Dans la décision 10-DCC-21, l'Autorité a relevé que l'absence de différence significative de prix entre les champignons vendus sous MDD et MDF constituait un indice supplémentaire quant à la pression concurrentielle exercée par la MDF sur la MDD et réciproquement.

Dans la décision 10-DCC-79, l'Autorité a constaté qu'une part importante des bacheliers écartait l'enseignement privé au seul motif des frais de scolarité qui sont substantiellement plus élevés que dans les cursus universitaires (les frais de scolarité moyens d'un cycle de formation initial dans le secteur privé s'élèvent à 5 097 euros tandis que le montant des droits d'inscription dans un cursus universitaire varie de 171 euros à 350 euros selon le niveau d'études). En outre, l'enseignement privé est perçu par certains demandeurs comme plus qualitatif dans sa manière d'encadrer les étudiants. En l'espèce, pour l'ensemble de ces raisons, l'Autorité a donc considéré que l'enseignement privé n'était pas substituable à l'enseignement public.

Dans la décision 10-DCC-11, l'Autorité a relevé des différences persistantes de prix au niveau de la vente d'espaces publicitaires entre la télévision et Internet. Cette observation est venue appuyer l'idée d'une faible substituabilité entre ces deux types de médias pressentie sur la base de leurs propriétés respectives concernant la délivrance d'un message publicitaire.

L'environnement juridique

L'Autorité s'est notamment fondée sur l'existence d'une réglementation spécifique relative aux cartes cadeaux pour distinguer ce marché de celui des chèques cadeaux. En effet, les cartes sont, à la différence des chèques cadeaux dont l'émission est

libre, soumises à un régime imposant à l'organisme émetteur l'obtention du statut d'établissement de crédit, d'émetteur de monnaie électronique ou à l'obtention d'une exemption du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement **(10-D-07)**.

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale, l'Autorité a déterminé que le marché de la signalisation plastique (équipements de sécurité et de balisage en matière plastique) se distingue de celui de la signalisation routière verticale permanente et temporaire en raison de différences tenant notamment aux normes juridiques différentes encadrant la fabrication et l'homologation de ces différents types de produits. Ces mêmes différences fondent, pour partie, l'analyse de l'Autorité concernant l'existence d'un marché spécifique des films rétro réfléchissants destinés à la fabrication de panneaux de signalisation routière verticale en France **(10-D-39)**.

Dans la décision **10-DCC-130** relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Sodistock par la société CAF Grains, l'Autorité a relevé que les silos de stockage portuaires faisaient l'objet d'une réglementation spécifique (convention d'occupation du domaine public, obligations de service public, soumission des tarifs annuels pour avis à l'établissement public gestionnaire du site portuaire). D'autre part, les céréales devant être expédiées par voie maritime doivent nécessairement passer par ces silos. L'Autorité a donc considéré en l'espèce que les services portuaires de stockage constituaient un marché distinct des autres services de stockage de céréales.

Dans les décisions **10-DCC-02** et **10-DCC-198**, l'Autorité a rappelé que le marché du transport public des voyageurs en Ile-de-France constituait un marché séparé dans la mesure où celui-ci est régi par l'ordonnance n° 59-151 du 7 janvier 1959 alors que le transport public de voyageurs hors Ile-de-France est régi par la loi d'orientation des transports intérieurs de 1982 («*LOTI*»).

Enfin, dans la décision **10-DCC-51** relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Quartier français par Tereos, l'Autorité a rappelé que, concernant l'approvisionnement en canne à sucre sur l'île de la Réunion, l'existence d'une réglementation, quand bien même elle aurait pour conséquence de fixer les prix et de contraindre les quantités disponibles, n'exclut pas la possibilité d'identifier un marché pertinent. Il convient toutefois de tenir compte de la réglementation dans l'analyse concurrentielle.

La substituabilité de l'offre

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

Ainsi, l'Autorité a estimé, dans une décision portant sur des pratiques mises en œuvre dans le secteur des tables d'opération **(10-D-04)**, que les tables à plateau non transférable et les tables à plateau transférable doivent être incluses sur le marché, dans la mesure où :

- les différences techniques entre les deux types de tables sont minimales, de sorte que tout fabricant de tables mobiles peut produire des tables de transfert et inversement ;
- les principaux fabricants de tables d'opération produisent les deux types de tables ;
- le niveau des ventes des parties est quasiment identique quelle que soit la table concernée.

L'Autorité a relevé, pour distinguer le marché des cartes cadeaux prépayées et celui des chèques ayant le même objet, que les cartes se distinguent par des modalités de gestion spécifiques qui les rendent plus souples et plus sûres à gérer que les chèques du point de vue des émetteurs de titres cadeaux et des commerçants agréés (identification par numéro de série unique, compensation possible entre commerçant émetteur et commerçant encaisseur, support d'informations utiles au traitement de données à usage marketing, plus grandes difficultés de contre-façon) **(10-D-07)**.

Dans une décision 10-D-08, l'Autorité a considéré que les petits supermarchés (magasins d'une surface pouvant atteindre 1 000 m²) et les supérettes (magasins de moins de 400 m²) relèvent du même marché pertinent en raison notamment de la continuité de l'offre entre ces deux types de magasins. Les petits supermarchés cherchent à capter la clientèle spécifique des supérettes en développant des services à la clientèle, en améliorant la rapidité du service et en proposant de plus en plus de produits à forte valeur ajoutée. Réciproquement, les supérettes répondent à cette concurrence en proposant de plus en plus de produits de marques de distributeurs et de premier prix. En revanche, les hypermarchés font l'objet d'une stratégie d'offre distincte dans la mesure où ils possèdent un quatrième rayon et proposent une offre alimentaire beaucoup plus étendue que les commerces de proximité **(10-D-08)**.

Dans la décision **10-DCC-21** précitée, l'Autorité a relevé, outre la faible substituabilité du point de vue de la demande entre les champignons en conserve et les autres légumes, une faible substituabilité du côté de l'offre puisque les principaux producteurs de champignons en conserve ne proposent pas d'autres types de légumes et inversement, les principaux producteurs de légumes ne produisent pas de champignons. Cela s'explique notamment par la spécificité de la culture du champignon qui se fait en cave ou en maison de culture pour satisfaire aux conditions de température, d'humidité et de ventilation.

De même, dans la décision **10-DCC-79**, l'Autorité a relevé qu'il n'y avait pas toujours d'offres équivalentes entre formation par alternance et formation initiale en continu. De ce fait, une segmentation entre ces deux formes de formation initiale a été retenue.

Enfin, dans la décision **10-DCC-76**, l'Autorité a relevé que le marché du nettoyage technique devait être distingué du marché du nettoyage industriel classique notamment du fait de sa plus forte concentration par rapport au secteur de la propreté en général. Cela s'explique par la taille des contrats en jeu, le niveau d'exigence et de technicité requis ainsi que par la nécessité d'une couverture assurantielle plus

large, du fait de l'intervention directe sur l'outil de production des clients. Ainsi, l'ensemble de ces contraintes limite la possibilité pour les petites entreprises de nettoyage classique de répondre à la demande en matière de nettoyage technique.

Le marché géographique

La délimitation d'un marché de produits s'entend sur une zone géographique définie, soit parce que l'analyse faite du comportement de la demande n'est valable que sur cette zone géographique, soit parce qu'il s'agit de la zone géographique à l'intérieur de laquelle les demandeurs se procurent ou peuvent se procurer le produit ou service en question (10-D-19). Il s'agit de la zone géographique sur laquelle un pouvoir de monopole pourrait effectivement être exercé sans être exposé à la concurrence d'autres offreurs situés dans d'autres zones géographiques ou à celle d'autres biens ou services.

En d'autres termes, le marché géographique pertinent comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre de biens et services en cause et sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes. Il ne comprend pas les zones géographiques voisines dès lors que les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable (10-D-06).

Dimension régionale ou locale

Dans une affaire relative à des pratiques concernant l'accès au scanner et à l'IRM situés au centre hospitalier d'Arcachon, l'Autorité a considéré que le marché géographique pertinent, tant pour les examens d'IRM que de scanner est en l'espèce susceptible de couvrir le territoire intermédiaire d'Arcachon, comprenant les territoires de proximité d'Arcachon, de Biscarosse et Salles mais non l'agglomération de Bordeaux qui constitue un bassin d'hospitalisation différent (10-D-25).

L'organisation commerciale des entreprises

Dans une affaire relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des tables d'opération, l'Autorité a souligné qu'il ne peut être contesté qu'il n'existe dans ce secteur aucune barrière interne entre les différents États européens en termes de coûts de transport ou d'investissement, la commercialisation et la distribution des tables d'opération étant organisées en Europe au niveau national voire local. Par ailleurs, le service après-vente de ces tables requiert une présence locale de chaque fabricant pour pouvoir intervenir dans un délai réduit. L'Autorité a retenu la dimension nationale du marché (10-D-04).

Les particularités de la zone géographique

Dans la décision 10-DCC-79, l'Autorité a relevé que certains bassins d'emploi avaient des besoins de formation particuliers de sorte qu'une délimitation géographique infranationale pouvait être envisagée. En l'espèce, toutefois, la question de la dimension géographique exacte de ce marché a été laissée ouverte.

L'environnement juridique

Si l'environnement juridique peut conduire à opérer une distinction en termes de produits, il peut également s'avérer nécessaire d'en tenir compte en ce qui concerne la délimitation géographique des marchés.

L'Autorité a rappelé qu'il résulte d'une pratique décisionnelle et d'une jurisprudence constantes, qu'en raison d'une réglementation reposant à titre essentiel sur la détention d'autorisations de stationnement dans une commune donnée, le marché pertinent de la prestation de services de taxi est limité à ladite commune et à ses environs **(10-D-15)**.

L'hétérogénéité des conditions de concurrence sur le territoire

Lorsque la répartition des principaux opérateurs sur le marché national est hétérogène, une délimitation locale est justifiée pour tenir compte des différents contextes concurrentiels qui en résultent.

Ainsi, dans la décision **10-DCC-76**, l'Autorité a examiné la délimitation géographique des marchés du nettoyage industriel. L'obligation, en cas de changement de prestataire de reprendre les agents de propreté du site, pourrait permettre à toute entreprise concurrente de répondre aux appels d'offres, même en l'absence d'implantation locale. Le développement de contrats multisites et de groupements d'achats semble aller dans le même sens. Toutefois, l'Autorité a souligné que les groupements sont souvent organisés selon un découpage géographique régional. D'autre part, l'implantation des sociétés n'est pas homogène sur tout le territoire puisque certains concurrents ne sont actifs que dans quelques régions. Ainsi, en l'espèce, l'Autorité a considéré, sans trancher définitivement la question, que les marchés du nettoyage industriel étaient de dimension au moins régionale.

La mobilité des consommateurs

La distance que les consommateurs sont prêts à parcourir pour accéder à un produit ou un service est un élément à prendre en compte pour délimiter le marché géographique pertinent.

Ainsi, dans la décision **10-DCC-79**, l'Autorité a constaté que dans le cadre de la formation initiale, si le marché pertinent était de dimension nationale en ce qui concerne les segments hautement sélectifs de l'enseignement supérieur et plus généralement pour les cursus longs impliquant un investissement éducatif important, les étudiants ayant fait le choix d'un cycle court de formation étaient attachés à leur environnement géographique d'origine. En l'espèce, toutefois, la question de la dimension géographique exacte de ce marché a été laissée ouverte.

Dimension nationale

L'Autorité a rappelé qu'en vertu d'une pratique décisionnelle et une jurisprudence constantes, les marchés géographiques des spécialités pharmaceutiques doivent être regardés comme de dimension nationale, en raison notamment des fortes

disparités existant entre les États membres (mécanismes de fixation des prix, système de remboursement, conditionnement et nom des produits) **(10-D-02)**.

Dans une décision **10-D-17**, l'Autorité a estimé que le marché des boules de pétanque de compétition revêt une dimension nationale, dans la mesure où :

- l'essentiel de la demande française est satisfait par la production nationale;
- les fabricants vendent leurs produits principalement *via* différents réseaux de distribution à caractère national.

L'Autorité a rappelé qu'il résulte d'une pratique décisionnelle constante que le marché des installations de chauffage présente une dimension nationale. Il en va de même du marché de la vente de gaz naturel aux tarifs réglementés, sur lequel la société GDF détient un monopole légal de dimension nationale (95 % du territoire), à l'exception des zones relevant des distributeurs publics locaux **(10-D-19)**.

L'Autorité a confirmé la délimitation des marchés de gros et de détail des services de capacité en matière de télécommunications qu'elle avait adoptée dans un avis rendu à l'ARCEP sur ce sujet en 2006, lesquels sont de dimension nationale **(10-D-31)**.

Dans une décision **10-D-32**, l'Autorité a rappelé qu'il résulte d'une pratique décisionnelle constante des autorités de concurrence, que les marchés du secteur de la télévision payante sont de dimension nationale en raison des facteurs linguistiques, culturels et du cadre dans lequel prend place la négociation entre les opérateurs, notamment en ce qui concerne les droits de diffusion **(10-D-32)**.

Dans la décision **10-DCC-60**, l'Autorité a confirmé la dimension nationale du marché des glaces compte tenu principalement de préférences et habitudes alimentaires spécifiques par pays. Par exemple, la bûche glacée vendue en France en fin d'année est un produit inexistant dans les autres pays européens.

Dans la décision **10-DCC-51**, l'Autorité s'est interrogée sur la délimitation géographique des marchés de la production et de la commercialisation de sucre. Les autorités de concurrence avaient établi leur dimension nationale avant la réforme de l'organisation commune des marchés (OCM) dans le secteur du sucre de 2006, compte tenu notamment de l'existence de quotas cloisonnant les marchés et du caractère pondéreux du produit. La réforme de l'OCM sucre en 2006 aurait pu remettre en cause cette délimitation en intensifiant les échanges intracommunautaires. Toutefois, l'Autorité a constaté que cette intensification des échanges avait bien eu lieu sauf en France, qui demeure exportatrice d'environ 40 % de sa production. Les clients ont en outre confirmé que la proximité était un critère essentiel de leurs achats, compte tenu des coûts de transport. L'Autorité a donc confirmé la dimension nationale des marchés de la production et de la commercialisation de sucre. L'Autorité a toutefois examiné le cas particulier de la Réunion : l'existence de barrières douanières empêchant les importations en provenance de l'Union européenne et notamment de la métropole, l'approvisionnement local quasi exclusif en matière de sucre de bouche aussi bien qu'en sucre industriel ont amené l'Autorité à considérer l'existence d'un marché distinct limité à l'île de la Réunion.

Dimension nationale et locale

Dans la décision **10-DCC-158**, l'Autorité a rappelé qu'en matière de distribution de gros de produits frais, la pratique décisionnelle retenait généralement une dimension locale, compte tenu notamment de la nécessité d'organiser les livraisons à partir de plateformes locales, du coût de transport des marchandises, de la fréquence des livraisons dans des délais serrés et de l'existence d'un grand nombre de clients de faible taille. Un élargissement du périmètre géographique avait été envisagé pour les grands comptes de la restauration hors foyers (RHF), qui organisent leurs appels d'offres à un échelon national de manière à bénéficier d'une offre identique pour tous leurs établissements. Ces éléments ont été confirmés par le test de marché. Toutefois, l'Autorité a indiqué qu'il ne serait pour autant pas pertinent de définir deux marchés géographiques distincts selon la catégorie de clientèle. En effet, compte tenu de l'organisation en réseau, les grossistes livrant des grands comptes peuvent également approvisionner localement des clients de taille réduite. Inversement, le rapprochement entre grossistes régionaux et le développement de groupements offrent la possibilité pour les petits acteurs de répondre à la demande des grands comptes de la RHF. Ainsi, en l'espèce, l'Autorité a considéré que le marché de la distribution de gros de produits frais revêtait une double dimension nationale et locale.

Dimension supranationale

Statuant sur des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre, l'Autorité a considéré que devait être retenu un marché pertinent de la manutention portuaire de conteneurs de dimension supranationale, s'étendant à toute la zone de « l'arc du Nord » européen, dans la mesure où la création de la structure Port 2000 sur le port du Havre, dans laquelle s'inscrivaient les pratiques relevées, vise à remédier aux lacunes nuisant à la substituabilité de ce port avec les autres ports du Nord de l'Europe (**10-D-13**).

Dans une décision 10-D-14, l'Autorité a estimé qu'il ne peut être exclu que le marché pertinent de la fourniture et de l'exploitation d'installations fournissant de l'électricité à partir du biogaz puisse, malgré certaines spécificités réglementaires lui conférant *a priori* une dimension nationale, être de dimension communautaire dans la mesure où rien ne s'oppose à ce qu'un producteur de biogaz fasse appel à un opérateur situé dans un autre État membre (**10-D-14**).

Dans une décision 10-D-17, l'Autorité a relevé qu'il ne peut être exclu que le marché de la mise à disposition d'espace commercial à l'occasion de compétitions de pétanque d'importance majeure puisse être plus large que le seul marché national. En effet, les fabricants de boules de pétanque étrangers sont susceptibles d'être intéressés par la tenue d'un stand à l'occasion de ce type de compétitions, lesquelles, pour certaines, ne se déroulent pas qu'en France (**10-D-17**).

Contrôle des pratiques anticoncurrentielles

Applicabilité du droit de la concurrence, prescription et procédure

Champ de compétence de l'Autorité de la concurrence

Applicabilité de l'article L. 410-1 du Code de commerce

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

Selon les critères définis par le Tribunal des conflits (T. confl., 18 octobre 1999, n° 99-03.174, Aéroports de Paris) et la Cour de cassation (Cass. com., 6 février 2007, n° 05-21.948, Société Les Oliviers), l'Autorité de la concurrence, agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire, peut sanctionner les personnes publiques, dans la mesure où elles exercent des activités de production, de distribution et de services. En revanche, les décisions par lesquelles ces dernières assurent la mission qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique relèvent de la compétence de la juridiction administrative.

Le Tribunal des conflits a précisé cette jurisprudence dans une décision du 4 mai 2009 (T. confl., 4 mai 2009, n° C 3714, Éditions Jean-Paul Gisserot c/Centre des monuments nationaux). Il a réaffirmé la compétence de l'Autorité de la concurrence pour sanctionner des pratiques d'une personne publique, en l'espèce un établissement administratif, mais en la subordonnant à la double condition que ces pratiques interviennent dans le cadre d'une activité économique exercée par la personne publique, et qu'elles ne concernent pas des « décisions ou actes portant sur l'organisation du service public ou mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique ». Au cas d'espèce, le Tribunal des conflits a jugé que l'activité en cause, l'exécution d'un marché public, étrangère à l'organisation du service public, et caractérisée par l'absence d'emploi de prérogatives exorbitantes du droit commun, relevait de la compétence du Conseil de la concurrence : « En matière de marchés publics, lesquels ne traduisent pas la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique, la compétence du juge administratif en qualité de juge du contrat [...], ne fait pas obstacle à la compétence du Conseil de la concurrence, sous le contrôle de la cour d'appel de Paris, pour statuer sur les litiges fondés sur l'invocation des pratiques anticoncurrentielles. »

C'est ainsi que dans sa décision **10-D-13**¹, relative à des ententes commises par des entreprises de manutention de conteneurs dans le port du Havre, l'Autorité de la concurrence s'est estimée incompétente pour apprécier le comportement de l'établissement portuaire, à qui il était reproché d'avoir organisé en 2006 des réu-

1. Décision partiellement réformée, CA Paris, 20 janvier 2011.

nions avec divers opérateurs de manutention actifs au port du Havre en vue de les inciter à s'entendre pour se répartir les nouveaux postes à quai prévus dans le projet « *Port 2000* ».

Les intéressés soutenaient que l'Autorité n'était pas compétente pour examiner les pratiques reprochées dès lors qu'elles ne seraient pas détachables de l'attribution, par l'établissement portuaire, des postes à quai, qui appartiennent au domaine public, attribution qui, en outre, traduirait l'exercice de ses prérogatives de puissance publique.

Pour analyser sa compétence, l'Autorité a commencé par distinguer la question, selon qu'il s'agit d'apprécier les comportements du Grand port maritime du Havre (GPMH) ou ceux des entreprises ayant participé à l'entente reprochée.

S'agissant du grief d'entente de partage de capacité notifié au GPMH, l'Autorité, selon la méthode décrite plus haut, a fait le départ entre, d'une part, les actes d'organisation du service public mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique, dont la légalité ne peut être appréciée que par le juge administratif, et, d'autre part, les activités, intervenant dans la sphère économique, qui sont détachables des actes de puissance publique, et qui, comme celles de toute entreprise, peuvent être qualifiées par l'Autorité de la concurrence et le juge judiciaire qui les contrôle, au regard du droit des ententes et des abus de position dominante².

En l'espèce, l'Autorité a relevé qu'à l'époque des faits, le Port autonome du Havre (devenu le GPMH) était un établissement public de l'État chargé notamment de la gestion du domaine public portuaire, et donc, dans le cadre de Port 2000, qui impliquait l'exploitation des nouveaux terminaux, de la mission d'attribuer aux opérateurs de manutention des « *conventions d'exploitation de terminaux* » (CET), par lesquelles il leur reconnaissait notamment le droit d'occuper le domaine public.

L'Autorité a jugé que le comportement de l'établissement public invitant de manière explicite des entreprises privées à s'entendre pour se répartir des capacités dont l'attribution ne devrait obéir qu'à des considérations d'intérêt général appréciées par l'établissement portuaire lui-même, était regrettable; elle a estimé que l'absence de disposition imposant, à l'époque, le lancement d'un appel d'offres n'exonérerait pas l'établissement public, qui avait à sa disposition d'autres moyens pour appeler les entreprises à manifester leur intérêt que de leur signifier qu'il se soumettrait aux conditions de répartition négociées entre elles.

Elle a observé ainsi que, pour l'attribution des postes à quai de Port 2000, il appartenait au Port autonome du Havre d'organiser la mise en concurrence des entreprises de manutention et de faire en sorte que chaque candidat détermine de manière autonome son comportement sur le marché, en adressant notamment sa demande d'attribution de poste(s) à quai indépendamment de ses concurrents. Or, en organisant les réunions litigieuses, le PAH a précisément permis aux opérateurs de définir ensemble une stratégie commune et de mettre en échec

2. Voir aussi décision 09-D-10 du 27 février 2009.

le principe de la libre concurrence, auquel il aurait dû veiller au titre de ses missions d'intérêt général.

Pour autant, l'Autorité a constaté que les réunions litigieuses, dont l'objet portait explicitement sur la répartition future des postes à quai de Port 2000, ne pouvaient être considérées comme dissociables de la gestion du domaine public et de l'exercice par l'établissement portuaire de ses prérogatives de puissance publique et qu'il n'appartenait qu'à la juridiction administrative de statuer, si elle était saisie, sur la légalité de la décision par laquelle le port attribuera les futurs postes à quai, au regard notamment des conditions dans lesquelles s'est déroulée la procédure préparatoire à cette attribution.

En revanche, l'Autorité s'est estimée compétente pour connaître du grief d'entente de partage de capacité notifié aux entreprises.

Elle rappelle en effet qu'il convient de distinguer le comportement de la personne publique, qui n'est pas dissociable de l'exercice par cette dernière de ses prérogatives de puissance publique et celui des entreprises privées qui, en s'entendant entre elles pour la répartition des capacités permises par les futures conventions, faussent la concurrence sur le marché de la manutention portuaire, qui est une activité de services au sens de l'article L. 410-1 du Code de commerce.

Ce dernier comportement peut être qualifié au regard des règles de concurrence indépendamment de l'appréciation portée sur la légalité du procédé par lequel l'établissement portuaire a choisi de préparer l'attribution des futures conventions d'exploitation de terminal. La pratique décisionnelle a d'ailleurs appliqué à de nombreuses reprises ce raisonnement à propos de pratiques d'entreprises ayant faussé la concurrence à l'occasion d'appels d'offres lancés par des collectivités publiques en vue de conclure des marchés publics.

L'Autorité a par ailleurs écarté, au vu d'une jurisprudence constante en droit national comme en droit communautaire, l'argument selon lequel le comportement de la personne publique, qui a invité les entreprises poursuivies à participer aux réunions reprochées, exonérerait ces dernières de toute responsabilité au regard des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81, paragraphe 1, du traité CE, devenu l'article 101, paragraphe 1, du TFUE. En l'espèce, en effet aucune disposition légale contraignante n'imposait un comportement anticoncurrentiel aux entreprises, qui n'ont été soumises à aucune pression irrésistible.

Dans la décision **10-D-17**, l'Autorité a considéré que des contrats conclus entre le Palais des sports de Grenoble et la société La Boule Obut, personnes morales de droit privé, et ayant pour objet la mise à disposition d'espaces de vente et de publicité, en contrepartie d'une rémunération, à l'occasion de l'organisation de championnats du monde, devaient être analysés comme une activité de services au sens de l'article L. 410-1 du Code de commerce et pouvaient donc être soumis à la compétence de l'Autorité de la concurrence.

En l'espèce, la Fédération française de pétanque (FFPJP) avait cédé l'organisation matérielle de championnats du monde au Palais des sports de Grenoble-Isère,

qui avait ainsi la possibilité de conclure des accords avec les annonceurs et fabricants de boules de pétanque de son choix.

L'organisation de compétitions par une fédération sportive relevant d'une mission de service public et des prérogatives de puissance publique confiées par délégation du ministre chargé des Sports, il convenait de s'assurer que les contrats de partenariat en cause étaient des contrats pouvant être analysés au regard du droit de la concurrence, soumis à la compétence de l'Autorité de la concurrence.

L'Autorité observe que lorsque la FFPJP conclut des contrats de partenariat avec des annonceurs comme les fabricants de boules de pétanque, à qui elle vend, à l'occasion des championnats de France, une prestation de service, elle accomplit des actes détachables de la mission de service public. En outre, elle rappelle que le Code du sport interdit aux fédérations sportives de déléguer l'exercice des missions de service public qui leur sont confiées si ce n'est au bénéfice des ligues professionnelles ; ainsi, la FFPJP ne peut déléguer l'exercice de ses missions de service public à un organisateur de manifestations sportives comme le Palais des sports de Grenoble-Isère, cantonné à un rôle d'organisateur matériel.

En revanche, dans la décision **10-D-24**³, relative à des pratiques mises en œuvre par la Caisse nationale d'allocations familiales dans le secteur de la gestion de l'information relative aux assistants maternels par Internet, l'Autorité a estimé que les faits invoqués dans la saisine échappaient à sa compétence.

En effet, par la création d'un site Internet informant les familles et les professionnels de l'enfance sur les différents modes d'accueil existants sur l'ensemble du territoire national, reprochée par la société plaignante, la CNAF n'a fait qu'exercer la mission générale d'information aux familles qui lui incombe en application du Code de la sécurité sociale et d'une convention d'objectif et de gestion passée avec l'État. Toute exploitation des données de ce site est interdite, et son comité de pilotage est composé de membres de la CNAF ainsi que de représentants des CAF. L'Autorité a déduit de ces éléments qu'en créant ce site, alimenté en partenariat et sur la base du volontariat par les CAF, la CNAF n'a exercé aucune activité de production, de distribution et de services au sens des dispositions de l'article L. 410-1 du Code de commerce ; il a en outre été observé que le Conseil d'État a eu la même appréciation, par une décision du 28 mai 2010.

La saisine a donc été déclarée irrecevable en application de l'article L. 462-8, 1^{er} alinéa, du Code de commerce.

Marchés publics et délégations de service public

L'Autorité de la concurrence a rappelé dans la décision **10-D-13**⁴ qu'elle n'était pas compétente pour se prononcer sur la régularité des procédures de dévolution de délégations de service public ou de marchés organisées par une personne publique,

3. Décision confirmée, CA Paris, 27 janvier 2011.

4. Décision partiellement réformée, CA Paris, 20 janvier 2011.

le contentieux de ces actes administratifs, qui mettent en œuvre des prérogatives de puissance publique relevant de la compétence exclusive du juge administratif.

Décisions d'organismes professionnels

Dans la décision **10-D-11**, relative à des pratiques mises en œuvre par le Syndicat national des ophtalmologistes de France (SNOF), l'Autorité a rappelé que, s'agissant des organismes professionnels, il convient de distinguer au titre de la compétence, d'une part, les comportements qui, parce qu'ils invitent les professionnels à adopter telle ou telle attitude sur le marché, sous la forme de mises en garde ou de consignes, constituent une intervention dans une activité de services, et d'autre part, ceux qui relèvent purement de la défense des intérêts professionnels des membres de l'organisation sans constituer une intervention sur le marché.

En l'espèce, en diffusant une circulaire à l'attention de tous les ophtalmologistes qui les invitait à «*repérer les opticiens inféodés à la MAAF et qui veulent se passer des ophtalmologistes, afin de leur faire comprendre que leur comportement inamical les fragilise*» et en envoyant des courriers aux opticiens membres du réseau Santéclair pour les inciter à se déréférencer, le SNOF et ses administrateurs sont intervenus dans une activité de services, qui relève de la compétence de l'Autorité de la concurrence, conformément à l'article L. 410-1 du Code de commerce.

Il a également été souligné que l'absence alléguée de relations de concurrence directe entre les ophtalmologistes membres du SNOF, les assureurs complémentaires et les opticiens, ne permettait pas non plus d'écartier la compétence de l'Autorité de la concurrence. Les pratiques exposées visaient à intervenir sur les marchés de l'optique-lunetterie et de l'assurance complémentaire santé, qui sont des activités de services. Elles étaient, en outre, mues par l'objectif, poursuivi par les ophtalmologistes du SNOF, de lutter contre la concurrence indirecte que pouvaient leur livrer les opticiens en renouvelant, dans certaines conditions, les lunettes sans ordonnance préalable.

Particularité du secteur de la santé

Dans cette même décision, l'Autorité a rappelé que l'activité professionnelle de soins médicaux constitue une activité de services au sens de l'article L. 410-1 du Code de commerce et que, dès lors, les membres du corps médical, pour ce qui est de leur comportement d'acteurs sur le marché des soins, sont soumis aux règles de la concurrence (voir aussi décision 07-D-41 et arrêts de la cour d'appel de Paris du 15 avril 1992, chirurgiens de Lot-et-Garonne et du 4 avril 1997, Syndicat des médecins de la Somme).

Se fondant sur les mêmes principes, l'Autorité de la concurrence, dans la décision **10-D-25**, s'est estimée compétente pour se prononcer sur des pratiques ayant consisté à refuser l'accès d'un médecin radiologue à des vacations d'IRM et de scanner au centre hospitalier d'Arcachon.

Elle a en effet observé qu'en cette matière les décisions relevaient en réalité de décisions communes de médecins libéraux et d'entités de droit privé regroupant

majoritairement des structures de médecine libérale, et étaient systématiquement entérinées par le directeur du centre hospitalier. Ainsi, le fait, pour ces entités de décider de l'attribution des vacations de scanner et/ou d'IRM pour effectuer des actes de médecine libérale sur des appareils dont l'implantation a été précédemment autorisée par l'autorité administrative, ne requiert pas la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique ni ne constitue une décision d'organisation du service public.

Pratiques s'inscrivant dans le cadre de relations contractuelles

Si les litiges nés entre deux sociétés dans le cadre de relations contractuelles relèvent de la compétence du juge du contrat, l'Autorité de la concurrence est néanmoins compétente pour examiner les pratiques révélées à l'occasion de ces litiges, dès lors qu'elles pourraient être de nature à porter atteinte au fonctionnement du marché.

Ainsi, dans la décision **10-D-13**⁵, relative à des ententes commises par des entreprises de manutention de conteneurs dans le port du Havre, l'Autorité de la concurrence s'est estimée compétente pour apprécier si les conditions de mise en œuvre d'une clause de non-concurrence avaient porté atteinte au fonctionnement de la concurrence sur les marchés affectés et a sanctionné, notamment, les sociétés Perrigault et Terminal Porte Océane (TPO), pour avoir limité la concurrence entre manutentionnaires au détriment des armateurs.

Perrigault contestait la compétence de l'Autorité de la concurrence pour connaître des conditions d'application d'une clause de non-concurrence, dont l'usage extensif et anticoncurrentiel était reproché, en alléguant qu'il n'appartiendrait pas à l'Autorité de se prononcer sur le respect par une entreprise d'une stipulation contractuelle conclue avec un partenaire commercial.

L'Autorité a écarté cet argument en rappelant qu'il résulte d'une jurisprudence constante que si, dans leur principe, les clauses de non-concurrence sont effectivement licites, elles ne sauraient être légalement détournées de leur objet pour couvrir des agissements contraires aux règles de la libre concurrence énoncées par les articles 81, paragraphe 1, du traité CE et L. 420-1 du Code de commerce.

Caisses d'assurance obligatoire

Dans la décision **10-D-23**⁶ relative à des pratiques mises en œuvre par la caisse de mutualité sociale agricole de la Gironde (CMSA), l'Autorité a déclaré la saisine irrecevable, en application de l'article L. 462-8 du Code de commerce, au motif que la perception par ladite caisse de cotisations obligatoires au titre des risques sociaux ne relevait pas d'une activité économique au sens des dispositions de l'article L. 410-1 du Code de commerce, et ne pouvait, par conséquent, être soumise aux dispositions de l'article L. 420-2 du même code.

L'Autorité rappelle qu'il résulte d'une jurisprudence communautaire constante que les caisses d'assurance obligatoire ne sont pas des entreprises au sens du droit de la

5. Décision partiellement réformée, CA Paris, 20 janvier 2011.

6. Décision confirmée, CA Paris, 27 janvier 2011.

concurrence. Ainsi, dans l'arrêt « Kattner », la Cour de justice des Communautés a considéré qu'un organisme auprès duquel les entreprises relevant d'une branche d'activité et d'un territoire déterminé ont l'obligation de s'affilier au titre de l'assurance contre les accidents du travail et les maladies professionnelles ne constituait pas une entreprise au sens de ces dispositions, mais remplissait « *une fonction à caractère exclusivement social dès lors qu'un tel organisme opère dans le cadre d'un régime qui met en œuvre le principe de solidarité et que ce régime est soumis au contrôle de l'État* » (CJCE, 5 mars 2009, C-350/07, point 68).

Au cas d'espèce, l'Autorité a estimé que la CMSA remplissait incontestablement ces deux conditions, dès lors que, d'une part, les cotisations étaient fondées sur les revenus professionnels, permettant ainsi une mutualisation des risques, dans la mesure où les prestations sont indépendantes du niveau de cotisations, et, d'autre part, le régime des CMSA était soumis au contrôle de l'État, en application du Code rural.

Secteur bancaire

Dans la décision **10-D-28**⁷, relative à une entente dans le secteur bancaire, l'Autorité a considéré que, contrairement à ce que soutenaient les parties, les commissions interbancaires reprochées relevaient bien du champ d'application de l'article L. 420-1 du Code de commerce et de l'article 81 du traité CE (devenu l'article 101 du TFUE) et entraient donc dans le champ de compétence de l'Autorité de la concurrence, tel que défini au I de l'article L. 462-5 du même code.

Les parties faisaient valoir que le droit de la concurrence n'était pas applicable car, selon elles, les commissions interbancaires en cause ne pouvaient être anticoncurrentielles en l'absence de marché interbancaire ; elles précisait que, compte tenu de l'universalité des moyens de paiement, toute banque doit accepter les ordres de paiement donnés par les clients de toute autre banque et n'a donc pas le choix de son partenaire, si bien qu'il n'y aurait en réalité pas d'offre ni de demande et, partant, pas de marché.

L'Autorité a cependant exposé que le système de compensation interbancaire des chèques s'insère dans le système global de paiement par chèque, de nature quadripartite puisqu'il implique non seulement deux intermédiaires – la banque tirée et la banque remettante, mais aussi deux clients finaux – le payeur et le bénéficiaire. La sphère interbancaire et la sphère banque-client sont donc deux sphères distinctes mais interdépendantes, puisque des accords interbancaires sont susceptibles de produire des effets en dehors de la sphère interbancaire et d'influer sur la formation des prix dans la relation banque-client. Les activités bancaires n'échappent donc pas à l'application du droit de la concurrence, comme cela résulte d'ailleurs de la jurisprudence communautaire et du droit interne⁸. L'Autorité a aussi précisé que la Commission et le Tribunal de première instance des Communautés euro-

7. Un recours a été formé contre cette décision.

8. CJCE, 14 juillet 1981, *Züchner c/ Bayerische Vereinsbank*, 172/80, *Rec.* 1981, p. 2021, point 8. Voir aussi l'article L. 511-4 du Code monétaire et financier.

péennes ont eu l'occasion d'examiner la légalité de plusieurs types de commissions interbancaires ou de tarifs interbancaires au regard des règles du droit de la concurrence, sans que l'application de ce dernier soit remise en cause⁹.

Compétence exclusive d'autres juridictions

Dans la décision **10-D-12**, relative à des pratiques dans le secteur du lavage automobile par haute pression, l'Autorité de la concurrence ne s'est pas estimée compétente pour apprécier la violation alléguée d'un contrat de franchise, l'existence d'un préjudice consécutif à la dégradation de la qualité du savon fourni dans le cadre d'une obligation d'approvisionnement exclusif, et la responsabilité éventuelle découlant de cette situation, ces questions relevant de la compétence du juge judiciaire.

De même, l'Autorité de la concurrence a relevé son incompétence pour se prononcer sur des clauses contractuelles relatives à la protection contre la contrefaçon, ces questions ne relevant pas du droit de la concurrence.

Dans la décision **10-D-16**, qui concernait une plainte du génériqueur Teva Santé au sujet de pratiques mises en œuvre par la société Sanofi-Aventis France tendant, selon lui, à évincer du marché les médicaments génériques concurrents d'un de ses médicaments phares, l'Autorité s'est estimée incompétente pour apprécier des interventions effectuées par Sanofi-Aventis devant l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (Afssaps) et l'Agence européenne des médicaments (EMA) et visant à convaincre ces autorités de santé de revenir sur les décisions d'autorisation de mise sur le marché d'un générique concurrent, dès lors qu'elles concernaient un débat scientifique devant être tranché par une autorité publique de santé.

Affectation du commerce intracommunautaire

Les règles de concurrence communautaires sont applicables si le commerce entre États membres est susceptible d'être affecté par les pratiques en cause. Ainsi, s'agissant des ententes, l'article 81 du traité CE, devenu l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009 du traité de Lisbonne, dispose que « *sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun* ». S'agissant des abus de position dominante, l'article 82 du traité CE, devenu l'article 102 du TFUE, dispose qu'« *est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci* ».

9. Déc. Comm. eur., 30 mars 2002, Visa; 19 décembre 2007, Mastercard; 17 octobre 2007, Groupement des cartes bancaires « CB » et TPICE, 14 décembre 2006, « Club Lombard », T-259/02 à T-264/02 et T-271/02, Rec. p. II-5169.

Se fondant sur le traité et les lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité (devenus articles 101 et 102 du TFUE) (JOUE 2004 C 101/07, p. 81), l'Autorité de la concurrence recherche :

- si les pratiques reprochées sont susceptibles d'affecter ou d'avoir affecté le commerce entre États membres¹⁰.

Sur ce point, conformément aux lignes directrices précitées, l'Autorité comprend la notion de commerce comme englobant, d'une part, les échanges transfrontaliers traditionnels de produits et de services¹¹, mais aussi, d'autre part, les cas où les accords et pratiques affectent la structure de la concurrence sur le marché. Ainsi, notamment, les accords et pratiques qui affectent cette structure à l'intérieur de la communauté en éliminant ou en menaçant d'éliminer un concurrent qui y opère peuvent tomber sous le coup des règles communautaires de concurrence¹²;

- si cette possible affectation a un caractère sensible.

En 2010, l'Autorité, conformément à la pratique décisionnelle de la Commission européenne et à la jurisprudence du Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE) et de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), a ainsi fait application du droit communautaire à de nombreuses reprises, tant concernant des ententes (**10-D-04**¹³; **10-D-07**; **10-D-13**¹⁴; **10-D-17**; **10-D-19**; **10-D-20**; **10-D-28**¹⁵; **10-D-29**, **10-D-35**; **10-D-39**) que des abus de position dominante (**10-D-02**; **10-D-07**; **10-D-17**; **10-D-19**; **10-D-20**; **10-D-29**; **10-D-32**¹⁶; **10-D-39**).

La question de l'affectation du commerce intracommunautaire est indépendante de la définition des marchés géographiques en cause.

Pratiques sur un marché subnational

Ayant rappelé sa pratique décisionnelle selon laquelle le droit communautaire de la concurrence était applicable dans des cas concernant une partie du territoire français, dès lors qu'étaient en cause des activités par nature transfrontalières, comme les activités de transport ou de télécommunications¹⁷, l'Autorité a estimé, dans la décision **10-D-13**¹⁸, que les pratiques en cause, mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs et localisées au port du Havre étaient susceptibles d'affecter le commerce intracommunautaire. En effet, ces pratiques concernaient les prestations de manutention portuaire qui ont pour objet

10. Voir décision 08-D-30 du 4 décembre 2008, confirmée par CA Paris, 24 novembre 2009.

11. Voir point 19 des lignes directrices.

12. Voir point 20 des lignes directrices.

13. Décision confirmée par CA Paris, 28 octobre 2010, Société Maquet SA.

14. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

15. Un recours a été formé contre cette décision.

16. Un recours a été formé contre cette décision.

17. Voir décision 09-D-36 du 9 décembre 2009, point 171; dans cette affaire l'application du droit communautaire a cependant été écartée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 23 septembre 2010.

18. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

d'assurer la mise à bord et le débarquement de marchandises à destination et en provenance notamment des autres ports de l'Union européenne.

Les pratiques reprochées portaient sur des services en lien direct avec l'activité de transport maritime de marchandises au sein de l'Union européenne et concernaient de nouveaux terminaux ayant vocation, à terme, à accueillir une part significative des échanges de marchandises entre les États membres de l'Union européenne. Dans ces conditions, l'Autorité a considéré que l'accord de répartition de clientèle qui visait à interdire à une société d'offrir ses services de manutention à certains armateurs pour leur activité de transport de conteneurs sur des lignes au départ et à destination du port du Havre et des autres ports de l'Union européenne avait nécessairement pour effet de perturber le courant des échanges à l'intérieur du marché commun.

Dans cette affaire, l'Autorité a également pris en considération les conditions concrètes de fonctionnement du marché et les effets, réels ou potentiels, des pratiques en cause sur la structure de la concurrence dans l'Union européenne¹⁹; elle a notamment estimé, à ce titre, que l'accord de partage de capacité reproché aurait pu empêcher des opérateurs concurrents provenant des autres États membres de l'Union européenne d'offrir leurs services au port du Havre.

De même, dans la décision **10-D-19**, relative, notamment, à des ententes de partage de marchés dans le cadre d'appel d'offres en matière de gestion des réseaux de chaleur, l'Autorité a écarté l'argumentation selon laquelle ces pratiques, mises en œuvre sur des marchés de taille locale, n'auraient pu affecter le commerce entre États membres. Elle a au contraire fait valoir que, dans la mesure où des opérateurs de dimension européenne provenant des autres États membres étaient susceptibles de répondre aux appels d'offres lancés par la ville de Reims et par la communauté d'agglomération de Cergy-Pontoise, les pratiques en cause, si elles étaient constituées, pouvaient affecter le commerce intracommunautaire.

Pratiques couvrant l'ensemble du territoire national

Se référant aux lignes directrices de la Commission européenne relatives à la notion d'affectation du commerce (JOUE, 2004/C 101/07), l'Autorité a rappelé que des ententes horizontales couvrant l'ensemble d'un État membre sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres (**10-D-04**²⁰; **10-D-20**; **10-D-28**²¹; **10-D-35**; **10-D-39**). Il en est également ainsi en ce qui concerne les accords verticaux couvrant l'ensemble d'un État membre, notamment lorsque ceux-ci, par leur nature exclusive, rendent plus difficile aux entreprises d'autres États membres la pénétration du marché national en cause (effet d'éviction) (**10-D-32**)²².

De même, l'Autorité a considéré que le commerce entre États membres était sensiblement affecté s'agissant d'entreprises occupant une position dominante

19. Voir aussi décision 07-D-08 du 12 mars 2007, approuvée sur ce point par CA Paris, 6 mai 2008.

20. Décision confirmée par CA Paris, 28 octobre 2010, Société Maquet SA.

21. Un recours a été formé contre cette décision.

22. Un recours a été formé contre cette décision.

couvrant l'ensemble du territoire français et constituant une entrave abusive à l'entrée (10-D-07 ; 10-D-09 ; 10-D-17 ; 10-D-19 ; 10-D-29 ; 10-D-32²³ ; 10-D-39).

Prescription

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

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

Application du régime de prescription de cinq ans

Dans la décision 10-D-19, l'Autorité a fait une application immédiate du régime de prescription quinquennale à des faits concernant un appel d'offres pour une délégation de service public de production, transport et distribution de chaleur pour lesquels l'ancienne prescription triennale n'était pas acquise à la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 (soit le 6 novembre 2004)²⁴.

Décompte du délai de prescription

Dans la décision 10-D-19, l'Autorité a rappelé sa pratique décisionnelle selon laquelle la pratique illicite d'entente sur appel d'offres est constituée par la remise des offres faites par les entreprises, c'est-à-dire, au plus tard, à la date de clôture de l'appel d'offres²⁵ et que la saisine de l'Autorité de la concurrence par une entreprise interrompt le cours de la prescription²⁶.

Cette interruption a une portée générale, dans la mesure où « *un acte tendant à la recherche, la constatation ou la sanction de pratiques anticoncurrentielles, même s'il ne vise qu' [...] une partie seulement des faits commis, interrompt la prescription [...] pour l'ensemble des faits dénoncés dès lors que ceux-ci présentent entre eux un lien de connexité* » (arrêt de la cour d'appel de Paris, Guerlain et a. du 26 juin 2007).

En l'espèce, les faits, relatifs à la procédure de délégation de service public pour la production, le transport et la distribution de chaleur par la ville de Reims, reprochés dans la notification des griefs, n'étaient pas atteints par la prescription.

23. Un recours a été formé contre cette décision.

24. Analyse de principe approuvée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 12 décembre 2006, Toffolutti SA.

25. Voir aussi décision 07-D-11 du 28 mars 2007, relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion de marchés publics de travaux routiers passés par le Conseil général de la Marne, la ville de Reims et le district de Reims.

26. Voir arrêt CA Paris, 11 septembre 2001, ordre des avocats de Nice.

Articulation avec une procédure pénale

Dans la décision **10-D-39**, l'Autorité a rappelé que la procédure suivie par l'Autorité de la concurrence est autonome par rapport à celle menée par les juridictions pénales ; elle est donc habilitée à sanctionner des entreprises sur le fondement de pièces communiquées par un juge d'instruction alors même qu'un non-lieu aurait été rendu en matière pénale²⁷.

De plus, en ce qui concerne des pratiques anticoncurrentielles à caractère continu, comme par exemple en l'espèce, s'agissant d'un cartel dans le secteur de la signalisation verticale mis en œuvre de façon continue pendant dix ans, il est rappelé qu'il convient de les distinguer des infractions à caractère instantané. Dans le premier cas, le délai de prescription ne commence à courir qu'à compter du jour où l'infraction a pris fin.

Déroulement de la procédure

Enquête administrative

Contestation de la régularité de l'ordonnance juridictionnelle autorisant les opérations de visite et de saisie

Dans la décision **10-D-13**²⁸, l'Autorité a écarté l'argument de certaines parties qui critiquaient l'absence de visites et saisies dans les locaux d'une autre société, en constatant que cet argument consistait en réalité à remettre en cause le contenu de l'ordonnance de visites et saisies rendue par le juge des libertés et de la détention ; or, dans l'arrêt Righini et Berkvens France, du 16 juin 2004, la Cour de cassation a jugé qu'une société qui a fait l'objet d'opérations de visites et saisies « *est sans qualité pour critiquer l'ordonnance [du juge des libertés et de la détention] en ce qu'elle n'a pas étendu à une autre société les mesures de visites et de saisies de documents qu'elle autorisait* ».

Dans la décision **10-D-26**, l'Autorité a rappelé que l'article L. 450-4, dans sa rédaction postérieure à la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, ne donne pas compétence au Conseil, et désormais à l'Autorité, pour apprécier la régularité des opérations effectuées en exécution des ordonnances du juge des libertés et de la détention autorisant les visites et saisies.

Loyauté des preuves

Dans la décision **10-D-11**, l'Autorité a écarté l'allégation de manquements des enquêteurs au principe de loyauté en relevant qu'en l'espèce, les procès-verbaux réalisés par les enquêteurs mentionnaient clairement l'objet de leur enquête, qui était « *relative à la vérification du respect des dispositions du livre IV du Code de commerce dans le cadre des relations entre les ophtalmologistes, les opticiens et certaines*

27. Voir arrêt CA Paris, 13 octobre 2009, Spic.

28. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

sociétés d'assurance maladie, et notamment les propositions de remboursement faites par la MAAF à ses adhérents».

Il ne pouvait donc être prétendu que les personnes interrogées avaient été induites en erreur sur la nature réelle de l'enquête, étant rappelé qu'aux termes de la jurisprudence « *Bec Frères* » de la Cour de cassation, du 20 novembre 2001, « *la mention pré-imprimée sur le procès-verbal selon laquelle l'objet de l'enquête a été porté à la connaissance de la personne entendue suffit à justifier, jusqu'à preuve du contraire, de l'indication de cet objet* ».

Procédure suivie devant l'Autorité

Règles régissant la procédure devant l'Autorité

Saisine de l'Autorité

Qualité et intérêt pour agir du saisissant

Dans la décision **10-D-08**, l'Autorité a écarté l'irrecevabilité alléguée de la saisine du Syndicat de l'épicerie française et de l'alimentation générale (SEFAG), au motif que ce syndicat était en charge des intérêts matériels et moraux de la profession de commerçant en alimentation et qu'en l'espèce, les pratiques dénoncées visant à restreindre la liberté commerciale des franchisés du groupe Carrefour, dont l'activité est la distribution alimentaire de proximité, ainsi qu'à entraver la fluidité interenseignes des commerçants indépendants dans ce secteur, étaient bien de nature à porter atteinte aux intérêts dont le SEFAG a la charge, conformément aux termes de l'article L. 462-5 du Code de commerce, dans sa version antérieure à l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008.

Objet de la saisine

Dans la décision **10-D-25**, relative à des pratiques ayant consisté à refuser l'accès d'un médecin radiologue à des vacations d'IRM et de scanner dans un centre hospitalier, l'Autorité de la concurrence a rappelé sa compétence pour connaître de tout comportement susceptible d'être contraire au droit de la concurrence, que cette pratique résulte ou non d'une décision formelle.

Étendue de la saisine

Selon une jurisprudence constante, l'Autorité de la concurrence, qui est saisie *in rem* de l'ensemble des faits et pratiques affectant le fonctionnement d'un marché et n'est pas liée par les demandes et qualifications de la partie saisissante, peut, sans avoir à se saisir d'office, retenir les pratiques révélées par les investigations auxquelles elle a procédé à la suite de sa saisine, qui quoique non visées expressément dans celle-ci, ont le même objet ou le même effet que celles qui lui ont été dénoncées; elle peut également retenir, parmi ces pratiques, celles qui se sont poursuivies après sa saisine (voir arrêts CA Paris, société J.-C. Decaux du 22 février 2005 et SA Le Foll TP du 30 janvier 2007).

Dans la décision **10-D-12**, l'Autorité, après avoir rappelé ce principe, a constaté qu'il n'en était pas de même lorsqu'une infraction révélée au cours des investigations est sanctionnée selon des règles de procédure distinctes de celles qui répriment les pratiques visées par la saisine.

Or, en l'espèce, le rapport des services d'instruction proposait à l'Autorité de sanctionner la société poursuivie pour n'avoir pas respecté une injonction prononcée à son encontre par une décision antérieure, en application des dispositions de l'article L. 464-3 du Code de commerce, alors que le plaignant avait saisi l'Autorité de diverses pratiques sur le seul fondement des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du même code, en vue d'une sanction régie par les dispositions de l'article L. 464-2.

L'Autorité a donc considéré qu'il appartenait au rapporteur général de lui proposer de se saisir d'office de l'examen du respect de l'injonction, dans les conditions prévues à l'article L. 462-5 du Code de commerce, ce qu'il n'avait pas fait en l'espèce si bien qu'elle ne pouvait statuer sur cette question dans le cadre de la présente affaire.

Pièces écartées des débats

Dans la décision **10-D-14**²⁹, l'Autorité a écarté des débats plusieurs documents qui avaient été saisis par un huissier de justice dans les locaux d'une des entreprises mises en cause, en application de deux ordonnances du président du tribunal de commerce de Marseille, rendues en 2007 sur le fondement de l'article 145 du Nouveau code de procédure civile, dans le contexte d'un litige commercial entre cette entreprise et l'entreprise plaignante. La plaignante avait produit ces pièces en annexe de sa saisine, alors que le président du tribunal de commerce avait prononcé la rétractation des deux ordonnances, laquelle avait été confirmée par la cour d'appel d'Aix-en-Provence.

Dans la décision **10-D-19**, l'Autorité a écarté de la procédure un avis de clémence rendu par le Conseil de la concurrence dans une affaire étrangère à ce dossier, qui avait été versé aux débats par le conseil d'une entreprise mise en cause au soutien de son argumentation dans le cadre d'une discussion sur le bien-fondé d'un grief.

L'Autorité rappelle qu'un avis de clémence est un document strictement confidentiel qui ne doit être communiqué qu'aux personnes limitativement énumérées au IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce, et ce quand bien même il aurait été anonymisé et ne concernerait qu'une appréciation du Conseil de la concurrence sur la valeur des preuves.

En effet, la confidentialité attachée à ce document est indispensable au bon fonctionnement de la procédure de clémence puisque soit l'avis est favorable et, dans ce cas, il précède la mise en œuvre de mesures d'investigations qui doivent rester secrètes soit l'avis est défavorable, notamment pour insuffisance de preuves, et l'entreprise demanderesse doit pouvoir encore disposer de la possibilité de renouveler sa démarche sur la base d'éléments de preuve supplémentaires, tout en se voyant

²⁹. Décision confirmée par CA Paris, 2 décembre 2010, SA Euro Power Technology.

garantir la confidentialité. En outre, un avis de clémence n'a pas pour objet de qualifier une pratique au regard du droit de la concurrence mais vise seulement à préciser les conditions dans lesquelles l'entreprise ou l'organisme à l'initiative de la demande de clémence peut bénéficier d'une dispense ou d'une réduction de sanction dans le cadre de la dénonciation à l'Autorité de la concurrence d'une pratique d'entente anticoncurrentielle; il ne s'insère donc pas dans la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence sur les pratiques anticoncurrentielles.

Examen de la recevabilité des mesures conservatoires

L'article R. 464-1 du Code de commerce énonce que « *la demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article L. 464-1 du Code de commerce ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond de l'Autorité de la concurrence. Elle peut être présentée à tout moment de la procédure et doit être motivée* ».

Une demande de mesures conservatoires ne peut donc être examinée que pour autant que la saisine au fond ne soit pas irrecevable ou ne soit pas rejetée faute d'éléments suffisamment probants, en application, respectivement, des alinéas 1 et 2 de l'article L. 462-8 du Code de commerce³⁰ (**10-D-14**³¹; **10-D-24**³²).

Sur les conditions d'octroi voir le chapitre sur « *Les mesures conservatoires* ».

Instruction

Décisions de jonction/disjonction

Aux termes de l'article R. 463-3 du Code de commerce : « *Le rapporteur général ou un rapporteur général adjoint peut [...] procéder à la disjonction de l'instruction d'une saisine en plusieurs affaires.* »

Dans la décision **10-D-32**³³, l'Autorité a déclaré les parties irrecevables à critiquer une décision de disjonction, après avoir rappelé la jurisprudence de la cour d'appel de Paris qui a jugé que les décisions prises en application de ce texte constituaient des décisions insusceptibles de recours, et que les moyens visant à contester la disjonction opérée étaient irrecevables à l'appui d'un recours dirigé contre la décision au fond du Conseil de la concurrence (voir aussi CA Paris, 29 juin 2004, Syndicat des professionnels européens de l'automobile, confirmé par Cass. com, 17 janvier 2006).

La notification des griefs

L'Autorité a écarté à plusieurs reprises le moyen tiré de l'imprécision alléguée de la notification des griefs.

30. « *L'Autorité de la concurrence peut déclarer [...] la saisine irrecevable pour défaut d'intérêt ou de qualité à agir de l'auteur de celle-ci, ou si les faits sont prescrits au sens de l'article L. 462-7, ou si elle estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence* ». « *Elle peut aussi rejeter la saisine [...] lorsqu'elle estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants* ».

31. Décision confirmée par CA Paris, 2 décembre 2010, SA Euro Power Technology.

32. Décision confirmée par CA Paris, 27 janvier 2011.

33. Un recours a été formé contre cette décision.

Elle a ainsi rappelé qu'il s'agit d'un document synthétique qui définit l'accusation, contient une description précise des faits reprochés, leur date, leur imputabilité et leur qualification, puis reprend, *in fine*, en les résumant, la rédaction des griefs eux-mêmes dans une formule concise. Le fait que la notification des griefs ne cite pas tous les faits et indices qui n'ont pas été retenus comme indices des pratiques concurrentielles ne peut faire grief aux entreprises dès lors qu'elles ont eu accès à l'ensemble de la procédure, ni démontrer la partialité du rapporteur, lequel fonde la notification des griefs sur les faits qui lui paraissent de nature à en établir le bien-fondé (10-D-11).

La notification des griefs n'a pas non plus à répondre à tous les arguments développés par les parties (10-D-08) et selon une jurisprudence constante, les griefs énoncés doivent être interprétés par référence aux développements préalables du rapporteur (10-D-39).

Dans la décision 10-D-28³⁴, relative à une entente dans le secteur bancaire, l'Autorité a écarté le moyen tiré de l'imprécision des griefs notifiés soulevé par une banque qui, d'une part, soutenait que la notification des griefs aurait dû indiquer précisément si l'entente était reprochée en raison de son objet anticoncurrentiel et/ou de ses effets et, d'autre part, se plaignait de n'avoir appris qu'au stade du rapport des services d'instruction que c'était à raison de son objet que l'entente était poursuivie.

L'Autorité a considéré que ce moyen manquait en fait puisqu'au cas d'espèce, la notification des griefs visait expressément dans ses motifs tant l'objet que l'effet anticoncurrentiel des pratiques d'ententes reprochées.

Elle a en outre constaté que si les services d'instruction ont ensuite concentré leur argumentation sur l'objet anticoncurrentiel des pratiques, au stade du rapport, cette circonstance n'avait pas eu pour effet de porter atteinte aux droits de la défense des parties mises en cause. Il résulte en effet du caractère contradictoire de la procédure que l'analyse faite dans le rapport peut évoluer par rapport à celle développée dans la notification des griefs. La jurisprudence de la cour d'appel de Paris admet d'ailleurs que soit utilisé tout élément de preuve qui a fait l'objet d'un débat contradictoire, y compris lorsqu'il est présenté après la notification des griefs et a jugé qu'une entreprise pouvait être sanctionnée à raison d'un grief dont le rapporteur a proposé l'abandon partiel au stade du rapport, sans que les droits de la défense soient méconnus, dès lors que les parties ont pu, dans le détail, contester la matérialité des faits relevés par les services d'instruction, la qualification qui leur a été attribuée et l'imputation qui en a été faite (voir aussi 10-D-32³⁵).

Enfin, dans les décisions 10-D-08 et 10-D-13³⁶, l'Autorité a estimé que lorsque l'affaire résulte d'une saisine directe par une entreprise et que des griefs sont notifiés, il est inévitable que la position du rapporteur soit, dans une certaine mesure, proche de celle du plaignant, ce qui ne peut être, à soi seul, un indice de partialité.

34. Un recours a été formé contre cette décision.

35. Un recours a été formé contre cette décision.

36. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

La durée de la procédure (le délai raisonnable)

Dans la décision **10-D-28**³⁷, relative à une entente dans le secteur bancaire, l'Autorité a rappelé, d'une part, que le délai raisonnable doit s'apprécier au regard de l'ampleur et de la complexité de la procédure et qu'aux termes de la jurisprudence communautaire « *le caractère raisonnable d'un délai ne saurait être examiné par référence à une limite maximale précise, déterminée de manière abstraite, mais doit être apprécié dans chaque espèce en fonction des circonstances de la cause* »³⁸.

D'autre part, la sanction qui s'attache à la violation de l'obligation de se prononcer dans un délai raisonnable n'est pas l'annulation de la procédure, mais la réparation du préjudice résultant éventuellement du dommage subi, sous réserve toutefois que la conduite de la procédure n'ait pas irrémédiablement privé les entreprises mises en cause des moyens de se défendre, de telles circonstances devant être appréciées *in concreto* (en ce sens, notamment, CA Paris, 29 janvier 2008, Le Goff Confort SAS). À cet égard, l'Autorité s'est référée à la jurisprudence nationale et communautaire qui précise que « *l'examen de l'éventuelle entrave à l'exercice des droits de la défense ne doit pas être limité à la phase même dans laquelle ces droits produisent leur plein effet, à savoir la seconde phase de la procédure administrative que l'appréciation de la source de l'éventuel affaiblissement de l'efficacité des droits de la défense doit s'étendre à l'ensemble de cette procédure en se référant à la durée totale de celle-ci, enquête comprise* »³⁹.

Les juridictions nationales et communautaire ont ainsi jugé qu'il incombe aux entreprises concernées d'établir que, à la date de la communication des griefs, leurs possibilités de réfuter ceux-ci étaient limitées à cause de la durée excessive de la procédure antérieure d'enquête.

En l'espèce, la procédure a impliqué des notifications de griefs à 12 établissements de crédits, un dossier de 40 000 pièces, de multiples investigations auprès des établissements bancaires et auprès de sociétés clientes remettantes de chèques, plus de quarante auditions menées par les services d'instruction du Conseil de la concurrence, un sondage d'une ampleur sans précédent auprès de sept cents entreprises pour relever les conditions bancaires applicables à leurs opérations de remises de chèques pour la période de six ans, et des études économiques poussées.

De plus, l'Autorité a précisé que les parties ont pu bénéficier des délais prévus par l'article L. 463-2 du Code de commerce pour faire valoir leurs observations et que les actes d'instruction qui ont eu pour effet d'allonger la phase contradictoire de la procédure (désignation d'un expert, envoi d'un rapport complémentaire) ont été diligents afin de respecter au mieux les droits des parties tant pour l'établissement des faits que pour la mise en œuvre du principe de contradiction.

37. Un recours a été formé contre cette décision.

38. CJCE, 15 octobre 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e. a. c/Commission, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à C-252/99 P et C-254/99 P, Rec. p. I-8375, point 192.

39. Voir CA Paris, 10 novembre 2009, Beauté Prestige International SA et CA Paris, 23 mars 2010, Gaz et électricité de Grenoble.

Eu égard à l'ampleur et la complexité de l'affaire, l'Autorité a donc estimé que la durée de la procédure n'apparaissait pas excessive.

En tout état de cause, l'Autorité a considéré que la possibilité pour les entreprises mises en cause de se défendre contre les faits qui leur étaient reprochés n'avait pas été affectée par la durée de la procédure.

En effet, la prudence commandait aux banques de conserver toute preuve de nature à établir la licéité de leurs pratiques jusqu'à la fin de la prescription fixée par l'article L. 462-7 du Code de commerce, dont le délai a été porté de trois ans à cinq ans par l'ordonnance du 4 novembre 2004, et ce d'autant plus qu'elles avaient eu connaissance de l'enquête dont elles faisaient l'objet alors que les pratiques en cause n'avaient pas encore cessé. À cet égard, l'Autorité a constaté que les circonstances de l'espèce se distinguaient nettement de celles de l'affaire « *parfumerie de luxe* », qui a donné lieu à un arrêt de la cour d'appel de Paris du 10 novembre 2009, invoqué par les parties, dans laquelle les pratiques sanctionnées avaient cessé depuis cinq ans à la date des premières auditions formelles des services d'instruction du Conseil.

En outre, l'Autorité a écarté l'argument des parties selon lequel les changements de personnel intervenus durant les années de procédure les auraient privées de la possibilité de faire valoir leurs témoignages et de se défendre utilement, en rappelant que la Cour de cassation considère que les entreprises sont responsables de la déperdition éventuelle des preuves qu'elles entendaient faire valoir tant que la prescription n'est pas acquise et que les motifs d'ordre interne à l'entreprise incriminée sont indifférents.

Enfin, il a été relevé que les banques visées par les griefs devaient en tout état de cause, en vertu du devoir général de prudence, conserver leurs documents commerciaux pendant une durée de dix ans, en vertu des dispositions des articles L. 110-4 et L. 123-22 du Code de commerce.

Formalisme des témoignages

Dans la décision **10-D-28**⁴⁰, il a été rappelé que le régime en matière de preuve devant l'Autorité de la concurrence n'implique pas de formalisme.

Des banques mises en cause reprochaient aux rapporteurs d'avoir collecté des informations au moyen de conversations téléphoniques, dont le contenu avait été reporté, sans transcrire les questions posées, dans un message électronique à destination des déclarants, en méconnaissance des dispositions de l'article R. 463-6 du Code de commerce.

L'Autorité a écarté ces critiques en rappelant que si les articles L. 450-2 et R. 463-6 du Code de commerce prévoient que les informations recueillies dans le cadre d'une enquête donnent lieu à l'établissement de procès-verbaux, ils n'imposent pas de formalisme particulier pour leur présentation, dès lors que la régularité de

40. Un recours a été formé contre cette décision.

la communication aux services d'instruction des informations en cause peut être établie et que celles-ci sont soumises au débat contradictoire.

En l'espèce, l'Autorité a constaté que les informations recueillies par les rapporteurs avaient été transcrites et transmises aux entreprises interrogées sous forme de courriers électroniques qui permettaient d'établir la date de l'entretien et l'identité des entreprises concernées et que l'exactitude des informations transmises avait été confirmée par retour de courriel, à de nombreuses reprises le jour même de la communication des déclarations ; ainsi l'Autorité a estimé que le support électronique utilisé par les rapporteurs pour procéder au recueil des informations en cause et à leur confirmation par les personnes entendues permettait effectivement d'établir l'origine, l'exactitude et la régularité des communications en litige (voir aussi la décision 09-D-28, 12 mars 2007, § 65).

En outre, se référant à la jurisprudence de la cour d'appel de Paris, l'Autorité a considéré que l'absence de reproduction des questions posées dans les courriers électroniques envoyés aux entreprises était sans incidence sur la validité de ces documents, puisqu'aucun texte n'impose la transcription des questions posées à l'occasion des auditions réalisées dans le cadre des investigations de l'Autorité de la concurrence⁴¹.

Régularité de l'expertise

Dispositions applicables à l'expertise

Dans la décision **10-D-28**⁴², l'Autorité a écarté comme inopérant le moyen tiré d'une prétendue méconnaissance de l'article 160 du Code de procédure civile, après avoir rappelé que l'expertise ordonnée dans le cadre d'une instruction menée par les services de l'Autorité de la concurrence est régie par les dispositions spéciales des articles L. 463-8 et R. 463-16 du Code de commerce. Elle se réfère en outre sur ce point à la cour d'appel de Paris qui a jugé que « *les dispositions du Code de procédure civile, qui ont essentiellement pour objet de définir les conditions dans lesquelles une partie peut obtenir du juge une décision sur le bien fondé d'une prétention dirigée contre une autre partie et reposant sur la reconnaissance d'un droit subjectif, ne s'appliquent pas à la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence qui, dans le cadre de sa mission de protection de l'ordre public économique, exerce des poursuites à des fins répressives le conduisant à prononcer des sanctions punitives* » (CA Paris, 29 avril 2009, Philips France⁴³).

Définition et accomplissement d'une mission d'expertise

Dans la même décision, l'Autorité a rappelé que les articles L. 463-8 et R. 463-16 du Code de commerce ne prévoyaient pas la consultation des parties quant à la définition de la mission de l'expert puisqu'aux termes de ces dispositions seul le « *déroulement des opérations d'expertise* » se fait de façon contradictoire ; la modification

41. Voir CA Paris, 19 juin 2007, Philips France.

42. Un recours a été formé contre cette décision.

43. Arrêt cassé par Cass. ass. plén., 7 janvier 2011, n° 09-14.316 et 09-14.667, Philips France.

de la définition de l'objet de l'expertise sans consultation préalable des parties, que critiquaient ces dernières, est ainsi sans incidence sur sa régularité.

L'Autorité relève d'ailleurs que la procédure suivie au cas d'espèce a offert aux parties des garanties particulièrement favorables, excédant les exigences du Code de commerce, en leur permettant de présenter des observations sur l'objet de l'expertise, qui visait à certifier la sincérité de l'agrégation de données confidentielles par les services d'instruction.

En outre, la circonstance alléguée par les parties que l'expert n'aurait pas accompli la totalité de sa mission, n'est pas de nature à justifier l'annulation du rapport d'expertise, les parties, comme le rapporteur, conservant la possibilité de solliciter du rapporteur général une nouvelle expertise en application de l'article L. 463-8 du Code de commerce.⁴⁴

Enfin, l'Autorité a constaté que, contrairement à ce qui était soutenu, la convocation des parties par l'expert n'était pas obligatoire puisque l'article R. 463-16 du Code de commerce prévoit que « *le ou les experts doivent prendre en considération les observations des parties, qui peuvent être adressées par écrit ou être recueillies oralement, et doivent les joindre à leur rapport si elles sont écrites et si la partie concernée le demande. Ils doivent faire mention, dans leur rapport, de la suite qu'ils leur ont donnée* » ; elle a observé qu'en tout état de cause, les parties avaient, en l'espèce, été convoquées par l'expert afin de pouvoir présenter leurs observations oralement.

Relations entre l'expert et les rapporteurs

Toujours dans la décision **10-D-28**⁴⁵, l'Autorité a estimé que les relations entre l'expert et les rapporteurs, critiquées par les parties, n'étaient pas de nature à remettre en cause la validité de l'expertise, et s'est référée à la jurisprudence de la cour d'appel de Paris aux termes de laquelle le rapporteur n'est pas dessaisi pendant le cours de l'expertise ; s'il rencontre des difficultés dans l'accomplissement de sa mission, l'expert a la faculté de s'en ouvrir à celui-ci qui est autorisé à lui donner un avis sur l'orientation de ses travaux, étant toutefois précisé que cet avis ne saurait lier l'expert.

Au cas d'espèce, l'Autorité a constaté que les rapporteurs avaient seulement fourni à l'expert des tableaux des données nécessaires à son travail sans lui donner un avis quant à l'orientation de ses travaux, et que dans le cadre du débat contradictoire, ils avaient répondu au prérapport d'expertise et à certaines questions de l'expert, par des remarques transmises à l'intégralité des parties concernées.

Consultation d'autorités administratives

L'article R. 463-9 du Code de commerce impose au rapporteur général de l'Autorité de la concurrence de communiquer aux autorités administratives concernées toute saisine relative à des secteurs entrant dans leur champ de compétence. Ces autorités disposent pour faire part de leurs observations éventuelles d'un délai de

44. Voir CA Paris, 28 juin 2005, Société Vedettes Inter-îles Vendéennes, non cassé sur ce point.

45. Un recours a été formé contre cette décision.

deux mois, qui peut être réduit par le rapporteur général si l'urgence le nécessite. Ces observations sont jointes au dossier.

S'agissant du caractère prétendument tardif de l'information des organismes concernés, l'Autorité, dans les décisions **10-D-28**⁴⁶ et **10-D-32**⁴⁷, a notamment rappelé, la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle « l'article 16 du décret du 29 décembre 1986 [devenu l'article R. 463-9 du Code de commerce] ne précise pas le moment auquel la saisine doit être communiquée à l'autorité administrative concernée, n'impose pas que l'avis de cette dernière soit sollicité dès le stade de la saisine du Conseil et qu'il suffit que cette disposition soit mise en œuvre dans des conditions compatibles avec le respect du caractère contradictoire de la procédure devant le Conseil, la cour d'appel, qui observe que le Conseil a estimé, en l'espèce, qu'il convenait de transmettre outre l'acte de la saisine dont il avait pris l'initiative, la notification des griefs, document propre à favoriser l'émission d'un avis éclairé par cette autorité, et qu'il n'a pas été porté atteinte aux droits de la défense en procédant à cette formalité le 27 novembre 1998 dès lors que celle-ci a été accomplie avant la notification du rapport, a statué à bon droit » (Cass. com., 23 juin 2004, n^{os} 01-17.896 et 02-10.066).

Dans la décision **10-D-28**⁴⁸, l'Autorité a estimé que le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article R. 463-9 du Code de commerce manquait en fait et devait être écarté. En l'espèce, s'agissant d'une saisine d'office, la communication de la notification des griefs avait permis à la Commission bancaire de disposer des informations de nature à lui permettre d'émettre un avis éclairé. En outre, l'avis de la Commission bancaire avait été soumis au contradictoire et les parties avaient pu en tenir compte pour produire leurs observations écrites dans le délai légal de deux mois.

Dans la décision **10-D-32**⁴⁹, l'Autorité a constaté que les avis de l'ARCEP et du CSA avaient été soumis au contradictoire et que les parties n'étaient pas fondées à se plaindre d'une méconnaissance de leurs droits de la défense sur ce point. Elle a écarté le moyen tiré de l'absence d'accord écrit des parties pour procéder à la saisine des autorités sectorielles, au motif que les parties avaient exprimé leur accord oral pour suivre cette procédure et qu'en tout état de cause aucune atteinte concrète aux droits de la défense découlant de cette situation n'était établie, étant rappelé qu'aucun texte n'impose l'accord écrit préalable des parties avant la communication d'une saisine aux autorités sectorielles, dès lors que cette communication résulte d'une obligation légale, qui s'impose à l'Autorité de la concurrence en vertu des dispositions précitées de l'article R. 463-9 du Code de commerce.

46. Un recours a été formé contre cette décision.

47. Un recours a été formé contre cette décision.

48. Un recours a été formé contre cette décision.

49. Un recours a été formé contre cette décision.

Lien entre l'instruction du rapporteur et une affaire pénale

Accès par le rapporteur aux pièces pénales (article L. 463-5 du Code de commerce)

Dans la décision **10-D-39**, l'Autorité a rejeté l'argumentation d'une partie qui soutenait qu'étaient irrégulières les conditions dans lesquelles les pièces du dossier pénal avaient été communiquées au rapporteur (durée prétendument prolongée de la communication, présence du rapporteur et du commissaire de la DGCCRF dans le bureau du juge d'instruction faisant peser un « *souçon de partialité* » de la décision de sélection des documents).

L'Autorité a relevé que les procès-verbaux de communication des pièces pénales, cosignés par le juge d'instruction et le rapporteur et qui décrivaient son déroulement dans des conditions conformes aux dispositions de l'article L. 463-5 du Code de commerce, n'avaient jamais été contestés par les parties.

Elle a rappelé que la Cour de cassation considère, d'une part, que ni l'article L. 463-5 du Code de commerce, ni le Code de procédure pénale n'impose de forme particulière à la communication par le juge d'instruction au rapporteur de l'Autorité de pièces de l'instruction pénale ayant un lien direct avec les faits dont est saisi le Conseil, et, d'autre part, qu'aucune irrégularité ne saurait résulter de ce que, à la suite de la demande de l'Autorité, le juge d'instruction a informé le rapporteur qu'il pouvait prendre connaissance du dossier puis lui a transmis les pièces demandées après s'être assuré de leur relation directe avec les faits dont le Conseil était saisi (Cass. com., 13 octobre 2009, Colas Île-de-France Normandie et Spie).

Ainsi, en tout état de cause, l'Autorité a observé que « *rien n'empêche le rapporteur de prendre connaissance du dossier dans le cabinet du juge d'instruction et de demander la communication des pièces qu'il estime en relation directe avec les faits dont l'Autorité est saisie. Il appartient alors au juge d'instruction de vérifier que cette relation directe existe bien et, le cas échéant, de communiquer d'autres pièces ayant la même relation, que le rapporteur n'aurait pas identifiées* » (§ 157). En l'occurrence, les conditions légales ont été respectées, la durée de la communication pouvant s'expliquer par la lourdeur du dossier et les conditions matérielles des opérations (désarchivage, photocopies, certification par la greffière de chacune des pièces sélectionnées par le juge).

Par ailleurs, il était soutenu qu'au moment des faits, l'article L. 463-5 du Code de commerce n'ouvrait la possibilité de communication par le magistrat que de « *procès-verbaux et de rapports d'enquête ayant un lien direct avec les faits dont le Conseil est saisi* », si bien que la communication d'autres pièces, en particulier des scellés, serait illégale ; le caractère non rétroactif de l'ordonnance du 13 novembre 2008, qui a permis que d'« *autres pièces de l'instruction pénale* » puissent être communiquées, s'opposerait donc à la présence de ces pièces au dossier.

L'Autorité a écarté cet argument en rappelant qu'avant même l'adoption de l'ordonnance du 13 novembre 2008, le Conseil de la concurrence avait considéré qu'il était utile que les procès-verbaux et rapports d'enquête soient accompagnés des pièces « *nécessaires à leur exploitation* » comme les scellés et autres pièces saisies

par le juge d'instruction au cours de ses investigations⁵⁰. Cette position avait été confirmée par la Cour de cassation, la modification de l'article L. 463-5 du Code de commerce par ladite ordonnance n'ayant fait que préciser les termes de cette disposition sans en modifier la portée⁵¹.

Utilisation des pièces pénales

Dans la même décision, l'Autorité a écarté le moyen tiré de la non-conformité de l'article L. 463-5 du Code de commerce aux exigences de l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH.

Il était soutenu, d'une part, que le fait que la partie poursuivie n'ait pas elle-même la faculté de demander au juge d'instruction les pièces du dossier pénal romprait le principe de l'égalité des armes et, d'autre part, que ledit article ne prévoit aucune modalité de recours, que ce soit en ce qui concerne le champ de la communication des pièces à charge et à décharge ou que ce soit sur la régularité de la communication elle-même.

L'Autorité a constaté que telle n'était cependant pas la position de la Cour de cassation⁵². En l'espèce, en outre, une fois les griefs notifiés, les éléments sur lesquels le rapporteur s'est fondé pour établir ces griefs ont en tout état de cause été accessibles aux sociétés intéressées dans le cadre de l'ouverture de la procédure contradictoire prévue à l'article L. 463-2 du Code de commerce.

Contradictoire, droits de la défense, égalité des armes, impartialité, loyauté, séparation des autorités d'instruction et de décision

Accès au dossier/droits de la défense

Dans la décision **10-D-13**⁵³, l'Autorité de la concurrence a rappelé que la réalisation et l'envoi d'un CD-Rom au stade de la notification des griefs ne sont qu'une facilité supplémentaire offerte aux entreprises qui conservent la possibilité de venir consulter le dossier à l'Autorité⁵⁴; par conséquent, toute difficulté rencontrée par l'une d'elles pour accéder à partir du CD-Rom à certaines pièces du dossier ne caractérise pas en elle-même une atteinte au droit d'accès au dossier.

Dans la décision **10-D-28**⁵⁵, relative à une entente dans le secteur bancaire, l'Autorité de la concurrence a écarté le moyen tiré d'une atteinte au principe du contradictoire et au principe de l'égalité des armes soulevé par des banques qui estimaient que des pièces sur lesquelles le rapporteur s'était fondé pour établir des griefs auraient dû leur être communiquées lors de la notification de ces derniers, faisant valoir que cette situation les avait privés de la possibilité de bénéficier des deux tours de contradictoire prévus par la loi.

50. Voir décision 05-D-69 du 15 décembre 2005, § 144 et 145.

51. Voir Cass. com., 15 janvier 2008, Colas Île-de-France Normandie.

52. Voir Cass. com., 15 janvier 2008, Colas Île-de-France Normandie et 13 octobre 2009, Spie.

53. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

54. Voir aussi décision 07-D-50 du 20 décembre 2007.

55. Un recours a été formé contre cette décision.

Les pièces litigieuses consistaient en un sondage relatif aux prix facturés par les banques à leurs entreprises clientes de 2000 à 2006 et une « *liste des 104 conditions* » représentant un échantillon de réponses au sondage de prix, jugé exploitable par le rapporteur au début de l'instruction, pour observer l'évolution tarifaire sur le marché de la remise de chèques. Cette liste a par la suite évolué afin de tenir compte des informations transmises par les parties dans le cadre du débat contradictoire et des résultats de l'expertise. Or, la notification des griefs avait analysé les résultats du sondage de prix alors même que les données de cette enquête étaient classées en annexe confidentielle et que les parties n'y avaient donc pas eu immédiatement accès.

L'Autorité a préalablement rappelé la jurisprudence constante aux termes de laquelle le principe du contradictoire est respecté lorsque les parties ont disposé, à compter de la notification des griefs, de la faculté de consulter l'ensemble des pièces ayant servi à établir les griefs notifiés, le respect de ces principes étant apprécié *in concreto* (voir aussi **10-D-32**⁵⁶, 16 novembre 2010). Elle a souligné notamment que le juge communautaire n'a admis aucun délai impératif en matière d'accès au dossier, pourvu que les mis en cause aient pu discuter les éléments de preuve. En l'espèce, après avoir analysé les circonstances de l'espèce, l'Autorité a relevé que les données en cause ont fait l'objet de déclassements à des stades ultérieurs de la procédure, et ont ainsi été proposées à la consultation et soumises à la contradiction des parties poursuivies.

Elle a également considéré que les banques avaient nécessairement connaissance de leurs propres données figurant dans le sondage puisqu'il s'agissait de conditions tarifaires qu'elles avaient elles-mêmes négocié et ce d'autant que, dès la notification des griefs, le rapporteur leur avait transmis la liste des entreprises interrogées, un exemplaire du questionnaire et la copie des réponses au questionnaire les concernant, permettant ainsi aux parties de vérifier l'exactitude des données y figurant et de présenter leurs observations à ce sujet.

S'agissant des données des banques concurrentes, leur communication a été décidée par le président de l'Autorité selon des modalités aménagées et les parties ont ainsi bénéficié à deux reprises du délai de deux mois prévu par l'article L. 463-2 du Code de commerce pour faire valoir leurs observations.

Enfin, l'Autorité de la concurrence a écarté l'argument des parties selon lequel la communication tardive du sondage de prix les aurait privées de la possibilité de demander le bénéfice de la procédure de non-contestation des griefs.

Elle a rappelé que dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs, le rapporteur général propose un pourcentage de réduction de la sanction encourue, sans préjudice du débat, ouvert aux parties, portant sur l'importance du dommage à l'économie ; ainsi les services d'instruction n'étaient pas tenus d'effectuer, au stade de la notification des griefs, une évaluation quantifiée du dommage à l'économie à seule fin de permettre aux parties d'apprécier le montant de la sanction

56. Un recours a été formé contre cette décision.

encourue, et, partant, l'opportunité de demander le bénéfice de la procédure de non-contestation des griefs.

En tout état de cause, il résulte des dispositions du III de l'article L. 464-2 du Code de commerce que l'engagement de la procédure de non-contestation des griefs relève du pouvoir d'appréciation du rapporteur général, sous réserve du contrôle de l'erreur manifeste par l'Autorité.

Dans la décision **10-D-39**, l'Autorité n'a pas fait droit aux objections d'une partie qui estimait n'avoir pas pu exercer ses droits de la défense, faute de pouvoir accéder aux documents relatifs à une autre société d'où elle aurait pu tirer des éléments à sa décharge.

En effet, il résulte de sa pratique décisionnelle, consacrée par la jurisprudence, que les droits de la défense, en ce qui concerne la recherche d'éléments à décharge, sont raisonnablement assurés par la possibilité qu'a toujours la partie qui souhaite mettre en avant de tels éléments, de les puiser dans sa propre « documentation » ou dans les informations non couvertes par la protection du secret des affaires.

Intervention du conseiller auditeur

L'article R. 461-9, II du Code de commerce, dans sa rédaction issue du décret n° 2009-335 du 26 mars 2009, dispose que : « *Le conseiller auditeur peut intervenir à la demande d'une partie. Il peut également appeler l'attention du rapporteur général sur le bon déroulement de la procédure, s'il estime qu'une affaire soulève une question relative au respect des droits des parties. Les parties mises en cause et saisissantes peuvent présenter des observations au conseiller auditeur sur le déroulement de la procédure d'instruction les concernant dans les affaires donnant lieu à une notification des griefs, pour des faits ou des actes intervenus à compter de la réception de la notification des griefs et jusqu'à la réception de la convocation à la séance de l'Autorité. Le conseiller auditeur recueille, le cas échéant, les observations complémentaires des parties ainsi que celles du rapporteur général sur le déroulement de la procédure. Il peut proposer des mesures destinées à améliorer l'exercice de leurs droits par les parties.* »

Dans la décision **10-D-13**⁵⁷, l'Autorité a constaté que la nomination du conseiller auditeur par arrêté du ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, le 10 juillet 2009, soit un mois environ après la réception de la notification des griefs, n'avait pas eu pour conséquence de priver les entreprises mises en cause de la possibilité de bénéficier des garanties offertes par l'article précité, puisqu'elles avaient été en mesure de présenter au conseiller auditeur toutes leurs observations sur le déroulement de la procédure d'instruction de la présente affaire et que celui-ci y a pleinement répondu.

Délais pour répondre aux griefs

Dans la décision **10-D-13**⁵⁸, l'Autorité écarte le moyen tiré de l'insuffisance du délai imparti pour répondre à la notification des griefs. Elle se réfère aux dispositions

57. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

58. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

de l'article L. 463-2 du Code de commerce, et juge suffisante la prolongation de huit jours du délai imparti pour répondre aux griefs, accordée par la rapporteure générale de l'Autorité de la concurrence à trois entreprises mises en cause.

L'Autorité rappelle que, selon la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence, la coïncidence du délai de réponse à la notification des griefs avec la période estivale ne constitue pas, en l'absence de dysfonctionnement de service empêchant l'accès des parties au dossier et la présentation de leurs observations, une « *circonstance exceptionnelle* » justifiant, au sens de l'article L. 463-2, précité, un délai supplémentaire et constate qu'aucun dysfonctionnement de service n'a découlé des conditions de la nomination du conseiller auditeur.

Impartialité/Loyauté/Instruction à charge et à décharge

Instruction à charge

Dans la décision **10-D-03**, l'Autorité a estimé que la circonstance que des responsables ou des cadres des entreprises vis-à-vis desquelles des griefs ont été retenus n'aient pas été entendus par le rapporteur était sans incidence sur la régularité de la procédure et ne constituait pas une atteinte au principe du contradictoire.

Le président de l'une des sociétés poursuivies contestait le fait de n'avoir pas été convoqué et entendu par le rapporteur chargé du dossier, alors que son directeur d'exploitation avait pu s'expliquer devant les services d'enquête, bien que non habilité à répondre aux appels d'offres.

L'Autorité rappelle que la jurisprudence considère que le rapporteur n'est pas tenu de procéder à des auditions s'il s'estime suffisamment informé pour déterminer les griefs susceptibles d'être notifiés.

Dans la décision **10-D-19**, l'Autorité écarte le reproche d'une instruction partielle, en rappelant le pouvoir d'appréciation dont dispose le rapporteur quant à la conduite de ses investigations et le fait qu'il peut fonder la notification des griefs sur les faits qui lui paraissent de nature à en établir le bien-fondé ; ainsi la circonstance que la notification des griefs soit en l'espèce fondée en partie sur des éléments dont l'une des parties mises en cause conteste le caractère probant ne constitue pas en soi un indice de partialité, dès lors qu'il était loisible à cette partie d'en faire état dans la discussion sur le bien-fondé des griefs et d'apporter tous les éléments utiles à sa défense.

Dans la décision **10-D-28**⁵⁹, l'Autorité s'est référée à la jurisprudence constante selon laquelle l'impartialité de l'instruction ne peut être mise en cause lorsque les règles de procédure garantissant le principe du contradictoire ont été respectées (voir aussi **10-D-32**⁶⁰, 16 novembre 2010).

Au cas d'espèce, les parties concernées avaient eu la possibilité de consulter le dossier, de demander l'audition de témoins à l'Autorité et de présenter des observations, y compris en séance, pour contester les interprétations des rapporteurs et fournir

59. Un recours a été formé contre cette décision.

60. Un recours a été formé contre cette décision.

des explications alternatives et il appartenait ensuite à l'Autorité de déterminer parmi ces différentes interprétations celle qui lui paraissait devoir être retenue.

S'agissant en particulier du reproche fait aux rapporteurs d'avoir utilisé et cité des documents non intégralement déclassifiés, l'Autorité souligne notamment qu'il n'a, en réalité, été fait référence qu'aux paragraphes de ces documents comportant des données accessibles à l'ensemble des parties.

Enfin, contrairement à ce qui était soutenu, l'Autorité a estimé que les rapporteurs n'étaient pas tenus de répondre aux arguments développés par la Commission bancaire dans ses avis consultatifs. En effet, si le Code monétaire et financier prévoit que la notification des griefs est communiquée pour avis à l'Autorité de contrôle prudentiel [anciennement Commission bancaire] et que, dans l'hypothèse où l'Autorité de la concurrence prononce une sanction, elle indique, le cas échéant, les raisons pour lesquelles elle s'écarte de l'avis de l'Autorité de contrôle prudentiel, c'est à l'Autorité de la concurrence, et non aux services d'instruction que s'impose cette obligation de motivation.

Choix des entreprises mises en cause

Dans la même décision, l'Autorité a écarté la critique de certaines banques qui reprochaient aux services d'instruction de ne pas avoir mis en cause des établissements de crédit ayant participé directement aux décisions constitutives de l'entente sur les conditions interbancaires.

Elle a en effet estimé qu'aucune rupture d'égalité n'était constituée, après avoir rappelé la jurisprudence de la Cour de cassation sur le pouvoir d'appréciation du rapporteur quant à la conduite de ses investigations (Cass. com., 15 juin 1999, n° 97-15.185, Lilly France) et sur sa possibilité, notamment, d'attirer à la procédure les seules entreprises ayant pris une part active à l'organisation et à la mise en œuvre de l'entente (CA Paris, 17 octobre 1991, Salomon). En l'espèce, le choix avait été de notifier les griefs aux entreprises membres de la commission chargée de la définition de l'accord litigieux et qui avaient ensuite appliqué cet accord, double condition que ne remplissaient pas les entreprises mentionnées par les parties.

Charge de la preuve

Toujours dans cette décision, l'Autorité a considéré que, contrairement à ce qui était soutenu par certaines banques, le fait de demander aux parties de formuler leurs observations sur des déclarations et des données recueillies par sondage auprès d'entreprises clientes n'avait pas pour effet de renverser la charge de la preuve du caractère anticoncurrentiel des pratiques ; cette dernière incombe bien à l'Autorité de la concurrence, mais il s'agissait seulement, en l'espèce, de soumettre les documents détenus par les services d'instruction à la contradiction, afin que les parties mises en cause puissent utilement critiquer les modes de preuve retenus contre elles.

Sur ce point, elle a en outre rappelé que les éléments retenus par les services d'enquête et d'instruction ne constituent pas de simples présomptions : lorsqu'elles sont recueillies par les services d'enquête ou d'instruction dans des procès-verbaux,

les déclarations «*font foi jusqu'à preuve contraire*», conformément aux dispositions de l'article L. 450-2 du Code de commerce. En l'espèce, les éléments contenus dans les déclarations des entreprises interrogées par les rapporteurs n'étaient pas de «*simples affirmations*», reprises de façon péremptoire par les rapporteurs mais pouvant aisément être vérifiées par les parties, puisqu'il s'agissait des prix accordés par les banques à leurs entreprises clientes en application des contrats conclus avec celles-ci.

Rapport oral, renvoi à l'instruction

Dans la même décision **10-D-28**⁶¹, l'Autorité a estimé que les parties n'étaient pas fondées à se plaindre d'une méconnaissance de leurs droits de la défense au motif que, dans leur rapport oral, les rapporteurs s'étaient fondés sur des hypothèses chiffrées qui ne leur avaient pas été préalablement communiquées ; en effet une atteinte aux droits de la défense ne pourrait être caractérisée que dans le cas où l'Autorité de la concurrence reprendrait à son compte une analyse nouvelle présentée par les rapporteurs lors de la séance.

En tout état de cause, il a été précisé que ces données visaient à répondre aux observations même des banques dans la discussion sur l'évaluation de leurs gains et pertes de trésorerie consécutifs au passage au traitement dématérialisé des chèques et qu'elles auraient pu, à leur tour, présenter leurs observations orales en séance.

En réponse aux critiques de certaines banques qui se plaignaient de n'avoir pu faire valoir contradictoirement leur opposition au renvoi à l'instruction décidé en séance, l'Autorité a rappelé que l'article R. 463-7 du Code de commerce ne fixe aucune condition pour décider du renvoi à l'instruction, que cette décision, qui n'est pas susceptible de recours, constitue une mesure d'ordre interne non susceptible de faire grief aux parties, et qu'elle n'est pas tenue de recueillir leurs observations orales à ce sujet. Elle écarte également la méconnaissance alléguée du principe de l'égalité des armes dès lors que la décision de renvoi, qui avait pour objet de sauvegarder les droits de la défense, a permis aux parties de produire de nouvelles observations écrites, portant notamment sur l'intervention orale des rapporteurs au cours de ladite séance et que les parties ont eu la possibilité de présenter des observations orales sur le fond du dossier lors de la séance suivante.

Reproche de partialité à l'occasion de la communication de pièces pénales

Concernant le lien entre l'instruction du rapporteur et une affaire pénale/accès par le rapporteur aux pièces pénales (article L. 463-5 du Code de commerce) et utilisation des pièces pénales, voir *supra*.

Auto-incrimination

La Cour européenne des droits de l'Homme considère que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination est au cœur de la notion de procès équitable consacrée par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de

⁶¹. Un recours a été formé contre cette décision.

l'Homme et des libertés fondamentales (voir les arrêts Murray c/Royaume-Uni du 8 février 1996 et Funcke c/France du 25 février 1993). Le juge communautaire a déduit de ce principe que la Commission est en droit d'obliger une entreprise à lui fournir tous les renseignements nécessaires portant sur les faits dont elle peut avoir connaissance mais ne saurait imposer à cette entreprise l'obligation d'apporter des réponses par lesquelles celle-ci serait amenée à admettre l'existence de l'infraction dont il appartient à la Commission d'établir la preuve (voir CJCE, 18 octobre 1989, Orkem/Commission, C-374/87, *Rec.* p. I-3343, points 34 et 35 ; 25 janvier 2007, Dalmine SpA, C-407/04, *Rec.* p. I-829, point 34).

Ces principes ont été rappelés dans la décision **10-D-32**⁶².

La société mise en cause soutenait que son droit à ne pas contribuer à sa propre incrimination avait été méconnu car les questions posées par les services d'instruction auraient été formulées de façon à la contraindre à communiquer des informations dans un sens pouvant l'auto-incriminer.

Au contraire, l'Autorité a considéré que les questions critiquées portaient sur les contrats litigieux et avaient pour objet de permettre à l'entreprise de justifier sa politique contractuelle et notamment la présence de clauses d'exclusivité contenues dans un nombre significatif de contrats de distribution. De telles demandes d'explications, légitimes de la part d'un rapporteur qui souhaite progresser dans l'instruction du dossier et exprimées sous la forme d'hypothèses, n'appelaient pas les entreprises à s'auto-incriminer en ce qu'elles ne les invitaient pas à admettre l'existence d'une infraction au droit de la concurrence, à l'inverse des questions qui ont été jugées contraires au respect des droits de la défense par la Cour de justice des Communautés européennes dans ses arrêts précités, qui étaient de nature à obliger les entreprises à avouer leur participation à des accords anticoncurrentiels. L'Autorité a donc conclu que le moyen soulevé manquait en fait et devait être écarté (voir aussi décision 09-D-05).

Secret des affaires

Dans la décision **10-D-28**⁶³, l'Autorité a estimé inopérant le moyen des entreprises mises en cause qui soutenaient que les règles de l'article R. 463-15 du Code de commerce avaient été méconnues, en constatant qu'elles ne démontraient pas en quoi la prétendue violation du secret des affaires aurait porté atteinte à leurs droits de la défense en les empêchant de répondre de manière efficace aux griefs qui leur avaient été notifiés.

L'Autorité rappelle qu'en tout état de cause, la sanction qui s'attache à la divulgation d'informations couvertes par le secret des affaires n'est pas la nullité de la procédure, sauf s'il en résulte une atteinte irrémédiable et concrète aux droits de la défense, dont la preuve appartient à l'entreprise qui s'en plaint, mais le versement éventuel d'une indemnité réparatrice, dans le cas où la communication de tels documents serait de nature à créer un préjudice direct et certain aux entreprises.

62. Un recours a été formé contre cette décision.

63. Un recours a été formé contre cette décision.

Dans la décision **10-D-32**⁶⁴, l'Autorité a écarté le moyen tiré de la violation de ses droits de la défense par une entreprise mise en cause, qui contestait le rejet de sa demande de déclassement par le rapporteur général. Elle a rappelé que le droit des entreprises à l'accès au dossier doit être mis en balance avec la protection de leurs secrets d'affaires, au terme d'une appréciation au cas par cas, compte tenu de la situation concrète des parties, de la nature des informations concernées et de la nécessité pour la partie requérante d'y avoir accès pour se défendre, elle-même liée à la nature du grief notifié et au contexte du marché examiné.

Au cas d'espèce, l'Autorité a constaté que les documents dont le déclassement avait été réclamé, qui comportaient des informations commerciales et confidentielles mettant en jeu le secret des affaires d'entreprises concurrentes, n'avaient pas été utilisés comme moyen de preuve par les services d'instruction pour fonder les griefs notifiés. Elle a estimé qu'en l'espèce, la société mise en cause était en mesure d'exploiter utilement les éléments dont elle disposait déjà pour les besoins de sa défense et ne démontrait pas qu'elle aurait pu utiliser à décharge pour sa défense les informations couvertes par le secret des affaires pour invoquer des éléments supplémentaires, de nature à influencer le déroulement de la procédure ou les appréciations portées sur la qualification des pratiques qui lui étaient reprochées.

Ententes illicites

Les concours de volontés

Ainsi que l'écrivait la Commission de la concurrence, dans son rapport annuel pour 1980 (p. 223) : « *Toutes les ententes supposent un concours de volontés, quelle que soit la forme de cet accord et même s'il ne se formalise pas réellement [...]; la démonstration ou la conviction qu'il y a ou qu'il y a eu un **concours de volontés des personnes physiques ou morales juridiquement et économiquement distinctes est une condition absolue de toute incrimination.*** »⁶⁵

Deux éléments sont donc nécessaires pour démontrer l'existence d'une entente :

- l'existence de volontés indépendantes est un préalable nécessaire, ce qui recouvre l'indépendance des volontés entre elles et de chaque volonté prise isolément ;
- l'existence d'un concours de volontés aux fins de l'application de l'article 101 du TFUE ou de l'article L. 420-1 du Code de commerce, plus ou moins intense, selon le type d'entente concerné.

L'existence de volontés indépendantes

- le concours de volontés des personnes morales est appréhendé par l'intermédiaire de l'accord de volontés entre les personnes physiques qui les représentent ;
- il suppose l'existence d'au moins deux volontés, dont l'une au moins émane d'une « *entreprise* », au sens du droit de la concurrence ;

64. Un recours a été formé contre cette décision.

65. Soulignement ajouté.

- il se noue entre personnes «*juridiquement et économiquement distinctes*» ;
- le concours de volontés doit avoir été librement consenti, entre volontés libres.

La volonté des personnes morales s'exprime par le truchement des personnes physiques représentant ces personnes morales

Comme pour l'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales, l'implication d'une personne morale dans une infraction administrative d'entente suppose l'intervention des personnes physiques qui la représentent. L'accord de volontés, matérialisé par une transaction entre personnes physiques qui représentent les personnes morales, nécessite le support d'une intervention humaine.

La personne morale est responsable des actes commis par ses représentants, que ceux-ci agissent pour le compte de l'entreprise ou pour leur propre compte, car il appartient à la personne morale de veiller à ce qu'il n'y ait pas de comportements anticoncurrentiels dans l'entreprise.

Dans une décision **10-D-03**, relative à des pratiques d'entente relevées dans le secteur des marchés publics de profilage des fossés passés par la communauté urbaine de Lille, l'Autorité a écarté l'argumentaire d'une société mise en cause, selon lequel elle ne pouvait se voir imputer une négligence d'un directeur d'exploitation, laquelle devrait être sanctionnée en tant que faute professionnelle, mais non comme tentative entre des mandataires sociaux de se concerter en vue de fausser le jeu de la concurrence.

L'Autorité a rappelé que c'est à l'employeur de veiller au respect des règles de concurrence et que selon la cour d'appel de Paris : «*L'échange d'informations est imputable à un salarié [...] qui a permis à la société concurrente [...] de prendre copie des éléments de réponse à l'appel d'offres préparés par son employeur ; qu'il est ainsi établi que, pour le moins, la SNEF n'a pas suffisamment veillé au secret de la consultation, composante essentielle de la procédure de mise en concurrence des entreprises soumissionnaires à un marché public*» (CA Paris, 8 octobre 2008, SNEF, confirmant la décision du Conseil 07-D-29).

Le concours de volontés suppose au moins deux volontés, émanant d'«entreprises»

La nature des sujets du droit de la concurrence n'est pas définie. En effet, alors que l'article 81 du traité CE (devenu l'article 101 du TFUE) vise expressément les «*accords entre entreprises*», l'article L. 420-1 du Code de commerce ne précise pas entre quelles parties se noue l'action concertée, la convention, l'entente expresse, tacite ou la coalition.

Le sujet du droit de la concurrence, c'est l'entreprise. Cette notion est essentiellement fonctionnelle et économique ; elle n'est pas juridique. La Cour de justice des Communautés européennes, dans un arrêt du 23 avril 1991, Klaus Höfner et Fritz Elser (C-41/90), la définit ainsi : «*[...] Toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entreprise et de son mode de financement.*» Or, «*constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des*

biens ou des services sur un marché donné [...]» (CJCE, 18 juin 1998, Commission/Italie, C-35/96, Rec. p. I-3851, point 36) ou encore, toute « activité à but lucratif ou non, qui implique des échanges économiques » (Déc. Comm. eur., 20 juillet 2009, n° 2000/12, Coupe du monde de football 1998).

Le concours de volontés suppose que les participants soient au moins deux, juridiquement distincts et économiquement indépendants l'un de l'autre

Ainsi que le soulignait encore la Commission de la concurrence, dans son rapport pour 1984 (p. 11) : *« Il ne peut y avoir d'entente sans un concours de volontés libres entre des entreprises juridiquement distinctes mais aussi économiquement indépendantes les unes des autres. »*

Les décisions des organismes collectifs (syndicats, ordres professionnels, groupements...), qui se présentent comme des décisions unilatérales, sont en réalité des décisions qui émanent du concours de volontés de leurs membres.

Par ailleurs, les entreprises faisant partie d'un même groupe ou les entreprises liées par un contrat d'agence ne sont pas économiquement et juridiquement indépendantes⁶⁶. Leurs accords ne sont donc pas des accords entre volontés indépendantes et ne peuvent relever du droit des ententes.

De même, lorsque les parties sont liées par des relations contractuelles impliquant certains liens de subordination d'une partie par rapport à l'autre, leurs accords ne relèvent pas du droit des ententes.

Le rôle des organisations et associations professionnelles

Certaines actions, en apparence unilatérales, révèlent, en réalité, une entente. Tel est le cas de pratiques commises par les syndicats, les groupements ou les ordres professionnels.

Bien qu'émanant d'une seule personne morale et revêtant un caractère d'unilatéralité, les pratiques mises en œuvre par des syndicats, des ordres professionnels ou associations sont présumées constituer des concours de volontés entre leurs membres, en vertu de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 mai 2000 (n° 98-12.612, Ordre national des pharmaciens) : *« Un ordre professionnel représente la collectivité de ses membres et [...] une pratique susceptible d'avoir un objet ou un effet anticoncurrentiel mise en œuvre par un tel organisme révèle nécessairement une entente, au sens de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, entre ses membres. »*

En droit communautaire, ces entités sont qualifiées d'« associations d'entreprises » et elles constituent, au côté des « accords » et des « pratiques concertées », l'une des trois formes que peut revêtir le concours de volontés en droit communautaire, selon l'article 81 du traité CE (article 101 du TFUE).

Dès lors qu'ils sortent de leur rôle de défense des intérêts dont ils ont la charge et interviennent sur des marchés, ces organismes accomplissent des actes de production, de distribution ou de service qui constituent des ententes.

⁶⁶. En ce sens, ces entreprises (au sens commercial du mot) constituent une seule entreprise, une seule entité économique, au sens du droit de la concurrence.

Par exemple, lorsqu'un ordre professionnel, sortant de la mission de service public qui lui est conférée en tant qu'ordre professionnel, adresse à des tiers un courrier ou une note dans lequel il se livre à une interprétation inexacte de la législation applicable à son activité, de nature à exclure certains opérateurs du marché concerné, il intervient dans une activité de services entrant dans le champ d'application de l'article L. 410-1 du Code de commerce et se rend responsable d'une entente anticoncurrentielle.

Dans une décision **10-D-11**, l'Autorité de la concurrence a sanctionné le Syndicat national des ophtalmologistes de France (SNOF) pour avoir incité au boycott des opticiens membres du réseau Santéclair en réponse à son initiative visant, sous certaines conditions, à la délivrance sans ordonnance de lunettes de vue de renouvellement pour les personnes de plus de seize ans, associée à un meilleur remboursement pour l'assuré.

L'Autorité a rappelé que les consignes syndicales constituent des actions concertées au sens de l'article L. 420-1 du Code de commerce : « *Il ressort d'une jurisprudence constante, tant interne que communautaire, qu'une entente peut résulter de tout acte émanant des organes d'un groupement professionnel, tel qu'un règlement professionnel, un règlement intérieur, un barème ou une circulaire. Ainsi, l'élaboration et la diffusion, à l'initiative d'une organisation professionnelle, d'un document destiné à l'ensemble de ses adhérents constituent une action concertée. [...] La défense de la profession par tout syndicat créé à cette fin ne l'autorise nullement à s'engager, ni à engager ses adhérents dans des actions collectives visant à empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence ou susceptibles d'avoir de tels effets [...]* » (§ 71 ; voir aussi décision 07-D-41, 28 novembre 2007).

Dans une décision **10-D-15**, l'Autorité a sanctionné des pratiques d'ententes mises en œuvre par un GIE de taxis amiénois, ayant consisté à fixer le prix de cession des autorisations de stationnement, à imposer des conditions discriminatoires d'accès au groupement et à en empêcher les membres de développer ou d'acquérir une clientèle propre.

C'est au groupement, et non à ses membres, que ces pratiques ont été imputées, l'Autorité rappelant sa pratique décisionnelle selon laquelle « *les décisions du groupement [...] sont la manifestation de l'accord de volontés des membres de cette structure commune, dont il n'est pas contesté qu'ils sont des entreprises juridiquement distinctes, poursuivant des objectifs économiques distincts et en situation de se faire concurrence ; le GIE [...] doit être mis en cause parce que ce sont ses organes dirigeants en tant que tel, quoique par délégation, qui apparaissent comme étant les auteurs des pratiques d'ententes entre ses membres* » (§ 200)⁶⁷.

L'Autorité a aussi précisé de façon plus générale sa position sur les groupements. Si la mise en commun au sein d'un groupement de moyens s'explique la plupart du temps par des raisons tant économiques que techniques, ce qui n'est pas critiquable en soi, tant il est vrai qu'il peut, lorsqu'il fonctionne conformément à l'objet qui lui est assigné, contribuer à améliorer l'efficacité de l'offre, par la réalisation

⁶⁷. Voir aussi décision 94-D-51 du 4 octobre 1994.

d'économies d'échelle et une meilleure efficacité du service rendu aux consommateurs, il ne doit cependant pas être l'instrument de mise en œuvre de pratiques visant à restreindre la concurrence.

Les accords intragroupes

Aux fins de l'application des règles de concurrence, la séparation formelle entre deux sociétés, résultant de leur personnalité juridique distincte, n'est pas déterminante. Ce qui importe, c'est l'unité ou non de leur comportement sur le marché. Si deux sociétés ayant des personnalités juridiques distinctes forment ou relèvent d'une seule et même entreprise ou entité économique qui déploie un comportement unique sur le marché, les accords conclus entre elles ne constituent pas des ententes illicites, dès lors qu'elles ne disposent pas d'autonomie commerciale (voir, en ce sens, CJCE, 14 juillet 1972, ICI/Commission, 48/69, *Rec.* p. 619, point 140). L'entente ne pourra exister qu'entre entreprises autonomes au sens du droit de la concurrence. Les accords intragroupes entre la maison mère et sa filiale ne relèveront du droit des ententes que si la filiale est autonome.

S'agissant du droit des ententes, la maison mère est présumée responsable des pratiques commises par sa filiale à 100 %, sauf pour elle à renverser cette présomption en démontrant que la filiale disposait d'une autonomie de décision, de sorte que les deux entreprises ne peuvent être poursuivies pour entente, faute d'indépendance économique (CJCE, 10 septembre 2009, Akzo Nobel NV e. a., C-97/08 P, *Rec.* p. I-8237; voir aussi décision 06-D-07 bis; CA Paris, 15 juin 1999, Sacer). Toutefois, ce principe d'immunité des accords intragroupes connaît une exception dans le domaine des marchés publics.

En effet, comme l'a expliqué le Conseil de la concurrence dans sa décision 06-D-26 du 15 septembre 2006 relative à la saisine des sociétés Lamy Moto et Moto Ouest à l'encontre des sociétés Yamaha Motor France et MBK, les mécanismes de concurrence à l'œuvre dans les procédures d'appels d'offres publics ne sont pas les mêmes que ceux d'un marché classique de biens de consommation : « [...] Lors des procédures d'appel d'offres public, le mécanisme de formation des prix recherché et les règles de choix de l'acheteur public supposent en eux-mêmes, à l'égard de la prestation particulière qui est demandée, l'indépendance des offreurs qui formulent des offres distinctes et l'incertitude quant aux offres qui seront déposées. Dans ce contexte, sauf à ce que deux entreprises du même groupe constituent officiellement vis-à-vis du donneur d'ordre un groupement ou annoncent une sous-traitance entre elles, la formulation d'offres distinctes par de telles entreprises exige l'indépendance totale de l'élaboration de leurs offres, faute de quoi le mécanisme de formation du prix, ainsi que l'application de ces règles de choix sont nécessairement perturbés, que le donneur d'ordres ait été ou non informé de l'absence d'indépendance des offres en cause. Il y a alors coordination d'offres qui ont vocation à être élaborées de manière indépendante spécifiquement pour répondre à la demande particulière préalablement exprimée. La concurrence est faussée. En revanche, dans le cas d'un marché classique d'un bien de consommation, la coordination d'offres distinctes d'entreprises appartenant au même groupe et l'absence éventuelle de connaissance, par l'acheteur, de cette coordination ne perturbent normalement pas le mécanisme

de formation des prix et le libre choix de l'acheteur entre des offres existant préalablement à la manifestation de son propre besoin. Les prix et le choix résultent alors simplement du degré de compétition sur le marché, de la capacité des produits offerts à satisfaire les acheteurs et donc de la confrontation au jour le jour de l'offre et de la demande. Dans ce cadre, le consommateur arbitre en comparant les produits substituables et s'il ne choisit pas le moins cher, c'est qu'il valorise d'autres caractéristiques, comme l'image de marque. Un groupe mènera ainsi une politique de deux marques concurrentes tant qu'elle lui permettra de maximiser son profit, c'est-à-dire tant que des consommateurs en nombre suffisant seront prêts à acheter des produits de l'une des deux marques, plutôt que de se reporter sur d'autres. Le fait que l'acheteur ne sache pas que deux marques relèvent d'un même groupe d'entreprises ne fausse pas la concurrence dans ces circonstances. Pour ces raisons, l'obligation qui pèse sur des entreprises d'élaborer de manière indépendante des offres distinctes dans le cas d'un appel d'offres public, sauf à annoncer la constitution d'un groupement ou d'une sous-traitance pour l'occasion, ne s'impose pas sur un marché classique de biens de consommation.»

Le Conseil de la concurrence a clarifié à plusieurs reprises les conditions dans lesquelles des entreprises appartenant à un même groupe peuvent soumissionner à un appel d'offres.

Selon une jurisprudence constante, les dispositions prohibant les ententes illicites ne s'appliquent pas aux accords intragroupes, dès lors que les filiales ne disposent pas d'une autonomie commerciale.

Le Conseil et, à sa suite, l'Autorité, en a tiré trois conséquences :

- il est possible pour des entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers, mais disposant d'une autonomie commerciale, de présenter des offres distinctes et concurrentes, à la condition de ne pas se concerter avant le dépôt des offres ;
- il est possible pour des entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers, mais disposant d'une autonomie commerciale, de renoncer, généralement ou ponctuellement, à cette autonomie commerciale à l'occasion d'une mise en concurrence et de se concerter, pour décider quelle sera l'entreprise qui déposera une offre ou pour établir cette offre, à la condition de ne déposer qu'une seule offre ;
- en revanche, si de telles entreprises déposent plusieurs offres, la pluralité de ces offres manifeste l'autonomie commerciale des entreprises qui les présentent et l'indépendance de ces offres. Mais, si ces offres multiples ont été établies en concertation, ou après que les entreprises ont communiqué entre elles, ces offres ne sont plus indépendantes. Dès lors, les présenter comme telles trompe le responsable du marché sur la nature, la portée, l'étendue ou l'intensité de la concurrence et cette pratique a, en conséquence, un objet ou, potentiellement, un effet anticoncurrentiel. Il est, par ailleurs, sans incidence sur la qualification de cette pratique que le responsable du marché ait connu les liens juridiques unissant les sociétés concernées, dès lors que l'existence de tels liens n'implique pas nécessairement la concertation ou l'échange d'informations.

Ainsi la décision **10-D-03** concernait trois entreprises ayant non seulement des liens juridiques entre elles mais gérées en commun au siège de l'une d'elles et qui ont été chacune soumissionnaire au même appel d'offres, chacune d'entre elles étant dès lors censée disposer de son autonomie commerciale. L'Autorité les a sanctionnées après avoir constaté qu'elles n'avaient manifesté aucune autonomie dans l'élaboration de leurs offres, qu'elles avaient néanmoins présentées de façon indépendante en laissant croire à l'acheteur public qu'elles étaient concurrentes.

Dans une décision **10-D-04**⁶⁸, relative à des marchés passés par les établissements hospitaliers français pour l'achat de tables d'opération, l'Autorité a écarté l'argument de l'immunité des accords intragroupes et a sanctionné les sociétés ALM SA (devenue Maquet SA) et Maquet GmbH & Co KG, qui s'étaient entendues pour présenter des soumissions séparées, mais fictivement indépendantes.

Ces sociétés, qui ne contestaient pas l'existence de liens juridiques et financiers entre elles, estimaient que le droit des ententes, et plus particulièrement l'article 81 du traité CE, ne pouvait être appliqué à leur comportement sur le marché, car à l'époque des faits elles étaient des filiales intégrées du groupe Getinge et n'auraient donc pas disposé d'une autonomie commerciale suffisante. Elles ajoutaient que l'exception à l'immunité intragroupe en matière de marchés publics était contraire au droit communautaire de la concurrence et devait par conséquent être écartée.

L'Autorité a relevé au contraire, que, en déposant des offres séparées, ALM et Maquet avaient manifesté leur autonomie commerciale et choisi de se présenter, dans le cadre des appels d'offres, comme des entreprises concurrentes ; elles ne pouvaient donc se prévaloir de leur absence d'autonomie par rapport au groupe Getinge pour échapper au droit des ententes. Elle a également constaté que, s'il est vrai que les juridictions communautaires n'ont pas admis une telle exception s'agissant de l'application de l'article 81 du traité CE, cela résulte du fait qu'elles n'ont jamais eu à connaître de pratiques mises en œuvre par des entreprises liées entre elles ayant pour objet ou pour effet de fausser la procédure d'appel d'offres en présentant des offres séparées dont l'indépendance n'était qu'apparente, et non d'une opposition à la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence et à la jurisprudence des juridictions françaises. L'argument des parties tiré du non-respect de l'article 3 du règlement (CE) n° 1/2003 relatif au rapport entre les articles 81 et 82 du traité CE et les droits nationaux de la concurrence ne pouvait donc prospérer.

Dans la décision **10-D-13**⁶⁹, relative à des ententes commises par des entreprises de manutention de conteneurs dans le port du Havre, l'Autorité a considéré que la société Terminal Porte Océane (TPO), dont le capital était détenu paritairement par ses sociétés mères, Perrigault et APM, disposait d'une autonomie commerciale à l'égard de ces dernières, si bien que les pratiques qui lui étaient reprochées, ainsi qu'à Perrigault, pouvaient être constitutives d'une entente de

68. Décision confirmée par CA Paris, 28 octobre 2010, Société Maquet SA.

69. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

partage de clientèle soumise aux dispositions des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 du traité CE, devenu article 101 du TFUE.

En effet, l'Autorité a constaté que TPO était dotée de moyens suffisants, d'une politique commerciale indépendante et d'organes de direction propres, chargés d'assurer la défense des intérêts de la société qu'ils représentaient, bien qu'étant désignés par les actionnaires, et qu'elle avait adopté un comportement autonome.

Les parties soutenaient en particulier que la détention du capital de TPO par Perrigault et APMM à hauteur de 50 % chacune répercutait tout blocage intervenant entre les sociétés mères dans la gestion de la filiale et entravait toute autonomie de cette dernière.

L'Autorité rappelle au contraire la pratique décisionnelle constante de la Commission européenne selon laquelle une telle représentation paritaire implique qu'aucune des sociétés mères n'est en mesure de contrôler l'activité commerciale de l'entreprise commune au sens du droit de la concurrence. En l'espèce, si le conseil d'administration de TPO était effectivement chargé d'approuver de manière préalable les démarches commerciales de l'entreprise commune, il exerçait son pouvoir dans un cadre paritaire ; il en résulte qu'aucune des deux sociétés mères n'était en mesure de contrôler l'activité commerciale de l'entreprise commune. Ainsi, la circonstance qu'il puisse exister un « *blocage* » au sein du conseil d'administration de l'entreprise commune sur la stratégie à suivre par cette dernière démontrait non pas l'absence d'autonomie de celle-ci à l'égard de ses sociétés mères mais l'incapacité structurelle de chacune de ces sociétés mères de contrôler, seule, l'activité de l'entreprise commune.

L'Autorité a donc conclu que c'est en toute autonomie que TPO avait pris part à l'entente reprochée et choisi d'adhérer à la politique commerciale préconisée par Perrigault, consistant à restreindre l'activité commerciale de TPO au traitement des seuls conteneurs apportés par APMM, à l'exclusion de ceux provenant de clients tiers.

Le concours de volontés doit avoir été librement consenti

En droit communautaire, comme en droit national, sont seuls visés les comportements anticoncurrentiels qui ont été adoptés par les entreprises de leur propre initiative⁷⁰.

Si un comportement anticoncurrentiel est imposé aux entreprises par une législation nationale ou si celle-ci crée un cadre juridique qui, lui-même, élimine toute possibilité de comportement concurrentiel de leur part, les articles 81 et 82 du traité CE (articles 101 et 102 du TFUE) ne leur sont pas applicables. Dans une telle situation, la restriction de concurrence ne trouve pas sa cause dans des comportements autonomes des entreprises (voir TPICE, 11 décembre 2003, *Transbordeurs grecs, Srintzis Lines Shipping SA*, T-65/99, point 119). En revanche, les articles 81 et 82 du traité CE (articles 101 et 102 du TFUE) peuvent s'appliquer s'il s'avère

70. CJCE, 20 mars 1985, *Italie/Commission*, 41/83, *Rec.* p. 873, points 18 à 20 ; CJCE, 19 mars 1991, *France/Commission*, C-202/88, *Rec.* p. I-1223, point 55.

que la législation nationale laisse subsister la possibilité d'une concurrence susceptible d'être empêchée, restreinte ou faussée par des comportements autonomes des entreprises⁷¹. En droit national, l'article L. 420-4, 1^{er} alinéa du Code de commerce constitue le pendant à l'« *autorisation de la loi* » communautaire. Il dispose : « *Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 : 1) les pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire [...].* »

Les entreprises peuvent donc invoquer « *l'exception tirée de l'action étatique* » ou « *l'autorisation de la loi* », lorsqu'elles sont incitées à enfreindre le droit de la concurrence par la législation nationale elle-même (voir « *Les pratiques résultant d'un texte* »). En pratique, cette exception est peu pratiquée, en droit communautaire, comme en droit national⁷². En effet, l'Autorité de la concurrence considère que l'article L. 420-4, 1^o ne peut exonérer que les pratiques constituant une conséquence nécessaire de l'application de textes législatifs ou réglementaires, ce qu'elle a très rarement admis.

En revanche, la contrainte ou la légitime défense ne constituent pas des causes d'exonération des pratiques d'ententes, sauf si elles revêtent un caractère d'irrésistibilité.

Dans la décision **10-D-04**⁷³, relative à des marchés passés par les établissements hospitaliers français pour l'achat de tables d'opération, l'Autorité a écarté le moyen relatif à la contrainte irrésistible exercée par des engagements pris devant le ministre de l'Économie dans le cadre du contrôle des concentrations.

Il était reproché aux sociétés ALM SA (devenue Maquet SA) et Maquet GmbH & Co KG, toutes deux rachetées par le groupe Getinge, de s'être entendues pour présenter des soumissions séparées, mais fictivement indépendantes. Dans leurs observations, Maquet SA et Maquet GmbH & Co KG estimaient que les engagements imposés par le ministre de l'Économie étaient à l'origine des comportements relevés dans la notification des griefs et que le groupe Getinge s'était trouvé dans l'obligation de proposer les deux offres conjointement afin de ne prendre aucun risque de non-respect desdits engagements.

L'Autorité a cependant estimé qu'en l'espèce, la lettre du ministre de l'Économie autorisant la concentration sous réserve d'un certain nombre d'engagements ne constituait pas « *un texte législatif ou un texte réglementaire* » au sens de l'article L. 420-4, I, 1^o du Code de commerce, les parties n'étant donc pas fondées à se prévaloir de ce document pour invoquer l'exception tirée de l'action étatique.

Elle a ajouté que les engagements pris par le groupe Getinge devant le ministre de l'Économie ne constituaient en aucune manière une contrainte irrésistible pour Maquet et ALM puisqu'ils prévoyaient explicitement que tous les contrats nécessaires au maintien de l'activité « *tables d'opération* » d'ALM devaient être conclus ou maintenus en vigueur en accord avec leurs dispositions, et selon le cours normal des affaires et que l'activité tables d'opération d'ALM devait être tenue

71. CJCE, 29 octobre 1980, Van Landewycke e. a. c/Commission, 209/78 à 215/78 et 218/78, Rec. p. 3125, point 126.

72. CJCE, 10 décembre 1985, Stichting Sigarettenindustrie e. a. c/Commission, 240/82 à 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 et 269/82, Rec. p. 3831, points 27 à 29.

73. Décision confirmée par CA Paris, 28 octobre 2010, Société Maquet SA.

séparée de l'activité « *tables d'opération* » du groupe Getinge/Maquet. En tout état de cause, même si les engagements avaient autorisé la fusion des équipes commerciales, ALM et Maquet ne se seraient pas pour autant trouvées dans l'obligation d'adopter un comportement anticoncurrentiel puisque la jurisprudence en matière de marchés publics et d'accords intragroupes a clairement établi qu'elles auraient pu ne déposer qu'une seule offre (voir *supra* « *Les accords intragroupes* »).

Dans la décision **10-D-28**⁷⁴, l'Autorité a sanctionné onze banques pour avoir mis en place des commissions interbancaires non justifiées lors du passage à la dématérialisation du traitement des chèques, après avoir écarté l'argument selon lequel ces banques auraient agi sous la pression des pouvoirs publics qui leur auraient délégué implicitement leur pouvoir régulateur et les auraient fortement incitées, voire contraintes, à se concerter sur le principe et la tarification de commissions interbancaires pour le traitement du chèque.

Conformément à sa pratique décisionnelle et à la jurisprudence communautaire, elle a considéré que le fait que des pratiques anticoncurrentielles aient été approuvées ou encouragées par les pouvoirs publics n'était pas suffisant pour dégager les entreprises mises en cause de leur responsabilité, l'intervention publique ne pouvant constituer une telle cause d'exonération que si le cadre juridique qu'elle fixe est contraignant.

Or, si en l'espèce l'incitation des pouvoirs publics à la mise en œuvre du nouveau traitement dématérialisé des chèques était réelle, cette circonstance ne permettait toutefois pas d'établir que la fixation des commissions interbancaires reprochées avait été imposée par les pouvoirs publics. En tout état de cause, à supposer même que les banques aient subi une pression de la part des pouvoirs publics, l'Autorité a rappelé qu'il ne saurait être considéré qu'une telle pression puisse être qualifiée d'irrésistible au sens de la jurisprudence et cette circonstance pourrait tout au plus être examinée au titre des circonstances atténuantes dans le cadre de l'appréciation de la sanction appliquée aux entreprises.

Le concours de volontés

Dans un arrêt Bajus du 18 décembre 2001, la cour d'appel de Paris rappelle qu'« *une pratique ne peut être qualifiée d'entente anticoncurrentielle que si les entreprises en cause ont librement et volontairement participé à l'action concertée, en sachant quel en était l'objet ou l'effet* ».

L'entente serait donc la libre expression d'une volonté commune de se comporter d'une manière déterminée sur le marché en sachant quel était l'objet ou l'effet de ce comportement.

Les volontés libres et autonomes doivent se nouer dans une volonté commune pour constituer l'entente. Chaque volonté doit rencontrer la volonté des autres, ce qui veut dire, qu'elle doit s'extérioriser d'une certaine façon.

⁷⁴. Un recours a été formé contre cette décision.

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

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

En présence d'une pratique concertée ou concertation ou entente tacite en droit national, l'objet du concours de volontés se limite à la mise en commun d'informations, sans aller jusqu'à l'adoption d'un plan. La pratique se situe à mi-chemin entre l'acte unilatéral et le concours de volontés.

L'objet consiste en l'adoption d'un plan : la notion communautaire d'« accord »

Dans la décision **10-D-13**⁷⁵, relative à des ententes commises par des entreprises de manutention de conteneurs dans le port du Havre, il était reproché à plusieurs sociétés d'avoir participé à une entente de partage de capacité portant sur les postes à quai disponibles à Port 2000, dans le cadre du projet d'extension des infrastructures du port du Havre par la construction de nouveaux postes à quai sur lesquels des sociétés de manutention effectuant le chargement et le déchargement des marchandises des navires ont vocation à exercer leur activité.

Cette entente, démontrée par l'existence d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants, notamment par des comptes rendus de réunions, était contestée par les parties au motif, notamment, qu'il n'existait pas de concours de volontés portant sur la répartition des postes à quai de Port 2000 puisque le Grand port maritime du Havre (GPMH) ne se serait pas engagé formellement à attribuer ces postes aux entreprises.

L'Autorité a néanmoins considéré qu'un concours de volontés entre les parties mises en cause était caractérisé et a rappelé la jurisprudence communautaire selon laquelle pour qu'il y ait accord, il suffit que deux entreprises au moins aient exprimé leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée sans qu'il soit nécessaire de démontrer que les entreprises en cause se sont engagées par un accord formel⁷⁶.

En l'espèce, a-t-elle constaté, les entreprises se sont mises d'accord sur le comportement que chacune d'elles allait adopter sur le marché, ont partagé de manière réciproque leur intérêt pour l'attribution d'un quatrième poste à quai, exprimant bien une volonté collective qui supprimait toute incertitude sur le jeu anticoncurrentiel ; il n'était pas nécessaire que, lors des réunions litigieuses, le GPMH se soit engagé formellement à attribuer aux entreprises les postes à quai visés par les discussions pour caractériser le concours de volontés.

75. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

76. Voir not., CJCE, 15 juillet 1970, ACF Chemiefarma/Commission, 41/69 et 11 janvier 1990, Sandoz Prodotti Farmaceutici/Commission, 277/87.

L'objet du concours de volontés réside dans le partage d'informations : la notion de « pratique concertée »

Sans aller jusqu'à la constitution d'un plan commun d'action, les opérateurs partagent des informations sur les prix ou sur d'autres données que les prix, réduisant l'incertitude de chacun sur le comportement des autres. Les entreprises n'ont pas de projet commun, mais mettent en place des structures de coordination dont l'objectif est plus général : il ne s'agit pas de s'accorder sur un barème de prix (là, on est en présence d'un accord), mais de mettre en place, par exemple, un programme de lutte contre la détérioration des marges des entreprises. La notion de « *pratique concertée* » permet d'appréhender les concours de volontés qui ne sont pas noués autour d'un projet d'action précis.

Les parties n'ont pas décidé à l'avance ce qu'elles feraient. Mais elles adoptent en connaissance de cause un mécanisme collusif qui facilite la coordination de leur comportement commercial.

Autrement dit, au sens du droit de la concurrence, il y aura concordance de volontés, non seulement quand les entreprises conviennent à l'avance de leur comportement sur le marché, mais également lorsqu'elles éliminent délibérément le risque d'ignorance de leurs comportements futurs par une information réciproque et lorsque, grâce à cela, elles peuvent coordonner leur comportement. L'élément de coopération consiste en ce que chacun des participants, du fait de la concordance des volontés, peut escompter que les autres adopteront sur le marché un comportement déterminé.

Le concours de volontés ne vise pas l'obtention d'un objectif déterminé, comme un prix ou une répartition de marchés, mais une atténuation de concurrence sur le marché. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence admet que la transmission unilatérale d'informations stratégiques à des concurrents manifeste un concours de volonté, nonobstant le rôle purement passif des entreprises qui reçoivent les informations en cause, le concours de volonté étant dans ce cas constitué par la volonté commune de réduire la concurrence.

Cependant, dans une décision **10-D-19**, l'Autorité de la concurrence a estimé que l'entente reprochée, consistant en un échange d'informations unilatéral à l'occasion d'un appel d'offres lancé par une communauté d'agglomération pour une délégation de service public, n'était pas constituée, les circonstances de l'espèce ne démontrant pas une quelconque volonté de s'entendre des parties. En effet, les données, transmises dans un contexte de conflits entre les parties, s'étaient en réalité révélées volontairement erronées, si bien que le comportement reproché ne pouvait s'analyser que comme un comportement unilatéral, certes contestable, et non comme l'expression d'une volonté de réduire l'incertitude propre au déroulement des marchés publics.

Les différentes restrictions de concurrence

Le 1° de l'article 101 du TFUE réprime « tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à :

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction ;
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements ;
- c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ;
- d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;
- e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».

L'article L. 420-1 du Code de commerce prohibe « même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

- 1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;
- 2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;
- 3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;
- 4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement. »

Selon qu'elles sont nouées ou non entre des entreprises situées au même niveau de la chaîne commerciale, les ententes revêtent la qualité d'ententes horizontales ou verticales.

Questions générales

Les restrictions qui n'affectent le marché que de façon insignifiante, compte tenu de la faible position qu'y occupent les entreprises, ne relèvent pas de l'interdiction posée au 1° de l'article 101 du TFUE. La communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure (*de minimis*)⁷⁷, définit des seuils en deçà desquels les atteintes à la concurrence sont présumées insignifiantes. Il s'agit des accords conclus par des entreprises dont la part de marché cumulée ne dépasse pas 15 % sur aucun des marchés affectés par l'accord. Ces exonérations ne s'appliquent pas aux restrictions flagrantes (clauses noires), c'est-à-dire celles qui ont

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

pour objet « *la fixation des prix pour la vente des produits aux tiers, la limitation de la production ou des ventes, la répartition des marchés ou des clients* ».

En droit national, l'article L. 464-6-1 du Code de commerce permet à l'Autorité de prononcer un non-lieu :

- lorsqu'un seuil de 10 % n'est pas dépassé, s'agissant d'un accord entre entreprises concurrentes sur un même marché ;
- lorsqu'un seuil de 15 % n'est pas dépassé, s'agissant d'un accord entre entreprises qui ne sont pas concurrentes sur un même marché ; et ce, sauf restrictions flagrantes énumérées à l'article L. 464-6-2 du Code de commerce (identiques aux restrictions flagrantes communautaires).

Dans la décision **10-D-13**⁷⁸, l'Autorité a écarté l'application de cette règle en relevant que les pratiques en cause, qui visaient la répartition de marchés ou de clientèle, entraient dans la catégorie des restrictions caractérisées.

Par ailleurs, les restrictions accessoires (voir *infra*) suivent le sort des restrictions qu'elles accompagnent.

Ententes horizontales

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

En 2010, l'Autorité a été conduite à se prononcer sur la plupart de ces cas de figure.

Concertations ou ententes à l'occasion d'appels d'offres publics

Le Conseil a rappelé, dans plusieurs considérants de principe, sa jurisprudence en la matière.

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

78. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

ou les prix qu'ils envisagent de proposer, altèrent également le libre jeu de la concurrence en limitant l'indépendance des offres. Alors que les maîtres d'ouvrage organisent un appel d'offres afin d'obtenir, par le jeu de la concurrence, la meilleure offre, conformément aux prescriptions du Code des marchés publics lorsqu'il s'agit d'acheteurs publics, ces pratiques ont pour effet d'élever artificiellement les prix des prestations concernées.»

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

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

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

Pratiques établies

Dans une décision **10-D-03**, relative à des pratiques relevées dans le secteur des marchés publics de profilage des fossés passés par la communauté urbaine de Lille, l'Autorité a sanctionné cinq entreprises pour avoir pris part, lors de deux appels d'offres successifs, à des pratiques **d'échanges d'informations et d'offres de couverture** (voir *infra* « Offres de couverture ») ayant pour objet et pour effet de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché et de répartir entre elles les lots de ces marchés.

L'Autorité a constaté notamment que les mémoires techniques de certaines sociétés avaient été retrouvés en possession des autres, voire avaient été rédigés par la même personne et non pas élaborés de façon indépendante, et que les rabais effectués avaient fait l'objet d'un échange d'informations avant la date limite de réception des offres. Il existait ainsi un faisceau d'indices graves, précis et concordants démontrant que trois sociétés avaient échangé entre elles des informations portant sur leur disponibilité en personnel ou matériel pour le marché considéré et qu'elles s'étaient entendues sur les prix des lots qu'elles proposeraient alors qu'elles étaient en concurrence pour répondre à l'appel d'offres.

Dans cette décision, comme dans la décision **10-D-35**, l'Autorité a rappelé que le fait qu'il n'ait finalement pas été donné suite à ces appels d'offres, ou même que les offres n'aient eu aucune chance d'aboutir, ne faisait pas obstacle à la constatation et à la sanction des pratiques anticoncurrentielles relevées, dès lors que la consultation était faussée⁷⁹.

Voir aussi, s'agissant d'échanges d'informations préalables à la date de réception des offres, la décision **10-D-10**.

Dans la décision **10-D-04**⁸⁰, l'Autorité de la concurrence a sanctionné les pratiques de deux sociétés, toutes deux filiales d'un même groupe, qui s'étaient entendues pour présenter des soumissions séparées, mais fictivement indépendantes, en réponse à des appels d'offres lancés par des établissements hospitaliers français pour l'achat de tables d'opération ; en l'espèce, ces sociétés avaient répondu séparément aux appels d'offres, alors que, suite à la fusion de leurs équipes commerciales, leurs réponses étaient établies de manière centralisée. L'Autorité a écarté l'argument des parties tiré du principe de l'immunité intragroupe, non applicable en matière d'appel d'offres (voir *supra* « *Les accords intragroupes* »). Elle a également rappelé la jurisprudence constante de la cour d'appel selon laquelle le défaut de vigilance de l'acheteur public ou le fait qu'il connaisse les liens juridiques unissant les sociétés concernées ne peut légitimer les pratiques anticoncurrentielles (voir aussi **10-D-22**, 22 juillet 2010).

Dans une décision **10-D-05**, l'Autorité a sanctionné des entreprises d'ambulances pour s'être entendues lors d'un marché lancé par le centre hospitalier Nord-Deux-Sèvres, concernant des prestations de transports sanitaires.

Lors d'une **réunion préalable** au dépôt des offres, ces entreprises avaient en effet échangé des informations et s'étaient entendues pour inclure dans leur réponse au marché un élément nouveau, le forfait « *nuit-week-end et jours fériés* » sans sortie, d'un montant unique et forfaitisé, dont l'hôpital devrait s'acquitter.

L'Autorité a rappelé à cette occasion les standards de preuve d'adhésion à une entente en cas de participation à des réunions à objet anticoncurrentiel (voir aussi *infra* le paragraphe « *Répartition de marché* » et décisions **10-D-13**⁸¹, 15 avril 2010 et **10-D-39**, 22 décembre 2010).

Elle a en outre écarté les objections avancées par les entreprises mises en cause pour justifier la mise en place de ce forfait en soulignant qu'il ne leur était pas reproché d'avoir soulevé le problème de l'indemnisation des permanences réalisées la nuit, le week-end et les jours fériés sans sortie, mais de s'être entendues pour l'imposer et en faire un des éléments déterminants du prix des soumissions. Elle a également noté que peu importait que la concertation n'ait porté que sur une partie des offres, à savoir la mise en place du forfait « *nuit* », dès lors que cet élément pouvait intéresser l'ensemble du marché et que la preuve de l'échange d'informations sur les coûts et les prix, antérieurement au résultat de l'appel d'offres,

79. Voir décisions 10-D-03 du 20 janvier 2010, § 215 et 10-D-35 du 15 décembre 2010, § 190.

80. Décision confirmée par CA Paris, 28 octobre 2010, Société Maquet SA.

81. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

était rapportée, de telles pratiques étant de nature à limiter l'indépendance des offres, condition normale du jeu de la concurrence.

Dans la décision **10-D-22**, relative à un appel d'offres lancé par le CHU de Rouen en vue de la passation d'un marché de transports sanitaires, l'Autorité a sanctionné des entreprises ambulancières, membres de trois groupements, pour s'être informées réciproquement de leur intention de ne pas soumissionner, et ce afin de mettre en échec la procédure de marché public et d'obtenir un marché négocié.

Ces trois groupements, titulaires des lots du précédent marché, avaient en effet chacun adressé une lettre à la commission d'appels d'offres du CHU en lui faisant part de leurs réserves quant au contenu du cahier des charges et avaient exprimé, en termes voisins, une demande de nouvelles propositions et/ou de marché négocié. Confrontée à deux reprises à l'absence d'une offre conforme, la commission avait décidé de déclarer l'appel d'offres infructueux et de relancer une procédure sous forme de marché négocié.

Il doit être observé qu'il n'était pas reproché aux entreprises d'avoir cherché à constituer des groupements pour répondre à l'appel d'offres lancé par le CHU de Rouen ou d'avoir adopté la même attitude (simple parallélisme de comportement), mais de s'être informées mutuellement, avant la date limite de dépôt des offres, de leur intention, dans le cadre des groupements auxquels elles étaient ralliées, de ne pas déposer d'offres à l'occasion de cette procédure. L'Autorité a constaté que de telles pratiques avaient faussé l'indépendance des comportements et trompé le donneur d'ordres sur l'intensité de la concurrence ; en l'espèce, la personne publique a dû relancer le marché, dont l'attribution a été retardée.

L'Autorité a écarté l'argument des parties qui soutenaient que certaines conditions du cahier des charges n'étaient pas économiquement viables (amplitudes horaires...), en rappelant que cette appréciation n'entraînait pas dans ses attributions, et qu'en tout état de cause, même à supposer que ces critiques soient fondées, celles-ci ne pourraient en aucune manière justifier la mise en œuvre des pratiques anticoncurrentielles reprochées.

Pratiques non établies

Dans une décision **10-D-19**, l'Autorité de la concurrence a considéré que l'entente reprochée, consistant en un échange d'informations unilatéral à l'occasion d'un appel d'offres, n'était pas établie, les circonstances de l'espèce ne démontrant pas une quelconque volonté de s'entendre des parties.

Une communauté d'agglomération avait publié un appel d'offres pour une délégation de service public pour la production, le transport et la distribution d'énergie calorifique. À l'occasion de cet appel d'offres, la société Ne Varietur avait transmis à GDF, qui est à la fois sa concurrente et l'un de ses actionnaires, des informations volontairement erronées sur l'offre qu'elle envisageait de soumettre. Par la suite, GDF et Ne Varietur, par le biais de leurs filiales respectives, avaient présenté deux offres distinctes concurrentes.

L'Autorité a rappelé que, s'il est de jurisprudence constante qu'en matière de marchés publics et de délégations de services publics, l'échange d'informations entre concurrents préalablement au dépôt des offres est constitutif d'une entente anticoncurrentielle, il doit néanmoins être démontré que la pratique mise en œuvre est le résultat d'une volonté commune des entreprises concernées de se comporter d'une manière déterminée sur le marché ou de diminuer l'incertitude devant entourer le comportement de chacune. Ainsi, une transmission unilatérale d'informations ne constitue une pratique d'entente anticoncurrentielle que si elle résulte d'une volonté commune des parties d'atteindre l'un ou l'autre de ces objectifs.

En l'espèce, les données avaient été transmises dans un contexte de conflits très tendus entre les parties, avec une vraisemblable intention de tromper, et sans que Ne Varietur puisse en retirer un quelconque intérêt, si bien que le comportement reproché ne pouvait s'analyser que comme un comportement unilatéral, certes contestable, et non comme l'expression d'une volonté de réduire l'incertitude propre au déroulement des marchés publics.

L'Autorité a souligné que l'acquisition d'une participation significative dans le capital d'une entreprise concurrente, qui donne une représentation au conseil d'administration et des droits particuliers en cas d'investissements importants, tels que ceux exigés dans les appels d'offres, sans mise en place d'une procédure permettant d'écartier toute possibilité d'entente et notamment d'échange d'informations anticoncurrentiel, expose nécessairement à des risques d'entente.

Dans la décision **10-D-26** relative à des pratiques relevées sur des marchés de travaux groupés de réseaux publics passés par la plate-forme d'achats EDF-GDF Services de Montpellier, l'Autorité a estimé que les éléments de preuve étaient insuffisants pour démontrer l'échange d'informations préalable au dépôt des offres, et ce, s'agissant de trois marchés.

S'agissant d'un premier marché, l'Autorité a ainsi relevé que deux documents saisis, contenant des coefficients de prix similaires à ceux remis par les entreprises concurrentes, n'étaient pas datés et ne comportaient aucune indication ou signe qui permette de les rapprocher d'un troisième document lui-même daté mais qui pouvait ne concerner qu'une simple projection des concurrents potentiels, locaux et habituels.

En outre, aucun élément ne démontrait à quel moment l'échange d'informations avait pu avoir lieu par rapport au déroulement des opérations de mise en concurrence, ni même qu'un contact avait eu lieu avec les concurrents auprès desquels des informations sur ces coefficients auraient été obtenus.

Au surplus, l'Autorité a souligné qu'aucun élément au dossier ne venait étayer matériellement le reproche selon lequel l'information proviendrait des concurrents et que « *la circonstance que la procédure de passation des marchés utilisée, qui induit des échanges entre l'acheteur et les soumissionnaires, ainsi qu'une connaissance habituelle des coefficients couramment demandés aux entreprises permettent sans doute de prévoir certains coefficients mais ne peuvent conduire au degré d'exactitude constaté, est à cet égard insuffisante* » (point 85).

Les indices réunis ne constituaient donc pas un faisceau d'indices assez graves, précis et concordants permettant de retenir le grief d'échange d'informations.

Dans les deux autres marchés, les éléments soumis à l'Autorité ont été également jugés insuffisants pour fonder le grief d'échange d'informations, car ils se résument à un document ne pouvant constituer à lui seul une preuve formelle car il n'était pas daté, ne comportait aucune référence, ni aucune indication ou signe montrant qu'un contact avait eu lieu avec les entreprises concurrentes.

Offre de couverture

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

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

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

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

Dans une décision **10-D-03**, relative à des pratiques relevées dans le secteur des marchés publics de profilage des fossés passés par la communauté urbaine de Lille, l'Autorité a sanctionné cinq entreprises pour avoir pris part, lors de deux appels d'offres successifs, à des pratiques d'échanges d'informations (voir *supra* « *Échanges d'information* ») et d'offres de couverture ayant pour objet et pour effet de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché et de répartir entre elles les lots de ces marchés.

C'est en recourant à la méthode du faisceau d'indices graves, précis et concordants que l'Autorité a établi que les intéressées s'étaient entendues, avant la date limite de réception des offres, sur les prix des lots qu'elles allaient proposer et sur les rabais consentis, de telle façon que l'entreprise proposant le rabais le plus élevé obtienne le lot.

Elle s'est notamment fondée sur un tableau, retrouvé chez l'une des sociétés, indiquant exactement les rabais remis par toutes les entreprises concernées, pour tous les lots en compétition, qui apportait la preuve que les cinq entreprises avaient communiqué au moins à l'une d'entre elles les prix de leur offre, éliminant ainsi l'incertitude qui doit permettre de rendre des offres concurrentes. À cet égard, l'Autorité a rappelé qu'il n'est pas nécessaire de démontrer que les entreprises ont toutes été informées des prix proposés par toutes les autres et qu'il suffit de constater que l'une d'entre elles détenait ces informations des autres entreprises, antérieurement au dépôt des offres, pour démontrer que les cinq entreprises se sont entendues pour fausser la concurrence concernant l'appel d'offres.

L'Autorité a rappelé également que le fait qu'il n'est finalement pas été donné suite à l'un de ces appels d'offres ne fait pas obstacle à la constatation et à la sanction des pratiques anticoncurrentielles relevées.

La décision **10-D-35** a également sanctionné une pratique d'offre de couverture.

Les accords de partage de marchés

Dans la décision **10-D-13**⁸², relative à des ententes commises par des entreprises de manutention de conteneurs dans le port du Havre, l'Autorité a, notamment, sanctionné trois entreprises qui s'étaient coordonnées afin de se partager des postes à quai en construction dans le cadre de l'extension du port du Havre. En l'espèce, ce qui était reproché aux entreprises n'était pas de s'être réparti dans les faits les autorisations d'occupation du domaine public portuaire, mais d'avoir coordonné leurs offres en vue de l'attribution de ces autorisations, « *quand bien même aucune procédure d'appel d'offres n'était encore mise en œuvre à l'époque des faits* ».

L'Autorité a rappelé qu'en matière de marchés publics, les ententes par lesquelles les entreprises soumissionnaires coordonnent leurs offres sont sanctionnées au titre des ententes anticoncurrentielles, et ce alors même que l'attribution de tels marchés relève du pouvoir de décision du maître d'ouvrage; en l'espèce l'entente de répartition de capacité était bien constituée, dès lors que les parties s'étaient concertées sur la répartition entre elles des postes à quai disponibles de Port 2000. Le fait que le port du Havre soit finalement resté libre d'attribuer ces postes à d'autres opérateurs que ceux ayant participé à l'entente était sans incidence sur la qualification de la pratique reprochée.

Il a en outre été observé que l'entente de répartition de capacité en cause avait nécessairement affecté le jeu de la concurrence en ce qu'elle avait permis à tous les opérateurs membres de l'entente de prévoir avec un degré raisonnable de certitude quelles seraient les demandes de chacun lors du futur concours pour l'attribution

82. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

des postes à quai de Port 2000. En effet, du fait de l'entente, les entreprises mises en cause avaient cessé de déterminer leur politique commerciale de manière autonome sur le marché.

Cependant l'Autorité a tenu compte de cette situation particulière dans son appréciation du dommage à l'économie et a prononcé des sanctions de principe : elle a constaté que les effets réels de l'entente avaient été faibles dans la mesure où la mise en concurrence sur les attributions des capacités portuaires n'avait pas encore été réalisée et ferait finalement l'objet d'une procédure d'attribution ouverte et transparente.

Elle a néanmoins souhaité que l'établissement portuaire, tenu par décret de respecter une procédure d'appel d'offres à venir, ouverte et publique, prenne sa décision sur le seul mérite des propositions qui lui seraient faites, individuellement, par des entreprises candidates et sans reproduire le partage négocié autour du « Yalta » anticoncurrentiel décrit plus haut.

Dans la décision **10-D-39**, l'Autorité a sanctionné huit entreprises pour s'être entendues entre 1997 et 2006 sur la répartition de la quasi-totalité des marchés de signalisation routière verticale passés par l'État, les collectivités territoriales et les services chargés de la gestion d'autoroutes ainsi que sur les prix.

Les membres de l'entente se réunissaient très régulièrement et se répartissaient les marchés publics selon des règles préétablies figurant dans un document intitulé « Règles ». Les prix et les remises tarifaires qui pouvaient être appliquées aux acheteurs y étaient aussi précisés. Enfin, une « liste noire » destinée à exclure certains revendeurs jugés indésirables avait été établie afin qu'aucune relation commerciale ne soit entretenue avec eux. D'autres documents intitulés « patrimoines » précisaient, quant à eux, les marchés à bons de commande qui devaient revenir à chaque entreprise de l'entente, ce qui figeait ainsi les parts de marché de chacune. Chaque société adhérente du « club » devait respecter ces règles de fonctionnement ; en cas de non-respect, le contrevenant se voyait infliger des pénalités financières. Des compensations étaient également prévues en cas de « *dysfonctionnement* » de l'entente, c'est-à-dire lorsque la collectivité qui avait lancé l'appel à concurrence attribuait le marché à une entreprise qui n'avait pas été celle désignée comme devant l'avoir.

Au vu de ces éléments, l'Autorité a constaté que les pratiques en cause se rattachaient toutes au même plan anticoncurrentiel adopté par les fabricants de panneaux de signalisation routière verticale, en ce qu'elles visaient à organiser artificiellement le fonctionnement du marché, et qu'elles comportaient donc, par leur nature même, un objet anticoncurrentiel.

Il a été fait application du standard de preuve utilisé en droit communautaire, car les réunions au cours desquelles l'entente avait été organisée ne s'étaient pas tenues dans le cadre statutaire d'une organisation professionnelle. Dans ce cas de figure,

la participation à une seule réunion, même si elle est passive, suffit à conforter le mécanisme de l'entente ⁸³.

Dans une décision **10-D-19**, l'Autorité de la concurrence a, en revanche, considéré que l'entente reprochée, consistant en une concertation à l'occasion d'un appel d'offres lancé par une communauté d'agglomération pour une délégation de service public, n'était pas constituée.

En l'espèce, il était reproché aux parties de s'être entendues, *via* leurs filiales respectives, pour réserver le marché à l'une, l'autre s'abstenant de déposer une offre, contrairement à son intention initiale. L'une des parties affirmait l'existence d'un accord, tandis que l'autre la contestait, soutenant que sa décision de retrait résultait de motifs économiques rationnels.

Au vu des éléments recueillis, l'Autorité a considéré que la décision de retrait ne résultait pas d'une entente anticoncurrentielle entre les sociétés concernées mais semblait au contraire la manifestation d'un comportement autonome de cette entreprise; elle a rappelé la jurisprudence des juridictions communautaires aux termes de laquelle lorsqu'une entente implique deux parties seulement, la contestation du contenu de la déclaration de l'une par l'autre suffit à ce qu'il soit exigé que d'autres éléments de preuve viennent l'étayer.

Les réponses en groupements

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

Dans une décision **10-D-10**, l'Autorité a rappelé que, « *s'il n'est pas exclu que des entreprises étant entrées en contact en vue d'établir un groupement pour répondre à un appel d'offres présentent ensuite, en cas d'échec de cette tentative, des offres individuelles, c'est à la condition que les informations précédemment échangées entre elles n'altèrent pas l'indépendance de ces offres individuelles, ce qu'il leur appartient de démontrer en présence d'indices laissant au contraire supposer l'absence d'indépendance de leurs offres* » (§ 42).

Elle a ainsi sanctionné les entreprises mises en cause, non pour avoir cherché, sans succès, à créer un groupement, mais pour avoir présenté ensuite des offres séparées faussement concurrentes, lesquelles avaient été déterminées à l'issue d'échanges d'information dans le cadre du projet initial de groupement, sans que ces entreprises

⁸³. Voir *infra*, Répartition du marché, décision 10-D-13 du 15 avril 2010.

rappellent la preuve, qui leur incombait, que ces échanges n'avaient pas pu influencer sur l'indépendance de leurs offres individuelles et autonomes postérieures.

Ententes et échanges d'information sur les prix et marges

Dans une décision **10-D-15**, l'Autorité a sanctionné des pratiques d'ententes mises en œuvre par un GIE de taxis amiénois, ayant consisté notamment à fixer le prix de cession des autorisations de stationnement sur la métropole d'Amiens, et ayant eu pour effet d'augmenter ce prix.

Pendant plusieurs années et avec la participation active des organes dirigeants du groupement, les membres du GIE s'étaient concertés pour fixer le prix de cession des licences de taxis à Amiens ; chaque transaction était contrôlée pour garantir le strict respect de l'entente et son plein effet. L'entente sur le prix des licences a ainsi conduit à une hausse artificielle du prix des licences, de nature à induire deux effets indirects : une pression à la baisse sur l'offre de licences et une pression à la hausse sur le tarif des courses.

L'Autorité a souligné la gravité de telles pratiques puisqu'elles interviennent dans un secteur où les atteintes à la concurrence réduisent considérablement un espace concurrentiel déjà limité par la réglementation des prix et les conditions d'accès et d'exercice de la profession.

Dans la décision **10-D-28**⁸⁴, l'Autorité de la concurrence a sanctionné 11 banques pour avoir mis en place des commissions interbancaires non justifiées lors du passage à la dématérialisation du traitement des chèques (système appelé échange images chèques, ci-après EIC). Elle a également sanctionné ces mêmes banques pour avoir appliqué deux autres commissions interbancaires pour services connexes (dites AOCT, annulation d'opérations compensées à tort), toujours en vigueur aujourd'hui.

L'Autorité a rappelé qu'aux termes d'une jurisprudence communautaire constante, pour apprécier le caractère anticoncurrentiel d'un accord, il convient de s'attacher notamment à la teneur de ses stipulations, aux objectifs qu'il vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère, les intentions subjectives des parties pouvant être prises en compte sans être déterminantes.

Elle a en outre observé que selon la pratique décisionnelle de la Commission européenne et du Conseil de la concurrence en la matière, tout accord sur une commission interbancaire multilatérale est une restriction de la concurrence car il limite la liberté tarifaire des banques, étant précisé que ces autorités ne se sont encore jamais prononcées sur une commission interbancaire multilatérale dont il aurait été allégué qu'elle serait d'une nature « *compensatoire* », ainsi que le soutiennent les parties s'agissant de la commission d'échange image chèque (ci-après CEIC). L'Autorité a tout d'abord procédé à l'analyse du contexte économique et juridique, afin de déterminer s'il était de nature à exclure toute possibilité de concurrence efficace.

84. Un recours a été formé contre cette décision.

De façon générale, elle a notamment considéré que la coordination des banques était nécessaire pour l'organisation des systèmes de paiement, les créanciers et les débiteurs devant pouvoir les utiliser quelle que soit la banque auprès de laquelle ils sont titulaires d'un compte. Ainsi, la conclusion d'accords techniques et procéduraux multilatéraux, par l'ensemble des banques, peut s'avérer indispensable, même s'ils limitent la liberté de chacun des acteurs pris individuellement.

En revanche, les accords portant sur des commissions interbancaires multilatérales ne sont pas nécessaires : chaque banque peut en effet rester libre de définir individuellement sa politique de tarification sur la face du marché sur laquelle elle est active.

Il a ensuite été procédé à l'analyse des commissions litigieuses afin de déterminer si elles comportaient un objet anticoncurrentiel.

L'Autorité a préalablement écarté l'argument des parties selon lequel elles n'avaient poursuivi aucun objectif anticoncurrentiel, en rappelant qu'à supposer même qu'il soit établi que les parties aient agi sans intention de restreindre la concurrence, de telles considérations ne sont pas pertinentes aux fins de l'application de l'article 81 du traité CE et de l'article L. 420-1 du Code de commerce. En effet, la notion d'accord anticoncurrentiel par objet s'applique indépendamment de la circonstance éventuelle que les parties à l'accord n'ont pas eu l'intention, voire seulement la conscience, de violer les règles de concurrence. En effet, la preuve de l'intention de restreindre la concurrence n'est pas un élément nécessaire pour déterminer si un accord a pour objet une telle restriction.

Elle a aussi rappelé qu'un accord peut être considéré comme ayant un objet restrictif même s'il poursuit également d'autres objectifs légitimes, ces derniers ne pouvant, le cas échéant, être pris en considération qu'aux fins d'obtenir une exemption.

Enfin, pour constituer une infraction par objet, la pratique en cause doit permettre, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'elle puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur la concurrence. Ainsi, pour être qualifié de restriction de la concurrence par objet, il suffit qu'un accord soit susceptible de produire des effets négatifs sur le jeu de la concurrence. Tel est le cas d'un accord qui a pour conséquence évidente la fixation des prix. La question de savoir si et dans quelle mesure de tels effets se produisent réellement ne peut être prise en compte que lors de la fixation du montant de l'amende.

La CEIC était une commission interbancaire multilatérale d'un montant de 4,3 centimes d'euros versée par la banque remettante à la banque tirée à chaque remise de chèque interbancaire, appliquée de janvier 2002 à juillet 2007.

Cette commission était présentée par les banques comme ayant pour objet de compenser la perte de trésorerie engendrée par l'accélération du règlement interbancaire des chèques liée à la dématérialisation, au détriment des banques tirées. Débitées plus tôt, ces dernières perdent en effet la possibilité de placer pour leur compte aussi longtemps qu'auparavant les sommes correspondant aux chèques émis par leurs clients. À l'inverse, les banques remettantes, créditées plus tôt,

peuvent placer pour leur compte plus rapidement qu'auparavant les sommes correspondant aux chèques déposés par leurs clients.

La CEIC ne constituait donc pas une rémunération versée aux banques tirées en contrepartie d'un service rendu, mais un transfert de revenus afin de partager les conséquences financières de l'accélération de l'échange des chèques permise par la dématérialisation du système.

Pour procéder à l'analyse de l'objet de la CEIC, l'Autorité a examiné les restrictions de la concurrence sur le marché de la remise de chèques et sur le marché de l'émission de chèque et a constaté qu'elle avait bien une influence potentielle sur le niveau des prix finaux et donc, par nature, la capacité de restreindre la concurrence tarifaire.

En effet, la création de la CEIC a introduit un élément de coût uniforme pour les banques remettantes, leur faisant subir une hausse artificielle nouvelle de leurs charges d'exploitation pouvant les amener à limiter l'offre de remise de chèques et à augmenter les prix finaux, y compris indirectement, dans le cadre de leur offre globale de services bancaires, *via* un système de subventions croisées.

Sur ce point en particulier, l'Autorité a rappelé que le libellé de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE ne permet pas de considérer que seuls seraient interdits les accords ayant un effet direct sur les prix finaux. Mais, en l'espèce, il résultait en tout état de cause du dossier que certaines des banques considéraient que la CEIC avait bien vocation à être répercutée sur les clients remettants.

Quant au marché de l'émission de chèques, l'Autorité a observé que la CEIC a généré une hausse de revenu artificielle pour les banques tirées, puisqu'elles ont perçu un revenu qui ne leur était pas attribué par le marché, mais par un accord interbancaire, d'où un effet potentiel sur la formation des prix finaux, en violation du principe de libre formation des prix par le jeu du marché.

Par ailleurs, l'Autorité a constaté que la CEIC visait à réguler l'utilisation des différents moyens de paiement de façon à éviter que le passage à l'EIC ne favorise l'utilisation du chèque au détriment d'autres moyens de paiement moins chers en termes de coût de traitement pour le secteur bancaire et plus sécurisés, et ce en introduisant un élément de coût artificiel pour chaque opération de remise de chèque. Or, elle considère que si l'objectif d'optimisation de l'utilisation des différents moyens de paiement, par la création d'incitations à l'égard des acteurs économiques apparaît légitime, les banques ne pouvaient toutefois pas, à cette fin, se réunir dans un cadre multilatéral pour instaurer une commission interbancaire uniforme sans restreindre la concurrence. En revanche, chaque banque était libre de choisir des instruments pour réguler de façon individuelle l'utilisation par ses clients des différents moyens de paiement *via* une tarification reflétant les coûts réels d'utilisation du service de chèques.

Au vu de l'ensemble de ces éléments l'Autorité a donc qualifié la CEIC de restriction de la concurrence par objet (pour l'examen des justifications données à ce mécanisme, voir *infra* chapitre «*Exemption*»).

Les autres commissions reprochées étaient huit commissions multilatérales pour services connexes (CSC), créées afin de rémunérer les services nouvellement rendus par une catégorie de banques à une autre et de compenser les transferts de charges résultant de la dématérialisation du système d'échange des chèques.

L'Autorité a constaté que le montant de chacune de ces commissions avait été fixé d'un commun accord à un niveau unique, identique d'une banque à l'autre, donc sans tenir compte des coûts propres de chaque banque, sauf à considérer que toutes les banques avaient le même profil de coûts, ce qui n'était d'ailleurs pas soutenu par les parties. Ainsi, la création de ces CSC a substitué à des profils de coûts diversifiés une charge financière uniforme, commune à toutes les banques, pour chaque service connexe.

Elle a donc estimé que l'accord multilatéral ayant limité la liberté des banques de déterminer de manière indépendante et individuelle le niveau des CSC en fonction de leurs coûts et, indirectement, les prix et autres conditions des services fournis à leurs clients, comportait un objet restrictif de la concurrence, étant précisé que c'est au stade de l'exemption éventuelle de cet accord que peut être pris en compte l'argument selon lequel un cadre multilatéral était nécessaire pour prévenir les difficultés à conduire des négociations bilatérales sur chaque commission (voir *infra* chapitre «*Exemptions*»).

Entraves à l'accès au marché

Accès à un groupement

Dans une décision **10-D-15**, l'Autorité a sanctionné des pratiques d'ententes mises en œuvre par un GIE de taxis amiénois, ayant consisté notamment à mettre en œuvre des conditions d'accès audit groupement présentant un défaut d'objectivité, de transparence et ayant un caractère discriminatoire, et qui ont pour objet ou qui ont pu avoir pour effet de limiter l'accès au marché de taxis sur Amiens.

Ces pratiques comportaient la reproduction d'un schéma déjà observé, par lequel un groupement de taxis, comprenant la grande majorité des détenteurs de licence sur la même zone géographique, tente de restreindre la concurrence à la fois entre ses membres et vis-à-vis des exploitants non adhérents, le plus souvent par le biais de clauses restrictives d'adhésion et d'exercice prévues par ses statuts.

En l'espèce, en particulier, un droit d'entrée discriminatoire de 25 000 euros, sans aucun fondement objectif, était imposé aux taxis qui n'avaient pas racheté leur licence auprès d'un membre du GIE, ce qui ne pouvait que décourager les candidats taxis de racheter la licence d'un taxi n'ayant pas accès aux courses du GIE. En outre, l'accès ou l'exclusion du GIE pouvait être décidé sans motivation et reposait en réalité sur des motifs dépourvus d'objectivité et de justification.

L'Autorité a rappelé la jurisprudence constante sur les conditions d'adhésion à une association professionnelle, qui peuvent porter atteinte à la libre concurrence si cette adhésion est une condition d'accès au marché ou si elle constitue un avantage concurrentiel et si ces conditions d'adhésion sont définies ou appliquées de façon non objective, non transparente ou discriminatoire; elle a constaté en

l'espèce, que l'adhésion à ce GIE était de nature à constituer, compte tenu de sa prédominance sur le secteur des taxis à Amiens, une condition essentielle d'accès au marché, si bien que les pratiques reprochées pouvaient faire obstacle à l'accès d'un nouvel entrant sur le marché concerné.

Dans cette affaire, l'Autorité a également sanctionné diverses pratiques visant à empêcher les membres du GIE de développer ou d'acquérir une clientèle propre.

Boycott

Dans une décision **10-D-11**, l'Autorité de la concurrence a sanctionné le Syndicat national des ophtalmologistes de France (SNOF) pour avoir incité au boycott des opticiens membres du réseau Santéclair.

Ce dernier, dont l'activité consiste à mettre en relation des assureurs et des professionnels de santé, avait mis en place une initiative visant, sous certaines conditions, à la délivrance sans ordonnance de lunettes de vue de renouvellement pour les personnes de plus de 16 ans, associée à un meilleur remboursement pour l'assuré.

En réponse, le SNOF avait diffusé, de décembre 2003 à avril 2004, des circulaires et des courriers exerçant une pression sur les opticiens membres du réseau pour qu'ils quittent le partenariat Santéclair, ou, à tout le moins, pour qu'ils ne participent pas à l'initiative de celle-ci visant le renouvellement des lunettes de vue. Le SNOF avait aussi incité ses membres à avertir les patients des risques qu'ils encouraient pour leur santé à traiter directement avec les opticiens sans passer par une visite chez l'ophtalmologiste.

Ces pratiques ont été considérées par l'Autorité comme un boycott, défini par la Cour de cassation comme « *une action délibérée en vue d'évincer un opérateur de marché* » (Cass. com., 22 octobre 2002, n° 00-18.048).

Le SNOF a fait valoir que les pratiques reprochées ne pouvaient être qualifiées de boycott dans la mesure où elles avaient des motifs légitimes d'information du public sur les dangers qu'aurait représentés l'initiative de Santéclair pour la santé publique, ainsi que d'information des opticiens agréés sur les risques d'exercice illégal de la médecine encourus, dès lors que ces derniers se conformeraient aux prescriptions de Santéclair.

L'Autorité a écarté cet argument au motif qu'en admettant même que l'initiative de Santéclair ait été contraire aux dispositions du Code de la santé publique « *cela n'autorisait pas un appel au boycott, pratique anticoncurrentielle elle-même illégale. Seules des actions en justice auprès des juridictions compétentes ou un rapprochement avec les autorités de tutelle auraient pu se justifier* ». En effet le fait d'agir en justice est l'expression d'un droit fondamental, spécialement reconnu par l'article L. 411-11 du Code de travail aux organisations syndicales et, dès lors, l'action en justice d'une organisation professionnelle ne peut être considérée comme constituant, en elle-même, une action concertée anticoncurrentielle (voir décisions 94-D-18, 8 mars 1994 et 09-D-07, 12 février 2009).

En l'espèce, les pressions du SNOF ont conduit un certain nombre d'opticiens à résilier leur convention de partenariat avec Santéclair et ont freiné la dynamique

de développement de ces réseaux agréés pourtant favorables à la concurrence et aux intérêts des patients.

Accords de normalisation

Dans une décision **10-D-20**, l'Autorité a accepté les engagements des sociétés de traitement de coupons de réductions HighCo et Sogec et de l'association de distributeurs Perifem, auxquelles étaient reprochées des pratiques d'exclusion découlant d'un accord de normalisation pour l'adoption du format Webcoupon, susceptible de restreindre la concurrence de manière sensible sur les marchés de l'émission et de la diffusion des e-coupons.

L'Autorité a rappelé que les autorités de concurrence se montrent généralement favorables aux accords de normalisation qui, par leur nature même, facilitent en principe le développement de nouveaux marchés et l'amélioration des conditions de l'offre. La normalisation tend, en effet, de manière générale, à renforcer la concurrence et à permettre d'abaisser les coûts de production et de vente au bénéfice de l'ensemble des économies. Cependant, elle fournit également aux entreprises un « forum » où débattre de l'exclusion de certains produits ou technologies d'un marché et comporte ainsi également un risque d'effet anticoncurrentiel. Afin de déterminer si de tels accords restreignent ou non la concurrence, il faut tenir compte de la mesure dans laquelle les parties restent libres de développer d'autres normes ou d'autres produits ne respectant pas la norme faisant l'objet de l'accord.

En l'espèce, l'Autorité constate que le format Webcoupon a été conçu comme la norme de sécurisation applicable à tous les e-coupons émis sur le territoire français ; les distributeurs et les annonceurs ont été invités à porter leur choix sur le format Webcoupon à l'exclusion des autres formats, par une communication qui a pu leur faire croire qu'ils s'exposaient à ne pas être remboursés des sommes avancées lors de l'acceptation en caisse d'e-coupons non Webcoupon. Elle relève également que Perifem a largement contribué à la validation de ce format par les distributeurs en diffusant toutes les informations pertinentes à ses adhérents et en amenant certains d'entre eux à signer une lettre d'engagement dans laquelle ils reconnaissaient que le format Webcoupon « normalisait efficacement » les e-coupons, mais a refusé d'apporter une assistance comparable aux autres opérateurs du secteur pour les fins de la validation d'un format alternatif.

L'Autorité en conclut que les comportements en cause pourraient conduire à introduire progressivement, à la fois vis-à-vis des annonceurs en amont, au stade de l'émission des e-coupons, mais aussi vis-à-vis des distributeurs en aval, au stade de l'acceptation des e-coupons, le format Webcoupon, comme unique format permettant de garantir la sécurisation et par là, la compensation des e-coupons présentés en caisse, alors que d'autres formats pourraient très vraisemblablement apporter le même niveau de garantie et que HighCo et Sogec semblent refuser à d'autres la possibilité d'émettre des Webcoupons dans des conditions satisfaisantes. Les effets de ces comportements sont susceptibles de conduire, sur un marché naissant, à l'éviction d'opérateurs proposant d'autres formats d'e-coupons et pourraient être difficilement réversibles.

Répartition du marché

Dans la décision **10-D-13**⁸⁵, l'Autorité a sanctionné des ententes de partage de clientèle et de partage de capacité commises par des entreprises de manutention de conteneurs dans le port du Havre.

En premier lieu, l'Autorité a constaté l'existence d'une entente de partage de clientèle entre les sociétés Perrigault et TPO, résultant notamment d'une application anticoncurrentielle d'une clause de non-concurrence, contenue dans l'accord fondateur de l'entreprise TPO, qui aboutissait à restreindre l'activité commerciale de TPO à l'égard des autres terminaux du port du Havre et ainsi à limiter la concurrence entre manutentionnaires au détriment des armateurs.

En 2004, Perrigault et l'armateur APMM avaient décidé de constituer une société commune, TPO, en vue de l'exploitation d'un poste de manutention à « Port 2000 ». APMM s'était engagé auprès de TPO à garantir au terminal un apport minimum d'activité en volume. Une clause de non-concurrence prévoyait que TPO et Perrigault s'interdisaient de s'intéresser à leurs clientèles respectives. Alors qu'il était prévu que l'entreprise commune exercerait ses activités de manière autonome et indépendante et qu'elle pourrait notamment « offrir ses services à des compagnies maritimes tierces », Perrigault et TPO ont ensuite décidé de faire une application extensive de la clause de non-concurrence en interdisant à TPO de contracter avec tout autre client qu'APMM. De ce fait, TPO s'est ainsi interdit de concurrencer les autres terminaux existants du port du Havre, ce qui a privé les armateurs d'une solution alternative à l'offre des manutentionnaires en place.

L'Autorité a rappelé que, si, dans leur principe, les clauses de non-concurrence ne sont pas en elles-mêmes illicites, elles peuvent être contraires aux articles L. 420-1 du Code de commerce et 81, paragraphe 1, du traité CE, devenu l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, si elles s'avèrent disproportionnées dans leur champ ou leur durée à l'objectif qu'elles poursuivent ou encore si leur application concrète conduit à porter une atteinte excessive à la concurrence.

En l'espèce, si la clause de non-concurrence conclue entre Perrigault et TPO pouvait être considérée comme directement liée et nécessaire à la réalisation de l'opération de création de la filiale commune TPO, l'interprétation qui en a été donnée par les parties lui a conféré un champ d'application manifestement disproportionné par rapport à l'objet visé initialement puisqu'elle a abouti à couvrir la clientèle d'autres terminaux actifs au port du Havre. Perrigault était certes en droit de protéger son fonds de commerce, mais ne pouvait étendre cette protection à une clientèle qui ne lui était ni propre, ni personnelle ; elle ne pouvait donc intégrer, dans le champ d'application de la clause de non-concurrence, la totalité de la demande d'un armateur donné, dès lors qu'un de ses navires ou conteneurs avait fait l'objet d'une escale sur un terminal de Perrigault, et de façon plus générale, la clientèle d'autres terminaux actifs au port du Havre.

⁸⁵. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

L'Autorité a conclu qu'une telle interprétation de la clause de non-concurrence conduisait à organiser une répartition de clientèle en vertu de laquelle il était interdit à TPO de concurrencer tout manutentionnaire au port du Havre, faisant disparaître toute pression concurrentielle de la part de TPO sur le port du Havre. L'application de cette clause, disproportionnée par rapport à ses objectifs, caractérisait donc, selon la décision, l'objet anticoncurrentiel de l'entente.

Il a par ailleurs été constaté que, contrairement aux allégations des parties, l'application extensive de la clause de non-concurrence avait eu des effets avérés en empêchant TPO de contracter librement avec des clients potentiels, cette société n'ayant effectivement pas pu donner suite à des sollicitations commerciales provenant de clients tiers.

Dans la même décision, l'Autorité a également sanctionné une entente de partage de capacité entre trois entreprises qui s'étaient coordonnées afin de se partager des postes à quai en construction dans le cadre de l'extension du port du Havre. Ces pratiques étaient intervenues dans le cadre du projet « *Port 2000* », qui devait permettre l'extension des infrastructures du port du Havre par la construction de nouveaux postes à quai sur lesquels des sociétés de manutention effectuant le chargement et le déchargement des marchandises des navires ont vocation à exercer leur activité.

Sous l'égide du port du Havre, les manutentionnaires s'étaient ainsi réunis à trois reprises en 2006 pour s'entendre sur la répartition entre eux des postes à quai disponibles, dans le cadre de réunions, d'ailleurs baptisées « *Yalta* » par certains participants.

Aux termes de l'analyse des comptes rendus de ces réunions et des éléments du dossier, l'Autorité a constaté que les discussions tenues au cours de ces réunions ne s'étaient pas cantonnées, comme le prétendaient les parties, aux questions de « *ripage* » dans l'espace portuaire (c'est-à-dire au décalage vers l'ouest des terminaux) mais qu'elles avaient eu principalement pour objet l'affectation de l'ensemble des postes à quai de Port 2000. Les opérateurs s'étant entendus sur la capacité qui devait leur être affectée, alors même qu'ils étaient normalement placés en situation de concurrence pour l'obtention de celle-ci ; les réunions revêtaient donc un objet anticoncurrentiel.

L'Autorité a écarté l'objection des parties, selon laquelle l'entente ne pouvait être constituée dès lors qu'elles n'avaient aucun pouvoir de décision en la matière puisque la répartition d'autorisations d'occupation de postes à quai ne relève que du port ; en effet, en l'espèce, ce qui était reproché aux entreprises n'était pas de s'être réparti dans les faits les autorisations d'occupation du domaine public portuaire mais d'avoir coordonné leurs offres en vue de l'attribution de ces autorisations.

Les standards de preuve d'adhésion à une entente en cas de participation à des réunions à objet anticoncurrentiel ont été rappelés à cette occasion⁸⁶.

⁸⁶. Voir aussi décision 10-D-39 du 22 décembre 2010.

En droit communautaire, l'adhésion d'une entreprise à une entente est démontrée par sa participation à une ou plusieurs réunions à objet anticoncurrentiel, à moins qu'elle ne s'en soit distanciée publiquement, sans qu'il soit besoin de constater la mise en œuvre effective des décisions prises au cours de ces réunions. L'absence de mise en œuvre est un élément à prendre en compte, non pas pour qualifier l'infraction, mais pour établir le montant de la sanction.

En droit national, la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence a distingué les situations dans lesquelles la concertation anticoncurrentielle se déroule au cours de réunions tenues dans le cadre statutaire d'une organisation professionnelle et celles dans lesquelles l'entente est mise au point au cours de réunions informelles auxquelles participent de leur propre initiative les entreprises concurrentes.

Dans le premier cas, il est considéré que le seul fait d'avoir participé à une réunion tenue dans le cadre statutaire d'une organisation professionnelle dont l'ordre du jour aurait dans les faits évolué vers un objet anticoncurrentiel ne suffit pas à caractériser l'adhésion des entreprises à l'entente puisque l'entreprise régulièrement convoquée n'est pas en mesure de connaître l'objet anticoncurrentiel de cette réunion. La preuve de l'adhésion à l'entente nécessite alors une preuve additionnelle, comme la diffusion de consignes arrêtées lors de la réunion, l'application de mesures concrètes décidées lors de celle-ci, ou la participation à une réunion ultérieure ayant le même objet anticoncurrentiel.

Dans toute autre situation, le standard de preuve applicable est identique à celui utilisé en droit communautaire. La participation à une seule réunion, même si elle est passive, suffit en effet à conforter le mécanisme de l'entente : d'une part, elle renseigne sur le comportement commercial que les autres acteurs ont décidé d'adopter sur le marché, alors que l'autonomie qu'exige la concurrence entre entreprises suppose que ces dernières restent dans l'incertitude sur la stratégie de leurs concurrents ; d'autre part, elle permet aux participants plus actifs d'escompter que l'absence d'opposition de l'entreprise ne viendra pas perturber le jeu collusif.

Ces principes étant rappelés, l'Autorité a estimé, contrairement aux allégations des parties, que le standard de preuve applicable au cas d'espèce était celui du droit communautaire, les réunions litigieuses ayant été organisées par le port du Havre de manière ponctuelle et dans le seul but de permettre la mise en œuvre d'une concertation entre entreprises, et non dans le cadre statutaire d'organisations professionnelles.

L'Autorité a également démontré les effets anticoncurrentiels de ces pratiques, après avoir rappelé, à titre liminaire, que, s'agissant d'accords anticoncurrentiels par objet, cette analyse visait à la fixation du niveau de l'amende et non à la démonstration de l'existence des infractions, conformément à la jurisprudence nationale et communautaire.

À ce titre, elle a notamment considéré que l'entente de répartition de capacité en cause avait nécessairement affecté le jeu de la concurrence en ce qu'elle avait permis à tous les opérateurs membres de l'entente de prévoir avec un degré raisonnable de certitude quelles seraient les demandes de chacun lors du futur concours

pour l'attribution des postes à quai de Port 2000 ; en effet, du fait de l'entente, les entreprises mises en cause avaient cessé de déterminer leur politique commerciale de manière autonome sur le marché.

L'Autorité n'a cependant prononcé que des sanctions de principe pour tenir compte du fait que, d'une part, les effets réels de l'entente avaient été faibles dans la mesure où la mise en concurrence sur les attributions des capacités portuaires n'avait pas encore été réalisée et fera finalement l'objet d'une procédure d'attribution ouverte et transparente et, d'autre part, parce que les rencontres entre opérateurs concurrents ont été organisées par le port du Havre lui-même.

Ententes verticales

Les ententes verticales se rencontrent généralement à l'intérieur de réseaux de distribution, organisés par un fournisseur ou un franchiseur ou, plus généralement, dans le cadre des relations, quelles qu'en soient les formes juridiques, nouées entre des entreprises situées à des niveaux différents de la chaîne commerciale.

Par ailleurs, conformément à la jurisprudence communautaire, l'Autorité admet le principe selon lequel des contrats identiques passés entre des fournisseurs et leurs distributeurs qui, considérés individuellement, ne poseraient pas de problèmes de concurrence, peuvent, par leur effet cumulatif, devenir anticoncurrentiels lorsque l'accès au marché s'en trouve limité ou les parts de marché figées.

En 2010, l'Autorité n'a pas sanctionné en tant que tel l'effet cumulatif de contrats identiques.

La méthode d'analyse des restrictions verticales

Le règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité de Rome à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, auquel s'est désormais substitué le règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010, prévoyait une exemption d'application du paragraphe 1 de l'article 81 du traité CE (article 101 du TFUE) aux accords de distribution, dits « *accords verticaux* », conclus entre des distributeurs et un fournisseur, lorsque, notamment, la part détenue par le fournisseur sur le marché pertinent sur lequel il vend ses biens et services ne dépassait pas 30 %, et ce, sous réserve que ces accords ne comportent pas de restrictions caractérisées, à savoir, pour l'essentiel, celles qui obligeraient chaque distributeur à respecter un prix de vente identique, à s'interdire de revendre à un autre distributeur du réseau ou à s'interdire de répondre passivement à des commandes de clients situés hors de sa zone d'exclusivité (article 4 du règlement). L'article 5 de ce règlement ajoutait que n'étaient pas couvertes par le règlement d'exemption certaines obligations et, notamment toute obligation directe ou indirecte de non-concurrence, dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans, étant précisé qu'une obligation de non-concurrence tacitement renouvelable au-delà d'une période de cinq ans doit être considérée comme ayant été imposée pour une durée indéterminée. L'article 1^{er}, a) définissait une obligation de non-concurrence comme « *toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer,*

d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec des biens ou des services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur d'acquiescer auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou services contractuels [...]».

Le règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3 du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées reprend en grande partie celui de 1999, sous réserve de plusieurs modifications :

Champ d'application du règlement

Alors que le règlement n° 2790/1999 s'appliquait à l'ensemble de la distribution, à l'exception du secteur de l'automobile, le nouveau règlement n° 330/2010 s'étendra à la distribution des véhicules automobiles neufs, après une période de transition de trois ans.

L'article 3, point 2 du nouveau règlement couvre les accords multipartites. Il vise en effet l'hypothèse où « *une entreprise achète les biens ou services contractuels à une entreprise partie à l'accord et vend les biens ou services contractuels à une autre entreprise partie à l'accord* ». Dans ce cas, « *la part de marché de la première entreprise doit respecter le seuil de part de marché [de 30 %] [...], en tant qu'acheteur et fournisseur, pour que l'exemption [...] s'applique* ».

Comme le précédent règlement, le nouveau texte couvre les dispositions contenues dans les accords verticaux concernant la cession à l'acheteur, ou l'utilisation par l'acheteur, de droits de propriété intellectuelle, lorsque ces dispositions ne constituent pas l'objet principal de l'accord et sont directement liées à l'utilisation, la vente ou la revente de biens ou de services (art. 2, point 3). La définition du droit de propriété intellectuelle est cependant étendue au savoir-faire (art. 1^{er}, point 1, f).

Modifications de fond

Le nouveau règlement fait dépendre le bénéfice de l'exemption des parts de marché tant du fournisseur que de l'acheteur. Il suffit désormais que la part de marché de l'un des deux dépasse 30 % pour exclure le bénéfice de l'exemption par catégorie. Quant aux marchés à prendre en compte, l'article 3 précise qu'il s'agit de celui sur lequel le fournisseur vend les biens ou services contractuels, ainsi que celui sur lequel l'acheteur achète les biens ou services contractuels.

En outre, l'exemption dont bénéficiaient les accords verticaux entre concurrents, dès lors que le chiffre d'affaires de l'acheteur ne dépassait pas 100 millions d'euros, est abandonnée (voir art. 2, 4, a).

Le règlement n° 330/2010 est entré en vigueur le 1^{er} juin 2010, mais il prévoit une période de transition d'un an : « *L'interdiction énoncée à l'article 101, paragraphe 1, du traité ne s'applique pas, pendant la période allant du 1^{er} juin 2010 au 31 mai 2011, aux accords qui, au 31 mai 2010, sont déjà en vigueur et ne remplissent pas les conditions d'exemption prévues par le présent règlement, mais satisfont à celles qui sont prévues par le règlement (CE) n° 2790/1999* » (art. 9). Il expirera le 31 mai 2022.

L'Autorité a considéré que le règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999 constituait, dans le cadre de l'application du droit interne, un *guide d'analyse utile* (voir décision 00-D-82 du 26 février 2001, relative aux glaces et crèmes glacées d'impulsion, confirmée en appel le 7 mai 2002).

Au cours de l'année 2010, elle n'a fait application ni de ce règlement ni du règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010.

La mise en œuvre de cette méthode d'analyse

Les principes/l'organisation du réseau de distribution et de la sélection des distributeurs

La validité de principe des accords verticaux, qu'il s'agisse de distribution sélective ou non, a été consacrée, de façon générale et pour l'ensemble des accords verticaux, par le règlement de la Commission n° 2790/1999 du 22 décembre 1999 puis par le règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, devenu l'article 101 du TFUE, à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées. Toutefois, la présence de certaines clauses dans les contrats ou certaines pratiques s'insérant dans ces relations verticales peuvent leur donner une dimension anticoncurrentielle.

L'interdiction de prix imposés

L'Autorité n'a sanctionné, en 2010, aucune pratique de prix imposés dans les relations verticales.

Les clauses d'exclusivité

Une pratique décisionnelle abondante guide l'analyse de l'Autorité s'agissant des clauses d'exclusivité⁸⁷.

Ainsi, les obligations d'exclusivité, qu'elles soient analysées sous l'angle des ententes ou des abus de position dominante, ne constituent pas des restrictions de concurrence *per se*, c'est-à-dire qu'elles ne sont pas, par leur nature même, anticoncurrentielles. En effet, même si ce type d'obligations peut limiter les possibilités d'échanges pour des périodes plus ou moins longues et priver des entreprises tierces de l'accès à une source d'approvisionnement, l'exclusivité peut être porteuse de gains d'efficacité pour le marché en cause.

Dès lors, il convient de s'intéresser au contexte concurrentiel et de procéder à un examen circonstancié des contrats d'exclusivité, pour s'assurer que les clauses litigieuses n'instaurent pas en droit ou en pratique, une barrière artificielle à l'entrée sur le marché; il convient donc d'examiner l'ensemble de leurs éléments constitutifs : le champ d'application, la durée, l'existence d'une justification technique à l'exclusivité, et la contrepartie économique obtenue par le client.

L'Autorité souligne que, par conséquent, l'examen du pouvoir de marché des parties, y compris lorsqu'une qualification d'entente est recherchée, constitue une

⁸⁷. Voir not. le rapport du Conseil de la concurrence 2007, étude thématique.

étape préalable importante de l'analyse : la barrière à l'entrée sur le marché sera d'autant plus élevée que l'un ou l'autre des contractants, voire les deux, disposent de parts de marché élevées.

Dans la décision **10-D-17**, l'Autorité a considéré que l'entente reprochée, résultant d'un contrat d'exclusivité pour la mise à disposition d'espace commercial, conclu entre le Palais des sports de Grenoble-Isère et la société La Boule Obut, à l'occasion de championnats du monde de pétanque, n'était pas établie ; en effet, ce contrat n'était pas de nature à verrouiller le marché pertinent et n'avait ni pour objet ni pour effet la fermeture du marché de la mise à disposition d'espace commercial à l'occasion de compétition de pétanque d'importance majeure en France.

En l'espèce, s'agissant du contexte concurrentiel, l'Autorité a constaté que la position de l'offreur de la prestation de service, à savoir le Palais des sports de Grenoble-Isère, sur le marché de la mise à disposition d'espace commercial à l'occasion des compétitions de pétanque d'importance majeure, s'élevait à environ 25 % du marché et qu'eu égard à cette part de marché relativement modeste, le contrat d'exclusivité ne pouvait en aucun cas provoquer un effet de verrouillage du marché pertinent.

L'Autorité a ensuite estimé que, même si l'exclusivité était absolue, le champ d'application de la clause demeurait en réalité restreint puisque la société La Boule Obut ne bénéficiait d'une exclusivité que pour quelques manifestations ; la clause ne couvrait qu'une partie du marché pertinent et ne constituait donc pas un élément de verrouillage de ce marché.

Quant à la durée des accords d'exclusivité, elle ne dépassait pas un an et ne s'étendait à chaque fois que sur quelques jours consécutifs.

Dans la mesure où la portée et la durée des contrats d'exclusivité litigieux n'étaient pas de nature à verrouiller le marché, l'Autorité n'a pas examiné les autres critères d'appréciation, comme l'examen des justifications techniques ou économiques, qui ne trouve sa place que dès lors que l'accord est considéré comme restrictif de concurrence du fait de son objet ou de ses effets⁸⁸.

Enfin, l'Autorité, au vu des ventes annuelles réalisées par les fabricants de boules de pétanque, a écarté également l'existence d'effets anticoncurrentiels des pratiques reprochées sur le marché connexe de la production et de la vente des boules de pétanque de compétition ; cette précision a été ajoutée car, dans le secteur du sport, le Conseil de la concurrence a déjà été conduit à considérer qu'un accès exclusif aux espaces commerciaux de manifestations sportives pouvait constituer une barrière à l'entrée significative sur le marché connexe de l'équipement sportif.

Exclusivité d'approvisionnement

Les clauses indispensables à la mise en œuvre d'un accord de franchise, telles que les clauses qui organisent le contrôle indispensable à la préservation de l'identité et de la réputation du réseau qui est symbolisé par l'enseigne, ne constituent pas

⁸⁸. Voir article L. 420-4 du Code de commerce et article 101, § 3 du TFUE.

des restrictions de concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE⁸⁹ et un certain contrôle sur la politique commerciale des franchisés peut être justifié à condition de ne pas excéder ce qui est strictement nécessaire à la réalisation de ces objectifs.

Ces principes ont été rappelés dans la décision **10-D-12**, par laquelle l'Autorité de la concurrence a estimé que des clauses d'approvisionnement exclusif en savon imposées à des franchisés dans le secteur du lavage automobile par haute pression n'étaient pas contraires aux dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

L'Autorité constate en premier lieu que si l'exclusivité d'approvisionnement en savon était prévue explicitement dans les contrats de franchise élaborés jusqu'au 1^{er} janvier 2000, elle ne l'était pas dans les contrats ultérieurs. Dans ces derniers, la clause litigieuse ne faisait que subordonner à l'accord du franchiseur l'acquisition des produits directement nécessaires à la marche du centre auprès de fournisseurs autres que le franchiseur. Aucun élément du dossier n'indiquant que des franchisés aient été autorisés à s'approvisionner en savon auprès de tiers, l'Autorité estime que cette interdiction aux franchisés de s'approvisionner librement sur le marché, pourrait avoir des effets similaires à une obligation d'approvisionnement exclusif.

Estimant que le maintien de l'identité commune et de la réputation d'un réseau de franchise de lavage automobile suppose que le franchiseur puisse exercer un contrôle sur la formulation, la fabrication et la mise à disposition du savon auprès des centres de lavage, permettant de garantir que les clients disposent d'un produit de qualité homogène dans l'ensemble des centres de l'enseigne, l'Autorité retient en l'espèce qu'il n'est pas établi que la clause d'approvisionnement exclusif en savon imposée en l'espèce aux franchisés n'était pas indispensable à la mise en œuvre de l'accord de franchise.

Elle précise en outre que la circonstance que le savon fourni se soit révélé défectueux pendant une certaine période, nuisant ainsi à la réputation du réseau, ne saurait être prise en compte pour apprécier l'objet de la clause en litige au regard du droit de la concurrence, les arguments présentés par la saisissante sur ce point relevant d'un litige de droit privé.

Les restrictions accessoires

La règle de raison, issue du droit américain, consiste à analyser concomitamment à l'examen de l'existence d'une restriction de concurrence des arguments, d'efficacité ou de contexte, pouvant aboutir à ne pas sanctionner une pratique au moins pour partie restrictive de concurrence, sans que l'examen d'une exemption soit nécessaire.

L'une de ses variantes, la théorie des restrictions accessoires est explicitement admise dans les lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE (JOCE n° C 101, 27 avril 2004, § 28 à 31) ;

⁸⁹. Voir CJCE, 28 janvier 1986, Pronuptia 161/84, *Rec.* p. 353, points 14 à 27.

elle est définie comme « *toute restriction alléguée de la concurrence qui est directement liée et nécessaire à la réalisation d'une opération principale non restrictive de concurrence et qui lui serait proportionnée* ».

L'existence de certains droits, contrats et formes de distribution, implique en effet par elle-même l'existence de restrictions. Il en est ainsi des restrictions attachées à l'existence même de droits de propriété industrielle (brevets, marques, savoir-faire), ou des clauses de non-concurrence pour une durée déterminée lors de la vente d'un fonds de commerce (en revanche, si la détention de tels droits n'est pas contraire au droit de la concurrence, leur mise en œuvre peut être appréhendée).

Dans son arrêt M6 e. a. c/Commission du 18 septembre 2001, le Tribunal de première instance des Communautés européennes a précisé la portée de la notion de restriction accessoire en droit de la concurrence qui « *couvre toute restriction qui est directement liée et nécessaire à la réalisation d'une opération principale* » (T-112/99, Rec. p. II-2459, points 104 et s.). Les restrictions accessoires ne font pas l'objet d'un examen distinct de celui de l'opération principale au regard du droit de la concurrence. Ainsi, si l'opération principale ne restreint pas la concurrence, les restrictions accessoires à cet accord sont compatibles avec l'article 81, paragraphe 1, du traité CE.

S'agissant de la condition relative au lien direct avec l'opération principale, le Tribunal indique qu'elle correspond à « *toute restriction qui est subordonnée en importance par rapport à la réalisation de cette opération et qui comporte un lien évident avec celle-ci* » (même arrêt, point 105). S'agissant de la condition relative au caractère nécessaire d'une restriction, le juge communautaire indique qu'il convient « *de rechercher, d'une part, si la restriction est objectivement nécessaire à la réalisation de l'opération principale et, d'autre part, si elle est proportionnée par rapport à celle-ci* » (point 106). À cet égard, le Tribunal précise que « *l'examen du caractère objectivement nécessaire d'une restriction par rapport à l'opération principale ne peut être que relativement abstrait. Il s'agit non pas d'analyser si, au vu de la situation concurrentielle sur le marché en cause, la restriction est indispensable pour le succès commercial de l'opération principale, mais bien de déterminer si, dans le cadre particulier de l'opération principale, la restriction est nécessaire à la réalisation de cette opération. Si, en l'absence de la restriction, l'opération principale s'avère difficilement réalisable voire irréalisable, la restriction peut être considérée comme objectivement nécessaire à sa réalisation* » (point 109).

Enfin, le Tribunal considère que « *[d]ès lors qu'une restriction est objectivement nécessaire à la réalisation d'une opération principale, il convient encore de vérifier si sa durée et son champ d'application matériel et géographique n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour la réalisation de ladite opération. Si la durée ou le champ d'application de la restriction excèdent ce qui est nécessaire pour la réalisation de l'opération, elle doit faire l'objet d'une analyse séparée dans le cadre de l'article 85, paragraphe 3, du traité* » (même arrêt, point 113 ; voir aussi sur ce point CJCE, 11 juillet 1985, Remia e. a. c/Commission, 42/84, Rec. p. 2545, point 20 et TPICE, 2 juillet 1992, Dansk Pelsdyravlerforening c/Commission, T-61/89, Rec. p. II-1931, point 78).

Il convient de préciser qu'il incombe aux entreprises mises en cause de démontrer qu'une restriction est directement liée et objectivement nécessaire à la réalisation d'une opération principale (TPICE, M6 e. a. c/Commission, précité, point 122).

Dans la décision **10-D-28**⁹⁰, relative à une entente dans le secteur bancaire, caractérisée par la mise en place de commissions interbancaires lors du passage à la dématérialisation du traitement des chèques (système appelé échange images chèques, ci-après EIC), l'Autorité a fait application de cette jurisprudence et a considéré que les commissions en cause n'étaient pas objectivement nécessaires à la réalisation de l'opération principale que constituait la dématérialisation de la compensation interbancaire des chèques, contrairement à ce qu'alléguaient les parties.

Les parties faisaient valoir que la commission d'échange image chèque (ci-après CEIC) et les commissions pour services connexes (ci-après CSC) reprochés constituaient des restrictions accessoires au passage à l'EIC. Selon elles, la dématérialisation des échanges de chèques, projet d'intérêt général, ne comportait en soi aucune restriction de concurrence et les commissions interbancaires lui étaient directement liées dès lors qu'elles ont été créées afin de compenser les charges financières supportées par les banques du fait du passage à ce système.

L'Autorité a cependant considéré que si la CEIC était directement liée à la mise en place du système dématérialisé d'échange des chèques, elle-même neutre au regard du droit de la concurrence, les parties ne démontraient pas que cette commission était objectivement nécessaire pour l'adoption du nouveau système, au sens de la jurisprudence communautaire précitée.

En effet, l'opération principale qu'il convenait d'apprécier en l'espèce pour examiner le caractère accessoire de la CEIC était la dématérialisation de la compensation interbancaire des chèques. Or, l'EIC pouvait être mis en place sans accélération des échanges interbancaires, et, partant, sans modification des équilibres de trésorerie, dès lors que la fixation de la date de règlement interbancaire relevait d'une libre décision des banques.

De même, les parties ne démontraient pas que les CSC étaient objectivement nécessaires pour l'adoption du nouveau système, au sens de la jurisprudence communautaire précitée : la rémunération des prestations rendues par les banques remettantes aux banques tirées dans le cadre d'un système de compensation dématérialisé, comportant le « blocage » physique des chèques au niveau de la banque remettante suivi de l'échange d'images chèques, pouvait, en principe, faire l'objet de négociations bilatérales.

Dès lors, l'Autorité a constaté que les commissions en cause ne pouvaient être considérées comme une restriction accessoire à l'EIC.

Les arguments des parties relatifs aux aspects proconcurrentiels et anticoncurrentiels de ces commissions (gains d'efficacité, économie de coûts...) ont fait quant à eux l'objet d'une analyse séparée au titre de l'exemption dans le cadre des articles

⁹⁰. Un recours a été formé contre cette décision.

L. 420-4 du Code de commerce et 81, paragraphe 3, du traité CE (voir *infra*, chapitre «*Exemptions*»).

Restrictions accessoires à une opération de concentration

En droit interne, il n'existait jusqu'en 2009 aucune base juridique spécifique pour l'examen *a priori*, dans le cadre de l'approbation d'une opération notifiée à l'autorité de contrôle des concentrations, des restrictions considérées par les parties comme directement liées et nécessaires à l'opération de concentration. Ceci s'explique du fait que, à la différence de la Commission européenne, le ministre en charge de l'Économie, compétent pour autoriser les opérations de concentration jusqu'à l'entrée en vigueur le 2 mars 2009 de la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME), n'était pas compétent pour apprécier la conformité de clauses contractuelles au regard des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce et 81 et 82 du traité CE, cet examen relevant de la compétence exclusive du Conseil de la concurrence.

Malgré cette absence de base juridique, le ministre de l'Économie a parfois fait application de la notion de restrictions accessoires, sur le modèle du régime prévu par le droit communautaire, en précisant si certaines clauses contractuelles devaient être considérées comme couvertes par la décision d'autorisation dès lors qu'elles étaient directement liées et nécessaires à l'opération de concentration. Il convient toutefois de relever que cette pratique ne revêt pas de caractère homogène, le ministre ne se prononçant pas toujours sur la couverture qu'il entendait accorder aux clauses notifiées, ou précisant que sa décision était sans préjudice d'un examen éventuel au titre de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

Désormais, les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations publiées le 16 décembre 2009, prévoient un examen des restrictions accessoires notifiées à l'occasion d'une opération de concentration selon des modalités inspirées du régime communautaire. En effet, la réunion, à compter du 2 mars 2009, au sein d'une même Autorité, des compétences relatives, d'une part, à l'application du droit communautaire et national des pratiques anticoncurrentielles et, d'autre part, au contrôle des concentrations, réforme qui s'inspire du modèle communautaire dans lequel le contrôle des structures du marché et la surveillance des comportements sur ce même marché sont confiés à la même institution, permet aujourd'hui à l'Autorité d'effectuer un examen de telles restrictions dans le cadre des autorisations rendues en application des articles L. 430-5 ou L. 430-7 du Code de commerce.

De même qu'en droit communautaire, les entreprises peuvent dorénavant porter l'existence d'une restriction accessoire à la connaissance de l'Autorité, afin que cette dernière apprécie elle-même si elles sont directement liées et nécessaires à la réalisation de l'opération, sans être liée par la position des parties. En l'absence de notification expresse, dans le cadre de la procédure prévue par les articles L. 430-3 et suivants du Code de commerce, les entreprises peuvent soutenir devant l'Autorité, saisie *a posteriori* au titre du droit des pratiques anticoncurrentielles, qu'une clause contractuelle constitue une restriction accessoire à une opération de concentration précédemment autorisée par l'Autorité. Il revient alors

à l'Autorité d'apprécier le bien-fondé d'une telle qualification, au regard des critères dégagés par la jurisprudence communautaire.

Dans la décision **10-D-32**, relative à des pratiques d'exclusivité dans le secteur de la télévision payante, une situation articulant le droit des concentrations et le droit des pratiques anticoncurrentielles antérieurement à 2009 a été analysée.

Les parties mises en cause alléguaient que les accords et clauses d'exclusivité litigieux constituaient des restrictions accessoires à l'opération de concentration entre les sociétés TPS et Vivendi Universal, et qu'ils avaient été couverts par la décision du ministère de l'économie d'autoriser l'opération de concentration.

L'Autorité a cependant écarté ce moyen; elle a en effet constaté que la décision ministérielle d'autorisation de l'opération de concentration n'avait pas fait application de la théorie des restrictions accessoires et qu'en l'absence de qualification expresse dans les motifs de la décision, la seule circonstance que les clauses en litige aient été notifiées et examinées par le ministre ne permettait pas de les qualifier de restrictions accessoires.

Il a ensuite été relevé que cette circonstance n'empêchait cependant pas les parties de faire valoir que lesdites clauses constituaient des restrictions directement liées et nécessaires à l'opération de concentration devant l'Autorité de la concurrence saisie au titre du droit des pratiques anticoncurrentielles.

Dès lors, l'Autorité s'est attachée à apprécier le bien-fondé de cette thèse, conformément aux principes dégagés par la jurisprudence communautaire dans le cadre de l'application des articles 81 et 82 du traité CE.

En l'espèce, l'Autorité a distingué entre deux séries de clauses d'exclusivités, certaines ayant été expressément notifiées au ministre et d'autres pas.

Les premières ayant été autorisées en tant que telles par la décision du 30 août 2006, et ayant créé des droits acquis, l'Autorité ne pouvait les remettre en cause sur le fondement des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 du traité CE⁹¹.

En revanche, s'agissant des clauses d'exclusivité qui n'avaient pas été notifiées au ministre, l'Autorité a relevé que les entreprises mises en cause n'avaient pas démontré que les exclusivités consenties étaient objectivement nécessaires à la réalisation de l'opération de concentration entre les sociétés TPS et Vivendi Universal. Elle a en effet rappelé la position de la Commission selon laquelle les exclusivités de fourniture ou d'achat consenties au profit du cédant ou de l'acquéreur ne sont pas susceptibles de constituer des restrictions accessoires à une opération de concentration.

⁹¹ Ces clauses d'exclusivité et de non-concurrence ont été notifiées au ministre dans le cadre de l'opération de concentration entre TPS et Vivendi Universal. Le ministre de l'Économie a autorisé la mise en œuvre de l'accord qui lui était soumis dans son intégralité, sans distinguer les clauses organisant le changement de contrôle du capital des sociétés des autres clauses des contrats notifiés. Ainsi, la décision ministérielle a accordé aux bénéficiaires le droit de mettre en œuvre les clauses d'exclusivité et de non-concurrence prévues par les accords notifiés au ministre. Partant, l'Autorité de la concurrence a considéré qu'elle ne pouvait examiner ces clauses en application des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 du traité CE, puisqu'elles avaient été autorisées par le ministre, et qu'une décision individuelle créatrice de droits ne peut être retirée au-delà du délai de quatre mois, nonobstant l'illégalité éventuelle de cette dernière (voir points 179 à 214).

Les exemptions (articles L. 420-4 du Code de commerce et 101, paragraphe 3, du TFUE)

Les restrictions de concurrence peuvent être exemptées sur le fondement de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE et de l'article L. 420-4 du Code de commerce. Ces développements ne concernent que les « exemptions » individuelles, la question de l'application des règlements d'exemption par catégorie étant envisagée *supra*.

Les pratiques résultant d'un texte

Le I sous 1), de l'article L. 420-4 du Code de commerce précise que les pratiques qui « résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application » ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2. Selon une jurisprudence constante, ces dispositions ne trouvent à s'appliquer que pour autant que les pratiques constatées sont la conséquence directe et nécessaire de ces textes.

En droit communautaire, un organisme professionnel n'est pas qualifié d'association d'entreprises lorsqu'il prend des décisions dans l'exercice de compétences déléguées par l'État et étroitement contrôlées par lui, à savoir des « mesures de caractère étatique ». Elles échappent dans ce cas au droit de la concurrence applicable aux entreprises. En revanche, les décisions prises de façon indépendante par cet organisme sont soumises au droit de la concurrence : relèvent du premier cas de figure, et ne constituent pas des ententes anticoncurrentielles, les décisions des organismes professionnels consultés en matière économique par les pouvoirs publics avant d'arrêter une réglementation économique ou chargés de déterminer, en fonction de critères d'intérêt général arrêtés par eux-mêmes, une telle réglementation, les pouvoirs publics conservant un pouvoir de contrôle et de réformation des décisions prises à cet effet.

Pendant l'année 2010, l'Autorité, n'a pas eu à connaître de telles pratiques.

Les pratiques contribuant au progrès économique

Le 3° de l'article 101 du TFUE dispose : « Les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables : [...] à tout accord, décision d'associations d'entreprises ou pratique concertée qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans :

- a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs ;
- b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. »

Le I sous 2) de l'article L. 420-4 du Code de commerce précise, pour sa part, que ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2, les pratiques « dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent

aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause».

Ces dispositions sont d'interprétation stricte. Le progrès invoqué doit constituer un progrès pour la collectivité dans son ensemble et non simplement permettre une amélioration conjoncturelle de la situation des entreprises concernées. Il doit, notamment, être établi que le progrès économique allégué est la conséquence directe des pratiques en cause et qu'il n'aurait pu être obtenu par d'autres voies. Enfin, doit également être rapportée la preuve que ce progrès est suffisamment important pour justifier les atteintes à la concurrence relevées.

Pour apprécier si elle peut être exemptée sur le fondement de ces dispositions, les autorités de concurrence procèdent à une mise en balance des effets pro et anti-concurrentiels d'une restriction de concurrence.

Il résulte de la jurisprudence communautaire que la personne qui se prévaut des dispositions de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE doit démontrer, au moyen d'arguments et d'éléments de preuve convaincants, que les conditions requises pour bénéficier d'une exemption sont réunies (voir CJCE, GlaxoSmithKline, précité, point 82 et CJCE, 11 juillet 1985, Remia e. a. c/Commission, 42/84, *Rec. p.* 2545, point 45). La Cour de justice a précisé que les éléments factuels invoqués par l'entreprise *«peuvent être de nature à obliger l'autre partie à fournir une explication ou une justification, faute de quoi il est permis de conclure que la charge de la preuve a été satisfaite»* (CJCE, GlaxoSmithKline, précité, point 83 ; CJCE, 7 janvier 2004, Aalborg Portland e. a. c/Commission, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, *Rec. p.* I-123, point 279).

Dans la décision **10-D-13**⁹², l'Autorité a écarté l'exemption invoquée par les parties et a sanctionné quatre entreprises de manutention portuaire, les sociétés Perrigault, Terminal Porte Océane (ci-après TPO), Terminal Normandie MSC et Générale de manutention portuaire pour :

- d'une part, s'être coordonnées, pour trois d'entre elles – TPO, Terminal Normandie MSC et Générale de manutention portuaire –, afin de se partager des postes à quai en construction dans le cadre d'un projet d'extension de la capacité du port du Havre, baptisé *«Port 2000»* (entente de partage de capacité) ;
- et, d'autre part, s'être réparties, pour deux d'entre elles – Perrigault et TPO, cette dernière étant une entreprise commune, détenue à parts égales entre l'armateur APMM et Perrigault, constituée en vue de l'exploitation d'un poste de manutention à *«Port 2000»* –, la clientèle de la manutention portuaire (entente de partage de clientèle).

S'agissant de l'exemption de l'entente de partage des postes à quai (partage de capacité)

Les parties faisaient valoir que l'entente qui leur était reprochée avait promu le progrès économique puisqu'elle aurait permis à l'établissement portuaire de

92. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

rechercher les garanties de volume nécessaires pour la «relance» de Port 2000. Il était également soutenu qu'une consultation individuelle des sociétés de manutention était impossible puisque la mise en œuvre du «ripage» des terminaux (c'est-à-dire leur décalage vers l'ouest) nécessitait l'accord de tous les opérateurs. L'Autorité a cependant considéré que les parties ne démontraient pas en quoi l'entente reprochée était nécessaire pour assurer le financement de la construction des derniers quais de Port 2000. En effet, la mise en œuvre du «ripage» constituait une question distincte de celle de l'affectation des postes à quai disponibles. En outre l'attribution des nouveaux postes à quai n'impliquait nullement une entente entre les opérateurs mais la transmission par chacun d'entre eux de sa demande d'attribution de postes à quai supplémentaires au GPMH⁹³, chargé d'affecter ces postes selon des critères objectifs. Seule cette information, qui pouvait être obtenue sur une base bilatérale et individuelle, était nécessaire pour permettre à l'établissement portuaire de soumettre l'achèvement du projet Port 2000 à ses tutelles.

S'agissant de l'exemption de l'entente de partage de clientèle

Pour mémoire, il était reproché aux sociétés Perrigault et TPO de s'être entendues pour avoir interdit à TPO de concurrencer les autres terminaux du Havre, notamment par le biais d'une application anticoncurrentielle d'une clause de non-concurrence contenue dans l'accord fondateur de TPO. En 2004, Perrigault et APMM avaient décidé de constituer une société commune, TPO, en vue de l'exploitation d'un poste de manutention à «Port 2000». APMM s'était engagé auprès de TPO à garantir au terminal un apport minimum d'activité en volume. Une clause de non-concurrence prévoyait que TPO et Perrigault s'interdisaient de s'intéresser à leur clientèle respective. Alors qu'il était prévu que l'entreprise commune exercerait ses activités de manière autonome et indépendante et qu'elle pourrait notamment «*offrir ses services à des compagnies maritimes tierces*», Perrigault et TPO ont ensuite décidé de faire une application extensive de la clause de non-concurrence en interdisant à TPO de contracter avec tout autre client qu'APMM. De ce fait, TPO s'est ainsi interdit de concurrencer les autres terminaux existants du port du Havre, ce qui a privé les armateurs d'une solution alternative à l'offre des manutentionnaires en place.

TPO soutenait que l'existence d'une clause de non-concurrence constituait une garantie indispensable, sans laquelle Perrigault n'aurait pas consenti à investir dans la création de l'entreprise commune; la clause de non-concurrence visait ainsi à protéger Perrigault de la concurrence de TPO. Néanmoins, l'extension de l'application de cette clause à la clientèle d'autres opérateurs que Perrigault et TPO, par son caractère disproportionné, n'était nécessaire ni pour protéger le fonds de commerce de Perrigault ni pour garantir la rentabilité de son investissement dans l'entreprise commune.

En outre, l'Autorité a relevé que les parties fondaient leur démonstration sur l'assertion, inexacte, que la rentabilité du terminal de TPO ne pouvait être atteinte

⁹³. Grand port maritime du Havre, établissement public.

que par la manutention des seuls navires d'APMM, sans examiner l'impact des comportements effectivement relevés dans le dossier.

Ainsi, il a été considéré que les conditions prévues aux articles L. 420-4 du Code de commerce et 81, paragraphe 3, du traité CE, devenu l'article 101, paragraphe 3, du TFUE n'étaient pas remplies en l'espèce.

Dans la décision **10-D-28**⁹⁴, relative aux tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement, l'Autorité de la concurrence a sanctionné onze banques pour avoir mis en place des commissions interbancaires non justifiées lors du passage à la dématérialisation du traitement des chèques (système appelé échange images chèques, ci-après EIC), et pour avoir appliqué deux autres commissions interbancaires pour services connexes (ci-après CSC). Les banques mises en cause se prévalant de l'exemption, l'Autorité a analysé séparément la commission à fin d'indemnisation qu'était la CEIC et les diverses commissions pour services rendus qu'étaient les CSC.

En ce qui concerne la CEIC, l'Autorité a examiné son caractère exemptable au regard des deux premières conditions prévues par les articles L. 420-4 du Code de commerce et 81 du traité CE et a considéré que, si l'accord des banques ayant permis le passage à l'EIC avait contribué à la réalisation d'un progrès économique, à savoir la mise en place d'un système dématérialisé d'échange des chèques, les parties ne démontraient cependant pas que l'instauration d'une commission telle que la CEIC était nécessaire pour obtenir la réalisation de ces gains d'efficacité. Par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner si les autres conditions de l'exemption prévues par l'article 81, paragraphe 3, du traité CE et l'article L. 420-4 du Code de commerce sont remplies, cette pratique ne pouvait être exemptée sur le fondement de ces dispositions.

Dans un premier temps, l'Autorité a ainsi estimé qu'il était indéniable que le passage à l'EIC avait constitué un progrès technique et économique puisqu'il avait permis notamment l'amélioration des circuits de recouvrement, l'accélération des délais d'encaissement des chèques et la réduction des coûts de traitement, l'apparition de nouveaux services pour les clients.

Cependant, l'accord interbancaire ayant mis en place la CEIC n'étant qu'un composant de l'accord global relatif au passage à l'EIC, la question se posait de savoir si la CEIC avait contribué spécifiquement à l'obtention de l'ensemble des gains d'efficacité enregistrés avec le passage à l'EIC. L'Autorité a donc examiné, dans un deuxième temps le caractère indispensable de la restriction de concurrence résultant de l'instauration de la CEIC, cette dernière ne pouvant être exemptée que dans la mesure où les parties démontreraient qu'elle était nécessaire et proportionnée à la réalisation des gains d'efficacité évoqués précédemment.

Les parties faisaient notamment valoir que l'accélération des mécanismes de compensation interbancaire résultant de la mise en place de l'EIC entraînait

⁹⁴. Un recours a été formé contre cette décision.

une modification des équilibres de trésorerie entre les banques remettantes et les banques tirées, au détriment de ces dernières. L'instauration d'une commission interbancaire venant compenser les pertes de trésorerie générées par l'accélération du traitement des chèques était selon elles nécessaire pour obtenir l'accord des banques majoritairement tirées, qui étaient perdantes du fait de l'accélération des échanges interbancaires, dès lors que l'unanimité des banques concernées était requise pour la mise en place de l'EIC.

L'Autorité s'est ici référée aux lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE, précitées, qui précisent notamment que l'analyse du caractère indispensable des restrictions de concurrence doit être faite suivant un double critère : « *D'une part, l'accord restrictif proprement dit doit être raisonnablement nécessaire pour réaliser les gains d'efficacité; d'autre part, chacune des restrictions de concurrence qui découlent de l'accord doit être raisonnablement nécessaire à la réalisation des gains d'efficacité* » (point 73).

Au terme d'une analyse détaillée, l'Autorité a constaté qu'en réalité il n'était pas démontré par les parties qu'elles prévoyaient, à la date des négociations interbancaires, une perte nette du fait du passage à l'EIC ; elle a également établi que l'instauration d'une commission fixe à la transaction n'était en tout état de cause pas de nature à compenser les pertes de trésorerie invoquées, ce qui a été confirmé par un bilan économique du passage à l'EIC présenté pour chacune des banques. Enfin, elle a rappelé que la CEIC n'avait pas fait l'objet d'une révision à l'issue du délai de trois ans prévu par l'accord litigieux.

L'Autorité a conclu que les parties n'apportaient pas la preuve, qui leur incombait s'agissant de la justification d'une pratique constituant, comme en l'espèce, une restriction de concurrence par objet, que l'instauration d'un mécanisme de compensation, prenant la forme d'une commission interbancaire d'un montant fixe, payée à la transaction par la banque remettante à la banque tirée, était nécessaire pour fournir à l'ensemble des banques les incitations indispensables au passage à l'EIC. En ce qui concerne les CSC, elles ont fait l'objet d'un examen par l'Autorité au regard de chacune des quatre conditions prévues par les articles L. 420-4 du Code de commerce et 81 du traité CE.

Il a été considéré qu'elles ont contribué au progrès économique que représente le passage à un système de compensation dématérialisé des chèques interbancaires. En effet, la dématérialisation du système de compensation entraînait la création de nouvelles charges pour les banques et supposait de compenser le transfert de certaines charges, auparavant assumées par les banques tirées, aux banques remettantes. Afin d'assurer le bon fonctionnement du système EIC, il apparaissait donc nécessaire que les banques prenant part aux opérations de compensation s'accordent sur les modalités de répartition des frais ou de compensation des services rendus par l'une d'entre elles à une autre.

Par ailleurs, l'Autorité a estimé que le caractère indispensable des CSC était établi, puisque de telles commissions interbancaires fixes et multilatérales permettaient de garantir l'efficacité du système en évitant des centaines de milliers d'accords

bilatéraux et en rémunérant un service rendu correspondant à un coût fixe. Au final, il a été considéré que les CSC étaient raisonnablement nécessaires à la réalisation des gains d'efficacité qui en étaient attendus à l'exception des commissions AOCT (commissions sur annulation d'une opération compensée à tort). En effet, l'Autorité a observé que le caractère proportionné de ces dernières ne pouvait être démontré puisque leur montant avait été fixé selon des critères étrangers aux objectifs poursuivis par l'accord et sans référence objective au coût des services rendus. L'Autorité a en outre considéré que les CSC devaient être regardées comme réservant une part équitable des gains d'efficacité qui en étaient attendus aux utilisateurs du système du chèque. En effet, il a été observé notamment que d'une part le montant des CSC (à l'exception des AOCT mentionnées *supra*) se fondait sur des critères objectifs et transparents et n'excédait pas le coût du service rendu, et, d'autre part, que les économies de coût de transactions bilatérales représentaient pour les consommateurs un gain probablement supérieur aux éventuels surcoûts liés à l'impossibilité pour la banque acquittant la commission multilatérale de fixer le prix de ses services en fonction de ses seuls coûts individuels, lorsqu'ils sont inférieurs au niveau de la commission.

Enfin, l'Autorité a observé que la concurrence entre les banques n'avait pas été éliminée sur les marchés de l'émission et de la remise de chèques par l'instauration des CSC. En effet, ces dernières ne réglaient pas directement les relations entre les banques et leurs clients et les banques restaient libres de déterminer les modalités et le niveau de rémunération qu'elles réclamaient à leurs clients pour les services d'émission et de remise de chèques ; les banques acquittant les commissions restaient libres de répercuter en tout ou partie les frais correspondant aux CSC sur leurs clients, et pouvaient se concurrencer sur les autres éléments de tarification des services d'émission et de remise du chèque.

Au vu de ces éléments, l'Autorité a conclu que les CSC pouvaient bénéficier de l'exemption prévue par les articles 81, paragraphe 3, du traité CE et L. 420-4 du Code de commerce, à l'exception des commissions AOCT, les banques n'ayant pas démontré que leur montant était proportionné à la réalisation des gains d'efficacité attendus.

Pratiques abusives

Aux termes de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne :
« Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci. »

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables ;*

- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs;
- c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;
- d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.»

Aux termes de l'article L. 420-2 du Code de commerce :

« Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou pratiques discriminatoires visées à l'article L. 442-6. »

Il résulte d'une pratique décisionnelle constante que le principe *non bis in idem* ne peut être valablement invoqué qu'en présence d'une éventuelle double condamnation pour les mêmes faits et sur le même fondement et que des faits examinés à la fois au titre de l'abus de position dominante et de l'abus de dépendance économique le sont sous deux qualifications différentes aux éléments constitutifs distincts. En conséquence, aucun principe général du droit ne s'oppose à l'application cumulative de ces deux qualifications, à l'instar du cumul idéal d'infraction en matière pénale.

Abus de position dominante

L'application de l'article L. 420-2, premier alinéa, du Code de commerce, relatif aux abus de position dominante, de même que celle de l'article 102 du TFUE, se décompose en trois étapes. Il convient, dans un premier temps, de délimiter le marché pertinent sur lequel l'entreprise ou le groupe d'entreprises en cause opère, dans un deuxième temps de déterminer la position que cette ou ces dernières occupent sur ce marché puis, dans un troisième temps, dans l'hypothèse où la position dominante est caractérisée, d'examiner ces pratiques en vue de déterminer si elles présentent un caractère abusif et anticoncurrentiel.

L'Autorité ne peut examiner les pratiques prétendument abusives mises en œuvre par une entreprise, dès lors qu'elle constate que celle-ci n'est pas en position dominante sur un marché.

S'agissant de la détermination du marché pertinent, le lecteur est invité à se reporter aux développements consacrés à cette notion au chapitre relatif aux marchés pertinents *supra*.

L'appréciation de la position dominante

La jurisprudence, tant interne que communautaire, définit la position dominante comme étant la situation dans laquelle une entreprise est susceptible de s'abstraire des conditions du marché et d'agir à peu près librement sans tenir compte du comportement et de la réaction de ses concurrents **(10-D-02; 10-D-39)**.

Une telle position peut résulter de différents facteurs caractérisant le marché lui-même ou l'entreprise, comme la détention, soit d'un monopole légal ou de fait sur une activité, soit de parts de marché substantielles. Une telle position peut aussi résulter de l'appartenance à un groupe de grande envergure, de la faiblesse des concurrents, de la détention d'une avance technologique ou d'un savoir-faire spécifique. La dominance peut être individuelle ou collective.

L'appréciation de la position dominante individuelle

Situation constitutive d'une position dominante

Monopole de droit ou de fait

La détention d'un monopole, de droit ou de fait, suffit pour établir la position dominante de son titulaire. Il en est de même lorsqu'une entreprise est en situation de quasi-monopole.

Ainsi, afin de constater la probable position dominante d'EDF sur le marché de la production et de la fourniture d'électricité, l'Autorité a notamment relevé que l'opérateur historique fournit l'électricité des clients résidentiels bénéficiant des tarifs réglementés en situation de quasi-monopole **(10-D-14)**.

De même, l'Autorité a rappelé que dans la mesure où les auteurs d'œuvres télévisuelles, pour récupérer leurs droits télévisuels, n'ont pas, en réalité, d'autre choix que d'adhérer à la SACD, cette dernière se trouve en monopole de fait sur le marché de la gestion des droits des œuvres télévisuelles **(10-D-34)**.

L'examen du pouvoir de marché

De manière générale, l'examen des parts de marché constitue un paramètre essentiel dans l'appréciation de la dominance éventuelle d'une entreprise sur son marché. Une part de marché correspond à la part des ventes réalisée par chacun des fournisseurs sur le marché en cause **(10-D-17)**.

Il ressort de la jurisprudence des juridictions communautaires et nationales que des parts de marché extrêmement importantes constituent par elles-mêmes, et sauf circonstances exceptionnelles, la preuve de l'existence d'une position dominante. À cet égard, l'Autorité a rappelé qu'en vertu de la jurisprudence communautaire, des parts de marché de plus de 50 % constituent des parts de marché extrêmement élevées permettant de présumer l'existence d'une position dominante

(10-D-39). De même, le juge de Luxembourg considère que la baisse des parts de marché au cours de la période concernée par les pratiques n'exclut pas l'existence d'une position dominante, la réduction de parts de marché encore très importantes ne pouvant constituer, en elle-même, la preuve de l'absence de position dominante **(10-D-32)**.

Afin de déterminer l'existence d'une éventuelle position dominante de la société Aventis (devenue Sanofi-Aventis) sur les marchés des héparines à bas poids moléculaire, commercialisées à l'hôpital et en ville pour un traitement préventif, l'Autorité a relevé que cette entreprise détenait :

- sur le marché de l'hôpital, des parts de marché de 55 à 60 % en volume en 2000, qui ont cru constamment durant la période couverte par les faits pour dépasser 70 à 75 % en 2004 et alors qu'ont décliné les parts de marché de son concurrent immédiat ;
- sur le marché de ville, des parts de marché de 50 à 55 % en volume en 2001, qui ont connu une croissance régulière pour dépasser 60 à 65 % en 2004, alors que, sur ce marché comme sur le précédent, les parts de marché de son concurrent immédiat ont décliné sur la même période **(10-D-02)**.

L'Autorité a considéré qu'EDF est susceptible de détenir une position dominante sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients finals petits professionnels ayant exercé leur éligibilité dans la mesure où l'opérateur historique fournit environ 65 % des volumes livrés à ces consommateurs **(10-D-14)**.

Dans une décision 10-D-17, l'Autorité a relevé que la société La Boule Obut se trouvait en position dominante sur le marché des boules de pétanque de compétition à l'époque de la commission des pratiques, notamment en ce qu'elle détenait 80 % de parts de marché dans ce secteur **(10-D-17)**.

L'Autorité a considéré, pour caractériser la position dominante du groupe Canal Plus sur le marché aval de la distribution de services linéaires de télévision payante de 2006 à 2008, le maintien de parts de marché extrêmement élevées (plus de 50 %) et plus de trois fois supérieures à celles de son premier concurrent **(10-D-32)**.

D'autres éléments que les parts de marché fournissent également à l'Autorité une information utile lors de l'examen du pouvoir de marché d'une entreprise. L'Autorité tient compte d'autres facteurs permettant à l'entreprise, sur un marché donné, de se comporter de façon indépendante de ses concurrents et des consommateurs, sans tenir compte des contraintes concurrentielles que ces agents économiques tenteraient d'exercer et sans que cette attitude lui porte préjudice **(10-D-02; 10-D-12; 10-D-32)**.

Ainsi, dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des héparines à bas poids moléculaire, l'Autorité a constaté l'existence d'une position dominante de la société Sanofi-Aventis sur le marché du préventif en ville, en se fondant notamment sur les circonstances que :

- Aventis (puis Sanofi-Aventis) tire avantage d'indications thérapeutiques que ne possèdent pas ses concurrents ;

- sur ce marché, il n'existe pas de contre-pouvoir de la demande, cette dernière étant constituée des pharmacies d'officine.

Examinant la position de cette société sur le marché du préventif à l'hôpital, l'Autorité, bien que laissant la question de la qualification de la position de la société Sanofi-Aventis ouverte, a relevé qu'il existe un contre-pouvoir de la demande sur ce marché dans la mesure où les acheteurs – hôpitaux, cliniques, groupes hospitaliers, groupements d'hôpitaux –, ont un pouvoir de négociation certain, facilité par l'abondance de l'offre de produits substituables **(10-D-02)**.

De même, dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre par la société Hypromat dans le secteur du nettoyage automobile haute pression, l'Autorité a estimé qu'outre ses faibles parts de marché, la société Hypromat ne bénéficiait d'aucun avantage concurrentiel particulier et qu'aucun élément ne permettait d'estimer que la structure du marché du lavage automobile la placerait en situation de s'abstraire de la concurrence d'autres entreprises **(10-D-12)**.

De manière analogue, l'Autorité a confirmé l'appréciation de la position dominante de la société La Boule Obut sur le marché des boules de pétanque de compétition en relevant, notamment, que cette entreprise possède une grande notoriété vis-à-vis des acteurs du secteur de la pétanque et a des liens contractuels et commerciaux avec d'autres fabricants de boules de pétanque de compétition **(10-D-17)**.

L'Autorité a caractérisé la position dominante de France Télécom sur le marché des services de capacité en 2004 en se fondant non pas sur les seules parts de marché de l'opérateur historique, mais également sur la présence de barrières à l'entrée économiques, structurelles et durables sur ce marché. Ces barrières peuvent être observées sur la boucle locale en cuivre, dont France Télécom est propriétaire, ainsi que sur les boucles locales optiques et les fourreaux de génie civil pour l'accès aux sites clients, dans la mesure où ces dernières ne peuvent être aisément dupliquées de manière rentable par les opérateurs entrants en dehors des zones très denses **(10-D-31)**.

De même, l'Autorité, pour caractériser la position dominante du groupe Canal Plus sur le marché aval de la distribution des services linéaires de télévision payante a retenu, outre les parts de marché élevées du groupe, sa capacité à maintenir des prix supérieurs à ceux de ses concurrents et à reconduire de multiples contrats de distribution en exclusivité **(10-D-32)**.

Enfin, dans une décision 10-D-39, l'Autorité a constaté la position dominante de la société Sodilor sur le marché de la fourniture d'équipements de sécurité et de balisage en matière plastique en se fondant non sur la seule part de marché de cette dernière, estimée à plus de 50 %, mais aussi sur le nombre relativement important de marchés publics qu'elle a remportés et son appartenance à un groupe présent dans la signalisation routière verticale et horizontale. L'Autorité a eu, une nouvelle fois, recours à ce critère dans la même décision pour retenir la position dominante de 3M France sur le marché de la fourniture des films plastiques rétro réfléchissants destinés à la fabrication de panneaux de signalisation verticale **(10-D-39)**.

Dominance et connexité entre plusieurs marchés

– Lien de connexité entre deux marchés

Une pratique abusive commise sur un marché non dominé peut être qualifiée d'abus de position dominante, dès lors qu'il existe un marché dominé et un lien de connexité entre le marché non dominé et le marché dominé. En effet, en présence de deux marchés distincts, il est nécessaire de tenir compte du lien de connexité pouvant exister entre eux. Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre sur les marchés de la fourniture de gaz, l'Autorité a démontré l'existence d'un lien de connexité entre le marché du gaz et celui de la fourniture d'énergie réservée au chauffage **(10-D-19)**.

Dans une affaire relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des héparines à bas poids moléculaire, l'Autorité s'est interrogée sur l'existence d'un lien de connexité entre le marché du préventif à l'hôpital et le marché du préventif en ville sur lequel la société Aventis dispose d'une position dominante à partir de 2001. Cette société aurait pu exercer le pouvoir de marché qu'elle détient sur le marché du préventif en ville pour commettre un abus sur le marché du préventif à l'hôpital. Cette circonstance peut, tout particulièrement dans le secteur des médicaments, être renforcée par l'existence d'un « *effet source* » selon lequel le lien de connexité entre les marchés de la ville et de l'hôpital résulterait du fait que les héparines qui sont prescrites initialement à l'hôpital sont prescrites ensuite en ville quand le patient a regagné son domicile. Cet « *effet source* » renforcerait l'incitation pour les laboratoires pharmaceutiques à être présents sur le marché du préventif à l'hôpital afin de l'être sur le marché du préventif en ville. Toutefois, l'Autorité a observé qu'en l'espèce, quelle que soit l'incidence de l'effet source, il reste possible pour un opérateur de développer son activité sur le marché du préventif en ville indépendamment de sa présence sur le marché du préventif à l'hôpital. L'Autorité a ainsi relevé qu'une société concurrente de la société Sanofi a gagné des parts de marché en ville tout en étant peu présente sur le marché de l'hôpital, voire quasiment absente **(10-D-02)**.

Enfin, dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la valorisation électrique du biogaz, l'Autorité a considéré qu'il ne peut être exclu qu'il puisse exister un lien de connexité entre les marchés de la production et de la fourniture d'électricité dominés par EDF, et le marché de la fourniture et l'exploitation d'installations produisant de l'électricité à partir du biogaz. L'Autorité a ainsi relevé que l'image de service public attachée au caractère de monopole public historique dont dispose EDF est de nature à favoriser le choix de sa filiale comme contractante par les producteurs de biogaz. De plus, EDF est acheteur de l'électricité produite à partir de la valorisation du biogaz et sa filiale, ERDF, effectue le raccordement au réseau électrique des installations de production d'électricité à partir du biogaz. Enfin, EDF, *via* sa filiale EDF EN intervient dans la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables **(10-D-14)**.

Situation non constitutive d'une position dominante

Dans une décision 10-D-12, l'Autorité a constaté que les parts de marché détenues par la société Hypromat sur le marché du nettoyage à haute pression auraient été comprises en 16,9 et 23 % pendant la période incriminée, niveau qui ne saurait suffire, à lui seul, à caractériser l'existence d'une position dominante de cette entreprise sur le marché concerné (10-D-12).

De même, dans une décision 10-D-17, l'Autorité a estimé que le Palais des sports de Grenoble-Isère ne détenait pas de position dominante sur le marché de la mise à disposition d'espace commercial à l'occasion de compétitions de pétanque d'importance majeure dans la mesure où cette entreprise, sur les années 2002, 2004 et 2006 n'a détenu qu'une part de marché maximale de 25 %, cette part étant réduite à 0 % en 2003 et 2005, années pendant lesquelles les championnats étaient organisés hors de France (10-D-17).

Enfin, dans une décision 10-D-37, l'Autorité a relevé que la société UCB disposait, sur les marchés concernés, de parts considérablement inférieures à celles de son concurrent direct, et ne se trouvait dès lors pas en situation de position dominante (10-D-37).

L'appréciation de la position dominante collective

Pour démontrer l'existence d'une position dominante collective, il convient d'établir que les entreprises « *ont, ensemble, notamment en raison des facteurs de corrélation existant entre elles, le pouvoir pour adopter une même ligne d'action sur le marché et d'agir dans une mesure appréciable indépendamment des autres concurrents, de leur clientèle et, finalement, des consommateurs* » (CJCE, 31 mars 1998, Kali & Saltz, C-68/94 et C-30/95; TPICE, 25 mars 1999, Gencor, T-102/96).

L'existence d'une position dominante collective peut résulter de l'existence de liens structurels, tels que des liens en capital ou des accords formalisés entre les entreprises. Il convient alors de démontrer que ces dernières ont adopté une ligne commune d'action sur le marché (CJCE, 16 mars 2000, Compagnie maritime belge, C-395/96; TPICE, 7 octobre 1999, Irish Sugar, T-228/97; Cass. com., 5 mars 1996, n° 94-17.699, Total Réunion Comores; CA Paris, 30 octobre 2001, OMVESA; CA Paris, 4 juin 2002, CFDT Radio Télé).

En l'absence de tels liens, la seule structure du marché peut également permettre de mettre en évidence une position dominante collective dès lors que les critères cumulatifs dégagés par le Tribunal de première instance des Communautés européennes dans l'arrêt *Airtours* du 6 juin 2002 sont réunis, à savoir la structure oligopolistique, la transparence du marché concerné, la possibilité de représailles sur les entreprises déviant de la ligne d'action commune et la non-contestabilité du marché ou l'absence de compétition potentielle.

Dans une affaire 10-D-36, l'Autorité a considéré que le critère de non-contestabilité faisait défaut dans le cas des fournisseurs de GPL conditionné. Ces derniers, bien que se trouvant en situation d'oligopole, ont été confrontés à la concurrence des enseignes de la grande distribution dans la mesure où l'énergie faisait partie

des axes prioritaires de ces dernières dans le cadre de la diversification de leurs activités et que celles-ci se sont lancées dans l'activité de distribution de carburants sur marque propre, dont la gestion a été confiée à des filiales détenues à 100 %. La distribution de bouteilles de gaz leur est apparue comme un objectif naturel **(10-D-36)**.

Qualification des pratiques imputables à une entreprise en position dominante

La simple détention par une ou plusieurs entreprises d'une position dominante sur un marché n'est pas en elle-même constitutive d'une infraction à l'article L. 420-2 du Code de commerce ou à l'article 102 du TFUE. Une fois l'existence d'une position dominante établie, il convient de rechercher si l'entreprise exploite cette dominance d'une manière abusive. La constitution de l'infraction d'abus de position dominante suppose que soit établi un lien de causalité entre le pouvoir de domination de l'entreprise et l'entrave apportée au libre jeu du marché.

Pour qu'une pratique soit qualifiée d'abusives au titre de l'article L. 420-2 du Code de commerce et de l'article 102 du TFUE, il est nécessaire de caractériser son objet ou ses effets anticoncurrentiels. Ainsi, une pratique revêt un objet anticoncurrentiel lorsqu'elle s'inscrit dans une stratégie anticoncurrentielle. Les entreprises en position dominante peuvent néanmoins, pour écarter la qualification d'abus démontrer que les pratiques sont objectivement justifiées ou qu'elles sont source d'efficacité et qu'elles ne relèvent pas en conséquence d'une stratégie anticoncurrentielle. Dans l'hypothèse où il ne serait pas établi que les pratiques mises en cause sont objectivement justifiées, leur objet anticoncurrentiel est caractérisé, soit lorsqu'elles sont imposées par des menaces ou par une incitation financière ou technique, soit lorsqu'un ensemble d'éléments convergents permet d'établir qu'elles s'inscrivent dans une stratégie anticoncurrentielle ou conduisent nécessairement à une restriction de concurrence.

En l'absence d'objet anticoncurrentiel, l'examen des effets des pratiques mises en cause est nécessaire pour établir si elles constituent une forme d'exploitation abusive d'une position dominante. Enfin, l'Autorité peut constater l'abus sans procéder à une évaluation quantitative du désavantage concurrentiel subi par les entreprises victimes de la discrimination **(10-D-39)**.

Les pratiques ayant été qualifiées d'abusives

Exclusivités

Les clauses d'exclusivité imposées par une entreprise en position dominante sont susceptibles, en droit ou en pratique, d'instaurer une barrière artificielle à l'entrée sur le marché lorsqu'elles ont pour effet actuel ou potentiel de restreindre l'accès des concurrents au marché concerné. L'Autorité a toutefois rappelé que ces exclusivités contractuelles ne sont pas interdites *per se* **(10-D-15 ; 10-D-32)**.

S'agissant de l'appréciation de clauses d'exclusivité au regard de l'article 82 du traité CE, devenu l'article 102 du TFUE, le Tribunal de première instance a

rappelé que « pour vérifier si des accords d'exclusivité [...] sont compatibles avec l'article 82 CE, il y a lieu d'analyser si, à la suite d'une appréciation de l'ensemble des circonstances et, donc, aussi du contexte dans lequel ces accords s'inscrivent, ces pratiques tendent ou sont susceptibles de restreindre ou d'écarter la concurrence sur le marché en cause » (Trib. UE, 9 septembre 2010, Tomra/Commission, T-155/06, point 215). L'existence d'un abus peut être constatée lorsque les accords « tend[ent] à verrouiller une partie significative de la demande », sans qu'il soit nécessaire pour l'autorité de concurrence d'examiner les effets réels des pratiques (points 218 et 219).

Les juridictions nationales suivent la même analyse. S'agissant de contrats de distribution identiques passés entre fournisseurs et distributeurs de glaces, la cour d'appel de Paris a ainsi considéré que « l'effet restrictif de concurrence résultant d'un ensemble d'accords de distribution doit s'apprécier au regard de la nature et de l'importance des contrats sur le marché en cause, de l'existence de possibilités réelles et concrètes pour un nouveau concurrent de s'infiltrer dans le faisceau des contrats, et des conditions dans lesquelles s'accomplit le jeu de la concurrence sur le marché de référence, à savoir, notamment, le nombre et la taille des producteurs présents sur le marché, la fidélité de la clientèle aux marques existantes » (CA Paris, 7 mai 2002, Société Masterfoods).

En pratique, l'effet d'éviction ou de verrouillage que peuvent comporter les clauses d'exclusivité dépend de nombreux facteurs, parmi lesquels le champ et la portée de l'exclusivité, la part de la demande liée, la durée ou la combinaison dans le temps des contrats, les conditions de résiliation et de renouvellement, la position des opérateurs et les conditions régnant sur le marché en cause, ou encore la position des clients ou des fournisseurs d'intrants (voir la décision **10-D-15** ainsi que les lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales [JOCE n° C 291, 13 octobre 2010 et JOCE n° C 130, 19 mai 2010] et la communication du 24 février 2009 relative aux orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article 82 CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes [JOCE n° C 45, 24 février 2009, point 20]).

Ces principes, dégagés dans le cadre d'accords d'achat exclusif, peuvent être transposés dans le cadre d'accords de fourniture exclusive, compris comme une obligation interdisant, en droit ou en fait, à un fournisseur de vendre les biens ou les services désignés dans l'accord à un autre acheteur (ou à certains acheteurs déterminés) que son cocontractant, type d'accord en cause dans la présente affaire. Pour apprécier l'existence d'une éviction anticoncurrentielle, il convient ainsi d'examiner les effets que produit un tel contrat, en combinaison avec d'autres contrats de même type, sur les possibilités pour les concurrents de l'acheteur de s'approvisionner sur le ou les marchés concernés par ces accords.

Enfin, il convient de rappeler que, même si ce type d'obligations peut limiter les possibilités d'échanges pour des périodes plus ou moins longues et priver des entreprises tierces de l'accès à une source d'approvisionnement, l'exclusivité peut être porteuse de gains d'efficacité pour le marché en cause. En particulier, les exclusivités peuvent être nécessaires pour assurer la rentabilité d'une activité, par exemple du fait de l'existence d'investissements spécifiques ou du fait du caractère particulièrement risqué de l'activité (**10-D-32**).

Dénigrement

La concurrence suppose un certain degré de rivalité et de compétition entre les acteurs d'un marché. Néanmoins, cette lutte pour la conquête de la clientèle n'autorise pas tous les comportements, surtout de la part d'une entreprise qui, détenant une position dominante sur un marché, encourt une responsabilité particulière.

Selon les principes issus de la pratique décisionnelle constante de l'Autorité, les pratiques de dénigrement consistent à jeter publiquement le discrédit sur une personne, un produit ou un service identifié. Elles se distinguent de la simple critique en ce que le dénigrement émane d'un acteur économique qui cherche à bénéficier d'un avantage concurrentiel en pénalisant son compétiteur.

Si elles sont susceptibles d'engager la responsabilité de l'entreprise en position dominante au titre de la concurrence déloyale, elles ne sont pas nécessairement constitutives d'un abus de position dominante au sens de l'article L. 420-2 du Code de commerce. Pour qu'un dénigrement puisse être qualifié d'abus de position dominante, il est nécessaire d'établir un lien entre la position dominante de l'entreprise et la pratique de dénigrement **(10-D-32)**.

L'Autorité a rappelé, dans une décision **10-D-32**, que pour apprécier l'existence d'un comportement de dénigrement, elle s'attache à vérifier si le discours commercial tenu par l'acteur économique dominant relève de constatations objectives ou s'il procède d'assertions non vérifiées. Afin de vérifier si le discours commercial de l'entreprise dominante est de nature à influencer la structure du marché, l'Autorité s'attache également à examiner les effets attendus ou réels de celui-ci auprès des partenaires commerciaux ou de la clientèle potentielle de son concurrent **(10-D-32)**.

Les abus d'exploitation

Aux termes d'une jurisprudence constante, la notion d'exploitation abusive est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli, et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence.

Dans des circonstances spécifiques, les entreprises en position dominante peuvent être privées du droit d'adopter des comportements, ou d'accomplir des actes, qui ne sont pas en eux-mêmes abusifs et qui seraient même non condamnables s'ils étaient adoptés, ou accomplis, par des entreprises non dominantes. Dans un arrêt «*ITT Pomedica c/Commission*» du 17 juillet 1998 (TPICE, T-111/96, *Rec.* p. II-2937, point 140), le Tribunal de première instance a précisé qu'il peut en être ainsi de la demande d'exécution d'une clause d'un contrat «*si, notamment, cette demande va au-delà de ce que les parties pouvaient raisonnablement attendre du contrat ou si les circonstances applicables lors de la conclusion du contrat ont entre-temps été modifiées*».

Par ailleurs, les comportements discriminatoires sont spécifiquement visés par l'article 82 du traité CE (devenu article 102 du TFUE) et l'article L. 420-2 du Code de commerce.

Dans une décision 10-MC-01 du 30 juin 2010 relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société NavX, l'Autorité de la concurrence a rappelé que les comportements discriminatoires pouvaient relever soit de l'abus d'éviction, lorsque l'entreprise dominante cherche par ce moyen à renforcer sa position sur le marché dominé ou sur un autre marché, soit de l'abus d'exploitation, lorsque la discrimination distord le jeu concurrentiel sans que l'entreprise la mettant en œuvre ne soit directement partie prenante sur le marché affecté **(10-MC-01)**.

Concernant cette seconde hypothèse, la Cour de justice des Communautés européennes a précisé que : *« Le comportement commercial de l'entreprise en position dominante ne doit pas fausser la concurrence sur un marché situé en amont ou en aval, c'est-à-dire la concurrence entre fournisseurs ou entre clients de cette entreprise. Les cocontractants de ladite entreprise ne doivent pas être favorisés ou défavorisés sur le terrain de la concurrence qu'ils se livrent entre eux. Par conséquent, il importe, pour que les conditions d'application de l'article 82, second alinéa, sous c), CE soient réunies, de constater que le comportement de l'entreprise en position dominante sur un marché non seulement est discriminatoire, mais encore qu'il tend à fausser ce rapport de concurrence, c'est-à-dire à entraver la position concurrentielle d'une partie des partenaires commerciaux de cette entreprise par rapport aux autres »* (CJCE, 15 mars 2007, British Airways c/Commission, C-95/04P, *Rec.* p. I-2331, points 143 et s.; voir, dans le même sens, TPICE, 9 septembre 2009, Clearstream c/Commission, T-301/04, *Rec.* p. II-3155, point 192). Constitue par exemple un abus de position dominante l'application à l'égard de partenaires commerciaux de conditions inégales à des prestations équivalentes, leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence (CJCE, 29 mars 2001, Portugal c/Commission, C-163/99, *Rec.* p. I-2613, point 46) **(10-D-32)**.

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale, l'Autorité a constaté que la société Sodilor avait abusé de sa position dominante, grief que l'entreprise concernée ne contestait pas, en :

- refusant de vendre à un fabricant de produits de signalisation routière verticale et d'équipements de sécurité et de balisage des délinéateurs qu'elle était seule à fabriquer et de lui délivrer des autorisations exigées par les acheteurs publics ;
- exerçant des pressions sur certains maîtres d'ouvrage publics pour les convaincre d'introduire dans leurs cahiers des charges des caractéristiques techniques correspondant précisément à celle des délinéateurs susmentionnés alors que cet équipement ne représentait qu'une part infime des achats des collectivités concernées.

Enfin, dans la même décision, l'Autorité a retenu que la société 3M France avait abusé de sa position dominante en mettant en place un système d'accréditation opaque au sein de son entreprise, lui permettant de décider seule, sans justification objective, de refuser l'accès à son réseau aux industriels et revendeurs de son choix **(10-D-39)**.

Ciseau tarifaire

Il ressort de la jurisprudence qu'une entreprise abuse de sa position dominante « lorsque, dans le cas d'une entreprise intégrée dominant le marché, il existe entre les prix des prestations intermédiaires aux concurrents sur un marché en amont et les prix de détail sur un marché en aval un rapport qui se traduit par une restriction de la concurrence sur le marché des prestations intermédiaires ou sur le marché [aval] » (Déc. Comm. eur., 21 mai 2003, Deutsche Telekom, § 106).

La Commission européenne précise que « [c]e genre de situation donne lieu à une pression anticoncurrentielle sur les marges commerciales des concurrents, car ces marges sont soit inexistantes soit trop faibles pour permettre à ces derniers d'entrer en concurrence avec l'opérateur historique sur les marchés [aval]. Une marge insuffisante entre les prix des prestations intermédiaires et les prix de détail d'un opérateur verticalement intégré occupant une position dominante constitue plus particulièrement un comportement anticoncurrentiel, dès lors que d'autres opérateurs s'en trouvent écartés de la concurrence sur le marché en aval, même s'ils sont au moins aussi efficaces que l'opérateur historique » (*id.*, § 108).

Le Tribunal de première instance des Communautés européennes, a confirmé cette analyse en précisant que pour qualifier une pratique d'abus au sens de l'article 102 du TFUE, « il y a lieu d'examiner si la requérante elle-même, ou une entreprise aussi efficace qu'elle, aurait été en mesure de proposer ses services aux abonnés autrement qu'à perte, si elle avait été préalablement obligée d'acquiescer, sous forme de transfert entre sociétés, de tels tarifs afférents à des prestations intermédiaires internes » (TPICE, 10 avril 2008, Deutsche Telekom, T-271/03, § 194).

Par ailleurs, la Cour de cassation a récemment rappelé « qu'une pratique de "ciseau tarifaire" a un effet anticoncurrentiel si un concurrent potentiel aussi efficace que l'entreprise dominante verticalement intégrée auteur de la pratique ne peut entrer sur le marché aval qu'en subissant des pertes ; qu'un tel effet peut être présumé seulement lorsque les prestations fournies à ses concurrents par l'entreprise auteur du "ciseau tarifaire" leur sont indispensables pour la concurrencer sur le marché aval » (Cass. com., 3 mars 2009, n° 08-14.435 et 08-14.464) **(10-D-31)**.

Pratiques discriminatoires

Le fait, pour un opérateur en position dominante, d'imposer des prix ou conditions différents à des acheteurs se trouvant dans des situations équivalentes, leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, constitue un abus. En revanche, il reste loisible à un opérateur en position dominante de traiter différemment des acheteurs se trouvant dans des situations différentes. Il appartient à l'Autorité de rechercher si la pratique discriminatoire en cause peut avoir pour effet, constaté ou potentiel, d'évincer les concurrents du marché concerné, de les discipliner ou de retarder leur entrée.

Dans une décision **10-D-31**, l'Autorité a rappelé que la différenciation tarifaire peut constituer un instrument stratégique pour fausser le jeu concurrentiel. Le caractère abusif d'une pratique de discrimination dépend de trois conditions :

- le traitement différencié des opérateurs ne repose sur aucune justification objective ;
- les acheteurs sont dans une situation équivalente ;
- la pratique crée un désavantage dans la concurrence.

Concernant le caractère discriminatoire des remises pouvant être mises en place par une entreprise en position dominante, la Cour de justice des Communautés européennes a considéré, dans son arrêt du 29 mars 2001, Portugal *c/Commission* (C-163/99, *Rec.* p. I-2613, points 52 et 53), que deux indices permettent d'attester du caractère discriminatoire d'un barème de remises : un seuil de déclenchement des remises élevé, ne pouvant concerner que quelques partenaires particulièrement importants de l'entreprise en position dominante, et une progression non linéaire des taux de remise avec les quantités. Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale, l'Autorité a considéré que la société 3M France avait abusé de sa position dominante sur le marché de la signalisation plastique en mettant en place un système de remises discriminatoires, proportionnelles aux montants d'achats effectués l'année précédant l'octroi des remises.

L'Autorité a constaté, conformément à la jurisprudence communautaire précitée, que :

- le seuil déclenchant les remises les plus élevées est très haut en comparaison de la moyenne des achats effectués par les clients de 3M, si bien que seules quelques entreprises ont pu bénéficier de ce montant de remises ;
- la progression du taux de remise lors du franchissement des paliers de chiffre d'affaires les plus élevés est fréquemment supérieure à la progression des taux de remises lors du franchissement des tranches intermédiaires de chiffre d'affaires ;
- l'impact discriminant des remises sur les prix d'achat est démultiplié par leur caractère rétroactif.

Les pratiques n'ayant pas été qualifiées d'abusives

Stratégie tarifaire d'éviction

Dans une décision **10-D-02**, l'Autorité a considéré que la politique tarifaire baissière conduisant à la gratuité des héparines à bas poids moléculaire sur le marché de l'hôpital, pratiquée notamment par la société Sanofi, n'avait pas pour objet une stratégie tarifaire d'éviction de la part de cette entreprise dans la mesure où :

- la société Sanofi-Aventis n'a pas été l'initiateur de cette politique ;
- la plupart de ses concurrents sur le marché du préventif à l'hôpital ont mis cette politique en œuvre ;
- il était économiquement et financièrement soutenable pour la grande majorité des concurrents sur le marché du préventif à l'hôpital de pratiquer la gratuité pendant une période relativement longue ;
- la baisse des parts de marché de certains concurrents résulte moins de la politique de gratuité pratiquée par les autres acteurs du marché que de décisions stratégiques internes traduisant un désintérêt croissant pour ce type de médicament ;

- la pratique de la gratuité par l'entreprise dominante sur le marché de l'hôpital n'a pas conduit à l'éviction de son concurrent direct sur le marché de la ville, ni même à une baisse de ses parts de marché.

Prédation

L'article L. 420-2 du Code de commerce comporte une liste non limitative de pratiques pouvant être qualifiées d'abusives, telles que le refus de vente, la vente liée, les conditions de vente discriminatoires ou la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées. Cependant, la jurisprudence comporte également d'autres exemples de pratiques abusives mises en œuvre sur le marché par des entreprises en position dominante.

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire GlaxoSmithKline, le Conseil a sanctionné, pour la première fois en 2007, des pratiques de prédation mises en œuvre par une entreprise en position dominante dans une affaire 07-D-09.

L'Autorité a, poursuivant une pratique décisionnelle constante du Conseil, défini la prédation comme la pratique par laquelle une entreprise en position dominante fixe ses prix à un tel niveau qu'elle subit des pertes ou renonce à des profits à court terme dans le but d'évincer ou de discipliner un ou plusieurs concurrents, ou encore de rendre plus difficile l'entrée de futurs compétiteurs sur le marché afin ultérieurement de remonter ses prix pour récupérer ses pertes.

Ainsi qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE, 3 juillet 1991, *Akzo/Commission*, C-62/86, *Rec.* p. I-3359), la preuve de la prédation peut être apportée dans différents cas de figure, selon la position des prix de vente par rapport à différents niveaux envisageables de coûts (coût variable moyen, coût total moyen et, dans des cas plus complexes, coût incrémental).

L'Autorité a rappelé ces critères dans une affaire relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des services de capacité. Il convient en premier lieu d'effectuer une comparaison entre les prix pratiqués pendant la période alléguée de prédation et les coûts exposés par l'entreprise pour fournir le produit ou le service vendu (« *test de coût* »). Ce test exige que l'entreprise communique ses données de coûts à l'Autorité de la concurrence, de manière sincère et vérifiable, au risque – si elle ne le fait pas – que cette dernière utilise toute autre donnée qui lui paraîtrait appropriée. Si le test de coût conduit à constater que le prix pratiqué par l'entreprise dominante est inférieur au coût moyen variable (ou « *évitable* », c'est-à-dire pouvant être évité en ne fournissant pas l'unité supplémentaire du produit ou du service en cause), il révèle que l'entreprise a accepté de faire des pertes qui auraient pu être évitées si elle avait eu un comportement économique différent. Le test apporte donc, dans la ligne de l'arrêt *Akzo*, la présomption que l'entreprise dominante a fait ce sacrifice en vue d'évincer le ou les concurrents qu'elle cherchait à éliminer. C'est le premier cas envisagé par l'arrêt *Akzo*.

Cette présomption peut, toutefois, être combattue par l'entreprise mise en cause par tout argument qu'elle juge pertinent, notamment en donnant une explication alternative à son comportement, qui doit être appuyée par des données vérifiables et non contredites par les observations factuelles de l'espèce ; mais il lui incombe alors de supporter la charge de la preuve de cette explication alternative.

L'entreprise mise en cause peut ainsi soutenir qu'il lui est, en tout état de cause, impossible de récupérer les pertes engendrées par la pratique de prix, pour des raisons qu'elle doit expliquer. Elle peut aussi invoquer une situation concrète de marché, dans laquelle il peut exister une rationalité économique à pratiquer – pour un temps limité – des prix inférieurs aux coûts, y compris variables, comme la nécessité de supporter des coûts d'apprentissage indispensables à la pénétration d'un nouveau marché ou au lancement d'un nouveau produit ou encore l'obligation de s'adapter à un changement brutal des conditions du marché (crise de la demande, nécessité d'écouler des stocks périssables, etc.). Dans certains cas, l'entreprise peut se prévaloir d'une « obligation d'alignement » sur les prix du ou des concurrents, en expliquant que la baisse des prix pratiquée est la seule réponse possible pour minimiser des pertes qui pourraient être plus importantes en l'absence d'un tel alignement. Il faut néanmoins noter qu'un tel comportement doit être proportionné à l'objectif poursuivi pour être crédible et que la jurisprudence considère que l'argument de l'alignement n'est, en principe, pas recevable pour une entreprise en position dominante.

Lorsque le test de coût conduit à constater que le prix pratiqué est compris entre le coût variable et le coût moyen complet – situation envisagée en second lieu par l'arrêt Akzo – il incombe à l'autorité de concurrence de démontrer que la politique de prix de l'entreprise s'inscrit dans une stratégie d'éviction, c'est-à-dire un plan destiné à éliminer, discipliner ou décourager un concurrent.

Une telle preuve peut ressortir de documents, de notes ou encore d'éléments matériels démontrant de manière claire une telle intention prédatrice, qui peut être corroborée par les caractéristiques de la pratique, comme la restriction de la mise en œuvre des prix prédateurs aux seuls clients susceptibles de choisir un fournisseur concurrent, ou encore par l'existence de pratiques annexes qui sont de nature à accentuer l'effet d'éviction, comme des ventes liées ou des remises de couplage ou de fidélité.

Dans une décision 10-D-31, l'Autorité a considéré que l'examen des comptes d'exploitation prévisionnels pour l'ensemble des offres remises par France Télécom à l'occasion de l'appel d'offres du CNRS faisait apparaître un résultat positif, le prix proposé pour chaque offre couvrant les coûts correspondants. De surcroît, aucun élément du dossier ne tend à indiquer que l'offre remise par France Télécom était susceptible en elle-même d'évincer ses concurrents de l'appel d'offres du CNRS. En effet, à l'occasion du premier appel d'offres, deux des lots en cause n'ont pas fait l'objet d'offres concurrentes et l'offre de l'opérateur historique pour le troisième lot était plus chère que celle de son concurrent. Enfin, la société France Télécom était la seule entreprise à avoir soumissionné au second appel d'offres. L'Autorité

a donc estimé que les pratiques alléguées n'étaient pas constitutives d'une politique tarifaire de prédation **(10-D-31)**.

Ciseau tarifaire

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des services de capacité, l'Autorité a constaté que les sociétés Cegetel et Completel, concurrentes de la société France Télécom lors de l'appel d'offres organisé par l'UNSA, avaient d'autres choix que de recourir à l'offre Inter LAN 1.0 de l'opérateur historique pour concurrencer l'offre de détail de ce dernier pour le lot 1 de l'appel d'offres. En effet, Cegetel et Completel ont proposé des offres construites à partir de leur propre réseau ou d'infrastructures passives louées, et non de l'offre activée Inter LAN 1.0 de France Télécom. Dès lors, l'offre Inter LAN 1.0 de France Télécom ne peut être considérée comme constituant une prestation indispensable aux concurrents de l'opérateur historique. Il en résulte que l'effet anti-concurrentiel d'un éventuel ciseau tarifaire ne peut être présumé dans une telle situation **(10-D-31)**.

Exclusivités

Concernant l'exclusivité accordée par le Palais des sports de Grenoble-Isère à la société La Boule Obut, l'Autorité a examiné :

- *le champ d'application et la portée de l'exclusivité* : l'exclusivité n'avait été conclue que pour le championnat du monde se déroulant à Grenoble en 2002 et n'avait pas été étendue, dans les faits, à d'autres manifestations ;
- *la durée de l'exclusivité* : la durée des accords ne dépasse pas un an, s'étend sur cinq jours consécutifs. Par ailleurs, les contrats ne sont pas renouvelables tacitement.

L'Autorité a ainsi estimé que dans la mesure où la durée et la portée de ces clauses n'étaient pas de nature à verrouiller le marché de la mise à disposition d'espace commercial à l'occasion de compétitions de pétanque d'importance majeure en France, il n'y avait pas lieu d'examiner les autres critères traditionnels, et estimé que l'exclusivité n'avait pas servi de fondement à une pratique d'abus de sa position dominante par le Palais des sports **(10-D-15)**.

Dénigrement

L'Autorité a estimé, concernant le groupe Canal Plus, que s'il est indéniable que certaines des déclarations rapportées par la presse sont de nature à donner une image négative de sa concurrente, la société France Télécom, les propos de la société Groupe Canal Plus ne peuvent être qualifiés de dénigrement. L'Autorité a ainsi relevé que certains des propos tenus constituent des affirmations objectives et vérifiables et d'autres se bornent à exposer la politique commerciale du groupe ou constituent des affirmations générales sur le secteur de la télévision payante et ne relèvent donc pas d'un comportement de dénigrement. Enfin, certains propos effectuant une présentation comparative des offres du groupe Canal Plus et de France Télécom, malgré leur caractère parfois vif, ne sont pas susceptibles de revêtir un effet dissuasif et n'excèdent pas les limites de l'expression d'une rivalité normale des entreprises sur le marché **(10-D-32)**.

Abus d'exploitation

Dans une décision **10-D-32** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la télévision payante, l'Autorité a estimé que :

- la méconnaissance des clauses des contrats de distribution conclus antérieurement à l'opération de concentration entre TPS et Vivendi Universal ne saurait caractériser l'existence d'un abus de position dominante de la société Groupe Canal Plus dès lors qu'aucun élément ne permet de conclure que ce litige commercial privé entre deux acteurs économiques a eu pour effet de faire obstacle au maintien du degré de concurrence existant sur le marché aval de la télévision payante et, à supposer même que le groupe Canal Plus ait méconnu ses obligations contractuelles, l'existence d'une faute contractuelle ne permet pas à elle seule, de caractériser un abus de position dominante;
- l'application par le groupe Canal Plus des conditions tarifaires issues des contrats conclus avant l'opération de concentration entre CanalSat et TPS ne caractérise pas un abus de position dominante dans la mesure où il n'est pas établi que l'exécution de ces clauses aurait eu pour objet ou pour effet de faire obstacle au maintien de la concurrence sur le marché concerné;
- le refus opposé par le groupe Canal Plus aux demandes du groupe AB de renégocier globalement les contrats de distribution de ses chaînes au sein de ses offres au cours de la période transitoire de rapprochement des plateformes Canal Plus et TPS relève encore d'un litige commercial privé dont il n'est pas établi qu'il soit de nature à influencer les conditions de concurrence sur le marché concerné;
- la politique tarifaire adoptée par le groupe Canal Plus à l'égard des chaînes thématiques du groupe AB n'a pas été mise en œuvre de manière discriminatoire.

Pratiques discriminatoires

L'Autorité a estimé que GDF n'a pas abusé de sa position dominante sur le marché de la vente de gaz aux tarifs réglementés dans la mesure où il n'a pu être établi que cette entreprise avait mis en œuvre une politique discriminatoire reposant sur l'application de diverses options tarifaires (**10-D-19**). L'Autorité a constaté que :

- le nombre de sites n'ayant pas bénéficié de l'option tarifaire litigieuse offerte par GDF était particulièrement infime au regard du nombre total de sites concernés des entreprises Ne Varietur et Idex;
- la société Ne Varietur ne contestait pas avoir, à partir de 2005, été informée par GDF de l'existence de l'offre litigieuse mais avait préféré s'abstenir d'y souscrire afin d'alimenter un contentieux.

Dans une décision 10-D-31, l'Autorité a estimé que France Télécom n'a pas pratiqué de discrimination tarifaire abusive à l'occasion des appels d'offres de l'UNSA et du CNRS, dans la mesure où la non-facturation des frais d'accès au service par l'opérateur historique de manière non systématique selon la durée du marché ne crée pas de désavantage dans la concurrence, cette pratique étant d'usage chez les opérateurs de téléphonie (**10-D-31**).

Dans une décision 10-D-34, l'Autorité a considéré que le traitement différencié entre les réalisateurs et les scénaristes d'œuvres audiovisuelles en ce qui concerne

la composition de la SACD résulte du libre choix des adhérents. Par ailleurs, l'Autorité a rappelé qu'une pratique différenciée n'est pas discriminatoire en droit de la concurrence dès lors que les acteurs économiques concernés relèvent de catégories différentes et opèrent sur des marchés distincts. En l'espèce, les réalisateurs et les scénaristes d'œuvres audiovisuelles ne sont pas placés dans une situation identique dans le processus de création d'un œuvre dans la mesure où ils sont complémentaires et non concurrents. Enfin, l'Autorité a considéré que la modification des statuts de la SACD, intervenue à la suite de la décision reposait sur des justifications légitimes et n'a ni objet ni effet anticoncurrentiel (10-D-34).

Utilisation de l'avantage provenant de l'adossement à un groupe puissant

L'Autorité a considéré que le seul fait pour une filiale appartenant au groupe constitué par l'opérateur historique d'un marché libéralisé, de mentionner son appartenance à ce groupe ne saurait caractériser, en lui-même, un abus de position dominante que détiendrait l'une des entités de ce groupe. Ce n'est que si certaines conditions particulières sont réunies, comme celles conduisant à entretenir la confusion entre une activité de service public et l'activité concurrentielle ou à tirer parti d'autres avantages liés à l'activité de service public, qu'un tel abus pourrait être caractérisé (10-D-14).

Abus de dépendance économique

Aux termes de l'article L. 420-2, alinéa 2 : « Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou pratiques discriminatoires visées à l'article L. 442-6. »

L'application de ces dispositions suppose donc d'établir, dans un premier temps, l'état de dépendance économique d'une entreprise à l'égard d'une autre et, dans un second temps, l'abus commis par cette dernière.

La notion de dépendance économique

L'Autorité a rappelé, dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre par la société Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité, les principes issus d'une jurisprudence et d'une pratique décisionnelle constantes, permettant de caractériser l'existence d'une situation de dépendance économique. Parmi ces principes figurent quatre critères cumulatifs :

- la notoriété de la marque du fournisseur ;
- l'importance de la part de marché du fournisseur ;
- l'importance de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur ;
- la difficulté pour le distributeur d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents.

Dans cette même décision, l'Autorité a rappelé que l'état de dépendance économique implique l'impossibilité dans laquelle se trouve une entreprise de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées. Dès lors, la seule circonstance qu'un distributeur réalise une part importante, voire exclusive, de son approvisionnement auprès d'un seul fournisseur ne suffit pas à caractériser son état de dépendance économique. De plus, l'Autorité a rappelé que l'état de dépendance économique s'apprécie *in concreto*, soit dans la relation bilatérale entre deux opérateurs économiques, soit, plus largement, dans les relations entre un fournisseur et son réseau de distribution, pourvu que ce réseau constitue un groupe d'entreprises aux caractéristiques suffisamment homogènes, dont les membres sont placés, à l'égard de ce fournisseur, dans la même position économique et juridique. En l'espèce, l'Autorité a considéré que le saisissant ne pouvait alléguer l'existence d'une situation de dépendance économique à l'égard de la société Carrefour tant en ce qui concerne la situation de candidat à l'ouverture d'un commerce alimentaire de proximité que celle de franchisé d'un réseau de proximité de Carrefour. Enfin, l'Autorité a souligné que la circonstance qu'une entreprise se soit volontairement placée en situation de dépendance est indifférente pour apprécier sa situation de dépendance économique au sens de l'article L. 420-2, alinéa 2 du Code de commerce (10-D-08).

La notion d'abus de dépendance économique prohibé

Aucune pratique d'abus de dépendance économique n'a été retenue par l'Autorité durant l'année 2010.

Mesures conservatoires (fond)

Sur la recevabilité des mesures conservatoires (voir supra)

L'article L. 464-1 du Code de commerce donne à l'Autorité le pouvoir de « *prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou celles qui lui apparaissent nécessaires. Ces mesures ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt du consommateur ou à l'entreprise plaignante* ».

Dans les décisions **10-D-07**, **10-D-09**, **10-D-16**, **10-D-25**, **10-D-33** et **10-D-38**, l'Autorité a estimé que les éléments du dossier ne démontraient pas que les pratiques examinées seraient la cause directe et certaine d'une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt du consommateur ou à l'entreprise plaignante.

Dans la décision **10-D-09**, l'Autorité de la concurrence a estimé que, quoiqu'elles revêtent un caractère grave, les pratiques dénoncées ne portaient pas une atteinte suffisamment immédiate aux intérêts de la plaignante ou à l'économie du secteur, à ce stade de son développement, pour justifier l'octroi de mesures conservatoires, et a décidé de poursuivre l'instruction du dossier au fond.

La société Itas Tim, diffuseur de la télévision numérique terrestre et de la radio analogique, et gestionnaire de sites pour d'autres opérateurs, avait saisi l'Autorité de pratiques mises en œuvre par la société TDF dans le secteur des services de diffusion par voie hertzienne en mode numérique. Elle reprochait en effet à cette société de mettre en place une politique d'opposition à l'implantation d'infrastructures concurrentes à proximité de ses propres terrains et de lui refuser l'accès à ses terrains pour y installer ses propres structures.

Concernant la pratique qui consisterait en la mise en place par TDF d'une politique d'opposition à l'implantation d'infrastructures concurrentes par une stratégie de lobbying auprès des collectivités locales, l'Autorité a pris acte du fait que le CSA et l'ARCEP, régulateurs du secteur, allaient conjointement, au cours du 1^{er} semestre de l'année, mener une campagne d'information auprès de ces collectivités sur les aspects juridiques et techniques du passage à la télévision numérique, et a considéré que cela était de nature à répondre de manière appropriée au caractère urgent d'une situation de méconnaissance du secteur de ces dernières.

Concernant la pratique qui consisterait à refuser l'accès à ses terrains par TDF, l'Autorité a constaté qu'Itas Tim était jusqu'alors toujours parvenu à trouver des sites alternatifs à ceux de TDF, lui permettant de déployer ses infrastructures.

Dans les décisions **10-D-16**, **10-D-25** et **10-D-38**, l'Autorité a notamment rappelé qu'un simple manque à gagner du saisissant était insuffisant à démontrer l'existence d'une atteinte grave et immédiate à ses intérêts et a décidé de poursuivre l'instruction au fond de l'affaire sans pour autant prononcer de mesures conservatoires. Elle a précisé, dans la décision **10-D-38**, que « *dans son rapport annuel de 2007, le Conseil de la concurrence a pu souligner que ce sont les effets sur la concurrence qui doivent prévaloir dans l'analyse effectuée par l'Autorité de la concurrence pour évaluer le bien-fondé de demandes de mesures conservatoires. Ni la seule gravité des pratiques dénoncées, ni le manque à gagner qu'elles occasionnent pour certaines parties ne sont suffisants en tant que tels pour justifier l'octroi de mesures conservatoires* » (§ 103).

Dans la décision **10-D-33**, l'Autorité a rejeté la demande de mesures conservatoires d'une société car elle n'apportait pas d'éléments établissant un lien de causalité entre, d'une part, sa faible percée sur le marché en cause et ses difficultés financières, et, d'autre part, un éventuel abus de position dominante de sa concurrente. L'Autorité a en outre rappelé la jurisprudence de la cour d'appel de Paris aux termes de laquelle : « *Le risque de disparition de l'entreprise qui demande ces mesures n'est pris en considération par le législateur, que dans le cas d'atteinte immédiate aux intérêts de cette requérante, ce qui ne recouvre donc pas les situations anticoncurrentielles anciennes* » (CA Paris, 11 septembre 2009, société DKT International).

En revanche, dans la décision **10-MC-01**, l'Autorité, saisie de pratiques susceptibles de constituer un abus de position dominante par Google dans le secteur de la publicité sur Internet, a prononcé des mesures conservatoires dans l'attente de sa décision au fond, en considérant que la politique de contenus du service de publicité en ligne AdWords, lié au moteur de recherche, avait été mise en œuvre par Google dans des conditions qui manquaient d'objectivité et de transparence

et qui conduisaient à traiter de façon discriminatoire les fournisseurs de base de données radars et particulièrement la société Navx.

Ainsi, l'Autorité a constaté que la fermeture du compte AdWords de Navx avait remis profondément en cause, et ce de manière brutale, le modèle économique de cette dernière et avait profondément affecté tant ses revenus que son potentiel de croissance, rendant très improbable la continuation de son activité de vente aux particuliers, laquelle représentait environ les deux tiers de son chiffre d'affaires. Cette situation avait d'ailleurs justifié l'ouverture d'une procédure de conciliation et le licenciement des trois quarts des employés français.

Ces pratiques ont donc été regardées comme portant une atteinte grave et immédiate à l'entreprise plaignante.

En conséquence, l'Autorité a enjoint à Google, à titre conservatoire et dans l'attente d'une décision au fond, de clarifier, d'une part, la portée du règlement AdWords applicable aux dispositifs de contournement des contrôles routiers et, d'autre part, les procédures AdWords pouvant conduire à la suspension du compte d'un annonceur, ces informations devant être mises à la disposition des annonceurs dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires. Il a été également enjoint à Google de rétablir le compte AdWords de la société Navx, afin de lui permettre de diffuser des annonces publicitaires, sans préjudice de la faculté d'appliquer de manière non discriminatoire à Navx le règlement et les procédures AdWords.

Imputabilité

Modification de la structure, de la situation juridique, de la dénomination ou de l'activité de l'entreprise auteur des pratiques

Comme le rappelle l'Autorité dans sa pratique décisionnelle, les règles développées par la jurisprudence nationale et communautaire en matière d'imputabilité des infractions, en cas de restructurations d'entreprises, s'appuient sur le principe de la responsabilité personnelle, complété par le critère de la continuité économique.

Lorsqu'une personne morale enfreint les règles de la concurrence, il lui incombe, selon le principe de la responsabilité personnelle, de répondre de cette infraction⁹⁵.

Une personne morale qui n'est pas l'auteur de l'infraction peut néanmoins être sanctionnée pour celle-ci dans certaines circonstances, sur le fondement du critère de la continuité économique. En effet, « *si aucune autre possibilité d'infliction de la sanction à une entité autre que celle ayant commis l'infraction n'était prévue, des entreprises pourraient échapper à des sanctions par le simple fait que leur identité ait été modifiée par suite de restructurations, de cessions ou d'autres changements*

95. CJCE, 8 juillet 1999, Commission/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Rec. p. I-4125, point 145 et CJCE, 16 novembre 2000, Cascades/Commission, C-279/98 P, Rec. p. I-9693, point 78.

juridiques ou organisationnels. L'objectif de réprimer les comportements contraires aux règles de la concurrence et d'en prévenir le renouvellement au moyen de sanctions dissuasives serait ainsi compromis» (CJCE, 11 décembre 2007, ETI e. a., C-280/06, Rec. p. I-10893, point 41).

Il en est ainsi lorsque la personne ayant commis l'infraction a cessé d'exister juridiquement après la commission de l'infraction⁹⁶. Aux termes de la jurisprudence des cours nationales de contrôle : « *Les sanctions prévues à l'article L. 464-2 du Code de commerce sont applicables aux entreprises auteurs des pratiques anticoncurrentielles prohibées [...], lorsque la personne qui exploitait l'entreprise a cessé d'exister juridiquement avant d'être appelée à en répondre, les pratiques sont imputées à la personne morale à laquelle l'entreprise a été juridiquement transmise, et, à défaut d'une telle transmission, à celle qui assure en fait sa continuité économique et fonctionnelle* » (voir CA Paris, 14 janvier 2009, Eurelec et Cass. com., 20 novembre 2001, n° 99-16.776 et 99-18.253, société Bec Frères).

Il en est également ainsi lorsque la personne ayant commis l'infraction, bien que subsistant juridiquement, n'a plus d'existence économique après la commission de l'infraction (voir, en ce sens, les arrêts de la Cour de justice, Aalborg Portland/Commission, précité, points 355 à 359, et ETI, précité, points 41 à 52.). La Cour de justice souligne : « *À ce dernier égard, il y a lieu de considérer qu'une sanction infligée à une entreprise qui continue à exister juridiquement, mais n'exerce plus d'activités économiques, risque d'être dépourvue d'effet dissuasif* » (arrêt ETI, précité, point 40).

La continuité juridique

Dans la décision **10-D-04**⁹⁷, l'Autorité a fait application de ces principes et a cherché à déterminer la personne physique ou morale qui était responsable de l'exploitation de l'entreprise en cause au moment où l'infraction avait été commise, afin qu'elle réponde de cette infraction.

Elle a rappelé que tant que la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise qui a mis en œuvre des pratiques subsiste juridiquement, c'est elle qui doit assumer la responsabilité de ces pratiques, même si les éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction ont été cédés à une tierce personne et sans que son changement de dénomination sociale ait un quelconque effet et a imputé en l'espèce les pratiques reprochées à la société qui avait repris les droits et obligations de la société qui les avait mises en œuvre (voir aussi décision 01-D-14 du 4 mai 2001 relative à des pratiques relevées lors de marchés de fabrication et de mise en œuvre d'enrobés bitumeux sur les routes départementales de l'Isère).

Dans la décision **10-D-22**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des transports sanitaires, l'Autorité a rappelé que lorsque, entre le moment où l'infraction est commise et le moment où l'entreprise en cause doit en répondre, la personne responsable de l'exploitation de cette entreprise a cessé d'exister

96. CJCE, Commission/Anic Partecipazioni, précité, point 145.

97. Décision confirmée par CA Paris, 28 octobre 2010, Société Maquet SA.

juridiquement, il convient de localiser, dans un premier temps, l'ensemble des éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction pour identifier, dans un second temps, la personne qui est devenue responsable de l'exploitation de cet ensemble, afin d'éviter que, en raison de la disparition de la personne responsable de son exploitation au moment de l'infraction, l'entreprise ne puisse pas répondre de la commission de celle-ci.

En l'espèce, l'Autorité a imputé les pratiques commises par une entreprise disparue, à l'entreprise ambulancière qui avait repris les moyens matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction, la cession intervenue entre les deux sociétés n'ayant pas interrompu la continuité de l'entreprise au sens du droit de la concurrence.

Par ailleurs, certaines pratiques avaient été mises en œuvre par un exploitant individuel, qui avait depuis créé une société dont il était devenu le gérant, laquelle avait ensuite changé de dénomination sociale. L'Autorité a rappelé que l'exploitant individuel doit continuer à répondre des pratiques relevées à son encontre et a donc considéré que les griefs avaient été valablement formulés à l'égard de la personne physique concernée, qui avait été à même de faire valoir sa défense.

Dans la décision **10-D-28**⁹⁸, l'Autorité a déduit du principe de continuité juridique qu'en cas de fusion-absorption d'une personne morale, les pratiques devaient être imputées à la société succédant, sur le plan juridique, à la société auteur des pratiques, c'est-à-dire la société absorbante (voir, en ce sens, la décision 07-D-11 du 28 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion de marchés publics de travaux routiers passés par le conseil général de la Marne, la ville de Reims et le district de Reims, point 97).

En cas de liquidation judiciaire, il résulte d'une pratique décisionnelle constante que la mise en redressement judiciaire d'une entreprise auteur de pratiques anti-concurrentielles, dont les actifs ont été cédés, mais qui n'a pas cessé d'exister juridiquement, ne la fait pas échapper à la responsabilité des pratiques qu'elle a pu mettre en œuvre et dont elle doit répondre; cependant, il ne peut être prononcé de sanctions à son encontre, en raison de sa mise en liquidation judiciaire, prononcée en cours de procédure.

L'Autorité, après avoir rappelé ces principes, a considéré, dans la décision **10-D-35**, que des pratiques d'ententes étaient imputables à une société qui avait fait l'objet d'une liquidation volontaire propre au droit anglais, car cette société continuait à exister pour les besoins de la liquidation, quand bien même ses actifs avaient été cédés par les liquidateurs à une autre société. Néanmoins aucune sanction ne lui a été infligée.

⁹⁸. Un recours a été formé contre cette décision.

La continuité économique

Dans la décision **10-D-28**⁹⁹, l'Autorité a fait application de la jurisprudence issue de l'arrêt de la CJCE « ETI » cité plus haut, dans lequel le nouvel exploitant avait été sanctionné, alors même que l'ancien exploitant n'avait pas cessé d'exister juridiquement, et avait conservé une activité économique dans un autre secteur économique, dès lors que les deux entités étaient détenues et placées sous la tutelle d'une même autorité publique.

Elle a observé qu'aux termes de la jurisprudence communautaire le critère de la continuité économique jouait non seulement « *dans le cas où la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise a cessé d'exister juridiquement après la commission de l'infraction* » mais également « *dans les cas de restructurations internes d'une entreprise lorsque l'exploitant initial ne cesse pas nécessairement d'avoir une existence juridique mais n'exerce plus d'activité économique sur le marché concerné et eu égard aux liens structurels entre l'exploitant initial et le nouvel exploitant de l'entreprise* » (TPICE, 30 septembre 2009, Hoechst c/Commission, T-161/05, Rec. p. II-3555, point 52).

Elle a en outre précisé que l'imputation au nouvel exploitant d'une infraction commise par l'ancien exploitant est une possibilité que, dans certaines circonstances, la jurisprudence reconnaît à l'autorité de concurrence, et non une obligation.

En l'espèce, il s'agissait d'une entente tarifaire multilatérale reprochée à plusieurs banques ; certaines pratiques avaient été mises en œuvre dans un premier temps par La Poste puis par sa filiale, La Banque Postale, à laquelle avaient été transférées ses activités bancaires en 2005.

L'Autorité a estimé que la circonstance que La Poste n'avait pas cessé d'exister juridiquement n'empêchait pas de sanctionner La Banque Postale à raison des infractions en cause commises par La Poste avant 2005, dès lors, d'une part, que cette dernière n'exerçait plus d'activité sur le marché du chèque concerné par la procédure et, d'autre part, qu'il existait des liens structurels entre La Poste et La Banque Postale, les deux entités étant détenues par l'État et placées sous son contrôle et le capital de l'une étant intégralement détenu par l'autre.

Du comportement de la filiale à la société mère

Il résulte de la jurisprudence communautaire que le comportement d'une filiale peut être imputé à la société mère notamment lorsque, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par la société mère, eu égard en particulier aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent ces deux entités juridiques. En effet, il en est ainsi parce que, dans une telle situation, la société mère et sa filiale font partie d'une même unité économique et, partant, forment une seule entreprise. Ainsi, le fait qu'une société mère et sa filiale constituent une seule entreprise au

⁹⁹. Un recours a été formé contre cette décision.

sens de l'article 81 du traité CE permet à la Commission d'adresser une décision imposant des amendes à la société mère, sans qu'il soit requis d'établir l'implication personnelle de cette dernière dans l'infraction¹⁰⁰.

Dans la décision **10-D-13**¹⁰¹, l'Autorité a considéré que les diverses sociétés filiales mises en cause devaient se voir imputer les faits reprochés, soit qu'il ait été démontré que la filiale disposait d'une complète autonomie de décision, soit qu'à l'inverse les éléments du dossier n'aient pas permis d'établir une absence d'autonomie.

Par ailleurs, s'agissant d'une filiale détenue paritairement par deux sociétés mères, l'Autorité a estimé qu'il résultait de cette représentation paritaire qu'aucune des sociétés mères n'était en mesure de contrôler l'activité commerciale de l'entreprise commune au sens du droit de la concurrence. Ainsi, contrairement à ce que prétendaient les parties, la circonstance qu'il puisse exister un « *blocage* » au sein du conseil d'administration de l'entreprise commune sur la stratégie à suivre par cette dernière démontrait non pas l'absence d'autonomie de celle-ci à l'égard de ses sociétés mères mais l'incapacité structurelle de chacune de ces sociétés mères de pouvoir contrôler, seule, l'activité de l'entreprise commune. Au vu de ces éléments, la filiale a été considérée comme autonome et ses comportements lui ont donc été imputés.

Aux termes de la jurisprudence communautaire¹⁰², l'absence de comportement autonome est présumée lorsqu'une société mère détient l'intégralité du capital de sa filiale. Dans ce cas, l'autorité de concurrence est en mesure, par la suite, de considérer la société mère comme solidairement responsable pour le paiement de l'amende infligée à sa filiale, à moins que cette société mère, à laquelle il incombe de renverser cette présomption, n'apporte des éléments de preuve suffisants de nature à démontrer que sa filiale se comporte de façon autonome sur le marché. Selon la cour, il ne suffit donc pas de soutenir que la société mère n'était pas impliquée dans la mise en œuvre de la politique commerciale de sa filiale ou des pratiques concernées.

L'Autorité a fait application de cette jurisprudence dans la décision **10-D-39** et a constaté que les éléments avancés par une société détenant 100 % du capital de sa filiale auteur des pratiques reprochées ne permettaient pas de renverser la présomption de son influence déterminante sur cette filiale ; en effet, la filiale et la société mère étaient présidées par la même personne physique, et des rapports trimestriels démontraient l'intervention directe de la société mère dans la gestion de sa filiale. La société mère a donc été déclarée responsable du comportement anticoncurrentiel de sa filiale.

La Cour de justice a par ailleurs précisé que, lorsque la société qui a commis les pratiques est absorbée par une société appartenant à un groupe au sein duquel elle continue, en tant que filiale, à exercer l'activité dans le cadre de laquelle les

100. CJCE, 10 septembre 2009, Akzo Nobel e. a. c/Commission, C-97/08 P, *Rec.* p. I-8237.

101. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

102. CJCE, 10 septembre 2009, Akzo Nobel e. a. c/Commission, précité.

pratiques ont été commises, elle doit répondre elle-même de son comportement infractionnel antérieur à l'absorption¹⁰³.

Dans la décision **10-D-28**¹⁰⁴, relative à une entente interbancaire, l'Autorité a fait application de cette jurisprudence s'agissant de la société LCL, devenue filiale à 100 % du Crédit Agricole pendant la période de mise en œuvre des pratiques reprochées.

Elle a ainsi considéré que les faits devaient être imputés à LCL, pour la période comprise entre l'accord litigieux et l'acquisition de cette société par le Crédit Agricole, dès lors qu'elle avait continué, en tant que filiale du Crédit Agricole, à exercer l'activité de banque dans le cadre de laquelle les pratiques ont été commises.

À compter de l'acquisition de la totalité du capital de LCL par le Crédit Agricole, LCL ne déterminait plus de façon autonome son comportement sur le marché ; l'Autorité a donc considéré le Crédit Agricole comme solidairement responsable pour le paiement de l'amende infligée à sa filiale à raison de la mise en œuvre de l'accord litigieux et ce pour la période postérieure à l'acquisition de LCL.

Responsabilité de l'entreprise du fait de ses salariés

Dans une décision **10-D-03**, relative à des pratiques relevées dans le secteur des marchés publics de profilage des fossés passés par la communauté urbaine de Lille, l'Autorité a écarté l'argumentaire d'une société mise en cause dans une pratique d'entente, selon lequel elle ne pourrait se voir imputer une négligence d'un directeur d'exploitation, laquelle devrait être sanctionnée en tant que faute professionnelle, mais en aucun cas comme tentative entre des mandataires sociaux de se concerter en vue de fausser le jeu de la concurrence.

L'Autorité a rappelé que c'est à l'employeur de veiller au respect des règles de concurrence et que selon la cour d'appel de Paris : « *L'échange d'informations est imputable à un salarié [...] qui a permis à la société concurrente [...] de prendre copie des éléments de réponse à l'appel d'offres préparés par son employeur ; qu'il est ainsi établi que, pour le moins, la SNEF n'a pas suffisamment veillé au secret de la consultation, composante essentielle de la procédure de mise en concurrence des entreprises soumissionnaires à un marché public* » (CA Paris, 8 octobre 2008, confirmant la décision du Conseil 07-D-29).

Responsabilité d'un groupement

GIE

Dans une décision **10-D-15**, l'Autorité a sanctionné des pratiques d'ententes mises en œuvre par un GIE de taxis amiénois, ayant consisté à fixer le prix de cession des autorisations de stationnement, à imposer des conditions discriminatoires

¹⁰³. CJCE, 16 novembre 2000, Cascades c/Commission, C-279/98 P, *Rec. p.* I-9693, point 79.

¹⁰⁴. Un recours a été formé contre cette décision.

d'accès au groupement et à empêcher les membres du GIE de développer ou d'acquérir une clientèle propre.

Constatant que le conseil d'administration du GIE avait pris une part déterminante dans la mise en œuvre des pratiques reprochées, c'est au groupement, et non à ses membres, que l'Autorité les a imputées, en rappelant que « *les décisions du groupement [...] sont la manifestation de l'accord de volontés des membres de cette structure commune, dont il n'est pas contesté qu'ils sont des entreprises juridiquement distinctes, poursuivant des objectifs économiques distincts et en situation de se faire concurrence; le GIE [...] doit être mis en cause parce que ce sont ses organes dirigeants en tant que tels, quoique par délégation, qui apparaissent comme étant les auteurs des pratiques d'ententes entre ses membres* » (§ 200)¹⁰⁵.

Groupement momentané d'entreprises

Dans la décision **10-D-22**, relative à un appel d'offres lancé par le CHU de Rouen en vue de la passation d'un marché de transports sanitaires, l'Autorité a sanctionné des entreprises ambulancières, membres de trois groupements, pour s'être informées réciproquement de leur intention de ne pas soumissionner, et ce afin de mettre en échec la procédure de marché public et d'obtenir un marché négocié.

Ces trois groupements, titulaires des lots du précédent marché, avaient chacun adressé une lettre à la commission d'appels d'offres du CHU en lui faisant part de leurs réserves quant au contenu du cahier des charges et avaient exprimé, en termes voisins, une demande de nouvelles propositions et/ou de marché négocié. Il n'était pas reproché aux entreprises un simple parallélisme de comportement ni d'avoir cherché à constituer des groupements pour répondre à l'appel d'offres lancé par le CHU, mais de s'être informées mutuellement, avant la date limite de dépôt des offres, de leur intention, dans le cadre des groupements auxquels elles étaient ralliées, de ne pas déposer d'offres à l'occasion de cette procédure.

L'Autorité a écarté l'objection de certaines parties qui soutenaient que les griefs auraient dû être adressés aux trois groupements et non aux entreprises membres de ces derniers et faisaient valoir que les personnes physiques mises en cause n'auraient agi qu'en qualité de représentant de leur groupement, dans le cadre de leur mission, et non à titre de représentant de leur entreprise.

L'Autorité considère qu'il n'existe aucun motif s'opposant à ce que soient retenus les griefs à l'égard des entreprises ambulancières dont la participation à l'échange d'informations est démontrée. En effet ces groupements étaient des structures *ad hoc* créées dans le cadre des marchés publics lancés par le CHU de Rouen concernant les prestations de transports sanitaires hospitaliers et n'avaient pas nécessairement vocation à être pérennisées d'un appel d'offres à l'autre.

À chaque appel d'offres, ce sont les entreprises elles-mêmes qui sont sollicitées et il appartient à chacune de décider si elle présente une offre individuelle ou si elle fait une offre en groupement avec d'autres, les entreprises en groupement pouvant

¹⁰⁵. Voir aussi décision 94-D-51 du 4 octobre 1994.

différer de celles qui s'étaient associées à l'occasion d'une précédente procédure. D'ailleurs, les entreprises, lorsqu'elles adhèrent à un groupement pour répondre à un marché public, restent au sens de l'article 51 du Code des marchés publics dans « *un groupement momentané d'entreprises* ».

En tout état de cause, il est rappelé que toutes les entreprises membres d'un groupement n'ont pas à répondre des pratiques commises par certains de ses membres et que le seul fait d'être membre d'un groupement est insuffisant à lui seul à établir la participation à l'échange d'informations incriminé.

En l'espèce, en application de ces principes, l'Autorité s'est estimée fondée à retenir l'implication des entreprises membres des groupements pour lesquelles les éléments du dossier prouvaient qu'elles avaient participé à la concertation reprochée.

Politique de l'Autorité de la concurrence en matière de sanctions

Aspect correctif : les injonctions

Injonctions de s'abstenir de certaines pratiques

L'Autorité de la concurrence a prononcé en 2010, une injonction de ne pas faire. Ainsi, dans sa décision **10-D-13**¹⁰⁶ du 15 avril 2010, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre, l'Autorité a enjoint aux sociétés Perrigault et TPO de cesser de mettre en œuvre, dès le prononcé de la décision l'entente de partage de clientèle qui lui est reprochée; elles devront appliquer la clause de non-concurrence qu'elles ont signée le 18 mai 2004 de manière à permettre à TPO de faire des offres à des lignes qui ne font pas escale sur des terminaux de TN, qu'il s'agisse de clients d'autres opérateurs de manutention du Havre ou de lignes qui, nouvellement créées ou n'ayant pas fait escale au port du Havre au cours des douze derniers mois, ne disposent pas de relations commerciales établies avec un opérateur de manutention du Havre.

Injonctions de prendre certaines mesures

Les injonctions de prendre certaines mesures dans le cadre de demandes de mesures conservatoires

En 2010, l'Autorité de la concurrence a prononcé à une reprise des injonctions dans le cadre de sa décision **10-MC-01**, relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Navx.

L'Autorité de la concurrence a été saisie, le 16 février 2010, d'une plainte de la société Navx dirigée contre des pratiques mises en œuvre par les sociétés Google

¹⁰⁶. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

Ireland et Google Inc. (ci-après « *Google* »). Navx faisait valoir que Google, qui serait en position dominante sur le marché de la publicité en ligne, notamment liée aux recherches, aurait exploité de manière abusive cette position. Elle aurait également abusé de la situation de dépendance économique dans laquelle se serait trouvée Navx vis-à-vis d'elle. La plaignante dénonçait principalement une rupture brutale des relations contractuelles établies, un refus de vente et une pratique de discrimination. Accessoirement à sa saisine au fond, Navx sollicitait le prononcé de mesures conservatoires tendant à faire cesser les pratiques dénoncées.

Dans sa décision **10-MC-01** du 30 juin 2010, l'Autorité de la concurrence a estimé qu'en l'état actuel de l'instruction, la politique de contenus AdWords avait été mise en œuvre par Google dans des conditions non objectives, non transparentes et discriminatoires, au détriment des fournisseurs de bases de données radars et particulièrement de la société Navx, ce qui était susceptible d'être prohibé par les règles communautaires et nationales de concurrence.

Estimant que le comportement de Google portait une atteinte grave et immédiate à l'entreprise plaignante, l'Autorité a ordonné, à titre conservatoire, aux sociétés Google Ireland et Google Inc. de clarifier, dans les quatre mois suivant la notification de la décision, la portée du règlement AdWords applicable aux dispositifs de contournement des contrôles routiers :

- en ce qui concerne les comportements interdits aux annonceurs (mots-clés, texte de l'annonce, page de destination, pages de renvois, etc.);
- en ce qui concerne les dispositifs autorisés ou interdits, notamment les avertisseurs et les bases de données radars.

Ces informations devaient être mises à la disposition des annonceurs dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires, et devaient préciser le délai dans lequel les règles ainsi modifiées s'appliqueraient aux annonceurs, de manière à leur laisser un préavis suffisant.

L'Autorité a également ordonné, à titre conservatoire, aux sociétés Google Ireland et Google Inc. de clarifier, dans les quatre mois suivant la notification de la décision, les procédures AdWords pouvant conduire à la suspension du compte d'un annonceur, afin qu'elles incluent un préavis suffisant et contiennent au moins un avertissement formel de format clairement distinct des alertes de refus d'annonces. Ces informations sur la clarification de la procédure de suspension devaient être mises à la disposition des annonceurs dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires. L'Autorité a enfin ordonné aux sociétés Google Ireland et Google Inc. de rétablir, dans les cinq jours suivant la notification de la présente décision, le compte AdWords de la société Navx, afin de lui permettre de diffuser des annonces publicitaires sans préjudice de la faculté pour les sociétés Google Ireland et Google Inc. d'appliquer de manière non discriminatoire à Navx le règlement AdWords et ses procédures tels qu'ils ont été précisés dans le respect des injonctions imposées.

Les injonctions de prendre certaines mesures sanctionnant un comportement anticoncurrentiel

Dans sa décision **10-D-28**¹⁰⁷, relative aux tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement, l'Autorité de la concurrence a enjoint à la Banque de France, BPCE, venant aux droits de BP Participations et de CE Participation, La Banque Postale, BNP-Paribas, la Confédération nationale du Crédit Mutuel, au Crédit Agricole, au Crédit du Nord, au Crédit Industriel et Commercial (CIC), LCL, HSBC et à la Société Générale, de procéder à la révision du montant des commissions AOCT, dans un délai de six mois à compter de la notification de la présente décision, afin de faire cesser l'infraction d'entente visée à l'article 2 de cette décision. Il est demandé à ces sociétés d'en fixer le montant sur la base du coût de traitement des opérations AOCT auquel parvient la banque la plus efficace, tel que vérifié par une étude de coûts réalisée auprès d'un échantillon représentatif de banques et vérifiée par un expert indépendant.

Aspect dissuasif : les sanctions pécuniaires et la publication des décisions

Application des plafonds de sanction prévus par la loi NRE du 15 mai 2001

Les plafonds de sanction, tels qu'ils résultent des dispositions de la loi du 15 mai 2001, sont plus élevés que ceux édictés dans le cadre de l'ancienne rédaction de l'article L. 464-2 du Code de commerce, lui-même issu de la codification de l'article 21 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Les dispositions transitoires de la loi du 15 mai 2001 ne prévoient l'applicabilité des nouveaux plafonds qu'aux pratiques dont le Conseil de la concurrence a été saisi postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la loi. Ce libellé aurait pu conduire à considérer que les nouveaux plafonds étaient applicables aux infractions commises antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi, dès lors que le Conseil aurait été saisi après. Toutefois, le Conseil a estimé, compte tenu du caractère quasi pénal des sanctions qu'il inflige, qu'il devait appliquer le principe général de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère énoncé, notamment, par les articles 6 et 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, ainsi que par l'article 15-1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. En conséquence, le nouveau plafond des sanctions ne s'applique qu'aux pratiques commises après l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001 ou aux pratiques continues débutées avant l'entrée en vigueur et achevées après.

L'année 2010 n'a pas donné lieu à l'application des anciennes dispositions. L'Autorité de la concurrence a appliqué les plafonds issus de la loi NRE à des pratiques commises après l'entrée en vigueur de cette dernière, dans huit décisions **(10-D-03 ;**

¹⁰⁷. Un recours a été formé contre cette décision.

10-D-04¹⁰⁸; **10-D-05**; **10-D-10**; **10-D-11**; **10-D-13**¹⁰⁹; **10-D-22**) et à des pratiques commencées avant l'entrée en vigueur de cette loi mais qui se sont poursuivies après cette date, c'est-à-dire, après le 18 mai 2001, dans deux décisions (**10-D-15**; **10-D-28**¹¹⁰).

Le nouveau plafond de sanction de la procédure simplifiée, prévu à l'article L. 464-5 du Code de commerce et fixé à 750 000 euros, a été appliqué sept fois en 2010 (**10-D-03**; **10-D-04**¹¹¹; **10-D-05**; **10-D-10**; **10-D-11**; **10-D-15**; **10-D-22**).

Motivation des sanctions pécuniaires

Aux termes de l'article L. 464-2 du Code de commerce, l'Autorité de la concurrence « *peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions soit en cas de non-respect des engagements qu'elle a acceptés. Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération des pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction* ».

Gravité des faits

Nature des pratiques en cause

Les ententes à l'occasion d'appels d'offres dans le cadre de marchés publics

Ainsi que le rappelle l'Autorité dans sa pratique décisionnelle, les ententes commises à l'occasion d'appels d'offres sont d'une nature particulièrement grave, puisqu'elles limitent l'intensité de la pression concurrentielle à laquelle auraient été soumises les entreprises, si elles s'étaient déterminées de manière indépendante. L'Autorité a souligné que seul le respect des règles de concurrence dans ce domaine garantit à l'acheteur public la sincérité de l'appel d'offres et la bonne utilisation de l'argent public (**10-D-03**; **10-D-04**¹¹²; **10-D-05**; **10-D-10**; **10-D-22**; **10-D-35**).

Dans un arrêt du 8 octobre 2008, société SNEF, la cour d'appel de Paris a « *souligné la gravité intrinsèque d'ententes entre entreprises soumissionnaires concurrentes à des marchés publics, même en l'absence d'effet sensible sur le marché et [...] rappelé que l'existence d'un dommage à l'économie était présumée dès lors qu'une telle entente était établie et s'est référée au chiffre d'affaires consolidé mondial de l'entreprise* ». Dans ce même arrêt, la cour d'appel écarte le caractère ponctuel de la pratique et les conditions absurdes de sa mise en œuvre comme circonstances atténuantes. Ces pratiques affectent en effet le principe même de l'appel d'offres, qui repose sur la loyauté des participants.

108. Décision confirmée par CA Paris, 28 octobre 2010.

109. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

110. Un recours a été formé contre cette décision.

111. Décision confirmée par CA Paris, 28 octobre 2010.

112. Décision confirmée par CA Paris, 28 octobre 2010.

En particulier, le fait de faire échec au déroulement normal des procédures d'appels d'offres en empêchant la fixation des prix par le libre jeu du marché et de tromper la personne publique quant à la réalité et l'étendue de la concurrence s'exerçant entre les entreprises soumissionnaires est une pratique particulièrement grave puisqu'elle limite l'intensité de la pression concurrentielle à laquelle auraient été soumises les entreprises, si elles s'étaient déterminées de manière indépendante **(10-D-03)**.

Une concertation impliquant la moitié des participants à un appel d'offres est considérée comme une pratique de grande ampleur **(10-D-35)**.

Dans sa décision **10-D-13**¹¹³ relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre, l'Autorité de la concurrence a souligné que la gravité des pratiques doit être évaluée en tenant compte, notamment, de la nature de la restriction à la concurrence, du nombre et de la taille des entreprises impliquées, de la part de chacune de ces entreprises sur le marché et de la situation du marché à l'intérieur duquel a été commise la violation des règles de concurrence.

L'Autorité a rappelé que les pratiques d'ententes horizontales sont graves par nature dès lors qu'elles ont pour objet de fausser le jeu de la concurrence **(10-D 15 ; 10-D-28**¹¹⁴**)**.

Le maintien d'une certaine concurrence sur le marché n'est pas un élément de nature à atténuer la gravité de la pratique **(10-D-35)**.

Dans sa décision **10-D-04**¹¹⁵, l'Autorité a pris en compte l'ampleur des pratiques pour apprécier la gravité des faits, soulignant que le comportement des entreprises ne s'était pas limité à quelques appels d'offres puisque le mode de réponse aux appels d'offres était systématisé. Il en a été de même dans le cadre de la décision **10-D-39** où l'Autorité a souligné que les accords de répartition couvraient l'ensemble du territoire national, puisqu'ils portaient sur la quasi-totalité des marchés passés par l'État, les collectivités territoriales et les services chargés de la gestion d'autoroutes dans le cadre de procédures formalisées ou non.

Elle a considéré que les ententes portant préjudice à une personne publique, chargée d'une mission d'intérêt général portent une atteinte grave à l'ordre public économique **(10-D-05 ; 10-D10)**.

Dans sa décision **10-D-15**, l'Autorité a considéré que le fait qu'une entreprise, auteur de pratiques anticoncurrentielles, détienne un monopole de droit ou de fait ou bénéficie d'une exclusivité publique ou privée, emporte nécessairement des conséquences graves sur le marché. Elle a ajouté que la même analyse doit être retenue s'agissant de pratiques mises en œuvre par un groupement auquel l'appartenance demeure une condition essentielle d'accès au marché local. Elle a souligné, dans sa décision **10-D-28**¹¹⁶, relative aux tarifs et aux conditions liées

113. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

114. Un recours a été formé contre cette décision.

115. Décision confirmée par CA Paris, 28 octobre 2010.

116. Un recours a été formé contre cette décision.

appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement, que les pratiques sont intervenues sur un marché où la concurrence est déjà réduite en raison du monopole bancaire et de l'opacité tarifaire, et dans des relations où la logique bilatérale de formation du prix est difficilement applicable.

L'affectation des finances publiques du fait des pratiques anticoncurrentielles est à prendre en compte au titre de la gravité des faits (10-D-28¹¹⁷; 10-D-39).

La durée de la pratique est un critère à prendre en compte pour apprécier la gravité de l'infraction (10-D-03; 10-D-39). La durée à prendre en compte est celle de l'exécution du marché (10-D-03). Dans sa décision 10-D-11, relative à des pratiques mises en œuvre par le Syndicat national des ophtalmologistes de France (SNOF) concernant le renouvellement des lunettes de vue, l'Autorité a souligné le caractère continu des pratiques de boycott rappelant la définition selon laquelle *« les pratiques anticoncurrentielles revêtent le caractère de pratiques continues lorsque l'état délictuel se prolonge dans le temps par la réitération constante ou la persistance de la volonté coupable de l'auteur après l'acte initial [...] »*. La durée des pratiques en cause, mises en œuvre pendant une période supérieure à cinq ans, peut être regardée comme relativement longue (10-D-28)¹¹⁸.

Elle note toutefois que le caractère ponctuel ou la faible durée effective de la concertation n'est pas un critère pertinent pour atténuer la gravité d'une pratique d'entente horizontale en matière d'appel d'offres puisqu'il s'agit par nature d'un marché instantané qui peut être faussé sans recourir à une entente durable (10-D-35).

Les autres restrictions

Les pratiques de boycott présentent un certain caractère de gravité car elles visent à empêcher un ou plusieurs opérateurs économiques d'exercer librement leur activité sur un marché (10-D-11).

Les répartitions de marchés

Dans sa décision 10-D-03, l'Autorité de la concurrence rappelle sa pratique décisionnelle aux termes de laquelle, *« s'agissant d'échanges d'informations préalables au dépôt des offres dans les cas d'appels à la concurrence [...], de telles ententes horizontales entre soumissionnaires à un marché, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'aboutir à une répartition de marché [...] sont d'une particulière gravité. »*

Dans sa décision 10-D-13¹¹⁹ du 15 avril 2010, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre, l'Autorité a considéré que *« la répartition entre concurrents de la capacité disponible à Port 2000 constitue une forme d'entente de partage de marché [...] ». Ce type de pratique est normalement considéré par les autorités de concurrence et les*

117. Un recours a été formé contre cette décision.

118. Un recours a été formé contre cette décision.

119. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

juridictions nationales et communautaires comme d'une particulière gravité». Cette gravité est aussi rappelée dans la décision **10-D-35**.

Dans sa décision **10-D-39** du 22 décembre 2010, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale, l'Autorité a rappelé que *«les cartels, tels que l'entente examinée dans la présente affaire, sont considérés par l'OCDE et par les autorités de concurrence comme une des formes les plus graves de pratiques anticoncurrentielles»*.

La nature du marché affecté

L'Autorité de la concurrence a souligné la gravité des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre sur les marchés de travaux de proflage des fossés, travaux nécessaires à la mission de service public d'entretien des routes (**10-D-03**).

Dans sa décision **10-D-15**, relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE *«groupement des taxis amiénois et de la métropole»*, l'Autorité a considéré que les pratiques d'ententes horizontales sur les prix relevées, étaient d'autant plus grandes qu'elles intervenaient dans un secteur, celui du taxi, où les atteintes à la concurrence réduisent considérablement un espace concurrentiel déjà limité par la réglementation des prix et les conditions d'accès et d'exercice de la profession.

Dans sa décision **10-D-39** du 22 décembre 2010, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation verticale, l'Autorité a souligné qu'en se mettant d'accord pour tromper de manière continue des clients qui étaient principalement des collectivités territoriales ou des services de l'État ne pouvant se soustraire à leur obligation d'entretien du réseau routier, les membres de l'entente ont gravement porté atteinte à la concurrence.

Les diverses catégories d'abus de position dominante

Dans sa décision **10-D-39** du 22 décembre 2010, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation verticale, l'Autorité a indiqué que les pratiques mises en œuvre par la société Sodilor étaient des pratiques d'exclusion vis-à-vis d'une petite et moyenne entreprise de la part d'une entreprise en situation dominante sur son marché. Elle a encore noté que cette entreprise du fait de son appartenance à un groupe puissant, avait pu prendre le risque de retarder l'arrivée d'un concurrent sur le marché en usant de pratiques abusives. Elle a aussi souligné que ces pratiques avaient eu un effet perturbateur sur le marché dans son ensemble et pas seulement sur la fraction de marché correspondant aux produits qu'elle fabriquait.

Dommage à l'économie

Nature des pratiques en cause

Les ententes à l'occasion d'appels d'offres

En matière d'ententes dans le cadre d'appels d'offres, l'Autorité rappelle régulièrement (10-D-03; 10-D-04¹²⁰; 10-D-05; 10-D-10; 10-D-22; 10-D-35) les principes développés par la jurisprudence de la cour d'appel de Paris, soulignant que « *le dommage causé à l'économie est indépendant du dommage souffert par le maître d'ouvrage en raison de la collusion entre plusieurs entreprises soumissionnaires et s'apprécie en fonction de l'entrave directe portée au libre jeu de la concurrence* » (CA Paris, 13 janvier 1998, Fougerolle-Ballot).

Un arrêt de la cour d'appel en date du 12 décembre 2000, Sogea Sud-Est, souvent cité, a précisé que « *ces pratiques anticoncurrentielles qui caractérisent un dommage à l'économie sont répréhensibles du seul fait de leur existence, en ce qu'elles constituent une tromperie sur la réalité de la concurrence dont elles faussent le libre jeu, nonobstant la circonstance que l'échange d'informations entre entreprises sur le prix a été suivie d'une adjudication inférieure aux estimations du maître d'œuvre [...]* » (10-D-03; 10-D-04¹²¹; 10-D-05; 09-D-25).

Par ailleurs, dans un arrêt du 8 octobre 2008, société SNEF, la cour d'appel de Paris a précisé que si « *le dommage à l'économie [...] ne se réduit pas au préjudice subi par le maître d'ouvrage* », il « *s'apprécie en fonction de la perturbation générale apportée au fonctionnement normal des marchés par les pratiques en cause* ». Dans cet arrêt, la cour d'appel a approuvé le Conseil d'avoir infligé à une entreprise qui s'était concertée avec une autre pour répondre à un appel d'offres une sanction nettement supérieure au montant du marché, alors même que ce dernier avait été attribué à une entreprise tierce ayant proposé un prix inférieur à celui proposé par l'entreprise sanctionnée (10-D-10; 09-D-05; 09-D-19).

Par ailleurs l'Autorité a de nouveau précisé que la recherche des effets produits par une pratique sous examen ne doit pas se limiter aux effets réels, constatés *ex post* sur le marché. Elle doit s'intéresser aussi aux effets potentiels, attendus de la pratique au moment où elle est mise en œuvre (10-D-10; 10-D-35).

L'Autorité a rappelé, dans sa décision 10-D-28¹²², relative aux tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement, qu'elle n'est pas tenue de chiffrer précisément l'importance du dommage à l'économie.

Le dommage à l'économie doit être apprécié, notamment, au regard du montant du marché attribué, afin de déterminer si celui-ci a été supérieur au montant qui aurait résulté du libre jeu de la concurrence (10-D-04)¹²³. Sont également prises en compte la taille du marché en cause et la potentialité des effets anti-

120. Décision confirmée par CA Paris, 28 octobre 2010.

121. Décision confirmée par CA Paris, 28 octobre 2010.

122. Un recours a été formé contre cette décision.

123. Décision confirmée par CA Paris, 28 octobre 2010.

concurrentiels sur le marché (10-D-28¹²⁴; 10-D-35). Dans le cas particulier des soumissions à des appels d'offres, c'est le marché objet de l'appel d'offres qui constitue le marché affecté et c'est son montant qui sert à apprécier le dommage à l'économie (10-D-22).

L'Autorité prend souvent en compte le caractère d'exemplarité que ce type de pratiques peut susciter pour d'autres marchés publics pour apprécier le dommage à l'économie (10-D-04¹²⁵; 10-D-05; 10-D-10; 10-D-13¹²⁶; 10-D-22). Elle indique notamment que l'importance du dommage à l'économie peut dépasser le seul marché pertinent directement visé par les pratiques lorsque celles-ci sont mises en œuvre par une entreprise leader qui opère sur des marchés mondiaux ou de multiples marchés nationaux; en effet, en pareil cas, ces pratiques peuvent causer un dommage d'une importance particulière pour le fonctionnement de la concurrence, du fait notamment de l'exemple donné aux autres opérateurs (10-D-35).

Elle a souligné en outre que l'annulation d'une consultation du fait d'une pratique anticoncurrentielle constitue bien un effet de cette pratique (10-D-10; 10-D-22).

Échange d'informations sur les prix

Dans sa décision 10-D-03, l'Autorité de la concurrence, a souligné que les pratiques d'échange d'informations sur les prix ont pour objet de faire obstacle à la libre fixation des prix et ont pu avoir pour effet de provoquer une hausse artificielle des prix.

L'Autorité a précisé que le dommage à l'économie, qui s'apprécie pour l'ensemble de la pratique et non pour chaque entreprise, tient compte des effets de cette pratique sur le marché (10-D-13¹²⁷).

Elle a rappelé que les cartels «*injustifiables*» qui couvrent la totalité d'un marché et qui portent sur les prix peuvent provoquer des dommages considérables à l'économie.

Caractéristiques du marché

Les caractéristiques du marché ayant amplifié le dommage résultant de la pratique

Dans sa décision 10-D-04¹²⁸, l'Autorité précise que le dommage sera d'autant plus important que le marché est de grande taille et que les auteurs des pratiques y détiennent une part de marché élevée. Elle a aussi pris en compte la taille du marché, la durée des pratiques dans sa décision 10-D-39 du 22 décembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale.

124. Un recours a été formé contre cette décision.

125. Décision confirmée par CA Paris, 28 octobre 2010.

126. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

127. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

128. Décision confirmée par CA Paris, 28 octobre 2010.

Situation individuelle des entreprises

Pour déterminer la sanction applicable, l'Autorité se fonde sur des éléments généraux et individuels et sur le chiffre d'affaires de l'entreprise en cause (**10-D-03**; **10-D-04**¹²⁹; **10-D-05**; **10-D-10**; **10-D-11**; **10-D-13**¹³⁰; **10-D-15**; **10-D-22**; **10-D-28**¹³¹; **10-D-39**).

Dans sa décision **10-D-11**, du 24 mars 2010, relative à des pratiques mises en œuvre par le Syndicat national des ophtalmologistes de France (SNOF) concernant le renouvellement des lunettes de vue, elle a rappelé que lorsque l'infraction au droit de la concurrence d'un organisme professionnel porte sur les activités de ses membres, il y a lieu de prendre en compte les capacités économiques de ceux-ci. L'Autorité a, en outre, fait application une nouvelle fois de la jurisprudence communautaire selon laquelle « *le préjudice d'une association d'entreprises doit être apprécié en prenant en compte la situation de ses membres, lorsque les intérêts objectifs de l'association ne présentent pas un caractère autonome par rapport à ceux des entreprises qui y adhèrent* » dans le cadre de la décision **10-D-15** du 11 mai 2010, relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE « *groupement des taxis amiénois et de la métropole* ». Elle a ainsi estimé que cette analyse devait être retenue s'agissant de pratiques mises en œuvre par un groupement auquel l'appartenance demeure une condition essentielle d'accès au marché.

L'appartenance des entreprises à un groupe dont le chiffre d'affaires est particulièrement important constitue une circonstance individuelle conduisant à majorer la sanction (**10-D-39**).

Circonstances dépourvues d'incidence sur les sanctions à prononcer

Le fait de ne pas avoir tiré profit de l'entente ne constitue pas une circonstance atténuante. Ainsi, dans sa décision **10-D-28**¹³², du 20 septembre 2010, relative aux tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement, l'Autorité de la concurrence a indiqué que : « *Si le montant de la sanction pécuniaire doit être proportionné à la gravité des pratiques et au dommage à l'économie, pour l'appréciation desquels le profit retiré par les membres de l'entente en cause peut être pris en compte, la circonstance qu'une entreprise n'ait tiré aucun bénéfice de la mise en œuvre d'une pratique restrictive de la concurrence ne saurait faire obstacle à l'imposition d'une sanction et ne saurait être prise en compte comme circonstance atténuante [...].* »

Répétition des pratiques

La notion de répétition, en droit de la concurrence, connaît un régime juridique *sui generis* qui doit être distingué des notions voisines du droit pénal. Lors de l'adoption de la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, le législateur a modifié l'article L. 464-2 du Code de commerce pour

129. Décision confirmée par CA Paris, 28 octobre 2010.

130. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

131. Un recours a été formé contre cette décision.

132. Un recours a été formé contre cette décision.

améliorer la visibilité de ce critère de détermination de la sanction et renforcer la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. La réitération des pratiques est désormais expressément visée comme l'un des éléments que l'Autorité doit prendre en compte pour infliger une sanction pécuniaire.

Il convient toutefois de préciser que rien n'empêche l'Autorité, sur le fondement de la pratique décisionnelle antérieure du Conseil, de tenir compte de cet élément dans des situations où, compte tenu de la période des faits en cause, c'est l'article L. 462-4 du Code de commerce, dans sa version précédant la loi du 15 mai 2001, qui s'applique.

En 2010, l'Autorité a visé et retenu la réitération des pratiques dans deux décisions **(10-D-28** ¹³³ ; **10-D-39)**.

Sur le fond, l'Autorité a énuméré de manière détaillée dans ces décisions (comme le Conseil l'avait fait en 2007, dans la décision 07-D-33 qui avait justifié une majoration de 50 % de la sanction infligée à France Télécom, en 2008, dans sa décision 08-D-32 et en 2009 dans ses décisions **09-D-04 ; 09-D-05 ; 09-D-24**) les quatre conditions dans lesquelles une situation de réitération peut être retenue.

Ainsi n'est-il possible, en premier lieu, de retenir la réitération d'éventuelles pratiques prohibées par le titre II du livre IV du Code de commerce, que si ces pratiques ont déjà fait l'objet d'un constat d'infraction avant la commission des nouvelles pratiques, quelle que soit la suite à laquelle ce constat donne lieu (injonction, amende, publication...).

Le constat peut procéder d'une décision du Conseil ou d'un arrêt de la cour d'appel de Paris réformant une telle décision dans le cadre de son contrôle de plein contentieux sur le fondement des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité. Il peut aussi résulter d'une décision de la Commission européenne, voire de toute autre autorité nationale de concurrence compétente.

Le constat d'infraction doit, en deuxième lieu, être fait au titre de comportements identiques ou similaires par leur objet (critère renvoyant pour l'essentiel à la base légale utilisée pour qualifier les pratiques) ou par leur effet (critère qui renvoie davantage à la finalité du comportement poursuivi, comme par exemple, des pratiques d'ententes ou des comportements unilatéraux poursuivant le même effet d'éviction à l'égard de concurrents sur un marché, sans pour autant relever du même régime de prohibition), à ceux ayant fait l'objet du précédent constat d'infraction.

Le constat d'infraction doit, en troisième lieu, être devenu définitif à la date à laquelle le Conseil ou l'Autorité statuent sur les nouvelles pratiques.

Il faut enfin, en quatrième et dernier lieu, que soit pris en compte le délai écoulé entre le précédent constat d'infraction et la commission des nouvelles pratiques pour apporter une réponse proportionnée à la suspension de l'entreprise à s'affranchir des règles de concurrence.

133. Un recours a été formé contre cette décision.

Caractéristiques de nature à aggraver la sanction

Dans la décision **10-D-04**¹³⁴ du 26 janvier 2010, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des tables d'opération, l'Autorité a rappelé que lorsque les entreprises sont habituées à répondre à de nombreux appels d'offres publics, de ce fait, elles ne peuvent ignorer le caractère prohibé des échanges d'informations entre soumissionnaires se présentant comme concurrents à un appel d'offres ; or, la connaissance par l'entreprise du caractère illicite des pratiques qu'elle a commises constitue un facteur aggravant.

Constitue aussi un facteur aggravant, le contexte des engagements pris par les sociétés mises en cause dans le cadre d'une opération de concentration les concernant (**10-D-04**).

Par ailleurs, au-delà de la place incontournable de certains acteurs sur le marché en cause, la qualité de meneur d'un cartel peut être reconnue comme une circonstance aggravante (**10-D-35 ; 10-D-39**).

Caractéristiques de nature à justifier une sanction allégée ou nulle

Dans sa décision 10-D-39, l'Autorité a tenu compte, dans le cadre de la détermination de la sanction, du fait que la société Nord signalisation avait dénoncé l'entente, provoquant ainsi son implosion sans pour autant formuler de demande de clémence.

Le fait de ne jamais avoir été reconnu coupable d'infractions aux règles de la concurrence n'est pas une circonstance de nature à alléger la sanction (**10-D-39**).

Éléments susceptibles de moduler les sanctions

Détermination du chiffre d'affaires et autres indicateurs à prendre en compte

Les chiffres servant d'indicateurs au Conseil puis à l'Autorité de la concurrence sont généralement le chiffre d'affaires et le résultat de l'entreprise concernée.

Dans sa décision **10-D-15** du 11 mai 2010, relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE « *groupement des taxis amiénois et de la métropole* », l'Autorité a rappelé la jurisprudence communautaire aux termes de laquelle « *le préjudice d'une association d'entreprises doit être apprécié en prenant en compte la situation de ses membres, lorsque les intérêts objectifs de l'association ne présentent pas un caractère autonome par rapport à ceux des entreprises qui y adhèrent* ». Elle a donc considéré que les intérêts objectifs du GIE GRTAM ne présentaient pas un caractère autonome par rapport à ceux de ses membres. Reprenant la jurisprudence communautaire, elle a estimé que la sanction devait être proportionnée entre autres à la situation de l'entité sanctionnée, ce critère incluant la possibilité pour elle de repercuter ou non le montant de la sanction sur ses adhérents par une cotisation exceptionnelle, dans le respect des capacités financières de ces derniers. Elle a donc pris en compte les ressources propres du GIE et le chiffre d'affaires de ses membres.

¹³⁴. Décision confirmée par CA Paris, 28 octobre 2010.

La situation de crise économique, à la supposer établie, ne peut être prise en compte que si elle se traduit par des difficultés individuelles affectant la capacité contributive de l'intéressé, d'une part, et dans le cadre des éléments individuels spécifiques à chaque entreprise et non de la gravité des pratiques, d'autre part **(10-D-35)**.

Les difficultés financières avérées d'une société sont de nature à diminuer sa capacité contributive et doivent être prises en compte dans le calcul de la sanction **(10-D-35; 10-D-39)**.

L'Autorité rappelle que la détermination du montant de la sanction à partir du chiffre d'affaires repose sur des éléments généraux, à savoir, la gravité des faits, le dommage à l'économie, auxquels il faut intégrer les circonstances aggravantes ou atténuantes, s'il y en a. Elle ajoute que le montant de la sanction ainsi déterminé sera écarté s'il excède le montant de la sanction applicable. Elle rappelle qu'il y a lieu, enfin, d'apprécier les éléments donnés par les entreprises qui ont invoqué des difficultés financières **(10-D-39)**.

Clémence et non-contestation des griefs

Clémence

Aucune décision ayant donné lieu à la mise en œuvre d'une procédure de clémence n'a été rendue en 2010.

Non-contestation des griefs

Le III de l'article L. 464-2 du Code de commerce, tel que modifié par l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, n'exige plus, comme condition de recevabilité de la procédure, la présentation, par l'entreprise, d'engagements qui seront toutefois un élément à prendre en compte pour déterminer le taux de réfaction de la sanction encourue.

En 2010, l'Autorité de la concurrence a prononcé deux décisions mettant en œuvre la procédure de non-contestation des griefs **(10-D-35 et 10-D-39)**. Dans sa décision **10-D-39**, du 22 décembre 2010, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale, elle a accordé des réfections variant de 15 à 25 % en fonction de la qualité des engagements proposés. Ainsi, elle a justifié l'octroi de réductions de 20 % à 25 % au regard du fait que, à côté des seuls programmes de formation et de sensibilisation, les engagements pris comportaient, selon les cas, la mise en place d'une procédure d'alerte et des mesures comportementales destinées à orienter les pratiques commerciales des intéressés dans le sens du respect des règles de concurrence.

La non-contestation de griefs, non assortie d'engagements, présentée par la société LBI, a donné lieu à une réduction de sanction de 9 % **(10-D-35)**.

Publication des décisions

La publication des décisions de l'Autorité constitue une sanction à l'égard des entreprises, mais surtout, participe à la mission de prévention attribuée à celle-ci,

chargée d'assurer la défense de l'ordre public économique. En effet, la publicité donnée à une décision de sanctions permet d'alerter autant les acteurs du marché que les consommateurs et les collectivités publiques sur le caractère anti-concurrentiel de certaines pratiques et les invite à exercer leur vigilance. C'est la raison pour laquelle l'Autorité a enjoint que ces publications soient faites dans des organes de presse susceptibles de toucher le maximum de personnes concernées par les pratiques.

L'Autorité, à la suite du Conseil, a été amenée à constater certaines irrégularités dans l'exécution de ses injonctions de publication. C'est pourquoi elle a introduit, dans sa pratique décisionnelle, des directives sur le format à respecter dans le cadre de ces publications (taille et couleur des caractères, etc.). Il est également précisé, de manière systématique, que les résumés des décisions de l'Autorité, que cette dernière insère elle-même dans ses décisions et qui doivent faire l'objet d'une publication peuvent, le cas échéant, être suivis de la mention selon laquelle la décision a fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris. Les entreprises se voyant imposer une injonction par l'Autorité doivent enfin transmettre à son bureau de la procédure, une copie de ces publications, dès leur parution, afin de permettre le contrôle de l'exécution des injonctions.

Injonctions de publication

En 2010, le Conseil et l'Autorité ont prononcé des injonctions de publication à six reprises.

Dans la décision **10-D-10**, les sociétés La nouvelle sirolaise de construction et Provence jardins, sanctionnées pour s'être entendues dans le cadre d'un appel d'offres relatif à des travaux paysagers concernant l'aménagement d'un carrefour, se sont vues enjoindre, afin d'attirer la vigilance des opérateurs actifs dans le domaine des marchés de travaux publics et des donneurs d'ordre, de publier dans le journal *Nice Matin*, à leurs frais mais *au prorata* des sanctions prononcées, un résumé de cette décision.

Le Syndicat national des ophtalmologistes de France, à l'encontre duquel avait été retenu un grief d'incitation au boycott dans la décision **10-D-11** relative à des pratiques mises en œuvre concernant le renouvellement des lunettes de vue, s'est vu enjoindre, afin d'informer les acteurs du secteur de la santé et de celui des assurances complémentaires de la décision, de faire paraître dans les journaux *La revue de l'ophtalmologie française* et *L'Essentiel de l'optique* un résumé de cette décision, dans le délai de deux mois à compter de la notification.

L'Autorité de la concurrence a enjoint aux sociétés Perrigault, Terminal Porte Océane, Terminal Normandie MSC et Générale de manutention portuaire de faire procéder à la publication, à leurs frais communs et *au prorata* des sanctions pécuniaires infligées, d'un texte résumant la décision dans les journaux *Paris Normandie* et *L'Antenne*, afin d'informer les acteurs et utilisateurs des services de manutention portuaire au port de Havre de la présente décision relative à des

pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre **(10-D-13)**¹³⁵.

Dans une décision **10-D-15**, l'Autorité a enjoint au GIE des radios taxis d'Amiens et de la métropole d'insérer à ses frais, dans le journal *Le Courrier Picard* un texte résumant la décision qui l'a sanctionné pour une entente sur le prix des licences et pour avoir adopté des règles de fonctionnement interne ayant pour objet ou pour effet de limiter l'accès au marché des taxis à Amiens.

L'Autorité de la concurrence a enjoint à la Banque de France, la BPCE, venant aux droits et obligations de BP Participations et de CE Participations, La Banque Postale, BNP-Paribas, la Confédération nationale du Crédit Mutuel, le Crédit Agricole, le Crédit du Nord, le Crédit Industriel et Commercial (CIC), LCL, HSBC, et la Société Générale de publier dans les journaux *Le Monde* et *Les Échos* un texte résumant la décision qui les a sanctionnées pour avoir mis en place des commissions interbancaires non justifiées lors du passage à la dématérialisation du traitement des chèques **(10-D-28)**.

Dans sa décision **10-D-39**, l'Autorité a enjoint aux sociétés Lacroix Signalisation, Signature, Signaux Girod, Sécurité et Signalisation (SES), Aximum, Laporte Service Route, Franche-Comté Signaux (FCS), Nadia Signalisation, Société de diffusion Lorraine (Sodilor), et 3M France, de publier à leurs frais *au prorata* des sanctions prononcées, dans les journaux *La Tribune* et *Le Moniteur des travaux publics* un résumé de la décision qui les a sanctionnées pour avoir mis en place une entente de répartition de marchés publics, à laquelle se sont ajoutées, pour certaines sociétés, des pratiques d'abus de position dominante.

Motivation de la publication

Informer les professionnels du secteur

Dans les décisions **10-D-10**; **10-D-11**; **10-D-13**¹³⁶; **10-D-28**¹³⁷; **10-D-39**, le Conseil puis l'Autorité ont estimé qu'il était nécessaire d'informer l'ensemble des professionnels concernés afin de les inciter à la vigilance et d'appeler leur attention sur la nécessité de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles visées.

Informer les consommateurs

L'Autorité a rappelé que la publication vise également à appeler l'attention des consommateurs, en l'espèce des utilisateurs, sur le caractère prohibé des pratiques **(10-D-28)**¹³⁸.

Astreintes

En 2010, le Conseil et l'Autorité n'ont pas fait application des dispositions leur permettant de prononcer des astreintes.

135. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

136. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

137. Un recours a été formé contre cette décision.

138. Un recours a été formé contre cette décision.

Transmission au ministre de l'Économie

Aucune application en 2010.

Transmission au procureur de la République

Aucune application en 2010.

Transmission à la Commission d'examen des pratiques commerciales

Aucune application en 2010.

Les engagements

L'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 a institué en droit français la procédure dite d'engagements, aux termes de laquelle le Conseil, devenu l'Autorité, peut décider, en contrepartie d'engagements crédibles et vérifiables des entreprises, de clore la procédure sans statuer sur le caractère anticoncurrentiel des pratiques et sans prononcer de sanctions pécuniaires (article L. 464-2-I, § 1 du Code de commerce).

L'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 a permis, dans le cadre de la réforme du droit de la concurrence, d'amender cet article en remplaçant l'expression « *pratiques anticoncurrentielles* », par celle de « *préoccupations de concurrence* ». Le nouvel article L. 464-2-I, § 1 du Code de commerce prévoit désormais que : « *L'Autorité de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Elle peut aussi accepter les engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme aux préoccupations de concurrence. Elle peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions, soit en cas de non-respect des engagements qu'il a acceptés.* »

Cette disposition est complétée par l'article R. 464-2 du Code de commerce (nouvelle rédaction), qui prévoit que : « *Lorsque l'Autorité de la concurrence envisage de faire application du I de l'article L. 464-2 relatif à l'acceptation d'engagements proposés par les entreprises, le rapporteur fait connaître aux entreprises ou organismes concernés son évaluation préliminaire des pratiques en cause. Cette évaluation peut être faite par courrier, par procès-verbal ou, lorsque l'Autorité est saisie d'une demande de mesures conservatoires, par la présentation d'un rapport oral en séance. Une copie de l'évaluation est adressée à l'auteur de la saisine et au commissaire du gouvernement, sauf lorsqu'elle est présentée oralement lors d'une séance en présence des parties.*

Le délai imparti aux entreprises ou organismes pour formaliser leurs engagements à l'issue de l'évaluation préliminaire est fixé, soit par le rapporteur dans le cas où l'évaluation a été faite par courrier ou par procès-verbal, soit par l'Autorité de la concurrence dans le cas où cette évaluation a été présentée oralement en séance. Ce délai ne peut, sauf accord des entreprises ou organismes concernés, être inférieur à un mois.

À réception des engagements proposés par les entreprises ou organismes concernés à l'issue du délai mentionné au deuxième alinéa, le rapporteur général communique leur contenu à l'auteur ou aux auteurs de la saisine ainsi qu'au commissaire du gouvernement. Il publie également, par tout moyen, un résumé de l'affaire et des engagements pour permettre aux tiers intéressés de présenter leurs observations. Il fixe un délai, qui ne peut être inférieur à un mois à compter de la date de communication ou de publication du contenu des engagements, pour la production des observations des parties, du commissaire du gouvernement et, le cas échéant, des tiers intéressés. Ces observations sont versées au dossier.

Les parties et le commissaire du gouvernement sont convoqués à la séance par l'envoi d'une lettre du rapporteur général accompagnée de la proposition d'engagements trois semaines au moins avant le jour de la séance. Ils peuvent présenter des observations orales lors de la séance. »

En application de ces dispositions qui introduisent un système comparable à celui prévu en droit communautaire par les articles 9 et 27, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 1/2003, le Conseil a progressivement développé sa pratique des engagements.

Le 3 avril 2008, au regard de sa pratique décisionnelle déjà très importante (22 décisions rendues depuis novembre 2004) témoignant du succès grandissant de cette procédure, le Conseil a diffusé, sur son site Internet, un communiqué de procédure relatif aux engagements en matière de concurrence, document repris, moyennant quelques aménagements de fond, dans un communiqué de procédure du 2 mars 2009¹³⁹, par l'Autorité de la concurrence. Ce communiqué est destiné à éclairer les entreprises sur les bénéfices qu'elles peuvent retirer de la mise en œuvre de cette procédure et sur ses conditions d'application.

En 2010, l'Autorité a rendu sept nouvelles décisions d'acceptation d'engagements **(10-D-01; 10-D-06; 10-D-18; 10-D-20; 10-D-27; 10-D-29; 10-D-30)**, confirmant la pratique décisionnelle du Conseil.

Engagements relatifs à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhone (10-D-01)

Le 18 septembre 2008, la société Bouygues Télécom a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre dans le cadre de la distribution de l'iPhone sur le marché français et a sollicité le prononcé de mesures conservatoires sur le fondement de l'article L. 464-1 du Code de commerce.

La société Bouygues Télécom faisait valoir dans sa saisine qu'elle avait été exclue de la commercialisation de l'iPhone, Apple lui ayant opposé le fait qu'Orange avait été désigné seul opérateur de réseau chargé de la distribution de l'iPhone en France. Elle mettait également en cause le caractère anticoncurrentiel du réseau de distribution sélective mis en place par Apple en France pour la distribution de l'iPhone.

¹³⁹. www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cpro_engagements_antitrust.pdf.

Dans sa décision 08-MC-01 du 17 décembre 2008, le Conseil de la concurrence a considéré que l'exclusivité, dans les conditions dans lesquelles elle avait été négociée, était, à ce stade de l'instruction, susceptible d'être prohibée par les règles communautaires et nationales de concurrence et de nature à porter une atteinte grave et immédiate à la concurrence sur le marché des mobiles et aux consommateurs. Le Conseil a décidé de prononcer des mesures conservatoires dans l'attente de sa décision au fond, « *visant à ce que les produits iPhone ne soient plus exclusivement commercialisés par Orange mais puissent l'être par tout autre opérateur souhaitant bâtir une offre avec ce terminal* » (décision confirmée par CA Paris, 4 février 2009).

Les engagements proposés par Apple et Orange et acceptés par l'Autorité de la concurrence le 10 janvier 2010 visent à répondre aux préoccupations de concurrence qui avaient été identifiées par le rapporteur lors de son évaluation préliminaire. Ces préoccupations étaient ciblées sur l'exclusivité consentie par Apple à Orange, pour la commercialisation sur le territoire français de l'iPhone, et ne concernaient pas les autres aspects des contrats conclus entre Apple et les opérateurs de téléphonie mobile, sur lesquels l'Autorité n'a pas pris parti.

Ils pérennisent, en ce qui concerne la question de l'exclusivité, la situation née de l'application des injonctions prononcées à titre conservatoire. Celles-ci ont, d'une part, permis à SFR et Bouygues Télécom de conclure des contrats avec Apple concernant la distribution de l'iPhone 3G et aujourd'hui 3GS, et d'autre part, suspendu l'exclusivité d'Orange en tant que grossiste.

Engagements concernant le secteur des remontées mécaniques à Tignes (10-D-06)

Le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie a saisi le Conseil de la concurrence sur le fondement de l'article L. 462-5 du Code de commerce, de pratiques relatives aux conditions de commercialisation des forfaits d'accès aux remontées mécaniques de la station de Tignes auprès des professionnels du tourisme, mises en œuvre par la Société des téléphériques de la Grande Motte (STGM).

Par convention de délégation de service public du 5 septembre 1988, modifiée par plusieurs avenants en 1996, 1998, 2000 et 2003, la commune de Tignes a confié à la STGM en exclusivité, la concession du service des remontées mécaniques de Tignes. La concession comprend « *la réalisation de tout équipement et toute infrastructure nécessaire au bon fonctionnement du service public* » et l'exploitation de ces installations.

Les conditions auxquelles les professionnels du tourisme achètent auprès de la STGM les titres de transport d'accès aux remontées mécaniques sur la station de Tignes, sont différentes selon qu'il s'agit d'hébergeurs locaux ou de tour-opérateurs. Les tour-opérateurs se voient accorder des avantages dont ne bénéficient pas les hébergeurs. Les grands hébergeurs passent des contrats de longue durée et payent à la STGM un montant forfaitaire garanti. Une remise calculée selon des critères qui ne sont pas identiques pour tous les opérateurs leur est octroyée.

En qualité de concessionnaire du service public des remontées mécaniques de la commune de Tignes, la STGM est en situation de monopole sur le marché de la vente des titres de transport d'accès aux remontées mécaniques aux professionnels du tourisme.

Pour répondre à ces préoccupations de concurrence, la STGM a souhaité présenter à l'Autorité de la concurrence des propositions d'engagements et bénéficier ainsi des dispositions du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce. Ces engagements, acceptés par l'Autorité de la concurrence le 26 février 2010, sont notamment les suivants :

- remplacer les contrats en cours par trois contrats : contrat commissionné, contrat remise quantitative, contrat garanti. Tous les professionnels du tourisme pourront opter pour l'un ou l'autre de ces contrats, dès lors qu'ils en satisferont les conditions ;
- les principales dispositions de ces contrats seront :

1° Contrat commissionné

- L'achat de titres de transport de remontées mécaniques en vue de leur intégration dans un forfait touristique pour être revendus à un client avant son départ pour le séjour.
- Les conditions financières de ce contrat comporteront six remises : une remise différentielle en fonction des périodes de commercialisation dénommée remise de base, et cinq remises additionnelles dénommées remise n° 1 à remise n° 5.

La remise n° 1, calculée sur les ventes de titres de transport de remontées mécaniques, sera octroyée à tous les cocontractants si un certain montant de chiffre d'affaires est réalisé avec la STGM.

La remise n° 2, sera octroyée pour l'achat de titres de transport de remontées mécaniques enfants et seniors hors vacances scolaires françaises. Elle se cumulera avec la remise de base et le, cas échéant, avec les remises 3, 4 et 5.

La remise n° 3, sera accordée aux cocontractants qui disposent d'une force de vente dans au moins deux agglomérations européennes et qui font la promotion de leur activité, de leurs forfaits touristiques et de la station dans une brochure et sur un site Internet. Elle se cumulera avec la remise de base, le cas échéant, avec les remises 2, 4 et 5.

La remise n° 4, sera octroyée aux tour-opérateurs qui sont susceptibles de proposer à leurs clients plusieurs choix de destinations. Elle se cumulera avec la remise de base et, le cas échéant, avec les remises 2, 3 et 5.

La STGM se réserve le droit de mettre également en place une remise supplémentaire (dénommée remise n° 5) qui couvrirait l'achat et le paiement de titres de transport de remontées mécaniques un temps donné à l'avance. Elle se cumulera avec la remise de base et, le cas échéant, avec les remises 2, 3 et 4.

2° Contrat remise quantitative

- Être un professionnel du tourisme.
- Acheter des titres de transport de remontées mécaniques destinés à être vendus « secs » (c'est-à-dire hors forfait touristique), à un client ayant déjà acheté une

prestation d'hébergement. Une remise sur le tarif public par tranches de chiffre d'affaires réalisées avec la STGM sera octroyée.

3° Contrat garanti

- Être un professionnel du tourisme.
- Acheter de titres de transport de remontées mécaniques en vue de leur intégration dans un forfait touristique incluant au minimum l'hébergement, et disposer d'un hébergement sur la station de Tignes ouvert durant toutes les périodes d'accessibilité aux remontées mécaniques. Les titres de transport dont le nombre sera convenu par contrat, seront achetés à un prix forfaitaire selon la formule : (prix d'un titre de transport 7 jours consécutifs espace Killy) × (capacité de l'hébergement) × (un nombre de semaines).

Les nouveaux contrats seront proposés à la signature des professionnels du tourisme à compter du 1^{er} février 2010, au fur et à mesure de l'expiration de ceux actuellement en vigueur entre la STGM et ses partenaires professionnels du tourisme.

L'Autorité a accepté et rendu obligatoires ces engagements qu'elle considère comme de nature à résoudre les difficultés de concurrence, et qu'elle juge crédibles et vérifiables.

Engagements concernant le secteur des analyses vétérinaires (10-D-18)

La société Aa Bio Vet, qui exerce dans le secteur des analyses de biologie vétérinaire, et l'Association française des laboratoires d'analyses de biologie vétérinaire ont saisi en février 2008 le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre à partir de 2005 par le conseil général du Pas-de-Calais, le Groupement de défense sanitaire du bétail du Pas-de-Calais et le Groupement technique vétérinaire du Pas-de-Calais dans le secteur des analyses vétérinaires bovines. La saisine vise la conclusion et la mise en œuvre d'une convention signée par le conseil général avec deux groupements professionnels : le Groupement de défense sanitaire du bétail du Pas-de-Calais et le Groupement technique vétérinaire du Pas-de-Calais. Cette convention, conclue pour cinq ans, fixait notamment :

- les prix de plusieurs analyses pratiquées par le laboratoire départemental d'analyses, qui est un service à comptabilité distincte du conseil général ;
- les modalités du versement aux éleveurs de subventions données par le conseil général et le Groupement de défense sanitaire du bétail du Pas-de-Calais et conditionnées au fait qu'ils effectuent certaines analyses et ce, exclusivement au laboratoire du conseil général.

Il a été considéré que cette convention était susceptible d'être appréhendée comme une entente entre trois entités économiques : le conseil général en ce qu'il exerce une activité économique dans le secteur des analyses vétérinaires par le biais du laboratoire départemental d'analyses, et deux organisations professionnelles, le Groupement de défense sanitaire du bétail du Pas-de-Calais et le Groupement technique vétérinaire du Pas-de-Calais. En effet, cet accord entre entités économiques, matérialisé par la convention, peut avoir eu un effet anticoncurrentiel en

ce qu'il aurait contribué à évincer un concurrent du secteur des analyses vétérinaires bovines.

Par ailleurs, il n'est pas exclu que le laboratoire départemental d'analyses ait été en position dominante sur certains marchés de réalisation d'analyses vétérinaires dans le Pas-de-Calais. Il bénéficie, par ailleurs, d'un monopole légal sur la réalisation des analyses officielles. Il apparaît dès lors que les pratiques décrites précédemment peuvent être considérées comme un abus de position dominante mis en œuvre par le laboratoire départemental d'analyses.

Elles seraient notamment susceptibles d'être appréhendées comme une prédation ou comme une subvention croisée mise en place par le laboratoire départemental d'analyses entre ses activités en monopole et ses activités concurrentielles, ayant pour effet d'évincer un concurrent du secteur des analyses vétérinaires bovines.

Pour répondre à ces préoccupations de concurrence, le conseil général du Pas-de-Calais, le Groupement de défense sanitaire du bétail du Pas-de-Calais et le Groupement technique vétérinaire du Pas-de-Calais ont souhaité présenter à l'Autorité de la concurrence des propositions d'engagements et bénéficier ainsi des dispositions du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce.

Ces engagements sont notamment les suivants :

- le conseil général du Pas-de-Calais et le Groupement de défense sanitaire du bétail du Pas-de-Calais s'engagent à ne plus subordonner l'octroi de subventions aux éleveurs à la réalisation des analyses vétérinaires au sein du seul laboratoire départemental d'analyses ;
- le conseil général du Pas-de-Calais et le Groupement de défense sanitaire du bétail du Pas-de-Calais s'engagent tous les deux à diffuser cette information dans la presse agricole locale ;
- le Groupement technique vétérinaire du Pas-de-Calais s'engage à ne plus signer de convention conditionnant l'octroi de subventions à la réalisation d'analyses vétérinaires au sein du seul laboratoire départemental d'analyses et à informer les vétérinaires du Pas-de-Calais de cet engagement.

L'Autorité a accepté et rendu obligatoires ces engagements qu'elle considère comme de nature à résoudre les difficultés de concurrence, et qu'elle juge crédibles et vérifiables.

Engagements concernant le secteur des coupons de réduction (09-D-20)

L'Institut de liaisons et d'études des industries de consommation (ILEC) et la société Ma liste de courses (MLDC) ont saisi, le 27 mai 2009, l'Autorité de la concurrence, de pratiques mises en œuvre sur le marché de l'émission et du traitement des coupons de réduction électroniques par les groupes HighCo et Sogec.

Le contexte est le suivant :

les coupons de réduction électroniques (appelés e-coupons) sont imprimés par les consommateurs à partir des sites Internet des industriels ou de sites spécialisés et remis lors de leurs passages en caisse des magasins. Les magasins avancent

les sommes figurant sur les coupons au client avant de se tourner vers les centres de traitement des bons pour se faire rembourser. Afin de se prémunir contre la fraude, les distributeurs ont souhaité que le processus d'émission des e-coupons soit sécurisé. L'association Perifem, qui rassemble les grandes enseignes de la distribution française, a alors sollicité les deux centres de traitement des coupons de réduction, HighCo et Sogec, qui ont alors élaboré ensemble un e-coupon standardisé sécurisé, appelé le Webcoupon.

HighCo et Sogec occupent une position particulière car ils opèrent à la fois en aval, en tant que centres de traitement des e-coupons mais aussi en amont sur le marché de leur émission où ils sont en concurrence avec d'autres acteurs comme la saisissante Ma liste de courses.

Dans un souci de rationalisation et de simplification du système, Perifem a développé une grande campagne de communication visant à promouvoir le Webcoupon auprès de la grande distribution et des industriels. Le Webcoupon a ainsi été présenté comme le standard de référence en France et comme étant le seul à présenter la garantie d'un remboursement par les centres de traitement. Perifem, HighCo et Sogec ont en outre convenu de ne pas développer, pendant la durée de l'accord un autre standard que le Webcoupon.

Par ailleurs, des concurrents, comme Ma Liste de Course, se sont vu refuser la possibilité de proposer le Webcoupon dans des conditions qu'ils jugeaient acceptables. Enfin, des différences de tarification étaient pratiquées par le centre de traitement HighCo entre le Webcoupon et les e-coupons concurrents.

Au regard des préoccupations de concurrence exprimées, HighCo, Sogec et Perifem se sont notamment engagés devant l'Autorité de la concurrence :

- d'une part, à exposer que le Webcoupon n'est qu'une « *marque* » de coupon conforme au cahier des charges du standard sécurisé, ce qui signifie que des e-coupons non Webcoupon, mais qui respectent ce cahier des charges, peuvent être émis et acceptés par les magasins, de même d'ailleurs que des e-coupons retenant d'autres solutions de sécurisation ;
- d'autre part à donner accès gratuitement aux éléments « *propriétaires* » des Webcoupons (marque et visuel) à tout opérateur qui en fait la demande, à condition que le cahier des charges de la sécurisation soit respecté et que le remboursement des Webcoupons soit garanti dans certaines conditions par le demandeur de licence.

HighCo, Sogec et Perifem se sont également engagées à consulter les parties prenantes du secteur et d'obtenir leur consensus en cas d'évolution du cahier des charges de la sécurisation des e-coupons qu'ils ont élaboré.

HighCo et Sogec se sont aussi engagées à traiter le remboursement de l'ensemble des e-coupons dans des conditions non discriminatoires.

L'Autorité de la concurrence a accepté et rendu obligatoires ces engagements qui répondent aux préoccupations de concurrence et présentent un caractère crédible et vérifiable.

Engagements concernant le secteur des pneumatiques (10-D-27)

Le ministre chargé de l'Économie, d'une part, la société Vulco développement et le groupement d'intérêt économique Pneuman, d'autre part, ont saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la Manufacture française des pneumatiques Michelin (MFPM) et les Pneumatiques Kléber (ci après, ensemble « *Michelin* »).

Par décision 09-D-12 du 18 mars 2009, l'Autorité de la concurrence a considéré que les conditions n'étaient pas réunies pour prononcer les mesures d'urgence sollicitées par la société Vulco développement et le groupement d'intérêt économique Pneuman, mais que les pratiques en cause étant susceptibles de constituer des abus de position dominante sur les marchés français de la fourniture de pneus neufs de remplacement, l'affaire devait par conséquent être examinée au fond.

En effet, six préoccupations de concurrence ont été formulées à l'égard de la nouvelle politique commerciale de Michelin envers les négociants spécialistes qui ne font pas partie de son propre réseau, intervenue en 2008.

Ainsi, il a été relevé que Michelin refusait désormais de conclure des conventions de prestations de service avec les enseignes contrôlées par les manufacturiers concurrents (Bridgestone, Goodyear Dunlop, etc.). Par ailleurs, tous les négociants spécialistes n'étaient pas soumis aux mêmes conditions d'accès aux conventions de prestations de services et à un même système de rémunération de ces services.

D'autres préoccupations de concurrence ont été formulées concernant certaines modalités de fonctionnement du « *CPRM* » (contrat performance et responsabilité Michelin), relatives au fonds de professionnalisation et à la formation du partenaire en matière commerciale, susceptibles de renforcer la position de Michelin sur les marchés concernés. Enfin, étaient concernées certaines stipulations figurant dans le CPRM et les conventions de services, qui permettaient à Michelin d'accéder à des informations sensibles sur les concurrents et sur les négociants.

Michelin a proposé des engagements afin de répondre aux préoccupations de concurrence de l'Autorité.

Michelin s'engage notamment à ouvrir les conventions de prestations de services « *enseigne* » à toutes les enseignes quel que soit leur lien avec les manufacturiers concurrents. Il s'engage également à abandonner les différences de traitement entre les négociants adhérents au CPRM et les autres négociants spécialistes et à modifier les modalités de fonctionnement du CPRM.

La mise en œuvre de ces engagements débutera au cours de la négociation des différentes conventions et partenariats concernés qui interviendra entre les mois de septembre et décembre 2010. Les conventions de prestations de services et les contrats qui en résulteront entreront en vigueur le 1^{er} janvier de l'année 2011. Les engagements resteront en vigueur jusqu'au 31 décembre 2015. La vérification de leur mise en œuvre est en cours.

L'Autorité a accepté ces engagements, considérant qu'ils sont de nature à résoudre les difficultés de concurrence et qu'ils présentent un caractère crédible et vérifiable.

Engagements concernant la revente et le contrôle du recyclage des déchets plastiques triés (10-D-28)

Le 13 mars 2006, la société DKT international (ci-après DKT) a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les sociétés Éco-Emballages et Valorplast au cours des années 2005 et 2006, c'est-à-dire au moment du renouvellement de la plupart des contrats passés entre Éco-Emballages et les collectivités territoriales en vue de la reprise des déchets d'emballages pour leur valorisation.

DKT a fait valoir dans sa saisine qu'elle avait été victime de pratiques d'éviction sur le marché du négoce des déchets d'emballages plastiques. Sur ce marché, qui concerne des repreneurs qui fournissent des déchets plastiques triés aux industriels qui recyclent ces produits, trois types de reprises sont possibles. Valorplast offre à toutes les collectivités un prix de reprise uniforme sur tout le territoire et la « reprise garantie » de tous les déchets triés. Depuis 2005, le marché a été ouvert, dans le cadre d'une « reprise garantie », à des sociétés adhérentes à l'une au moins des deux fédérations de repreneurs, lesquelles négocient le prix de reprise avec la collectivité cocontractante. Enfin, les collectivités peuvent, depuis l'origine du système, assurer elles-mêmes le négoce de ces déchets. DKT souhaitait opérer dans cette troisième voie. Elle prétend s'être vue imposer des exigences discriminatoires par Éco-Emballages, chargée de contrôler, en aval de la reprise, le caractère effectif du recyclage de ces déchets, qui conditionne le versement par cette société aux collectivités contractantes d'un soutien financier à la tonne de déchets triée. Étaient mises en cause les pratiques d'Éco-emballages vis-à-vis de la société plaignante et des collectivités pour les inciter à choisir la reprise garantie par Valorplast, les modalités de preuve du recyclage exigées par Éco-Emballages, les clauses des contrats programme de durée (CPD) liant les collectivités territoriales et Éco-Emballages ainsi que le repreneur pendant six ans, durée de l'agrément d'Éco-emballages, les liens entre Éco-Emballages et Valorplast et l'évolution et la formation des prix offerts aux collectivités par celle-ci.

Dans sa décision 09-D-12 du 18 mars 2009, l'Autorité de la concurrence avait considéré que les conditions n'étaient pas réunies pour prononcer les mesures d'urgence demandées (décision confirmée par la cour d'appel de Paris le 11 novembre 2009) mais avait décidé d'examiner l'affaire au fond.

Les investigations effectuées ont permis de constater que Éco-Emballages accordait ou refusait de manière empirique des lettres de « non-objection » sans lesquelles un repreneur avait peu de chances de démarcher avec succès les collectivités territoriales. Ce mécanisme peu objectif et peu transparent pouvait constituer un obstacle à l'entrée de nouveaux opérateurs sur le marché de la reprise des déchets plastiques.

D'autres préoccupations de concurrence ont été formulées concernant notamment la rigidité des contrats qui permettait difficilement aux collectivités de changer de voie de reprise pendant six ans, ou encore le manque de neutralité d'Éco-Emballages dans la présentation des voies de reprise et des recycleurs.

À l'approche du renouvellement de l'agrément d'Éco-Emballages pour six ans par le ministère chargé de l'Écologie, Éco-Emballages et Valorplast ont proposé onze mesures afin de répondre aux préoccupations de concurrence de l'Autorité, parmi lesquelles :

La publication par Éco-Emballages, notamment sur Internet, d'un « vade-mecum » objectif de la reprise des déchets d'emballages ménagers en plastique est un élément important du développement de la libre concurrence sur les marchés concernés.

Éco-Emballages s'engage à ne plus effectuer de validation *a priori* d'un recycleur, en abandonnant sa procédure de « non-objection ». Les collectivités disposeront d'un « vade-mecum » les aidant à effectuer un choix éclairé grâce à une présentation neutre des règles applicables aux différentes voies de reprises des déchets.

Les collectivités locales pourront changer de voie de reprise au cours des six ans. En aval la concurrence sera aussi plus animée.

Valorplast et Éco-Emballages s'engagent à prévoir dans leurs contrats, au profit des collectivités locales ayant initialement choisi Valorplast, une faculté de résiliation ouverte au bout de trois ans afin qu'elles puissent choisir un autre mode de reprise. Inversement, une collectivité qui aura initialement choisi un repreneur de la deuxième ou de la troisième voie pourra changer pour Valorplast après avoir mis fin à ses engagements contractuels précédents. L'Autorité de la concurrence considère que cet engagement permet de concilier une animation satisfaisante de la concurrence sur les marchés concernés et la viabilité de Valorplast qui est soumise à des obligations particulières.

Enfin, Valorplast, principal repreneur en France, s'engage à offrir des tonnages disponibles aux recycleurs non encore liés à elle par des contrats à long terme.

L'Autorité, considérant que les engagements proposés sont de nature à répondre aux préoccupations de concurrence et présentent un caractère crédible et vérifiable, les a acceptés et rendu obligatoires.

Engagements concernant le secteur de la publicité en ligne (10-D-30)

L'Autorité de la concurrence a été saisie, le 16 février 2010, d'une plainte de la société Navx dirigée contre des pratiques mises en œuvre par les sociétés Google Ireland et Google Inc. (ci-après « *Google* »).

Navx faisait valoir que Google, qui serait en position dominante sur le marché de la publicité en ligne, notamment liée aux recherches, aurait exploité de manière abusive cette position. Elle aurait également abusé de la situation de dépendance économique dans laquelle se serait trouvée Navx vis-à-vis d'elle. La plaignante dénonçait principalement une rupture brutale des relations contractuelles établies, un refus de vente et une pratique de discrimination. Accessoirement à sa saisine au fond, Navx sollicitait le prononcé de mesures conservatoires tendant à faire cesser les pratiques dénoncées.

Dans sa décision **10-MC-01** du 30 juin 2010, l'Autorité de la concurrence a estimé qu'en l'état actuel de l'instruction, la politique de contenus AdWords avait été mise en œuvre par Google dans des conditions non objectives, non transparentes et discriminatoires, au détriment des fournisseurs de bases de données radars et particulièrement de la société Navx, ce qui était susceptible d'être prohibé par les règles communautaires et nationales de concurrence.

Dans l'attente de sa décision au fond, elle a donc enjoint à Google de rendre plus transparentes et prévisibles pour les annonceurs sa politique de contenus AdWords applicable aux dispositifs de contournement des contrôles routiers en France ainsi que les procédures de contrôle de cette politique. Elle a, par ailleurs, imposé le rétablissement, dans les cinq jours, du compte AdWords de la société Navx, afin que cette dernière puisse diffuser à nouveau ses annonces publicitaires.

À la suite de la décision d'urgence prononcée par l'Autorité en juin dernier et dans le cadre de l'instruction au fond du dossier, Google a rétabli le compte AdWords de la société Navx et proposé des engagements concernant le fonctionnement de son service AdWords.

Ainsi, Google s'est engagée à rendre plus transparent et prévisible pour les annonceurs le fonctionnement de son service AdWords concernant les dispositifs de contournement des contrôles routiers en France :

- en spécifiant les dispositifs dont la publicité est autorisée ou interdite, s'agissant notamment des avertisseurs et des bases de données radars ;
- en précisant le champ d'application de l'interdiction et notamment, si celle-ci s'applique seulement aux contenus des annonces ou si elle s'étend aux pages de destination et de renvoi des annonceurs et à l'utilisation de mots-clés ;
- en mettant en place une procédure d'information et de notification ciblée des modifications de la politique de contenus AdWords (les changements plus restrictifs devant être annoncés en respectant un préavis de trois mois, sauf exceptions précisées par les engagements) ;
- en précisant la procédure pouvant mener à la suspension du compte de l'annonceur en cas de violation de la politique de contenus AdWords. Sauf exceptions, cette procédure prévoit au moins deux étapes, dont l'envoi d'un dernier avertissement formel informant l'annonceur de la violation qui lui est reprochée et du risque de suspension de son compte.

Pris pour une durée de trois ans, les engagements proposés offrent aux annonceurs concernés les garanties qui, selon l'analyse préliminaire de l'Autorité, faisaient défaut dans la mise en œuvre de la politique de contenus d'AdWords relative aux dispositifs de contournement des contrôles routiers, tout en préservant la liberté de Google de définir sa politique de contenus.

L'Autorité a accepté et rendu obligatoires les engagements de Google, qui, tels qu'améliorés par rapport aux propositions d'origine de l'entreprise, répondent aujourd'hui à ses préoccupations de concurrence.

Contrôle des concentrations

Notion d'entreprise

Le deuxième alinéa du I de l'article L. 430-1 du Code de commerce précise qu'une opération de concentration est réalisée « *lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises* ». Dans plusieurs décisions, notamment **10-DCC-15**¹⁴⁰ et **10-DCC-16**¹⁴¹, l'Autorité a estimé que les opérations n'étaient pas soumises au contrôle des concentrations dans la mesure où l'une des deux parties à l'opération, à savoir des personnes physiques, ne détenait, avant l'opération, le contrôle d'aucune autre entreprise.

Notion de concentration

Le champ d'application du contrôle des concentrations est précisé aux articles L. 430-1 et L. 430-2 du Code de commerce. L'article L. 430-1 définit la notion de concentration. L'article L. 430-2 fixe les seuils de chiffre d'affaires pour lesquels le contrôle national des concentrations est applicable. L'Autorité tient compte des principes dégagés par la Commission européenne pour la mise en œuvre de la notion de concentration afin de garantir une cohérence entre le contrôle communautaire et le contrôle national.

Ce sont souvent les modalités de gouvernance des entreprises définies par les statuts et d'éventuels pactes d'actionnaires qui permettent d'identifier la nature du contrôle sur une entreprise. Toutefois, d'autres éléments, telles des relations commerciales, financières ou contractuelles, ajoutés aux prérogatives conférées aux différents actionnaires peuvent établir un contrôle de fait. Le contrôle peut être exercé sur une entreprise de façon exclusive par une seule entreprise ou conjointement par deux entreprises ou plus.

L'ensemble de ces critères est apprécié par l'Autorité selon la technique du faisceau d'indices, même si chacun de ces indices pris isolément ne suffirait pas à lui seul à conférer une influence déterminante.

¹⁴⁰. Décision 10-DCC-15 du 18 février 2010, relative au changement de contrôle de la société Jormas.

¹⁴¹. Décision 10-DCC-16 du 24 février 2010, aux conseils de la société SARL Madorinvest, relative à la prise de contrôle de la société SAS Mélaury.

Participation minoritaire et contrôle conjoint

L'Autorité a confirmé, dans de nombreuses décisions relatives au secteur de la distribution à dominante alimentaire¹⁴², l'analyse qu'elle avait mené en 2009 en ce qui concerne le caractère conjoint du contrôle exercé par le moyen de prises de participations minoritaires dans le cadre du commerce indépendant dit « *organisé* » (franchises, commerce associé, etc.).

Ces participations minoritaires sont détenues, par des sociétés représentant la tête du réseau, au capital des sociétés d'exploitation des fonds de commerce des points de vente concernés. En vertu des statuts de ces sociétés, ces participations correspondent à la minorité nécessaire au blocage des décisions extraordinaires, parmi lesquelles figure le changement d'enseigne du magasin. L'actionnaire majoritaire est donc contraint d'exploiter ce point de vente dans le cadre du contrat d'enseigne concerné dont les clauses relatives à l'approvisionnement, aux marques de distributeurs et à la politique promotionnelle déterminent largement sa stratégie commerciale. Ces contrats d'enseigne comportent de plus fréquemment des clauses de préemption qui limitent les possibilités de cession des points de vente.

Ainsi, les statuts des sociétés Arige et Douprim, prévoyant d'une part, l'exploitation des magasins concernés sous enseigne Champion ou toute autre enseigne du même groupe, et conférant d'autre part, un droit de veto sur toutes les décisions extraordinaires et notamment toute modification statutaire, l'Autorité a conclu dans la décision **10-DCC-04**¹⁴³ que la société CSF, filiale du groupe Carrefour, exerçait un contrôle conjoint sur ces sociétés.

¹⁴². Voir les décisions 10-DCC-14 du 17 février 2010, relative à la prise de contrôle conjoint de la société Stradis SAS par les sociétés Corlam SAS et ITM Alimentaire Ouest (Groupe ITM Entreprises) ; 10-DCC-18 du 17 février 2010, relative à la prise de contrôle conjoint de la société Nougein SA sur certaines filiales de la société Retail Leader Price Investissement ; 10-DCC-27 du 18 mars 2010, relative à la prise de contrôle exclusif de la société SAS Copra par la société ITM Alimentaire Sud Ouest (groupe ITM Entreprises) ; 10-DCC-28 du 26 mars 2010, relative à la prise de contrôle conjoint de la société Fraguil par les sociétés Gamax et ITM Entreprises ; 10-DCC-36 du 22 avril 2010, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Catilex par la société ITM Alimentaire Centre Ouest (Groupe ITM Entreprises) ; 10-DCC-38 du 26 avril 2010, relative à la prise de contrôle conjoint de la société Atacla SAS par les sociétés Bamhug SA et ITM Entreprises ; 10-DCC-43 du 25 mai 2010, relative à la création d'une entreprise commune par la société ITM Entreprises et la société Lugos ; 10-DCC-44 du 25 mai 2010, relative à la prise de contrôle conjoint de la société Bridis SAS par le groupe ITM Entreprises et la société Jonaly SAS ; 10-DCC-59 du 23 juin 2010, relative à la prise de contrôle conjoint de la société Sylveric SA par les sociétés Saffreny SARL et ITM Entreprises ; 10-DCC-62 du 21 juin 2010, relative à la prise de contrôle conjoint de la société SAS Luniker par la société Brielomat SAS et la société ITM Alimentaire Ouest (Groupe ITM Entreprises) ; 10-DCC-101 du 2 septembre 2010, relative à la prise de contrôle de la société Prima SA par la société Xana ; 10-DCC-88 du 4 août 2010, relative à la prise de contrôle conjoint de la société Nico par la société Machal ; 10-DCC-102 du 31 août 2010, relative à la prise de contrôle de la société Lanrod par la société ITM Alimentaire Centre Est ; 10-DCC-106 du 7 septembre 2010, relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Sodina, Rophidina et Gwen Ran par la société ITM Alimentaire Ouest ; 10-DCC-111 du 15 septembre 2010, relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Debehold SAS, Roumar SAS et Nitour SARL par M. Tony Bontemps, *via* la société Tobodis et ITM Entreprises ; 10-DCC-134 du 13 octobre 2010, relative à une prise de contrôle de la société Vical par la société Alimentaire Sud-Ouest ; 10-DCC-143 du 28 octobre 2010, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Fonty par le groupe ITM Entreprises ; 10-DCC-135 du 18 octobre 2010, relative à la prise de contrôle conjoint de la société Sodrap par la société ITM Entreprises ; 10-DCC-136 du 22 octobre 2010, relative à la prise de contrôle de la société Lascap par la société Fivaro et le groupe ITM Entreprises ; 10-DCC-156 du 6 décembre 2010, relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Alfa, Sodom et Sedavi par la société Mauralli et la société ITM Entreprises ; 10-DCC-177 du 8 décembre 2010, relative à la prise de contrôle de la société Goelan SAS par la société Cazabarda et la société ITM Entreprises ; 10-DCC-183 du 13 décembre 2010, relative à la prise de contrôle conjoint de la société Solcyade par la société Ausoe et ITM Entreprises.

¹⁴³. Décision 10-DCC-04 du 4 janvier 2010, relative à la prise de contrôle exclusif des actifs des sociétés Arige et Douprim par la société CSF (groupe Carrefour).

De la même manière, l'Autorité a conclu dans de nombreuses décisions¹⁴⁴ à un contrôle conjoint du groupe ITM sur des sociétés par actions simplifiées au capital desquelles cette société détient une action de préférence lui permettant de bloquer le changement d'enseigne, de s'opposer à toute mutation d'actions et d'obliger les actionnaires majoritaires à céder le fonds de commerce s'ils venaient à exploiter un fonds de commerce similaire sous une enseigne concurrente, pendant une durée de quinze ou vingt ans selon les cas. Au-delà de cette période, ITM Entreprises jouit d'un droit de préférence en cas de cession de titres par les autres actionnaires pendant encore plus de deux ans. Parallèlement, le contrat d'enseigne conclu avec ITM peut prévoir un droit de priorité en cas de cession du fonds de commerce à un prix calculé selon une formule déterminée, pendant la durée du contrat et éventuellement pour une période après l'expiration du contrat d'enseigne.

Dans d'autres cas, le droit de veto repose sur la distinction faite entre les droits attachés aux actions détenues en nue-propriété et celles détenues en usufruit. Par exemple, dans la décision **10-DCC-29**¹⁴⁵, la société Cynell était détenue préalablement à l'opération, à plus de 50 % en pleine propriété par les époux X, leurs proches et la société SAS Cinebell, à moins de 35 % en usufruit par M. X, à moins de 35 % en nue-propriété par la société ITM Alimentaire région parisienne, filiale d'ITM Entreprises et à moins de 0,5 % par la société ITM Entreprises. Grâce à cette participation, ITM Entreprises pouvait bloquer tout changement d'enseigne de la société Cynell, tant pendant la durée des contrats d'adhésion et d'enseigne, qu'à leur échéance. En effet, même si M. X exerçait seul, dans les assemblées générales ordinaires, les droits de vote attachés aux actions dont il a l'usufruit, ITM Alimentaire Région parisienne conservait, dans les assemblées générales extraordinaires, les droits de vote attachés aux actions qu'il détenait en nue-propriété. Les décisions de ces assemblées extraordinaires devant être prises à la majorité des deux tiers ou à l'unanimité des voix des associés présents ou représentés, ITM Alimentaire Région parisienne détenait en conséquence un droit de veto sur toute modification des dispositions statutaires.

L'autorité a également été amenée à constater l'influence déterminante exercée par un actionnaire sur une entreprise dans d'autres secteurs.

Ainsi, dans la décision **10-DCC-34**¹⁴⁶, l'Autorité a été amenée à conclure que les sociétés CIAB et Arrivé exerçaient sur la société Cap Elevage un contrôle conjoint préalablement à l'opération. La CIAB et Arrivé étaient coactionnaires de la société SAS Cap Elevage respectivement à hauteur de 60 % et 40 %. Cap Elevage exerçait deux activités : une activité principale d'achat et de revente de poussins et d'autres produits et services utiles à l'élevage avicole (médicaments,

¹⁴⁴. Décisions 10-DCC-09 du 3 février 2010, relative à la prise de contrôle de la société Menaphi SAS par la société ITM Alimentaire Région parisienne et 10-DCC-19 du 24 février 2010, relative à la prise de contrôle exclusif de la SA Ségur Distribution par la société ITM Alimentaire Ouest.

¹⁴⁵. Décision 10-DCC-29 du 30 mars 2010, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Cynell SA par la société ITM Entreprises.

¹⁴⁶. Décision 10-DCC-34 du 22 avril 2010, relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Arrivé Nutrition animale, Arrivé Division Petfood, Arrivé Bellanné et Cap Elevage par la Coopérative interdépartementale des aviculteurs du bocage.

gaz, prestations sanitaires...) réalisés quasi exclusivement pour le compte des éleveurs de la CIAB et une activité secondaire de négoce de volailles vivantes. Les statuts de Cap Elevage prévoyaient que toutes les décisions collectives, ordinaires ou extraordinaires, seraient prises à la majorité des deux tiers outre celles explicitement soumises à l'unanimité. Le président était « nécessairement présenté par la société CIAB » et assisté d'un directeur général, « nécessairement présenté par la société Arrivé », disposant des mêmes pouvoirs. Ces deux dirigeants siégeaient aux côtés de trois représentants de la CIAB et de trois représentants d'Arrivé, au sein d'un conseil d'orientation qui délibérait sur les décisions stratégiques de l'entreprise à la majorité simple, la voix du président n'étant pas prépondérante.

Dans la décision **10-DCC-02**¹⁴⁷, l'Autorité a considéré que SNCF Participations et la Caisse de dépôt et placement du Québec (ci-après « CDPQ ») exerçaient un contrôle conjoint sur les sociétés Effia et Keolis, via la société Kuvera Développement, dont le capital est détenu à 56,7 % par SNCF Participations, à 40,8 % par Kebexa (contrôlée par CDPQ) et à 2,5 % par Keos Management. L'opération consistait en l'apport par SNCF Participations de sa participation au capital d'Effia et de ses filiales (hormis Effia Services) à Kuvera Développement. Cette opération s'accompagnait d'une modification du pacte d'actionnaires entre SNCF-P et Kebexa sur Kuvera Développement, chacune étant alors en mesure de bloquer les décisions stratégiques prises par le conseil de surveillance de Kuvera Développement. L'autorité a mené une analyse de même nature dans les décisions **10-DCC-63**¹⁴⁸, **10-DCC-189**¹⁴⁹ et **10-DCC-187**¹⁵⁰.

Fusion de fait

Une fusion de fait est réalisée lorsque la combinaison des activités d'entreprises juridiquement indépendantes aboutit à la création d'un seul et même ensemble économique.

Cela peut notamment être le cas lorsque deux ou plusieurs entreprises, tout en conservant leur personnalité juridique propre et sans qu'il existe de mutation dans la détention de leur capital respectif, établissent éventuellement un ensemble de relations qui impliquent une gestion économique unique et durable.

Dans la décision **10-DCC-52**¹⁵¹, l'Autorité de la concurrence, après avoir analysé les implications de la création d'une société de groupe d'assurance mutuelle (SGAM) par les sociétés d'assurance mutuelle Matmut, MAIF et MACIF a consi-

¹⁴⁷. Décision 10-DCC-02 du 12 janvier 2010, relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Keolis et Effia par les sociétés SNCF-Participations et Caisse de dépôt et placement du Québec.

¹⁴⁸. Décision 10-DCC-63 du 21 juin 2010, relative à la prise de contrôle exclusif des groupes Ne Varietur et CIE2E par la société Arlight Capital Partners.

¹⁴⁹. Décision 10-DCC-189 du 15 décembre 2010, relative à la prise de contrôle conjoint par la Caisse des dépôts et consignations et CNP Assurances de deux centres commerciaux.

¹⁵⁰. Décision 10-DCC-187 du 13 décembre 2010, relative à la prise de contrôle conjoint par les sociétés Retail Leader Price Investissement (groupe Casino) et Sébastien G de la société RLPG Développement ainsi qu'à la prise de contrôle par RLPG de cinq magasins de distribution de produits alimentaires sous enseigne Leader Price.

¹⁵¹. Décision 10-DCC-52 du 2 juin 2010, relative à la création d'une société de groupe d'assurance mutuelle par la MACIF, la MAIF et la MATMUT.

déré qu'il s'agissait en l'espèce d'une fusion de fait constitutive d'une opération de concentration. Elle a en effet relevé que la création de la SGAM SFEREN par les trois groupes précités constituait le prolongement de liens de partenariat de longue date entre eux. La SGAM SFEREN a vocation à assurer une solidarité financière entre elle et les sociétés des groupes Matmut, MAIF et MACIF, dont le bénéfice pourra être sollicité par celles-ci en cas de dégradation de leur situation financière. Par ailleurs, la SGAM SFEREN constituera la société mère de filiales communes entre les trois groupes concernés par l'opération et pilotera les orientations stratégiques de certaines d'entre elles. L'Autorité de la concurrence a également pris en considération l'existence de projets de développement d'activité de la SGAM SFEREN et de ses filiales en matière de réassurance, d'assurance emprunteur, d'achat hors assurance, de gestion d'actifs, de services à la personne, d'assurance-vie, de dépendance et de services bancaires.

Au vu de ces éléments de droit et de fait, l'opération en cause a été considérée comme une fusion de fait entre la MACIF, la MAIF et la Matmut, conformément aux dispositions du paragraphe 23 des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations¹⁵².

Contrôle sur une base purement contractuelle

À elles seules, des relations contractuelles ne sont susceptibles de conférer une influence déterminante sur une entreprise que dans des cas très particuliers. Dans la décision **10-DCC-61**¹⁵³, l'Autorité de la concurrence a examiné, à l'occasion de l'acquisition de la totalité du capital de la société SRD¹⁵⁴ par la société Colas auprès d'Exxon Mobil et de Total, dans quelle mesure les contrats d'approvisionnement conclus entre SRD, d'une part, et les compagnies pétrolières approvisionnant cette raffinerie (Exxon Mobil et Total), d'autre part, étaient susceptibles de permettre à ces deux compagnies pétrolières de garder éventuellement un contrôle sur la gestion et les ressources de la société SRD.

L'Autorité a constaté que les contrats que la société SRD et les compagnies pétrolières l'approvisionnant envisageaient de conclure avaient pour seul objet de garantir la poursuite de l'activité de SRD postérieurement à l'opération et de permettre à Colas d'acquérir de l'expérience dans le secteur du raffinage. Par ailleurs, l'Autorité a relevé que ces contrats seraient conclus pour une durée maximum de trois ans et ne pourraient être tacitement reconduits. Au vu de ces éléments, l'Autorité

152. Le paragraphe 23 des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations précise que « les fusions de fait sont soumises au contrôle des concentrations comme les fusions de droit, dès l'instant où elles conduisent à la réunion d'activités d'entreprises antérieurement indépendantes au sein d'un seul et même ensemble économique. L'existence d'une gestion économique unique et durable est une condition nécessaire pour déterminer si l'on est en présence d'une telle concentration. Pour le déterminer, l'Autorité prend en considération toutes les circonstances de droit et de fait permettant de qualifier l'opération. Elle peut, de plus, tenir compte dans son appréciation de différents facteurs tels que l'existence de participations croisées, la compensation des profits et des pertes entre les entreprises réunies par l'opération, la répartition des recettes entre les différentes entités, ou leur responsabilité solidaire ».

153. Décision 10-DCC-61 du 15 juin 2010, relative à la prise de contrôle exclusif de la Société de la raffinerie de Dunkerque par la société Colas.

154. SRD est une société possédant une raffinerie de pétrole située à Dunkerque, exploitée comme une raffinerie de façonnage.

a considéré que ces contrats ne confèreraient pas aux compagnies pétrolières cédantes une influence déterminante sur la cible dont le contrôle exclusif serait assuré par l'acquéreur, la société Colas.

Les opérations transitoires

Afin de juger si une opération transitoire constitue une modification durable du contrôle, l'Autorité de la concurrence s'inspire des conditions retenues par la Commission européenne dans sa communication consolidée. D'une part, le caractère transitoire doit être convenu entre les acquéreurs de manière juridiquement contraignante et, d'autre part, il ne doit pas exister de doutes quant à la célérité de la deuxième étape.

L'Autorité de la concurrence a ainsi considéré dans son analyse de l'opération SAS Ebimis/ITM Alimentaire Centre Est (**10-DCC-07**) que l'acquisition des actions de la société cible par ITM Alimentaire Centre Est, d'une part, et leur rétrocession immédiate à M. X *via* sa société SAS Ebimis, d'autre part, constituaient une opération de concentration unique.

Les opérations interdépendantes

Des opérations multiples constituent une seule et même opération de concentration dès lors qu'elles sont interdépendantes, au sens où une opération n'aurait pas été effectuée sans l'autre. Cette conditionnalité est normalement démontrée lorsque les opérations sont juridiquement liées. Toutefois, comme le précise la communication consolidée de la Commission européenne « *si une conditionnalité de fait peut être établie de manière satisfaisante, elle peut également être suffisante pour permettre de considérer les opérations comme une opération de concentration unique* ». La Commission européenne souligne à cet égard que « *l'interdépendance d'opérations multiples peut apparaître au vu des déclarations faites par les parties elles-mêmes ou de la conclusion simultanée des accords en cause* ». Elle indique aussi que « *les opérations qui constituent un tout en fonction des objectifs économiques poursuivis par les parties doivent également être appréciées dans le cadre d'une seule et même procédure. Dans ces cas, la modification de la structure du marché est induite par l'ensemble de ces opérations mises bout à bout* »¹⁵⁵.

Ainsi, dans la décision **10-DCC-79**, l'Autorité a considéré que l'acquisition consécutive de deux instituts de formation par un même fonds d'investissement, Duke Street Holdings Ltd, constituait une seule et même opération bien que le lien juridique unissant ces deux opérations fût non réciproque. Cette double acquisition apparaissait néanmoins comme concomitante, voulue et organisée comme une seule et même opération par les parties et il a été considéré que cette opération constituait donc une opération unique.

¹⁵⁵. Paragraphes 43 et suivants de la communication consolidée de la Commission européenne sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.

De même, dans la décision **10-DCC-81**, l'Autorité a estimé que les opérations d'apport de deux sociétés coopératives, Cecab et coopérative de Broons, au profit de la société coopérative Prestor constituaient une seule et même opération de concentration en l'absence d'un lien juridique réciproque entre les deux actes d'apport. L'exposé de l'objectif économique poursuivi par les parties, celui de regrouper les trois coopératives au sein d'une seule, spécialisée en production porcine, et la conclusion simultanée des deux protocoles d'accords en cause ont notamment permis de considérer que ces deux opérations constituaient une opération unique. Le même raisonnement a été suivi dans la décision **10-DCC-140** dans laquelle deux opérations, réalisées le même jour et poursuivant un objectif commun, ont été qualifiées d'interdépendantes par l'Autorité dans le secteur de la vente au détail d'articles de bijouterie-horlogerie.

Dans la décision **10-DCC-132**, l'Autorité relève l'interdépendance de la création de deux entreprises communes par DomusVi et GDP Vendôme. Outre le fait qu'elles soient l'objet d'un même protocole d'accord, ces deux entreprises nouvellement créées procédaient à la réalisation d'un même objectif économique et le transfert des actifs des sociétés opérationnelles d'exploitation à l'une, DVD Participation, ne pouvait s'envisager sans le transfert concomitant des activités, des sociétés de gestion et des services supports à la seconde, DVD Gestion.

Lorsque deux opérations font l'objet d'un lien conditionnel, elles ne peuvent cependant être considérées comme une opération de concentration unique que si, pour chacune d'elles, le contrôle est acquis par la ou les mêmes entreprises. Ainsi dans sa décision **10-DCC-130**, l'Autorité n'a examiné qu'une seule des trois étapes de l'opération permettant au groupe Invivo de prendre le contrôle d'actifs du groupe Sodistock. Bien qu'étant juridiquement liées par un protocole d'accord conclu entre les parties, les différentes phases de l'opération n'impliquaient pas les mêmes acquéreurs et l'Autorité les a donc examinées de manière distincte.

Enfin, s'agissant d'opérations d'acquisitions multiples et de leur éventuelle assimilation à une concentration unique, l'Autorité a considéré que les opérations de reprise par la RATP d'actifs en provenance des groupes Veolia Transport, d'une part, et Transdev, d'autre part, étaient assimilables à une opération de concentration unique (**10-DCC-83**). En effet, ces reprises d'actifs étaient prévues dans un même protocole d'accord et intervenaient comme une contrepartie globale de la sortie de la RATP du capital de Transdev. Une opération indissociable de celle-ci et conduisant à la création d'une entreprise commune par Veolia Environnement et la Caisse des dépôts et consignations, a néanmoins été traitée de manière distincte par l'Autorité notamment parce qu'elle n'impliquait pas les mêmes acquéreurs (**10-DCC-198**).

Entreprises communes

Conformément aux dispositions de l'article L. 430-1 du Code de commerce, la création d'une structure commune entre plusieurs entreprises constitue une

concentration dès lors qu'il s'agit « *d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome* ».

Au cours de l'année 2010, l'Autorité a, à plusieurs reprises, eu l'occasion de préciser cette notion et d'appliquer ce critère à différentes situations. Ainsi, dans sa décision **10-DCC-153**¹⁵⁶, elle a considéré que le projet de création d'une société commune entre les groupes D2T et Mécachrome constituait une entreprise commune de plein exercice disposant de ressources suffisantes de nature à lui permettre de fonctionner sur le marché de manière autonome et durable. En effet, il était prévu que cette nouvelle entité dispose de ses propres ressources humaines (mise à disposition par les sociétés mères de salariés chargés de la prospection commerciale, embauche d'ingénieurs appartenant auparavant au bureau d'études de Mécachrome, embauche de nouveaux salariés), de moyens techniques (notamment en équipements informatiques, particulièrement utiles dans le secteur d'activité concerné) et de moyens financiers (avec un chiffre d'affaires prévisionnel). Il a aussi été relevé que la nouvelle entité avait pour objectif de développer sa propre activité économique de conception clés en mains de groupes motopropulseurs, même s'il était prévu quelle puisse sous-traiter certaines de ses activités à ses sociétés mères, étant précisé que cette sous-traitance devait intervenir, selon le protocole d'accord, à l'issue d'une mise en concurrence, en toute indépendance, sur la base de conditions commerciales normales.

À l'inverse, l'Autorité a estimé que le projet de création, par six entreprises exerçant leur activité dans le secteur de la construction, d'une société par actions simplifiée coopérative à capital variable dont l'objet consistait en la négociation et l'achat de matériaux auprès de fournisseurs de revêtements de sols souples, ne constituait pas une entreprise de plein exercice¹⁵⁷. Tout d'abord, l'exigence d'autonomie de la nouvelle entité sur le plan fonctionnel n'était pas remplie. En l'espèce, les fonctions de président et de directeurs généraux étaient gratuites et assurées par les associés, les coopérateurs eux-mêmes représentaient les ressources humaines de la nouvelle société et celle-ci devait exercer son activité grâce à l'effort commun de ses membres fondateurs, sans disposer d'un personnel propre. Par ailleurs, au sujet de la démonstration de l'existence d'une « *entreprise accomplissant toutes les fonctions d'une entité économique autonome* », c'est-à-dire une entité qui opère sur un marché, en y accomplissant les fonctions normalement exercées par les autres entreprises sur ce marché, l'Autorité a indiqué que la nouvelle entité n'exercerait d'activités que pour le compte de ses sociétés mères. Dans un premier temps, elle devait exécuter les fonctions d'intermédiaire entre certains fournisseurs et celles-ci, en centralisant les intérêts et besoins communs afin de pouvoir négocier de meilleurs prix d'achat au profit des associés. Ces opérations devaient bénéficier directement aux sociétés mères qui devaient acheter elles-mêmes les matériaux suivant les conditions et prix obtenus par la négociation commune. Ce n'était qu'à plus long terme qu'il était envisagé que la nouvelle entité puisse acheter, elle-même,

156. Décision 10-DCC-153 du 12 novembre 2010, relative à la création d'une entreprise commune de plein exercice par D2T et Mécachrome.

157. Décision 10-DCC-49 du 8 juin 2010 constatant l'inapplicabilité du contrôle.

des produits et matériaux afin de les revendre à ses sociétés mères. Dès lors, dans la mesure où la nouvelle entreprise devait rester extrêmement dépendante de ses sociétés mères dans son fonctionnement et n'exister que pour et par ces dernières, l'Autorité a conclu au caractère non concentratif de l'opération envisagée.

D'autres décisions ont confirmé cette interprétation de la notion de plein exercice (**10-DCC-147**; **10-DCC-132**; **10-DCC-119**; **10-DCC-66**).

Les seuils de contrôle

En ce qui concerne les modalités de calcul des chiffres d'affaires visés à l'article L. 430-2 du Code de commerce, les lignes directrices de l'Autorité précisent que *« les parties notifiantes doivent fournir des chiffres d'affaires qui reflètent la situation économique des entreprises au moment de la signature de l'acte contraignant qui permet la notification ; c'est pourquoi tous les chiffres d'affaires doivent être évalués à la date du dernier exercice clos et corrigés, le cas échéant, pour tenir compte de modifications permanentes de la réalité économique de l'entreprise, suite à des opérations de fusions ou d'acquisitions survenues postérieurement »*. Il est ajouté *« qu'en principe, il convient de se référer au dernier chiffre d'affaires certifié ; cependant, en cas de divergence significative entre le chiffre d'affaires du dernier exercice clos, non encore certifié, et le précédent qui a été certifié, le chiffre d'affaires le plus récent peut être pris en compte pour le calcul du chiffre d'affaires, même s'il n'est pas encore certifié »*.

Faisant application de ces critères, l'Autorité a considéré, dans sa décision **10-DCC-44**¹⁵⁸, que le chiffre d'affaires de l'exercice 2008 de la société Jonaly, une des deux entreprises concernées, qui s'élevait à 13,8 millions d'euros, ne rendait pas compte de la réalité économique de l'entreprise dans la mesure où, à la suite de l'acquisition d'un nouveau fonds de commerce au cours de l'année 2009, le chiffre d'affaires de celle-ci avait plus que doublé. Dès lors, estimant qu'il convenait de prendre en compte le chiffre d'affaires de l'année 2009, bien qu'il ne soit pas encore certifié, l'Autorité a conclu que les seuils de contrôle relatifs au commerce de détail définis au II de l'article L. 430-2 du Code de commerce étaient franchis et que l'opération devait être soumise au contrôle des concentrations.

Par ailleurs, en application des dispositions du même article, lorsque deux au moins des parties à la concentration exploitent un ou plusieurs magasins de commerce de détail, une opération est soumise au contrôle prévu par les articles L. 430-3 et suivants du même code si *« le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 75 millions d'euros ; le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France dans le secteur du commerce de détail par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 15 millions d'euros ; l'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations »*.

¹⁵⁸. Décision 10-DCC-44 du 25 mai 2010, relative à la prise de contrôle conjoint de la société Briday SAS par le groupe ITM Entreprises et la société Jonaly SAS.

L'Autorité a eu l'occasion de constater, dans sa décision **10-DCC-141**¹⁵⁹, l'absence du premier des critères d'application de ces seuils, relatif à l'exploitation d'un ou plusieurs magasins. En effet, bien que l'entreprise cédée exerçât une activité dans la distribution de fioul domestique et de lubrifiant à des particuliers, l'Autorité a estimé que les seuils définis au II de l'article L. 430-2 du Code de commerce ne pouvaient être appliqués dans la mesure où l'entreprise concernée ne détenait aucun magasin, le fioul étant directement livré aux utilisateurs avec des camions citernes.

Analyse concurrentielle

L'évaluation des parts de marché

Sur des zones locales de chalandise

Dans certains secteurs, les marchés géographiques sont de dimension locale. Par exemple s'agissant de la distribution au détail, les consommateurs ne sont prêts à se déplacer que sur une distance limitée, en fonction de la nature du produit. De même, la livraison de certains produits pondéreux (granulats¹⁶⁰, ciment, fioul, céréales¹⁶¹, engrais¹⁶², etc.) ou fragiles (animaux vivants¹⁶³, etc.) n'est possible ou n'est rentable que sur une zone réduite. Cependant, aucune statistique de ventes correspondant à ces zones de x kilomètres de diamètre n'est disponible pour permettre d'évaluer précisément les parts de marché des entreprises sur ces marchés pertinents. Dans certains cas, l'Autorité s'appuie en première approche sur une estimation des ventes réalisées par les implantations physiques dont disposent les entreprises au niveau d'une circonscription administrative telle que le département¹⁶⁴ ou la région. Dans d'autres cas, ces ventes sont estimées sur des cercles plus ou moins étendus centrés sur le lieu d'implantation des points de vente ou points de livraison objets de l'acquisition¹⁶⁵. En fonction des données disponibles, ces estimations peuvent être limitées au nombre de points d'implantation, ou au nombre de mètres carrés ou aux volumes livrés, la valeur des ventes étant plus rarement connue. Mais il s'agit toujours d'estimations de la totalité des ventes réalisées par les points d'implantation des entreprises présents dans ces zones et non des achats des clients résidant dans cette zone, cette dernière donnée n'étant pas généralement disponible. Dans la réalité, les frontières de ces zones de chalan-

159. Décision 10-DCC-141 du 25 octobre 2010 aux conseils de la société Compagnie Pétrolière de l'Est, relative à la prise de contrôle d'éléments d'actifs corporels et incorporels d'un fonds de commerce.

160. Décision 10-DCC-98 du 20 août 2010, relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Tarmac par la société Eurovia.

161. Décision 10-DCC-84 du 16 août 2010, relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Compas par la société coopérative agricole Champagne Céréales.

162. Décision 10-DCC-64 du 23 juin 2010, relative à l'acquisition de SPS Participations par Soufflet Agriculture.

163. Décision 10-DCC-107 du 9 septembre 2010, relative à l'apport partiel d'actifs de CAM 56 et Coopagri Bretagne, et à la fusion entre Coopagri Bretagne et Union Eolys.

164. Voir par exemple les décisions relatives à des prises de contrôle dans le secteur de la distribution automobile.

165. Voir par exemple les décisions relatives aux opérations dans le secteur de la distribution à dominante alimentaire.

dise ou mêmes les frontières des différentes circonscriptions administratives ne sont pas étanches et des clients présents sur ces zones se fournissent auprès d'entreprises situées en dehors de ces zones tandis que les entreprises situées sur ces zones peuvent avoir des clients situés à l'extérieur. Il s'agit cependant d'une première approche qui peut éventuellement être affinée.

L'Autorité a ainsi, dans le cadre de l'examen de l'opération Eurovia/Tarmac¹⁶⁶, mené une analyse locale des marchés des granulats en tenant compte les spécificités des zones, leur configuration géographique réelle et l'interpénétration éventuelle de ces zones. Les parts de marché ont ainsi été estimées, conformément à la pratique décisionnelle antérieure, sur une zone d'un rayon de 40 kilomètres centrée autour de la carrière considérée en divisant la production des carrières des parties situées dans la zone de référence par la production totale de l'ensemble des carrières situées dans cette zone.

Cependant, dans la mesure où les parts de marché ainsi calculées étaient très sensibles à un éventuel élargissement du rayon de 40 kilomètres, plusieurs carrières exploitées par des concurrents des parties étant situées à la périphérie de ces zones, la prise en compte de ces parts de marché a été complétée par une analyse détaillée de la situation de ces carrières périphériques notamment en ce qui concerne la qualité des granulats produits et les capacités de production disponibles.

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

Comme cela est précisé dans les lignes directrices de l'Autorité relatives au contrôle des concentrations¹⁶⁷, les notions d'influence déterminante et de pouvoir de marché ne se recouvrent pas. De ce fait, même si la tête de réseau ne contrôle pas le magasin d'un adhérent (franchisés, concessionnaires, adhérents coopérateurs...), les ventes de ce dernier pourront être agrégées avec celles des magasins exploités en propre pour les besoins de l'analyse concurrentielle, en fonction du degré d'autonomie de la politique commerciale menée par les adhérents indépendants du réseau.

Pour cela, l'Autorité procède à un examen au cas par cas des contrats liant la tête de réseau à ses adhérents afin d'évaluer le degré d'indépendance de ceux-ci.

Ainsi, dans la décision **10-DCC-01**¹⁶⁸, l'Autorité a étudié les quatre contrats propres aux réseaux concernés en retenant, pour apprécier l'autonomie commerciale des différentes catégories d'adhérents, des éléments tels que le respect de la politique de la tête de réseau en matière de communication publicitaire, l'exclusivité d'approvisionnement auprès de la centrale pour une partie des achats, l'obligation de référencement d'une partie des lignes de produits développés en marque de distributeur, l'obligation de participation à des campagnes promotionnelles organisées par la tête de réseau, l'interdiction pour l'adhérent de modi-

166. Décision 10-DCC-98, précitée.

167. Lignes directrices, points 594 et 595.

168. Décision 10-DCC-01 du 12 janvier 2010, relative à la prise de contrôle exclusif par la société Mr. Bricolage de la société Passerelle.

fier son point de vente sans l'autorisation de la tête de réseau, la possibilité pour la tête de réseau de fixer des prix maximums ainsi que l'existence de clauses de préemption, de substitution ou de préférence au profit de la tête de réseau en cas de cession de son magasin par l'adhérent.

S'agissant du premier type de contrat (dit « *des membres acheteurs* » du réseau), les adhérents étaient totalement autonomes en matière de politique commerciale vis-à-vis de la tête de réseau. En effet, ces magasins n'étaient liés à la centrale que par un mandat à l'achat leur permettant, s'ils le souhaitaient, de bénéficier des conditions d'approvisionnement de la centrale en produits de bricolage et jardinage et ce, sans aucune obligation de volume d'approvisionnement. Par conséquent, ils n'ont pas été pris en compte pour apprécier le pouvoir de marché de la nouvelle entité.

En revanche, les contrats des magasins Mr. Bricolage et Catena/Super Catena imposaient aux affiliés le respect de la politique commerciale élaborée par Mr. Bricolage en matière de communication publicitaire, une exclusivité d'approvisionnement pour une part importante de leurs achats, notamment pour les produits développés en marque de distributeur, et leur interdisait de modifier leur point de vente sans l'accord de la tête de réseau. Les contrats contenaient également des clauses de préemption, de substitution et de préférence au profit de Mr. Bricolage en cas de cession de leur magasin.

De même, en vertu des contrats des magasins Le Club sous enseigne « *Les Briconautes* » les adhérents s'étaient engagés à utiliser l'enseigne conformément aux directives de la tête de réseau, participer à plusieurs opérations promotionnelles par an, durant lesquelles ils devaient mettre en vente les produits au prix indiqué sur les documents publicitaires, et à référencer une part importante des lignes de produits Le Club. De plus, Le Club se réservait la possibilité de fixer des prix maximums et une partie des adhérents était tenue de respecter des clauses de préemption, de substitution et de préférence au profit du Club en cas de cession de leur magasin en dehors du périmètre familial.

Concernant le quatrième type de contrat (les magasins Le Club sans enseigne), l'Autorité avait relevé que les adhérents étaient relativement indépendants : ces magasins n'étaient pas soumis à une politique d'enseigne, leurs contrats n'étaient que d'un an ; en revanche, ils recouraient à des campagnes de publicité opérées par le groupe, mais sans aucune obligation d'y participer et le contrat donnait la possibilité au Club d'instituer des prix maximums. Toutefois, l'Autorité a relevé que la politique du Club avait évolué vers une intégration plus importante de ses adhérents puisqu'une nouvelle version du contrat type emportait des obligations sensiblement plus contraignantes pour l'adhérent et resserrait ses liens avec la tête de réseau. L'Autorité procédant à une analyse prospective, elle en a conclu que ces adhérents devaient également être pris en compte dans l'appréciation du pouvoir de marché de la nouvelle entité.

La méthodologie et l'analyse menée par l'Autorité a été validée par le Conseil d'État dans un arrêt du 6 décembre 2010 (voir le recours contre la décision 10-DCC-01).

Les effets horizontaux

L'opération Eurovia/Tarmac¹⁶⁹

En application de l'article 9 du règlement (CE) n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations, la Commission européenne a renvoyé le 10 juin 2010 à l'Autorité de la concurrence l'examen de la prise de contrôle de la société Tarmac Routes et Carrières par le groupe Eurovia. Cette opération qui concerne le secteur de la production de granulats ainsi que les activités connexes de fabrication d'enrobés bitumineux et de travaux routiers, consistait en l'acquisition par Eurovia de quarante-quatre carrières de granulats détenues par Tarmac dans le Limousin, en Auvergne, en Rhône-Alpes et dans la région Centre.

Conformément aux dispositions de ses lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, l'Autorité de la concurrence a mené une analyse multicritères pour évaluer les effets de l'opération de concentration notifiée présentant des risques d'atteinte à la concurrence par une hausse unilatérale des prix de la nouvelle entité. Cette analyse a consisté en l'examen du poids relatif des parties à la concentration et de ses concurrents, du contre-pouvoir éventuel de la demande et les barrières à l'entrée de nouveaux entrants potentiels.

En l'espèce, compte tenu de la détention par Eurovia d'autres carrières que celles acquises à l'occasion de l'opération, l'Autorité de la concurrence a constaté que l'opération se traduirait par un renforcement substantiel de la position d'Eurovia dans l'offre de granulats sur de nombreuses zones locales des régions de Dijon-Mâcon, Sarlat-Tulle et Châteauroux-Issoudun. Les concurrents présents sur ces mêmes zones, disposaient de capacités de production inexploitées mais ne pouvaient augmenter leur capacité de production effective qu'au prix d'investissements supplémentaires importants. De plus, le test de marché effectué a révélé une substituabilité très imparfaite des carrières du fait, notamment, de l'existence de différences de qualité de granulat d'une carrière à l'autre, et de coûts de transport élevés. Enfin, des barrières importantes à l'entrée sur ce marché ont été constatées, dans la mesure où l'ouverture d'une nouvelle carrière nécessite une autorisation administrative et où de nombreuses contraintes environnementales limitent l'implantation de nouvelles carrières.

Au vu de ces éléments, l'Autorité n'a autorisé la réalisation de l'opération qu'à la condition que six carrières situées sur les zones locales où la position d'Eurovia se trouvait particulièrement renforcée, soient cédées par celle-ci.

169. Décision 10-DCC-98 du 20 août 2010, relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Tarmac par la société Eurovia.

L'opération MACIF/MAIF/Matmut relative à la création d'une société de groupe d'assurance mutuelle

Dans une décision **10-DCC-52**¹⁷⁰ concernant le secteur de l'assurance, l'Autorité de la concurrence a de nouveau utilisé une analyse multicritères destinée à évaluer les effets horizontaux unilatéraux de l'opération notifiée.

Aux termes de ladite opération consistant en la création d'une société de groupe d'assurance mutuelle (SGAM) par la MACIF, la MAIF, la Matmut, les parts de marché de la nouvelle entité représentaient plus de 30 % sur les marchés de l'assurance automobile pour les quatre roues et les deux roues.

S'agissant du marché de l'assurance pour véhicules automobiles quatre roues, marché mature sur lequel la concurrence s'exerce principalement par les prix, il est apparu que le consommateur disposait de la faculté de faire jouer la concurrence entre les fournisseurs de prestations d'assurances de manière assez aisée du fait du développement du courtage, particulièrement sur Internet, et du fait que les contrats peuvent être résiliés avant leur échéance annuelle. Le test de marché a permis de mettre en évidence l'existence de certaines barrières à l'entrée dans le secteur de l'assurance, liées à la nécessité, pour tout nouvel opérateur, de bénéficier d'une solide assise financière ainsi que d'un réseau de distribution important, et lié également à l'importance de la marque. Toutefois, en l'espèce, l'Autorité de la concurrence a relevé que la nouvelle entité serait confrontée à la forte concurrence de grands groupes d'assurances, de mutuelles ainsi que de banques qui disposent d'une puissance financière, d'une couverture géographique, d'une gamme de produits, d'un réseau de distribution et d'une intégration verticale équivalents à ceux de la nouvelle entité, de même qu'à la pression concurrentielle exercée par les courtiers sur ce marché. Le risque d'atteinte à la concurrence sur le marché de l'assurance pour véhicules automobiles quatre roues à destination des particuliers a donc pu être écarté.

De même, sur le marché de l'assurance pour véhicules motorisés deux-roues, l'Autorité de la concurrence a conclu à l'absence de risque d'atteinte à la concurrence par le biais d'effets horizontaux unilatéraux au motif que les nombreux comparateurs de prix permettaient aux consommateurs de faire jouer la concurrence et que la nouvelle entité serait confrontée à la concurrence de compagnies d'assurances, de banques, ainsi qu'à la pression concurrentielle exercée par les courtiers.

L'opération Tereos/Groupe quartier Français

Dans sa décision **10-DCC-51**¹⁷¹ concernant le secteur de la production et la distribution de sucre, de mélasse, d'alcool et de produits destinés à l'alimentation animale, l'Autorité de la concurrence a examiné les risques d'atteinte à la concurrence liés

¹⁷⁰. Décision 10-DCC-52 du 2 juin 2010, relative à la création d'une société de groupe d'assurance mutuelle par la MACIF, la MAIF et la MATMUT.

¹⁷¹. Décision 10-DCC-51 du 28 mai 2010, relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Quartier français par Tereos.

à l'acquisition de la prise de contrôle exclusif de la Société sucrière du quartier français (ci-après dénommée « *SSQF* ») par le groupe Tereos.

L'opération était susceptible de provoquer l'apparition d'un quasi-monopole sur le marché de la commercialisation, à la Réunion, du sucre industriel, d'une part, et du sucre de bouche, d'autre part. En effet, avant l'opération, la commercialisation du sucre auprès des industriels et des distributeurs de la Réunion était assurée en quasi-totalité par les deux sociétés Eurocane et Mascarin, le capital de la première étant détenu conjointement par Tereos et *SSQF*, la seconde étant contrôlée par la société *SSQF*.

L'Autorité de la concurrence a constaté, s'agissant du sucre industriel, que les industriels ne peuvent recourir à des importations pour accroître leur pouvoir de négociation puisque celles-ci impliquent des commandes portant sur des quantités importantes et la mise en place d'une logistique lourde. Par ailleurs, l'importation de sucre de canne en provenance de pays proches de la Réunion mais tiers à l'Union européenne serait frappée de droits de douane élevés. En outre, bien que le prix du sucre importé de pays de l'Union européenne, incluant le coût de l'octroi de mer et du fret maritime, soit sensiblement équivalent à celui du sucre produit localement, la prise en compte par les industriels de préoccupations écologiques amenait à relativiser les possibilités de substitution du sucre importé au sucre produit localement.

De même, s'agissant de la commercialisation du sucre de bouche, aucune alternative crédible au sucre de canne produit sur l'île de la Réunion n'a pu être identifiée. En effet, les importations en provenance de la métropole sont marginales, et portent sur des sucres conditionnés en sachets, du sucre glace ou des édulcorants. Par ailleurs, le coût du sucre roux importé de métropole ou d'un pays tiers à l'Union européenne est supérieur à celui produit localement. De plus, une préférence très marquée des consommateurs réunionnais pour le sucre roux et des distributeurs pour les produits locaux a été relevée.

Un risque d'atteinte à la concurrence par le biais d'effets horizontaux unilatéraux a donc été identifié sur les marchés de la commercialisation, à la Réunion, de sucre industriel et de sucre de bouche. L'opération n'a pu être autorisée qu'au regard des mesures correctives proposées par les parties.

L'opération TF1/TMC-NT1¹⁷²

L'Autorité de la concurrence a estimé que l'opération consistant en la prise de contrôle exclusif de la chaîne NT1 et de la chaîne TMC par TF1 était de nature à renforcer la position d'acheteur du groupe TF1 sur les marchés des droits audiovisuels ainsi que sa position dominante sur le marché de la publicité télévisée.

Sur les marchés de l'acquisition de droits, l'Autorité a constaté que le groupe TF1 disposait d'ores et déjà, antérieurement à l'opération, de positions fortes en tant qu'acheteur, la chaîne acquérant environ 40 % des films tant américains que français

¹⁷². Décision 10-DCC-11 du 26 janvier 2010, relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés NT1 et Monte-Carlo Participations (groupe AB).

diffusés à la télévision, près de 40 % des fictions françaises réalisées pour la télévision et 45 % des séries américaines récentes. Si l'acquisition de TMC et NT1 contribuait peu à renforcer les parts du groupe dans les achats sur ces marchés, la possibilité de rentabiliser les droits acquis par le groupe TF1 sur trois chaînes en clair au lieu d'une seule constitue un avantage concurrentiel important par rapport à l'ensemble des autres acheteurs en compétition.

Sur le marché de la publicité télévisée, la demande d'écrans publicitaires télévisés a été particulièrement affectée par la crise économique au dernier trimestre 2008 et au premier semestre 2009, ce qui a compliqué l'analyse par l'Autorité de l'état de la concurrence sur un marché marqué par ailleurs par l'arrêt partiel de la publicité sur France Télévisions, qui a réduit l'offre d'espaces publicitaires. L'Autorité a néanmoins constaté qu'avec près de 50 % de parts de marché, le groupe TF1 conservait une position dominante sur ce marché qui ne pourrait qu'être renforcée par l'opération notifiée, dans la mesure où, si TMC et NT1 ne détenaient, au moment de l'acquisition, que des parts de marché très faibles (moins de 2 % au total), leur potentiel de croissance apparaissait comme important.

Les effets unilatéraux liés à ce renforcement ont fait l'objet d'une analyse très détaillée prenant en compte les spécificités des marchés concernés. L'Autorité a ainsi relevé que la chaîne TF1 détenait une position particulièrement forte sur le segment des écrans publicitaires puissants, c'est-à-dire susceptibles de rassembler une large audience sur la cible visée. Cependant, dans la mesure où TMC et NT1 n'étaient pas en mesure de proposer de tels écrans aux annonceurs, l'opération ne pouvait avoir d'effet sur les prix de ces écrans. De plus, l'Autorité a considéré que, sur le segment des écrans peu puissants, proposés par TF1 comme par TMC et NT1, il était peu probable que l'opération conduise à une hausse des prix dans la mesure où les chaînes concurrentes proposaient également ce type d'écrans et disposaient de plus de capacités disponibles suffisantes pour accueillir un report de la demande.

L'autorité a toutefois rappelé que l'augmentation unilatérale de ses prix n'est que l'une des formes que peut prendre l'exercice d'un pouvoir de marché par une entreprise en position dominante et que l'analyse concurrentielle d'une opération de concentration ne peut se réduire à ce seul effet direct et immédiat, encore appelé « *effet statique* ». En l'espèce, elle a examiné d'autres effets liés au renforcement de la position dominante de TF1 (voir *infra* « *Effets congloméraux* »).

De plus, l'Autorité a noté que les chaînes de la TNT étaient de nouveaux entrants qui animaient la concurrence sur le marché de la publicité télévisuelle, et exerçaient une pression concurrentielle réelle sur les chaînes historiques et que l'opération affaiblirait le potentiel d'animation de cette frange concurrentielle.

Afin de remédier aux risques d'atteinte à la concurrence, le groupe TF1 a pris devant l'Autorité de la concurrence un ensemble d'engagements.

L'opération Veolia Transport/Transdev¹⁷³

À l'occasion de l'examen du projet de création d'une entreprise commune entre Veolia Environnement et la Caisse des dépôts et consignations réunissant les activités de leurs filiales de transport respectives, Veolia Transport et Transdev, l'Autorité a estimé que la concentration envisagée était porteuse de risques concurrentiels sur les marchés du transport public urbain et interurbain de voyageurs hors Ile-de-France par le biais d'effets horizontaux.

Sur le marché du transport urbain, l'analyse concurrentielle de l'opération a tenu compte des caractéristiques particulières de ce marché sur lequel la concurrence s'organise autour d'appels d'offres lancés par les autorités organisatrices de transport (ci-après «AOT»). L'Autorité n'a cependant pas considéré, comme l'y invitaient les parties, que la disparition de l'un des offreurs sur ce marché n'aurait pas d'effet dans la mesure où l'affrontement de deux candidats seulement sur un appel d'offres suffisait à obtenir une offre très concurrentielle. Elle a certes noté qu'un contrat de DSP est attribué à un opérateur unique, et que du fait de l'importance des chiffres d'affaires générés par ces contrats, chaque appel d'offres constitue un enjeu significatif pour les différents opérateurs de transport, ce qui donne un poids significatif à chaque appel d'offres. Cependant, l'Autorité a également estimé que la probabilité de remporter un appel d'offres pour une DSP de transport urbain n'est pas totalement indépendante du résultat des appels d'offres précédents. Elle peut au contraire être affectée :

- d'une part, par des effets d'expérience et de réputation qui peuvent profiter à l'opérateur sortant ;
- d'autre part, par des économies d'échelle qui peuvent être obtenues soit dans la phase de réponse à l'appel d'offres, soit dans la phase d'exploitation du réseau, si l'opérateur est déjà présent dans la zone géographique concernée. Or, dans ces conditions, il ne peut être conclu que le pouvoir de marché d'une entreprise est remis en jeu à chaque appel d'offres et ne dépend en rien de sa taille et donc de sa part de marché. Sur un tel marché, l'analyse des effets d'une fusion repose comme sur d'autres types de marchés largement sur le nombre et le pouvoir de marché des offreurs présents ainsi que sur l'importance des barrières à l'entrée sur le marché et l'existence d'entrants potentiels et plus le nombre de candidats à un appel d'offres est élevé, plus les offres seront compétitives.

Or, l'Autorité a constaté que l'opération a nécessairement pour effet une diminution du nombre des offres remises dans la mesure où, en raison de l'existence de fortes barrières à l'entrée, la disparition de l'un des acteurs ne peut être compensée par une augmentation des offres en provenance des concurrents actuels ou potentiels de la nouvelle entité. L'Autorité a précisé que cette baisse du nombre de candidats lors de futures mises en concurrence organisées par les AOT, emportait un risque de détérioration du niveau tarifaire des offres reçues. Elle a relevé que ce risque était la conséquence non seulement de la capacité de la nouvelle

¹⁷³. Décision 10-DCC-198 du 30 décembre 2010, relative à la création d'une entreprise commune par Veolia Environnement et la Caisse des dépôts et consignations.

entreprise commune à réduire le niveau de ses offres, mais également de la réaction de ses concurrents face au relâchement de l'intensité concurrentielle dû à la disparition d'un des acteurs. L'Autorité a également observé que la diminution du nombre de candidats consécutive à l'opération était susceptible d'entraîner un appauvrissement de la diversité des propositions faites aux autorités organisatrices de transport lors des futures mises en concurrence. Dans sa décision, l'Autorité a en effet observé que lors d'un appel d'offres concernant un contrat de transport urbain, les réponses soumises à l'AOT par chaque transporteur candidat ne se résument pas à une proposition tarifaire. Les offres remises sont également appréciées en fonction de critères qualitatifs tels que, par exemple, la transparence de la gestion, les objectifs environnementaux, la politique marketing ou encore la relation voyageurs. La concurrence s'exerce donc entre les différents répondants à l'appel d'offres sur de multiples critères, chacun proposant sa vision du service de transport urbain pour l'agglomération considérée.

En outre, l'Autorité a relevé que les effets identifiés risquaient plus particulièrement d'affecter la région Provence-Alpes-Côte d'Azur (PACA), dans laquelle l'opération renforçait significativement la position du nouvel ensemble. Compte tenu de l'existence d'économies d'échelle géographiques, l'exploitation par un transporteur d'un nombre important de réseaux proches les uns des autres lui donne un avantage concurrentiel par rapport à ses compétiteurs dans les appels d'offres lancés par les AOT dans la région. L'Autorité a observé que si une telle situation permet aux AOT de disposer d'offres plus compétitives de la part d'un opérateur fortement implanté localement, elle peut aussi avoir des effets anti-concurrentiels compte tenu du fonctionnement du marché. En effet, pour une entreprise de transport, la décision de concourir pour l'obtention d'un contrat de transport urbain résulte d'un arbitrage entre, d'une part, le coût de réponse à l'appel d'offres et, d'autre part, la probabilité de remporter le marché. Du fait de la présence sur la zone considérée d'un opérateur bénéficiant d'un avantage de coût, les concurrents potentiels anticiperont une moindre probabilité de remporter l'appel d'offres et seront moins incités à déposer des offres dans cette zone. L'Autorité a ainsi constaté que la forte concentration géographique de la nouvelle entité en PACA risquait d'entraîner une baisse du nombre moyen d'offres reçues par les AOT de cette région.

Sur les marchés départementaux de transport interurbain, l'Autorité a constaté que la nouvelle entité renforçait, du fait de l'opération, sa position dans cinq départements (Var, Vaucluse, Eure-et-Loir, Loir-et-Cher et Haute-Savoie). Au regard du contexte concurrentiel de ces départements, et des caractéristiques des marchés considérés qui fonctionnent par appels d'offres, l'Autorité a estimé que la nouvelle entité serait en position dominante sur ces marchés.

Afin de remédier aux risques d'atteinte à la concurrence induits par l'opération, Veolia Environnement et la Caisse des dépôts et des consignations ont pris devant l'Autorité de la concurrence plusieurs engagements structurels et comportementaux ayant conditionné la décision d'autorisation de l'opération.

Concentrations dans l'industrie alimentaire

L'Autorité a été amenée à examiner plusieurs opérations de concentration dans le secteur de l'industrie alimentaire¹⁷⁴, à l'occasion desquelles elle a pris en compte le poids relatif des parties à la concentration et de ses concurrents, le contre-pouvoir éventuel de la demande et les barrières à l'entrée de nouveaux entrants potentiels, pour déterminer l'existence d'éventuels effets horizontaux unilatéraux.

Ainsi, dans la décision **10-DCC-110**¹⁷⁵ relative au secteur des fromages, l'Autorité a relevé que, si les parties à l'opération, les groupes Entremont et Sodiaal, représentaient l'essentiel des volumes de vente du fromage à raclette vendu sous marque de fabricant (ci-après «*MDF*»), leur position devait être relativisée compte tenu du fait, d'une part, qu'aucune des deux marques sous lesquelles étaient vendus leurs produits n'apparaissait incontournable et, d'autre part, que les produits vendus sous marque de distributeur (ci-après «*MDD*») exerçaient une pression concurrentielle non négligeable sur les marques des parties. De même, leur forte position sur le marché amont mettant en présence les grandes et moyennes surfaces et l'ensemble des fournisseurs de produits MDD devait être relativisée du fait de la puissance d'achat de la grande distribution sur ces marchés (les contrats sont généralement de courte durée avec recours à des appels d'offres; la demande de la grande distribution n'est pas contrainte par celle des consommateurs finals, comme cela peut être le cas s'agissant de marques notoires; le fait qu'un même acheteur répartit souvent ses achats entre plusieurs fournisseurs pour le même produit apparaît comme un moyen de pression sur les prix).

S'agissant des barrières à l'entrée, l'Autorité de la concurrence a relevé qu'au vu de la substituabilité assez forte constatée du côté de l'offre entre le fromage à raclette et les autres fromages à pâte pressée non cuite, de nouveaux concurrents pouvaient entrer facilement sur ce marché et répondre à des appels d'offres de la grande distribution, notamment du fait du niveau peu élevé des investissements technologiques nécessaires pour entrer sur le marché, révélé par un test de marché, et du fait de l'absence, pour les produits MDD, de coûts liés à la publicité ou au marketing des produits. Enfin il a été relevé, en tout état de cause, l'existence, chez les producteurs actuels de fromage à raclette, d'importantes capacités de production excédentaires. Dès lors les risques d'augmentation unilatérale de ses prix par la nouvelle entité ont été écartés.

Concentrations dans le secteur des coopératives agricoles

L'examen par l'Autorité d'opérations impliquant des coopératives agricoles tient compte de la particularité du lien unissant les coopératives à leurs adhérents.

174. Voir not. les décisions 10-DCC-21 du 15 mars 2010, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Champiloire par la société Bonduelle (secteur des légumes), 10-DCC-60 du 14 juin 2010, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Soparo par le groupe R & R Ice Cream (dans le secteur des crèmes glacées), 10-DCC-110 du 1^{er} septembre 2010, relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Entremont par le groupe Sodiaal (dans le secteur des fromages).

175. Décision 10-DCC-110 du 1^{er} septembre 2010, relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Entremont par le groupe Sodiaal.

Ainsi dans la décision **10-DCC-84**¹⁷⁶ Champagne Céréales/Compas, l'Autorité a relevé que le groupe acquéreur, constitué sous la forme d'une coopérative, renforçait sa position sur les marchés de la collecte de céréales et de l'agrofourmiture. Toutefois, les adhérents, également actionnaires de la coopérative, conservaient une grande latitude quant à leurs engagements de livraison et d'approvisionnement auprès de celle-ci, limitant ainsi les risques d'atteinte à la concurrence par les biais d'effets horizontaux.

Dans une décision **10-DCC-122**¹⁷⁷ concernant le secteur de la volaille, l'Autorité de la concurrence a considéré que le statut de coopérative du groupe acquéreur devait être pris en compte pour relativiser l'importance des parts de marché de la nouvelle entité sur certaines zones de collecte d'abattoirs. En effet, l'Autorité a considéré que la puissance de marché de la coopérative vis-à-vis de ses adhérents était limitée par le fait qu'elle ne maîtrise pas son approvisionnement, constitué quasi exclusivement d'achats auprès de ses adhérents. En revanche, les adhérents de la coopérative bénéficient d'une sécurisation de leurs débouchés.

Les concentrations verticales

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

Des risques d'effets verticaux ont été identifiés dans l'opération Eurovia/Tarmac¹⁷⁸

Dans le cadre de l'examen de cette opération, l'Autorité a relevé que les carrières d'extraction de granulats exploitées par les parties fournissent notamment les centrales de fabrication d'enrobés bitumeux nécessaires à la construction et à l'entretien des routes, secteur sur lequel l'acquéreur occupait une position significative. L'analyse menée par l'Autorité a permis d'écarter tout risque d'atteinte à la concurrence sur les marchés des granulats par un verrouillage de l'accès des carrières concurrents de la nouvelle entité à la clientèle aval. En revanche, l'Autorité a relevé que le renforcement de la position du groupe Eurovia sur les marchés des granulats faisait craindre un verrouillage de l'accès à cet intrant au détriment de ses concurrents sur les marchés des enrobés et des travaux routiers. Ceux-ci

¹⁷⁶. Décision 10-DCC-84 du 16 août 2010, relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Compas par la société coopérative agricole Champagne Céréales.

¹⁷⁷. Décision 10-DCC-122 du 17 septembre 2010, relative à la prise de contrôle conjoint de la société Gastronomome Condom par les sociétés Euralis Coop, SCA Vivadour, Terrena et Maisadour.

¹⁷⁸. Décision 10-DCC-98 du 20 août 2010, relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Tarmac par la société Eurovia.

s'approvisionnaient en effet, antérieurement à l'opération, d'autant plus volontiers auprès du groupe Tarmac, que celui-ci n'était pas un de leurs concurrents sur les marchés des enrobés ou des travaux routiers.

Les critères d'analyse et leur application

Afin d'évaluer la probabilité d'un tel scénario de verrouillage du marché des granulats, l'Autorité a examiné, premièrement, si la nouvelle entité aurait, après la fusion, la capacité de restreindre l'accès aux intrants de manière significative, deuxièmement, si les incitations à le faire étaient suffisantes, et, troisièmement, si une stratégie de verrouillage aurait un effet significatif sur les marchés en cause.

Capacité de verrouiller l'accès aux intrants

L'Autorité a tout d'abord relevé l'absence de transparence tarifaire sur le marché des granulats en précisant que cette absence était un facteur de nature à favoriser la mise en place d'une discrimination tarifaire entre les différentes catégories de clients des parties.

L'Autorité a ensuite souligné que les granulats sont une matière première essentielle à la production d'enrobés, puisque ces derniers sont composés à 95 % de granulats, ainsi qu'à la construction de couches de fondation et de base des routes. Elle a conclu qu'il était donc nécessaire pour les producteurs d'enrobés et les constructeurs de routes, qu'il s'agisse d'opérateurs d'envergure nationale ou de dimension plus modeste, d'avoir un accès sécurisé à des granulats, même si, dans certains cas, les constructeurs de route peuvent utiliser un traitement fait de ciment et de bitume pour les couches de fondation et de base.

De plus, l'Autorité a rappelé que la capacité de la nouvelle entité à limiter l'accès de ses concurrents aval aux matières premières qui leur sont nécessaires dépend de la possibilité qu'ont ces concurrents de trouver d'autres sources d'approvisionnement. Dans son analyse, l'Autorité a donc tenu compte des parts de marché des parties mais également de la capacité des autres carriers à fournir une demande supplémentaire, des coûts de changement d'opérateur et des barrières à l'entrée sur le marché des granulats.

Les incitations à la mise en œuvre d'une stratégie de verrouillage

L'Autorité a observé en outre que l'incitation à forclure l'accès des concurrents aux granulats dépendait essentiellement de l'effet d'un tel scénario sur la rentabilité globale du groupe verticalement intégré. Sur ce point elle a souligné que dans les zones sur lesquelles la nouvelle entité détenait des positions fortes sur les marchés des granulats, et dans la mesure où les sources d'approvisionnement alternatives étaient insuffisantes, une augmentation des prix ou une limitation des quantités de granulats offertes ne se traduirait pas par une baisse de la marge réalisée en amont sur les granulats. De plus, le renchérissement des coûts des concurrents non intégrés sur les marchés aval était de nature à permettre au groupe verticalement intégré de renforcer sa position sur ces marchés et d'assurer

la rentabilité de cette stratégie pour l'ensemble du groupe même si elle ne l'était pas pour la branche aval.

Effet significatif sur le marché en cause

L'Autorité a remarqué que le verrouillage de l'accès des producteurs d'enrobés et des opérateurs de travaux routiers concurrents de la nouvelle entité au marché des granulats aurait un effet d'autant plus significatif sur la concurrence sur ces marchés qu'il toucherait au premier chef les opérateurs non intégrés verticalement, qui sont sur ces marchés d'importants animateurs de la concurrence face aux grands groupes tels que Colas et Eurovia. Notamment, dans la région Châteauroux-Issoudun, l'Autorité a relevé que le groupe Toffolutti, concurrent de la nouvelle entité et qui ne disposait pas de carrière en propre, pouvait avoir des difficultés à se tourner vers des fournisseurs alternatifs et était ainsi exposé à une stratégie de discrimination du groupe Eurovia.

Les risques d'atteinte à la concurrence par le biais d'effets verticaux ont pu être écartés dans les autres décisions de l'Autorité

Dans la plupart des opérations susceptibles d'emporter des effets verticaux, l'Autorité a écarté tout risque d'atteinte à la concurrence compte tenu de l'incapacité de l'entité fusionnée à verrouiller les marchés concernés de manière significative. L'Autorité considère en effet qu'une opération de concentration est en principe insusceptible d'emporter des risques de verrouillage lorsque la part de l'entreprise issue de l'opération sur les marchés concernés ne dépasse pas 30 %.

Notamment, à l'occasion de l'examen de la concentration Coopagri Bretagne/CAM 56/Union Eolys¹⁷⁹, l'Autorité a considéré que l'opération n'était pas de nature à porter atteinte à la concurrence par le biais d'effets verticaux eu égard à la part de marché modérée de la nouvelle entité sur les différents segments concernés. De même, dans le secteur des services aux entreprises, l'Autorité a relevé dans ses décisions Vinci/Faceo¹⁸⁰ et Faceo/Sofinord/Ceritex qu'en raison de la faible position des entités fusionnées, il n'y avait pas lieu de craindre un verrouillage des marchés considérés. La part de marché restreinte de la partie notifiante à l'issue de l'opération a également été invoquée par l'Autorité à l'occasion du rachat de plusieurs sociétés Arrivés par CIAB¹⁸¹, pour justifier d'une absence d'effets verticaux dans le secteur de l'alimentation animale.

La mise en œuvre d'une stratégie de verrouillage est également peu probable lorsque des alternatives sont offertes par des concurrents. Ainsi, dans sa décision

¹⁷⁹. Décision 10-DCC-107 du 9 septembre 2010, relative à l'apport partiel d'actifs de CAM 56 à Coopagri Bretagne, et à la fusion entre Coopagri Bretagne et Union Eolys.

¹⁸⁰. Décision 10-DCC-82 du 28 juillet 2010, relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Faceo par VINCI Energies (groupe VINCI) et 10-DCC-75 du 6 juillet 2010, relative à la prise de contrôle conjoint de la société Ceritex par les groupes Faceo et Sofinord.

¹⁸¹. Décision 10-DCC-34 du 22 avril 2010, relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Arrivé Nutrition animale, Arrivé Division Petfood, Arrivé Bellané et Cap Elevage par la Coopérative Interdépartementale des Aviculteurs du Bocage.

10-DCC-11 relative à l'opération TF1/NT1/Monte-Carlo¹⁸², l'Autorité de la concurrence a observé que dans l'hypothèse où TF1 International refuserait l'accès à son catalogue de films aux chaînes concurrentes ou favoriserait les chaînes de son groupe, les chaînes concurrentes disposeraient de sources d'approvisionnement alternatives vers lesquelles elles pourraient reporter leur demande. S'agissant de la production de bitumes utilisés pour la production d'enrobés à chaud et de matériaux d'étanchéité bitumineux, l'Autorité, dans sa décision **10-DCC-61** relative à la prise de contrôle de SRD par la société Colas, a également considéré que l'opération était peu susceptible d'entraîner un surenchérissement des coûts d'achat de bitume en raison de la présence de raffineries proches du site racheté.

La pratique décisionnelle nationale considère par ailleurs qu'une opération est peu susceptible d'entraîner un risque de verrouillage dès lors que l'entreprise fusionnée est incapable de satisfaire la demande de ses propres filiales. À l'occasion de sa décision relative à l'opération TF1/NT1/Monte-Carlo, l'Autorité a ainsi relevé que, bien que la nouvelle entité détienne une position prééminente sur les marchés de l'acquisition de films de catalogue américains et EOF, son catalogue était d'ores et déjà largement insuffisant en termes de diversité, mais aussi de volume, pour alimenter à lui seul les chaînes du groupe TF1, notamment au regard de ses obligations réglementaires relatives à la production et à la diffusion. Ainsi, l'Autorité a constaté que le groupe TF1 continuerait à l'issue de l'opération à s'approvisionner auprès de ses concurrents sur les marchés amont de vente de films de catalogue pour des montants d'achat et des volumes significatifs. De la même façon, dans sa décision 10-DCC-61¹⁸³ précitée, l'Autorité a écarté un risque de verrouillage des débouchés pour les producteurs de bitumes, le groupe intégré verticalement étant incapable de satisfaire seul l'ensemble de ses besoins nationaux. On peut également citer sur ce point l'opération groupe Quartier français/Tereos¹⁸⁴, pour laquelle l'Autorité a considéré qu'il n'y avait pas lieu de craindre d'éventuels effets verticaux sur le marché français du sucre de bouche dans la mesure où, notamment, il existait de nombreuses sources alternatives d'approvisionnement autres que la nouvelle entité.

L'Autorité a pareillement écarté le risque d'une atteinte à la concurrence par le biais d'effets verticaux en raison des caractéristiques propres à la demande sur les marchés considérés. Dans le secteur des coopératives agricoles, à l'occasion de sa décision RAGT/CAF Grains¹⁸⁵, l'Autorité a ainsi constaté que les coopératives choisissaient les semences essentiellement en fonction des critères agronomiques et qualitatifs des différentes variétés, le prix n'intervenant que marginalement : un agriculteur recherche, pour un certain type de semence, la variété la plus adaptée à

¹⁸². Décision 10-DCC-11 du 26 janvier 2010, relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe TF1 des sociétés NT1 et Monte-Carlo Participations (groupe AB).

¹⁸³. Décision 10-DCC-61 du 15 juin 2010, relative à la prise de contrôle exclusif de la Société de la raffinerie de Dunkerque par la société Colas.

¹⁸⁴. Décision 10-DCC-51 du 28 mai 2010, relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Quartier français par Tereos.

¹⁸⁵. Décision 10-DCC-66 du 28 juin 2010, relative à la transformation de RAGT Semences en entreprise commune contrôlée par RAGT et CAF Grains.

ses besoins, aux conditions pédoclimatiques de la zone dans laquelle il est établi. De ce fait, les coopératives concernées par l'opération pouvaient difficilement limiter leur approvisionnement auprès d'un unique producteur si celui-ci ne disposait pas des variétés les plus adaptées à la demande de leurs agriculteurs. Dans le secteur des produits laitiers, à l'occasion de l'examen de l'opération Les maîtres laitiers du Cotentin («MLC»)/Van de Woestyne¹⁸⁶, l'Autorité s'est également intéressée à l'organisation de la demande de produits laitiers pour apprécier le risque d'effets verticaux. Elle a notamment relevé s'agissant des risques de verrouillage de l'accès à la clientèle constituée par la RHF (restauration hors foyer), que les clients grands comptes de la RHF négociaient de plus en plus leurs achats directement auprès des industriels, en contournant les grossistes distributeurs dont le rôle se limitait alors à une prestation de stockage et de transport. Dès lors, les capacités de verrouillage par MLC de l'accès à cette clientèle ont été jugées très limitées.

Les concentrations conglomérales

L'Autorité apprécie le risque d'atteinte à la concurrence par le biais d'effets congloméraux à l'issue de l'opération. Ces effets sont susceptibles de prendre place lorsque la présence simultanée d'une entreprise sur des marchés présentant des liens de connexité autres que vertical permet à cette entreprise de s'appuyer sur la position qu'elle occupe sur l'un de ces marchés pour évincer ou affaiblir la position de ses concurrents sur l'autre marché.

L'appréciation des liens de connexité entre les marchés

À titre liminaire, l'Autorité vérifie que les entreprises parties à l'opération sont actives sur des marchés connexes, cette notion de connexité devant être appréciée au cas d'espèce.

Dans sa décision **10-DCC-02**, l'Autorité a ainsi expliqué les raisons qui l'ont amenée à analyser si la présence simultanée de la nouvelle entité sur les marchés de la gestion de parkings, *via* Effia, et du transport urbain de voyageurs, *via* Keolis était susceptible de conférer à Keolis un avantage déterminant par rapport à ses principaux concurrents et de donner lieu à des effets congloméraux. D'une part l'Autorité a indiqué que l'activité d'Effia est essentiellement orientée vers la gestion de parkings de gares ferroviaires, ces gares jouant un rôle majeur, appelé à croître, dans l'articulation entre les différents modes de transport et d'autre part, elle a précisé que les appels d'offres relatifs à la gestion du transport urbain de voyageurs peuvent prévoir la nécessité pour le soumissionnaire de gérer des parcs-relais. De ce fait, l'activité de gestion de parkings a été considérée, en l'espèce, comme connexe à celle du transport urbain de voyageurs.

De la même façon, dans la décision **10-DCC-198**, Veolia/Transdev, l'Autorité a étudié la connexité des marchés du transport urbain et interurbain. L'Autorité a considéré dans ce cas que dans la mesure où la présence simultanée au niveau

¹⁸⁶. Décision 10-DCC-158 du 22 novembre 2010, relative à la prise de contrôle exclusif de neuf sociétés du groupe Van de Woestyne par le groupe Les maîtres laitiers du Cotentin.

local d'un transporteur sur ces deux marchés ouvre la possibilité de développer des synergies de coûts, ces marchés présentent des liens de connexité. Elle a par ailleurs rejeté la possibilité d'un effet de levier entre le marché du transport routier de voyageurs et les marchés de la distribution d'eau, du traitement des déchets ou du financement des collectivités locales en indiquant d'une part que le fait pour les maisons mères d'offrir des services sur ces marchés ne leur permettait pas de développer de synergies et d'autre part que ces différents services n'étaient « *pas non plus complémentaires ni d'un point de vue fonctionnel [...], ni d'un point de vue contractuel [...]* ».

L'Autorité examine ensuite si l'entité issue de la fusion aurait, après l'opération, la possibilité de mettre en place une stratégie d'affaiblissement voire d'éviction des concurrents.

L'accroissement du pouvoir de marché de la nouvelle entité

Un accroissement du pouvoir de marché doit tout d'abord résulter de l'opération que ce soit notamment par création ou renforcement d'une position forte sur l'un des marchés connexes ou parce que l'opération conduit à la réunion ou l'extension d'une gamme de produits ou d'un portefeuille de marques. Ainsi, dans sa décision **10-DCC-02**, l'Autorité indique qu'« *à l'issue de l'opération, la SNCF aura acquis le principal opérateur de transport routier urbain de voyageurs, qui est également le deuxième opérateur sur le marché du transport routier interurbain de voyageurs. Il convient dès lors de déterminer si la SNCF pourrait s'appuyer sur la forte position de Keolis sur les marchés du transport routier de voyageurs pour conforter sa position sur le transport ferroviaire de voyageurs dans la perspective d'une ouverture possible de ce marché à la concurrence* ».

Au contraire, lorsque les parties ne détiennent pas de pouvoir de marché sur l'un des marchés à partir duquel faire jouer un effet de levier, l'Autorité considère qu'il est peu probable que l'opération soit susceptible de porter atteinte à la concurrence par le moyen d'effets congloméraux. Les autorités de la concurrence tant nationales que communautaire retiennent généralement un seuil de 30 % de parts de marché en deçà duquel l'opération est présumée ne pas porter atteinte à la concurrence par le biais d'effets congloméraux.

L'existence de clients communs en cas de ventes groupées ou liées

Par ailleurs, lorsque les effets congloméraux sont susceptibles de prendre la forme d'offres groupées ou liées, ces offres ne peuvent avoir un impact sur la concurrence sur les marchés concernés que si une part suffisante des acheteurs est susceptible d'être intéressée par l'achat simultané des produits en cause. Ainsi, notamment dans ses décisions **10-DCC-02**, **10-DCC-76**, **10-DCC-87** et **10-DCC-115**, l'Autorité a mis en avant le fait que seule une minorité des clients était commune.

En sus, lorsque les clients se révèlent intéressés par la gamme détenue par la nouvelle entité, encore faut-il que celle-ci soit effectivement en mesure de proposer une offre groupée ou liée dans un cadre de négociation globale et que cette offre

représente un argument de vente déterminant pour le client. L'Autorité met en avant cet argument dans sa décision 10-DCC-21 : « *Le groupe Bonduelle fait valoir qu'il lui serait très difficile de lier ses ventes de légumes, d'une part, et ses ventes de champignons, d'autre part, dans la mesure où les négociations des contrats concernant ses deux types de produits sont menées de façons distinctes, en avril-juin pour les contrats annuels d'achat de légumes et en décembre pour les négociations relatives aux champignons.* »

La crédibilité et l'effectivité de la mise en place d'une stratégie d'éviction par la nouvelle entité

L'Autorité prend en considération la possibilité pour les concurrents de la nouvelle entité de contrer l'éventuelle stratégie de verrouillage. Ainsi, dans ses décisions **10-DCC-76, 10-DCC-82 et 10-DCC-165**, l'Autorité relève, pour écarter le risque d'effets congloméraux, la détention par au moins un concurrent d'une gamme équivalente. Ainsi, « *de nombreux concurrents possèdent aussi une gamme étendue d'espèces et de variétés de semences* » (10-DCC-66) ; « *leurs principaux concurrents, tels que Axa et BNP Paribas Assurances, disposent de gammes de produits tout aussi complètes et de marques également attractives.* » (10-DCC-165). « *De plus, il existe, dans le secteur des fromages, des gammes de produits et des portefeuilles de marques concurrents équivalents, voire plus importants que ceux du groupe acquéreur. [...] D'autres groupes concurrents possèdent également un large portefeuille de marques et une gamme de produits étendue* » (10-DCC-110). L'Autorité vérifie néanmoins également que le concurrent possédant la gamme équivalente soit effectivement en mesure de contrer la stratégie de ventes liées notamment en termes de présence sur les marchés.

L'Autorité prend également en compte l'éventuel pouvoir de négociation des clients dans son analyse de l'effectivité des scénarios étudiés. Elle a ainsi considéré, dans sa décision 10-DCC-87 qu'un scénario visant à l'éviction ou à la marginalisation par le groupe Alfesca de ses concurrents était peu vraisemblable notamment parce qu'« *en ce qui concerne plus particulièrement les ventes en GMS et freezer centers, la nouvelle entité commercialisera ses produits auprès de clients qui disposent d'un fort pouvoir de négociation, tels qu'Intermarché, Auchan et Carrefour sur le segment des GMS, Picard et Thiriet sur celui des freezer centers* ». De même, dans sa décision 10-DCC-110, l'Autorité indique que « *la puissance d'achat dont disposent les acteurs de la grande distribution est à prendre en considération. Les conditions d'achat et de référencement, la part de plus en plus grande des MDD dans le secteur des fromages, en particulier sur le marché de la raclette, lui permettent de contester les fortes positions des fabricants de fromages. Le référencement dont a fait l'objet l'une des marques les plus notoires du marché des fromages, pendant plus d'un an, par le Galec, centrale d'achat des magasins Leclerc, en est un exemple* ».

Les effets congloméraux dans l'affaire TF1

La décision 10-DCC-11 relative à l'acquisition par le groupe TF1 des chaînes TMC et NT1, les effets congloméraux illustre deux différents types d'effets congloméraux liés à une concentration.

Risques de ventes liées ou de couplage

L'Autorité a tout d'abord considéré que la position dominante de TF1 sur le marché de la publicité télévisuelle et, plus particulièrement, sur le segment des écrans puissants, lui donnait la possibilité de faire jouer un effet de levier entre les ventes d'écrans publicitaires des chaînes TMC et NT1 par des pratiques de couplages, voire d'exclusivités.

Dans cette affaire, la question de la connexité des marchés se présentait de façon atypique par rapport à la pratique décisionnelle existante dans la mesure où l'Autorité n'a pas conclu, en procédant à la délimitation des marchés pertinents, à l'existence de marchés distincts pour les écrans puissants d'une part, et pour les écrans non puissants, d'autre part, tout en relevant que les deux étaient peu substituables mais qu'il était difficile de calculer des parts de marché en fonction de la puissance des écrans. L'analyse concurrentielle a donc pris en compte la spécificité des écrans puissants par rapport aux écrans non puissants.

En tout état de cause, l'Autorité a rappelé que *« les effets de levier, c'est-à-dire la possibilité pour une entreprise d'exploiter la forte position qu'elle détient sur un produit pour développer les ventes d'autres produits, sont effectivement essentiellement analysés par les autorités de la concurrence lorsqu'il s'agit de produits appartenant à des marchés différents et dans le cadre de concentrations conglomérales. Néanmoins, le même type d'effet peut également être constaté au sein d'un même marché, par exemple lorsqu'une entreprise est en mesure de s'appuyer sur la détention d'une marque incontournable pour développer les ventes d'autres marques au sein d'un même marché de produit. En l'espèce, l'Autorité n'a pas distingué un marché des espaces publicitaires télévisuels "puissants" [...]. Néanmoins, [...] au-dessus d'une certaine puissance, les écrans publicitaires présentent des avantages spécifiques pour les annonceurs, et [...] ces écrans puissants sont essentiellement concentrés sur la chaîne TF1. Ils peuvent donc servir de point d'appui pour développer les ventes d'autres produits, comme les écrans des chaînes acquises ».*

Une fois la connexité ainsi appréciée, l'Autorité a procédé à l'analyse du risque d'effet de levier en examinant la capacité du groupe TF1 à faire jouer un tel effet. L'intérêt pour les annonceurs à recourir à des offres couplées ou groupées, ou à des remises d'exclusivité a tout d'abord été examiné. Puis l'Autorité a vérifié que les concurrents ne détenaient pas une gamme équivalente avant d'apprécier l'incitation du groupe TF1 à mettre en œuvre des stratégies de couplage en étudiant les pratiques passées et la profitabilité de telles stratégies. Ces points établis, l'Autorité a enfin identifié les effets sur la concurrence de ces stratégies de couplage.

Effet spiral

L'Autorité a également constaté dans cette affaire un effet congloméral lié au renforcement de la position de la nouvelle entité sur le marché de la publicité télévisée puis sur les marchés des droits puis l'audience des chaînes, du fait d'une forte interdépendance de ces marchés. Elle a considéré que cette interdépendance pouvait permettre à TF1 d'amorcer une dynamique conduisant à plus long terme

au renforcement de sa position et à l'affaiblissement voire l'exclusion des concurrents : « *La télévision gratuite est [...] un marché biface (two sided market) mettant en relation des annonceurs et des téléspectateurs. Une chaîne de télévision gratuite fournit aux téléspectateurs des programmes dont la qualité conditionne l'audience. À son tour, l'audience conditionne la valeur des espaces publicitaires de la chaîne et donc les revenus avec lesquels cette dernière pourra acquérir des programmes attractifs. Dans un tel contexte, le renforcement du pouvoir de marché d'un acteur sur le marché de la publicité télévisuelle est susceptible de se transmettre sur les marchés des droits, dans la mesure où l'accroissement de ses recettes publicitaires lui donne les moyens d'obtenir des programmes plus attractifs, puis à nouveau sur le marché de la publicité, l'attractivité des programmes soutenant l'audience et donc la demande des annonceurs.* »

Reposant donc sur le caractère biface de la télévision gratuite, la position forte de TF1 tant sur les marchés de droits que sur le marché de la publicité télévisuelle, une certaine inertie en télévision gratuite qui réside dans l'effet de réputation de la chaîne et dans la façon dont les annonceurs choisissent les chaînes qu'ils utilisent dans leur campagne (notamment leurs anticipations des audiences sont basées pour partie sur les audiences passées), la rareté des contenus les plus attractifs et la capacité très limitée des chaînes concurrentes de la TNT à investir dans des programmes plus attractifs pour accroître leur audience et casser la spirale, l'interaction entre audience, marché de la publicité et marchés des droits était de nature à amorcer une dynamique conduisant à renforcer encore la position dominante du groupe TF1 sur le marché de la publicité et à affaiblir ses concurrents.

Des mesures correctives permettant de remédier à ses effets sur les marchés des droits et sur l'audience des chaînes ont donc été prévues en plus de celles visant à prévenir les risques de couplage identifiés sur le marché de la publicité télévisuelle.

Les mesures correctives

Lorsqu'une opération de concentration est de nature à créer des effets anticoncurrentiels qui ne peuvent être compensés par un apport suffisant au progrès économique et que l'argument de l'entreprise défaillante ne peut être retenu, l'Autorité de la concurrence ne peut autoriser l'opération que si elle est accompagnée de mesures correctives permettant de remédier aux atteintes à la concurrence identifiées¹⁸⁷.

Ces mesures peuvent, soit être proposées par les parties en application de l'article L. 430-5, II du Code de commerce en phase I ou de l'article L. 430-7, II dudit code en phase II, soit être imposées par l'Autorité de la concurrence en application de l'article L. 430-7, III du code précité.

Les mesures proposées par les parties doivent permettre, une fois mises en œuvre, de mettre un terme aux problèmes concurrentiels recensés. À ce titre, l'Autorité de la concurrence vérifie, tout en veillant à la neutralité et à la proportionnalité des mesures correctives, que les engagements remédient effectivement aux problèmes

¹⁸⁷. Voir paragraphes 521 et suivants des lignes directrices.

concurrentiels identifiés, et que leur mise en œuvre sera rapide et certaine. Elle s'assure également qu'il sera possible de contrôler le respect de ces mesures.

En 2009, l'Autorité de la concurrence a autorisé sept opérations sous réserve de la mise en œuvre d'engagements déposés par les parties¹⁸⁸. Trois d'entre elles faisaient l'objet d'une demande de renvoi présentée par l'Autorité de la concurrence en application de l'article 9, paragraphe 3), point b) du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil¹⁸⁹. Les mesures correctives prévues sont pour la plupart destinées à jouer sur la structure des marchés concernés. Des engagements visant à contraindre le comportement futur des entreprises concernées complètent ces engagements structurels ou sont prévus à titre principal, lorsqu'aucune mesure structurelle ne s'avère proportionnée aux risques d'atteinte à la concurrence identifiés.

Mr. Bricolage/groupe Passerelle

Dans la décision **10-DCC-01**, relative à la prise de contrôle exclusif par Mr. Bricolage de la société Passerelle, l'opération conduisait à renforcer significativement le pouvoir de marché de Mr. Bricolage dans 8 zones de chalandise, sur lesquelles les magasins de la nouvelle entité auraient détenu plus de 50 % de parts de marché, sans que les concurrents présents ne soient susceptibles d'exercer une pression suffisante pour assurer le maintien d'une concurrence efficace. Afin de répondre aux problèmes identifiés et ainsi éviter que l'opération ne porte atteinte à la concurrence, Mr. Bricolage a pris deux types d'engagements de nature à réduire ou supprimer le cumul de parts de marché. Il s'est engagé d'une part, sur sept zones de chalandise (La Bresse, Lannion, Paimpol, Coulommiers, Auch, Saint-Girons, Oléron) à ne pas renouveler les contrats conclus avec certains de ses adhérents et d'autre part, sur une zone de chalandise, à céder l'un de ses magasins (Mende).

188. Décision 10-DCC-01 du 12 janvier 2010, relative à la prise de contrôle exclusif par Mr. Bricolage de la société Passerelle.

Décision 10-DCC-02 du 12 janvier 2010, relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Keolis et Effia par les sociétés SNCF-Participations et Caisse de dépôt et placement du Québec.

Décision 10-DCC-11 du 26 janvier 2010, relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe TF1 de la société NT1 et Monte-Carlo Participations (groupe AB).

Décision 10-DCC-25 du 19 mars 2010, relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Louis Delhaize par la société H Distribution (groupe HOIO).

Décision 10-DCC-51 du 28 mai 2010, relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Quartier français par Tereos.
Décision 10-DCC-98 du 20 août 2010, relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Tarmac par la société Eurovia.

Décision 10-DCC-198 du 30 décembre 2010, relative à la création d'une entreprise commune par Veolia Environnement et la Caisse des dépôts et consignations.

189. Décision 10-DCC-02 du 12 janvier 2010, relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Keolis et Effia par les sociétés SNCF-Participations et Caisse de dépôt et placement du Québec.

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

Décision 10-DCC-198 du 30 décembre 2010, relative à la création d'une entreprise commune par Veolia Environnement et la Caisse des dépôts et consignations.

Groupe Hoio/actifs du groupe Louis Delhaize

La décision **10-DCC-25**, relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Louis Delhaize par la société H Distribution (groupe Hoio), a conduit l'Autorité de la concurrence à examiner le rachat par le groupe Hoio d'un hypermarché à Cayenne, d'une cinquantaine de magasins de proximité en Guyane, à la Martinique et en Guadeloupe, ainsi que de la société Propadis, grossiste alimentaire situé en Guyane. Antérieurement à l'opération, le groupe Hoio n'était pas présent sur les marchés de la distribution de détail à dominante alimentaire de la Guyane et de la Guadeloupe. En revanche, il exploitait des supérettes, des supermarchés et des hypermarchés à la Martinique. Sur la zone du Lorrain, située sur cette île, l'Autorité a considéré que l'opération renforcerait la position dominante que le groupe Hoio détenait déjà. Celui-ci s'est donc engagé à céder à un tiers le magasin acquis sur cette zone. Dans les autres zones, l'Autorité a constaté que la présence de plusieurs autres groupes de distribution permettait le maintien d'une concurrence suffisante.

Tereos/groupe Quartier français

Dans la décision **10-DCC-51**, relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Quartier français par Tereos, il a été remédié à la situation de monopole, résultant de la fusion au sein du même groupe des deux sociétés (Eurocanne et Mascarin) commercialisant le sucre produit sur l'île de la Réunion à destination des distributeurs et des industriels locaux, par l'engagement de Tereos de céder à un tiers indépendant les actifs du distributeur Mascarin, qui comprennent non seulement les actifs liés à la commercialisation du sucre (la marque Mascarin notamment) mais également l'unité de stockage et de conditionnement du Port. Dans l'hypothèse où le repreneur ne souhaiterait pas faire l'acquisition de cette unité, Tereos s'est engagé à lui proposer des capacités de stockage et de conditionnement dimensionnées à ses besoins.

Par ailleurs, dans la mesure où le groupe Tereos assurera désormais seul la production de sucre sur l'île, il s'est engagé à livrer au nouveau distributeur indépendant pendant une durée de vingt ans des quantités minimums de sucre à des prix de cession déterminés.

Eurovia/Tarmac

Dans la décision **10-DCC-98**, relative à une concentration dans le secteur de la production de granulats, l'acquisition par Eurovia de quarante-quatre carrières de granulats détenues par la société Tarmac dans le Limousin, en Auvergne, en Rhône-Alpes et dans la région Centre conférerait à l'entité issue de l'opération des parts de marché élevées dans l'offre de granulats sur de nombreuses zones locales. En effet, la disparition de Tarmac dans les zones de Dijon-Mâcon, Sarlat-Tulle et Châteauroux-Issoudun priverait les concurrents de la possibilité de s'approvisionner en granulats auprès d'un fournisseur indépendant. En outre, dans le Limousin, où Eurovia acquerrait plusieurs carrières, la question de l'indépendance des sources

d'approvisionnement des concurrents dans le secteur du BTP se posait. Afin de répondre aux problèmes identifiés, tant horizontaux que verticaux, Eurovia a proposé de céder six carrières de granulats situées à Saint-Julien-le-Petit (87), Pouligny (36), Montagny-lès-Buxy (71), La Salle (71), Voutezac (19) et Royères (87).

Veolia Environnement/Transdev

Afin de remédier aux risques d'atteinte à la concurrence liée à la création d'une entreprise commune entre Veolia Environnement et la Caisse des dépôts et consignations dans le secteur du transport routier de voyageurs (**10-DCC-198**), les parties ont proposé de céder une série d'actifs sur les marchés du transport interurbain (exploitation de lignes d'autocars avec le matériel roulant, les dépôts et ateliers de réparation) dans quatre départements où la position acquise par le nouvel ensemble portait atteinte à la concurrence : le Var, le Vaucluse, l'Eure-et-Loir et le Loir-et-Cher. En Haute-Savoie, département dans lequel l'opération fragilise dans une moindre mesure la situation concurrentielle, la nouvelle entité s'est engagée à ne pas procéder à de nouvelles acquisitions significatives pour les cinq années à venir : celles-ci seront plafonnées à 3 millions d'euros et 2 % du marché du transport interurbain dans le département pour toute la période.

De plus, les parties se sont engagées à ne pas se grouper, pendant une durée de cinq ans, avec les principaux acteurs de dimension nationale ou internationale présents sur le marché pour répondre à des appels d'offres interurbains lancés dans ces cinq départements. Cet engagement permet de faire jouer pleinement la concurrence entre les principaux acteurs du marché, au bénéfice des collectivités locales et, *in fine*, des utilisateurs de ces moyens de transport.

Veolia Environnement et la CDC se sont également engagées à céder la part et les actifs qu'elles détiennent dans l'exploitation des réseaux de transport urbain de plusieurs villes de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur¹⁹⁰, ce qui permettra l'émergence, dans cette zone, d'un ou plusieurs candidats capables d'animer à moyen et long terme le jeu concurrentiel.

En dernier lieu, une mesure corrective innovante a été mise en place afin d'abaisser les barrières à l'entrée sur le marché du transport urbain sur lequel ces barrières jouent lors de chaque appel d'offres lancé par les autorités organisatrices de transport. Les parties se sont engagées à cet effet à financer la création d'un fonds d'animation de la concurrence à hauteur de 6,54 millions d'euros. Ce fonds permettra aux autorités organisatrices de transport d'intensifier la concurrence lors des appels d'offres lancés sur le marché du transport urbain en encourageant le dépôt d'offres plus nombreuses et en développant leur propre expertise des réseaux de transport délégués. D'abord, il indemniserà des candidats non retenus aux appels d'offres, la couverture partielle ou totale des frais de réponse pouvant inciter davantage de concurrents à participer aux appels d'offres. Ensuite, il financera le recours par les collectivités, notamment de petite taille, à des prestations d'assistance à maîtrise d'ouvrage, leur permettant d'améliorer leurs connaissances

¹⁹⁰. Aubagne, Salon-de-Provence, Fréjus-Saint-Raphaël et Carpentras.

des réseaux et donc l'efficacité des mises en concurrence qu'elles organisent. Le financement de ces actions d'animation de la concurrence sera réservé aux réseaux de transport dont Veolia Transport et Transdev sont les opérateurs sortants et qui feront l'objet d'une mise en concurrence dans les cinq années qui suivent la date de réalisation de l'opération.

Un gestionnaire indépendant des parties, agréé par l'Autorité de la concurrence, gèrera le fonds. Il sera supervisé par un mandataire qui veillera notamment à ce que les candidats (pour le remboursement des frais de réponse) ou les collectivités (pour la prise en charge de l'assistance à maîtrise d'ouvrage) éligibles à ce fonds soient traités de manière objective, transparente et non discriminatoire.

TF1/TMC et NT1

Dans le cadre de l'acquisition par TF1 de 100 % du capital de la chaîne NT1 et 80 % de la chaîne TMC (**10-DCC-11**), le groupe TF1 a pris devant l'Autorité un ensemble d'engagements visant à remédier aux effets de l'opération sur les marchés des droits de diffusion audiovisuels, sur l'audience des chaînes et sur le marché de la publicité télévisée, et notamment à enrayer l'effet de spirale décrit ci-dessus.

En ce qui concerne les marchés de droits de diffusion, les engagements visent à faciliter la circulation des droits au bénéfice des chaînes concurrentes. Ainsi, TF1 s'engage à prendre des mesures de nature à permettre une meilleure circulation des droits portant sur les œuvres patrimoniales d'expression originale française (EOF) et les œuvres cinématographiques EOF, de manière à faciliter l'accès à ces droits sur les seconds marchés. En ce qui concerne les œuvres audiovisuelles patrimoniales EOF, TF1 s'engage en premier lieu à ce que, lorsque les contrats en cours ou les nouveaux contrats prévoient qu'il bénéficie d'un droit de premier et dernier refus, ce droit soit compris comme un droit de préférence à conditions au moins égales vis-à-vis d'une offre concurrente. En deuxième lieu, afin d'éviter que TF1 n'utilise ce type de clause pour restreindre abusivement l'accès aux droits des chaînes concurrentes, l'exercice de ce droit de premier et dernier refus est conditionné à l'engagement de TF1 de diffuser les œuvres concernées dans un certain délai et en journée ou en soirée. En dernier lieu, TF1 s'engage à effectivement diffuser les films préemptés.

S'agissant de l'effet sur l'audience, TF1 s'est engagé à limiter la rediffusion des œuvres et programmes au sein du groupe. Ainsi, pour les droits sportifs, TF1 s'engage à ne pas répondre à un même appel d'offres pour l'acquisition de droits de diffusion d'événements sportifs pour plus de deux chaînes en clair du groupe. De la même manière, pour les séries américaines, les œuvres audiovisuelles patrimoniales EOF, les séries EOF et les programmes de flux, TF1 s'engage à ne pas rediffuser ces programmes sur plus d'une autre chaîne en clair du groupe. TF1 a ensuite pris des engagements afin de ne procéder à aucune promotion croisée des programmes des chaînes TMC et NT1 sur la chaîne TF1.

Enfin, afin de garantir que l'opération ne permette pas au groupe TF1 de soutenir la vente d'espaces publicitaires sur TMC et NT1 en s'appuyant sur sa forte position sur le marché, TF1 s'engage en premier lieu à ne pratiquer aucune forme de

couplage, de subordination, d'avantage ou de contrepartie entre les espaces publicitaires de la chaîne TF1 et les espaces publicitaires de la chaîne TMC et de la chaîne NT1. Pour assurer le respect de cet engagement, TF1 s'engage à ce que la commercialisation des espaces publicitaires des chaînes TMC et NT1 soit assurée de façon autonome par une autre société que celle qui gère la régie publicitaire de la chaîne TF1. Seules certaines fonctions de *back-office* pourront être mises en commun, les informations sur les clients, les tarifs et les données commerciales ne pouvant en aucun cas être partagées entre TF1 Publicité et la régie autonome.

SNCF/Caisse des dépôts de Québec/Keolis

Dans la décision **10-DCC-02**, qui concernait le secteur du transport public de voyageurs ainsi que les activités connexes de conseil, d'audit et de gestion de gares routières, l'Autorité était amenée à se prononcer sur la prise de contrôle de Keolis et d'Effia par la SNCF et la Caisse de dépôt et de placement du Québec. En acquérant le contrôle conjoint de Keolis, premier opérateur de transport urbain et second opérateur de transport interurbain en France, la SNCF renforce sensiblement sa présence le long de la chaîne du transport public de voyageurs. L'opération induit également un rapprochement entre Keolis et Effia, société qui développe notamment des activités de conseil en matière de transport public, d'audit d'opérateurs de transport public et de gestion de gares routières. Afin de répondre aux problèmes de concurrence sur le marché des prestations de contrôle qualité, et d'éviter que Keolis n'ait ainsi accès à des données confidentielles concernant ses concurrents, les parties se sont engagées à ce qu'Effia ne réponde plus aux appels d'offres portant sur des prestations de contrôle qualité de réseaux de transport public de voyageurs urbains ou interurbains exploités par des concurrents de la société Keolis. Par ailleurs, les autorités organisatrices qui le souhaiteraient auront la possibilité de rompre le contrat qui les lie à Effia sans pénalité contractuelle.

Sur le marché du transport urbain et interurbain, les parties ont pris trois types d'engagements. D'abord, afin d'éviter que la SNCF ne favorise les demandes de correspondances garanties¹⁹¹ provenant de Keolis au détriment de celles des autres opérateurs de transport public, la SNCF s'est engagée à répondre de manière transparente et non discriminatoire à toute demande visant la conclusion d'une convention de correspondances garanties qui lui serait faite par un opérateur de transport public routier de voyageurs, quel qu'il soit. En outre, pour éviter les risques d'exclusion ou de discrimination concernant l'accès à ces informations, la SNCF s'est engagée à mettre à disposition de tout transporteur public routier de voyageurs, qui en ferait la demande, les horaires prévisionnels de ses transports ferroviaires publics de voyageurs pour l'année à venir, dans des conditions transparentes et non discriminatoires. Enfin, dans le but d'éviter que la SNCF ne transmette tardivement les informations sur les changements d'horaires aux concurrents de Keolis ou ne dégrade la qualité de l'information fournie, elle s'est engagée à fournir de manière transparente et non discriminatoire à tout opéra-

191. Elles définissent notamment les modalités d'information mutuelle ainsi que les conditions d'attente des véhicules routiers en cas de retard des trains.

teur public routier de voyageurs qui lui en ferait la demande par écrit, les informations relatives aux modifications apportées au plan de transport théorique en cours par le gestionnaire d'infrastructure. Sur le marché de l'accès aux services en gare, afin d'éviter que la SNCF ne favorise les demandes de Keolis concernant l'implantation de services en gares destinés à informer les voyageurs, la SNCF s'est engagée à établir, dans le courant du premier semestre 2010, un catalogue des services en gare accessibles à l'ensemble des transporteurs routiers de voyageurs desservant les points d'arrêt concernés et à les attribuer de manière équitable et non discriminatoire.

Activité consultative

En matière consultative, l'Autorité de la concurrence, succédant au Conseil de la concurrence, a un large champ d'intervention qui, selon le Code de commerce, peut s'étendre à « toute question concernant la concurrence ». L'Autorité peut ainsi rendre des avis :

- sur des projets de textes législatifs ou réglementaires, en application, notamment, des articles L. 410-2, L. 462-1 et L. 462-2 du Code de commerce ;
- sur le fonctionnement concurrentiel des marchés, en application des articles L. 462-1 et L. 462-4 du Code de commerce ;
- sur les secteurs régulés, notamment les secteurs des communications électroniques, des postes et de l'énergie, à la demande des régulateurs sectoriels et en application des dispositions propres à chaque secteur.

En outre, l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence a conféré à l'Autorité le droit de se saisir d'office pour avis. Désormais, l'Autorité peut donc prendre l'initiative de donner un avis, rendu public, sur toute question concernant la concurrence. Elle peut également recommander au ministre chargé de l'Économie ou au ministre chargé du secteur concerné de mettre en œuvre les mesures nécessaires à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés.

Avis rendus sur des projets de textes législatifs ou réglementaires

Avis 10-A-01 du 5 janvier 2010 relatif à un projet d'ordonnance portant organisation de la biologie médicale

Le 21 décembre 2009, l'Autorité de la concurrence a été saisie par le ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi d'une demande d'avis portant sur un projet d'ordonnance prévu par l'article 69 de la loi « *Hôpital, patient, santé et territoires* » relatif à l'organisation de la biologie médicale et visant à réaffirmer la

reconnaissance de la biologie comme un maillon essentiel du parcours de soins et renforcer la collaboration entre le clinicien prescripteur et le biologiste médical. À titre liminaire, l'Autorité a rappelé que les professions libérales sont des activités économiques consistant à offrir des services sur le marché, mais qui font l'objet de réglementations particulières, exorbitantes du droit commun, spécialement dans le secteur de la santé. Elle a ensuite examiné les questions posées par le projet d'ordonnance.

Les questions relatives à la structure juridique et capitalistique des laboratoires

Les articles L. 6223-3 et L. 6223-4 du projet d'ordonnance visaient à prévenir des conflits d'intérêts directs et indirects, pour les laboratoires de biologie médicale privée constitués sous la forme d'une structure juridique à but lucratif, en interdisant aux professions de santé, qui prescrivent les analyses médicales, de détenir une participation dans un laboratoire. La même restriction s'imposait aux distributeurs de dispositifs médicaux, ainsi qu'aux organismes d'assurance et de prévoyance, de retraite ou de protection sociale.

L'Autorité a admis la légitimité de principe de telles restrictions tout en soulignant que leur champ et leur portée devaient être strictement limités à ce qui est nécessaire à l'objectif de protection de santé publique poursuivi.

Ainsi, s'agissant des restrictions visant les professions de santé dans leur ensemble, l'Autorité a considéré que le champ de la restriction allait au-delà de ce qui était nécessaire à l'objectif poursuivi. Elle a estimé qu'il convenait de distinguer les professionnels susceptibles de prescrire des analyses médicales de ceux qui n'ont pas cette faculté et de limiter les restrictions aux seuls prescripteurs.

De même, s'agissant des restrictions visant les fabricants et distributeurs de dispositifs médicaux, l'Autorité a considéré qu'elles devaient être limitées aux seuls fournisseurs potentiels des laboratoires. Néanmoins, elle a estimé, d'une part, que la large portée de ces restrictions pouvait être nécessaire à leur effectivité. D'autre part, elle a relevé que les situations où un opérateur dispose du contrôle d'une entreprise avec 10 % au moins du capital sont exceptionnelles. Dès lors, elle a recommandé de substituer la notion de participation, au sens de l'article L. 233-2 du Code de commerce (à savoir une part du capital supérieure à 10 %), à celle de fraction du capital, afin d'atténuer le caractère restrictif de la mesure, sans que s'en trouve altéré l'objectif de santé publique poursuivi.

De plus, l'Autorité a estimé que les restrictions pesant sur les entreprises d'assurance, de prévoyance ou autre visées aux articles L. 6223-3 et L. 6223-4 allaient au-delà de ce qui était nécessaire à l'objectif poursuivi dans la mesure où le risque d'interférences était limité (violation du secret médical) et que de telles interférences étaient passibles de sanctions pénales très dissuasives.

Enfin, en l'absence d'un objectif de santé publique clairement identifié, l'Autorité a proposé de supprimer la mention figurant à l'article L. 6223-6 imposant

aux biologistes médicaux exerçant au sein du laboratoire de détenir une fraction du capital social.

Les limitations relatives aux conditions d'exercice des laboratoires

Les limitations au stade du prélèvement, les examens délocalisés et la transmission d'échantillons

Les articles L. 6212-14 et L. 6212-15 organisaient le prélèvement des échantillons biologiques. L'article L. 6212-14 posait le principe de limitations territoriales dans le domaine de la collecte des échantillons obligatoirement réalisée sur les territoires de santé infrarégionaux d'implantation du laboratoire de biologie médicale. L'article L. 6212-18 relatif à la transmission d'échantillons, visait à maintenir la compétence du laboratoire, lequel devait avoir une vision d'ensemble pour assurer la cohérence du diagnostic.

L'Autorité a émis des réserves à l'égard de ces restrictions, qui portaient une atteinte significative à la concurrence. Elle a admis que ces restrictions pouvaient avoir une certaine logique dans le contexte de l'approche de médicalisation et de proximité tout au long de la chaîne retenue par le projet d'ordonnance. Toutefois, elle a observé que d'autres modes d'organisation non restrictifs de concurrence étaient possibles, sans porter atteinte à l'objectif de santé publique poursuivi.

Les limitations au stade de l'ouverture et du fonctionnement des laboratoires

L'article L. 6222-1 limitait l'implantation des sites d'un laboratoire à trois territoires de santé limitrophes. Cette limitation, qui avait pour effet de limiter le développement des laboratoires, en les confinant à une zone géographique, était donc clairement restrictive de concurrence, mais s'inscrivait dans le cadre d'un principe de proximité. L'Autorité a souligné la nécessité de lire cet article en liaison avec l'article L. 6223-2, qui posait le principe selon lequel une même personne ne pouvait investir dans plus d'un laboratoire sur un territoire de santé et les territoires limitrophes.

En effet, si l'interdiction pour un laboratoire, entité fonctionnelle, d'intervenir sur plus de trois territoires de santé limitrophes pouvait éventuellement se justifier par le principe de proximité, ce dernier principe ne s'oppose pas à ce qu'une même holding, entité capitalistique et non fonctionnelle, détienne un réseau de laboratoires couvrant le cas échéant la totalité du territoire national. Or, tel qu'était rédigé l'article L. 6223-2, la constitution d'un tel réseau était impossible, du fait de l'interdiction de détention de deux laboratoires actifs sur un territoire limitrophe. L'Autorité a donc estimé que l'article L. 6223-2 était restrictif de concurrence, dans la mesure où il constituait une barrière à l'entrée et au développement des opérateurs sur le marché. Elle a relevé qu'aucun objectif de santé publique ne venait justifier cette restriction de la concurrence. En conséquence, elle a estimé que l'article L. 6222-1 ne serait acceptable qu'à la condition que l'article L. 6223-2 soit supprimé.

Par ailleurs, l'article L. 6222-2 permettait au directeur général de l'agence régionale de santé (ci-après «ARS») de s'opposer, d'une part, à l'ouverture d'un laboratoire ou d'un site d'un laboratoire et, d'autre part, à l'acquisition ou la fusion de laboratoires, «*pour des motifs de santé publique, avec non-respect du schéma régional d'organisation des soins*». L'Autorité a distingué ces deux cas de figure.

S'agissant d'une concentration entre laboratoires

La mesure visait à éviter que, sur un territoire de santé donné, la concentration de l'offre ne porte atteinte à la santé publique. L'Autorité a admis que cette mesure répondait à un objectif de santé publique mais a recommandé de fixer des critères plus précis, comme par exemple un seuil de part de marché, tout en laissant le cas échéant au directeur général de l'ARS un pouvoir d'appréciation au-dessus de ce seuil.

De plus, elle a considéré qu'il convenait de préciser que le pouvoir d'opposition du directeur général de l'ARS ne jouerait que si l'opération conduisait à une addition de parts de marché sur le territoire concerné.

Enfin, elle a noté que le dispositif de contrôle prévu à l'article L. 6222-2 n'était pas cohérent avec l'article L. 6223-2 qui interdisait l'investissement par une même personne dans plus d'un laboratoire sur un territoire de santé et les territoires limitrophes car ce dernier article posait une interdiction générale et absolue, contraire aux principes de liberté du commerce et de l'industrie et de propriété. Pour ces raisons, l'Autorité a proposé la suppression de l'article L. 6223-2.

S'agissant de l'ouverture d'un laboratoire ou d'un site

La possibilité pour le directeur général de l'ARS de s'opposer à des ouvertures était, selon l'Autorité, restrictive de concurrence, dans la mesure où elle constituait une barrière à l'entrée et au développement sur le marché géographique concerné.

L'Autorité a souligné que le risque que l'ouverture d'un nouveau laboratoire ne mette en difficulté un laboratoire déjà existant ne relevait pas d'une préoccupation de santé publique, mais de protection des intérêts économiques des opérateurs installés. Elle a, en outre, identifié des solutions alternatives, non restrictives de concurrence, permettant d'atteindre un objectif de rééquilibrage géographique.

Par conséquent, elle a recommandé de supprimer à l'article L. 6222-2, 2° la faculté pour le directeur général de l'ARS de s'opposer à l'ouverture d'un laboratoire ou d'un site.

Les autres questions de concurrence soulevées par le projet d'ordonnance

Les contrats de coopération de proximité et « les prix planchers »

L'article L. 6212-20 interdisait toute ristourne par rapport au tarif de la nomenclature des actes de biologie médicale, en dehors du cas particulier des contrats de coopération.

L'Autorité a estimé que rien ne justifiait, du point de vue de l'objectif de protection de la santé publique, une disposition interdisant les remises au bénéfice des établissements de santé, publics ou privés, ou des régimes ou des organismes d'assurance maladie. Au contraire, elle a relevé que la liberté tarifaire avait pu s'exercer pendant de nombreuses années sans qu'aucun inconvénient pour la santé publique n'ait pu en découler.

En conséquence, l'Autorité a estimé que la proscription des remises au bénéfice des établissements de santé et de l'assurance maladie était injustifiable. Elle a insisté tout particulièrement sur la nécessité de rétablir la rédaction suivante de l'article L. 6211-6 du Code de la santé publique : « *Sous réserve des accords ou conventions susceptibles d'être passés avec des régimes ou des organismes d'assurance maladie ou des établissements de santé publics ou privés.* »

La réservation de certains examens à des laboratoires spécialisés

L'article L. 6212-22 concernait les conditions et les modalités d'exécution de certains examens qui présentent un risque particulier lors de leur réalisation ou qui requièrent une qualification spéciale. Il prévoyait notamment la mise en place d'une commission contribuant à établir la liste des examens concernés par la restriction ainsi que celle des laboratoires et des catégories de personnes habilitées à les effectuer.

L'Autorité a recommandé à la commission d'établir des critères objectifs, transparents et non discriminatoires. En outre, afin de limiter les risques de « *capture* » réglementaire, elle a estimé souhaitable que cette commission soit composée majoritairement de membres de l'administration. Si le gouvernement ne retenait pas cette option, et optait pour une commission majoritairement composée de représentants des acteurs de la profession, elle a précisé qu'il conviendrait de s'assurer que l'autorité publique conserve un réel pouvoir d'approbation ou de réformation des avis de la commission, et ne se borne pas à être une simple chambre d'enregistrement de ceux-ci.

La publicité

L'article L. 6222-6 posait le principe de l'interdiction de la publicité ou de la promotion par un laboratoire de biologie médicale ou en faveur d'un laboratoire de biologie médicale. Toutefois, l'information sur l'accréditation du laboratoire de biologie médicale étant une obligation découlant de l'accréditation elle-même, elle était explicitement sortie du champ de la publicité.

L'Autorité a considéré qu'il ne lui appartenait pas de déterminer si, au sein des activités de biologie médicale, certaines pouvaient relever d'une interdiction de publicité et d'autres non, comme par exemple les tests liés à l'environnement ou à la cosmétologie. Cependant, elle a relevé, en première analyse, que l'interdiction de principe de publicité ou promotion par un laboratoire de biologie médicale ou en faveur d'un laboratoire de biologie médicale était susceptible d'être justifiée au regard de l'objectif de protection de la santé publique.

Avis 10-A-03 du 3 février 2010 et 10-A-16 du 28 juillet 2010 relatifs à deux projets de décret réglementant les prix des produits pétroliers et du gaz de pétrole liquéfié dans les départements d'Outre-mer

À deux reprises, le ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi a saisi l'Autorité de la concurrence de deux projets de décret réglementant le prix des carburants et du gaz de pétrole liquéfié dans les départements français d'Outre-mer (DOM), sur le fondement de l'article L. 410-2 du Code de commerce.

Ce texte prévoit en effet que, dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison soit de situations de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement, soit de dispositions législatives ou réglementaires, un décret en Conseil d'État peut réglementer les prix après consultation de l'Autorité de la concurrence.

Or, selon le ministre, les entreprises du secteur des carburants et du gaz de pétrole liquéfié dans les DOM étaient, de fait, en situation de monopole ou en situation d'oligopole restreint, ce qui limitait la concurrence au sein de la filière. Le ministre en a déduit la nécessité d'administrer les prix des produits concernés afin d'éviter toute hausse excessive de prix au détriment du consommateur, en attendant que des réformes de structure de la filière puissent être engagées.

Dans un premier temps, le ministre de l'Économie a saisi l'Autorité de la version initiale des deux projets de décret, puis, dans un second temps, de leur version modifiée pour tenir compte de certaines des observations formulées par l'Autorité. L'institution a donc rendu deux avis successifs : l'avis 10-A-03 sur la version initiale et l'avis 10-A-16 sur la version modifiée des deux projets de décret.

L'avis 10-A-03 relatif aux projets de décret initiaux

Le ministre a initialement saisi l'Autorité des deux projets de décret le 27 novembre 2009.

Les projets de décret découlaient de la réflexion engagée par le gouvernement sur la situation de la concurrence dans les départements ultramarins, réflexion dans laquelle s'était inscrit l'avis 09-A-21 relatif à la situation de la concurrence sur les marchés des carburants dans les DOM.

Dans cet avis, l'Autorité avait souligné la singularité de la réglementation tarifaire dans ces départements. En effet, alors que seul le marché de gros au stade de l'approvisionnement des zones concernées était en situation de monopole, la régulation des prix avait été, dès l'origine, appliquée aux prix de détail. L'Autorité avait relevé que le dispositif était paradoxal puisque *« le marché de détail, qui apparaîtrait potentiellement concurrentiel, est maintenu sous une régulation stricte alors que la régulation des marchés de gros, dont la justification économique est la plus forte, ne joue qu'un rôle subsidiaire »*. Elle avait alors proposé de moderniser le fonctionnement du marché et d'engager la réforme suivant trois axes :

- « – renforcer la régulation amont pour mieux encadrer les monopoles en amont et garantir des approvisionnements au meilleur prix ;
- assouplir la régulation de détail en passant d'une fixation administrative des prix à un contrôle administratif avec plafonnement en cas de dérive des marges ;
- prévoir une période d'expérimentation de trois ans afin d'observer les évolutions réelles du marché et procéder aux ajustements nécessaires. »

Ainsi, les réformes proposées étaient de trois ordres : des mesures structurelles, des mesures permettant une meilleure fluidité du marché et des mesures relatives à la régulation des prix.

De prime abord, les projets de décret semblaient perpétuer le modèle ancien de réglementation des prix. Toutefois, dans son avis 10-A-03, l'Autorité a relevé que cette impression première devait être dépassée dans la mesure où les évolutions structurelles souhaitées étaient en cours et que la libéralisation des prix de détail ne pouvait être mise en œuvre que de façon progressive. Elle a donc estimé que les deux projets de décret devaient être considérés comme une étape intermédiaire.

Dès lors, si l'Autorité a rappelé que la régulation était toujours nécessaire, notamment pour mieux encadrer les monopoles en amont et garantir des approvisionnements au meilleur prix, elle a insisté sur le fait que la régulation tarifaire ne saurait pallier l'ensemble des difficultés de fonctionnement des marchés et a renouvelé les propositions qu'elle avait formulées dans son avis 09-A-21 en matière d'adoption de mesures à caractère structurel, seules à même d'ouvrir ces marchés à plus de concurrence et de dynamisme.

Les projets de décret visaient à simplifier et à rendre plus transparent le mécanisme de fixation des prix des carburants, ainsi qu'à donner plus de réactivité au préfet en cas d'évolution du prix du brut, afin que ces changements – notamment en cas de baisse des cours du brut – soient plus rapidement répercutés au consommateur. L'Autorité n'a pu qu'accueillir favorablement de tels objectifs.

Cependant, elle a relevé que si les objectifs de simplification et de réactivité paraissaient pouvoir être atteints, l'objectif de transparence ne pourrait être réellement satisfait que par des modifications ou des compléments apportés aux projets de décret. Ainsi, elle a souligné que seule la référence à des prix réels de marché était de nature à assurer le caractère objectif et transparent de la régulation des prix d'approvisionnement des carburants raffinés. À cet égard, elle a demandé que l'article 2 des deux projets de décret soit modifié et que soit précisé que la cotation de référence est celle du lieu d'approvisionnement effectif.

De plus, elle a observé que la mise en œuvre de cette réglementation du prix des produits pétroliers ne serait complète que lorsque tous les textes en préparation auront été adoptés.

Enfin, elle a émis le souhait qu'à l'occasion de la modification du décret relatif à l'Observatoire des prix et des marges, les observatoires puissent être dotés du pouvoir de la saisir, soit directement, soit indirectement par le biais d'une demande d'avis du gouvernement.

Elle a également souhaité que le ministre de l'Économie la saisisse pour avis sur les arrêtés méthodologiques pris par chacun des préfets des départements ultramarins et établissant les paramètres de calcul des différents prix et marges. Elle a notamment souhaité pouvoir se prononcer sur la méthode retenue par le préfet de chaque département pour choisir la société de cotation retenue comme référence pour établir le prix maximum des produits importés. Elle a suggéré que le choix de la société de cotation se fonde sur des critères tels que la fiabilité, la représentativité et les usages professionnels du secteur.

L'avis 10-A-16 relatif aux projets de décret modifiés

Les projets de décret ont été modifiés afin de tenir compte, notamment, des recommandations émises par l'Autorité dans son avis 10-A-03.

Le 21 juillet 2010, le ministre de l'Économie a saisi l'Autorité de ces projets modifiés. Dans son avis 10-A-16, l'Autorité a d'abord précisé que son avis 10-A-03 demeurerait pertinent pour l'ensemble des dispositions reconduites dans les deux projets de décret modifiés.

Elle s'est ensuite félicitée de la prise en compte de sa demande tendant à ce que les projets de décret précisent que la cotation de référence est celle du lieu d'approvisionnement effectif.

Elle a enfin examiné les dispositions nouvelles qui étaient relatives à la fixation des prix des produits importés. À cet égard, elle a estimé que la réglementation des prix des produits pétroliers raffinés importés, proposée par le nouveau projet de décret, entrait dans la logique de renforcement de la régulation des prix en amont que l'Autorité avait mis en exergue dans son avis 10-A-03. Elle a donc souligné que les recommandations formulées précédemment demeureraient pertinentes et notamment son appel à une plus grande transparence dans la détermination des bases de calcul.

Elle a, en outre, formulé deux souhaits d'amélioration. D'abord, elle a demandé à ce que soient précisées les situations dans lesquelles les pouvoirs publics entendent recourir à la fixation des prix des produits pétroliers raffinés importés, afin de donner un peu plus de visibilité aux acteurs. Ensuite, elle a recommandé que les marges maximales de distribution au stade de gros et de détail arrêtées par les préfets soient fixées en valeur absolue et non en valeur relative. À cet égard, elle a renouvelé son souhait initial d'être de nouveau consultée pour avis sur les arrêtés méthodologiques pris par chacun des préfets.

Avis 10-A-08 du 17 mai 2010 relatif au projet de loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité

Le 14 avril 2010, la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale a saisi l'Autorité de la concurrence du projet de loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité («*NOME*»). Ce projet s'inscrivait dans le contexte d'ouverture des marchés européens de l'électricité à la concurrence, instaurée par

les directives communautaires successives de 1996, 2003 et 2009 et transposées en droit national par la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 et ses modifications ultérieures. Il poursuivait trois principaux objectifs :

- préserver les tarifs réglementés de vente d'électricité pour les ménages et les petites entreprises ;
- assurer le financement du parc de production existant et favoriser les nouveaux investissements conformément aux engagements pris lors des négociations « Grenelle » sur l'environnement ;
- favoriser la concurrence par un dispositif de régulation permettant à tous les fournisseurs d'électricité en France de s'approvisionner auprès d'EDF aux conditions économiques du parc nucléaire historique. La dynamique du marché en résultant devrait permettre la disparition des tarifs réglementés pour les grands clients en 2015, et la concurrence devrait faire émerger des offres innovantes, en particulier en ce qui concerne l'amélioration de la gestion de la demande d'électricité.

Pour atteindre ces objectifs, le moyen choisi était l'instauration d'un droit d'accès pour les fournisseurs alternatifs à l'électricité d'origine nucléaire produite par EDF, dans la limite d'un volume global de 120 TWh par an, avec un prix de cette électricité fixé par l'État pendant quinze ans. Le dispositif créé était dénommé « accès régulé à la base » ou ARB, la loi intervenant pour corriger, pendant une durée limitée, l'effet sur le marché de l'électricité de la détention par EDF de la totalité des centrales nucléaires en service, ce qui procurait à l'opérateur historique un avantage compétitif en matière de coût de production de l'électricité se révélant, au moins à moyen terme, inégalable par les fournisseurs concurrents.

Un dispositif utile mais devant demeurer transitoire

L'Autorité a considéré que le dispositif d'accès régulé était utile car il neutralisait l'avantage historique d'EDF sur l'électricité de base, tout en laissant la concurrence s'exercer entre les opérateurs sur les autres composantes de la fourniture d'électricité au consommateur final, que sont l'électricité de pointe et les services associés à la vente, pour lesquels EDF ne détenait pas d'avantages comparatifs inégalables.

Cependant, l'Autorité a souligné que le dispositif ARB, qui était une forme d'économie administrée, avait vocation à s'appliquer sur une très longue période et que les restrictions importantes ainsi apportées au fonctionnement du marché, n'avaient de sens que si une amélioration véritable de la situation de la concurrence sur le marché de l'électricité était obtenue, au terme de la période de régulation de quinze ans.

Elle a, en outre, considéré que le projet de loi devait prévoir les modalités à même d'assurer une sortie progressive de la régulation, afin d'organiser le retour à des conditions normales de marché en matière d'approvisionnement pour les fournisseurs alternatifs.

Les recommandations relatives aux modalités d'accès régulé à l'électricité de base d'origine nucléaire

L'Autorité a avancé les recommandations suivantes à propos de plusieurs points du dispositif ARB. Concernant le volume global d'électricité régulée accessible aux fournisseurs alternatifs, elle a estimé que la loi devrait énoncer une réduction progressive du plafond de 120 TWh, échelonnée sur la période de quinze ans, l'objectif pour les fournisseurs étant de se préparer progressivement à l'échéance, du 31 décembre 2025, date à partir de laquelle ils ne pourront plus se procurer de l'électricité à des conditions de prix et de volumes hors marché. Par ailleurs, l'attribution annuelle de l'électricité régulée risquait de donner lieu à des échanges d'informations entre chaque fournisseur demandant l'ARB et EDF, avec un risque réel de concertation entre les entreprises sur leurs stratégies commerciales voire leurs politiques de prix, qui serait contraire aux règles de concurrence. En particulier, la conception même du dispositif ARB, faisait qu'EDF, entreprise dominante sur le marché, aurait des contacts commerciaux avec chacun de ses concurrents.

Dans ce contexte, l'Autorité a recommandé que les contrats ARB annuels mentionnent les informations quantitatives nécessaires à leur réalisation sous la forme la plus agrégée et la plus anonyme possible. Elle a estimé que la communication à EDF des courbes de consommation de clients ou de catégories de clients du fournisseur alternatif était à exclure. L'Autorité a indiqué que les règles de calcul du prix de l'électricité régulée devaient être claires et prévisibles sur l'ensemble de la durée de l'ARB, au besoin en distinguant l'existence de plusieurs périodes avec des règles de calcul différentes au sein de la durée totale de quinze ans.

Cette visibilité des règles lui est apparue indispensable s'agissant de fournisseurs en phase de démarrage de leur activité, qui devraient de plus, être incités à investir dans leurs propres moyens de production afin de pouvoir concurrencer EDF avec les mêmes armes. L'Autorité a estimé que le maintien des tarifs réglementés de vente de l'électricité pour les particuliers et les petits professionnels devrait s'accompagner de règles claires pour leur fixation qui assurent la prise en compte de la totalité des coûts correspondant à cette fourniture.

Elle a recommandé de réduire au maximum la durée de la période de transition ouverte par le projet de loi, ou à défaut de rapprocher progressivement, d'ici l'échéance du 31 décembre 2015, le niveau des tarifs réglementés des coûts supportés par leurs fournisseurs. L'Autorité a relevé que le complément de prix à payer par le fournisseur revendant l'électricité régulée pour un autre usage que la fourniture à un consommateur final était indispensable pour assurer la cohérence et l'efficacité du dispositif ARB.

Mais, elle a estimé que le fonctionnement équilibré du dispositif demandait que le projet de loi soit complété sur les points essentiels suivants :

- la périodicité du paiement du complément devrait figurer dans la loi : le mois ou le trimestre constituerait une référence adaptée au vu de la saisonnalité marquée de la consommation d'électricité ;

- le principe d'un complément de prix majoré, en cas de demande excessive d'électricité régulée d'un opérateur par rapport à ses ventes effectives était contestable car il faisait double emploi avec l'abus passible parallèlement d'une sanction pécuniaire prononcée par le comité des différends de la CRE ;
- surtout, ce complément de prix majoré s'exerçait dans le cadre du contrat d'approvisionnement ARB conclu entre EDF et un fournisseur alternatif, or, l'exercice de la concurrence ne permettait pas d'envisager qu'EDF, opérateur dominant sur le marché, soit en mesure d'apprécier le caractère excessif de la demande d'électricité d'un de ses concurrents, de fixer la pénalité applicable et d'en encaisser le montant ;
- le renvoi, notamment sur ces aspects, à un contrat type d'approvisionnement défini par arrêté du ministre chargé de l'Énergie sur proposition de la CRE ne semblait pas suffisant.

L'Autorité a émis le souhait que ce texte relève de la procédure prévue à l'article L. 462-2 du Code de commerce prévoyant sa consultation préalable obligatoire pour tout texte réglementaire imposant « *des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente* ». Enfin, l'Autorité a considéré que l'émergence d'une concurrence réelle rendait nécessaire de favoriser une incitation à l'investissement par les fournisseurs alternatifs dans les moyens de production d'électricité de pointe comme de base. Le mécanisme des certificats de capacités proposé allait dans ce sens. Mais la complexité de la conception de ce mécanisme et de son application, qui faisait appel à RTE et à la CRE, devait être soulignée. Pour cette raison et également afin d'inciter les fournisseurs alternatifs à investir dans les moyens de production de base, au vu de la durée de quinze ans retenue pour le dispositif ARB, l'Autorité a réitéré sa proposition de prévoir une baisse progressive et échelonnée du volume global d'électricité de base régulée fixée par le projet de loi.

Avis 10-A-28 du 13 décembre 2010 relatif à deux projets de décret imposant la contractualisation dans des secteurs agricoles

Le 3 novembre 2010, le ministre en charge de l'Économie a saisi l'Autorité de la concurrence d'une demande d'avis relative à deux projets de décret rendant obligatoire la contractualisation dans les secteurs laitier et des fruits et légumes.

Les deux projets de décret

Les deux projets de décret intervenaient à la suite de la loi de modernisation de l'agriculture et la pêche (ci-après « *LM* »), promulguée le 28 juillet 2010.

Cette loi avait, notamment, pour objectif de renforcer la compétitivité de l'agriculture française.

Dans un contexte de volatilité des prix, il était apparu nécessaire de mettre en œuvre des outils de stabilisation des marchés. Or, le renforcement du dispositif contractuel dans le secteur agricole avait été considéré comme un élément indispensable pour favoriser cette stabilisation des prix et également permettre au producteur d'avoir une meilleure visibilité sur ses débouchés et d'obtenir des prix de cession davantage rémunérateurs.

À cet effet, la LMA disposait, en son article 12, que « *la conclusion de contrats de vente écrits entre producteurs et acheteurs, ou entre opérateurs économiques mentionnés au premier alinéa de l'article L. 551-1, propriétaires de la marchandise, et acheteurs, peut être rendue obligatoire pour les produits agricoles destinés à la revente ou à la transformation* » (article L. 631-24 du Code rural).

Ce dispositif pouvait être mis en œuvre de deux façons :

- soit par l'extension ou l'homologation d'un accord interprofessionnel ;
- soit, si aucun accord interprofessionnel ayant le même objet n'avait été étendu ou homologué, par un décret en Conseil d'État.

En l'absence d'accord interprofessionnel relatif à la contractualisation dans les secteurs laitier et des fruits et légumes, le ministre de l'Agriculture avait choisi de recourir à la voie réglementaire.

L'Autorité a souligné que les deux secteurs concernés avaient déjà fait l'objet d'une analyse par le Conseil puis par l'Autorité de la concurrence et que les avis rendus avaient effectivement constaté la faible formalisation des relations commerciales au stade de la première mise en marché¹⁹².

Les projets de décret soumis à l'examen de l'Autorité tendaient à rendre la contractualisation obligatoire entre les producteurs et leurs acheteurs. Ils précisaient la durée minimale des contrats (3 ans pour les fruits et légumes, 5 ans pour le lait), ainsi que les clauses devant figurer dans ces contrats :

- les volumes et caractéristiques des produits à livrer ;
- les modalités de collecte et de livraison des produits ;
- les modalités et critères de détermination du prix ;
- les modalités de facturation et de paiement ;
- les modalités de révision du contrat ;
- les modalités de résiliation du contrat et préavis de rupture.

Cette promotion de la contractualisation dans les secteurs laitier et des fruits et légumes appelait à la fois des remarques de principe sur les bénéfices attendus de la contractualisation et une analyse pratique du dispositif adopté.

¹⁹². Avis 08-A-07 du 7 mai 2008, relatif à l'organisation économique de la filière fruits et légumes et 09-A-48 du 2 octobre 2009, relatif au fonctionnement du secteur laitier.

Les recommandations

L'Autorité s'est déclarée favorable à ce que soit promue la contractualisation dans les deux secteurs concernés, lesquels se caractérisaient par une forte volatilité des prix. Dans ces deux précédents avis, elle avait déjà souligné le rôle positif que pourrait jouer la contractualisation pour atténuer les effets néfastes de la volatilité des prix.

Cependant, si la contractualisation est par principe un mécanisme vertueux, les bénéfices qui en découlent dépendent des modalités de sa mise en œuvre.

À cet égard, l'Autorité a constaté que la démarche adoptée par le pouvoir réglementaire nécessitait la pleine adhésion des acteurs des filières. Elle s'est donc réjouie de la décision de l'interprofession des fruits et légumes de chercher à élaborer un accord interprofessionnel sur la contractualisation.

En outre, elle a formulé plusieurs remarques sur le contenu des contrats.

Tout d'abord, elle a estimé qu'il conviendrait de conserver une certaine souplesse dans la durée des contrats, notamment par le moyen de clauses de rendez-vous, de manière à ce que cet engagement, sans rebuter certains acteurs, puisse s'adapter aux caractéristiques des marchés concernés et, notamment, à l'ampleur des investissements imposés au producteur, sans pour autant verrouiller les marchés.

Elle a ensuite précisé que les clauses de prix ne devaient pas constituer un moyen pour les producteurs ou les acheteurs de se coordonner de manière à réduire la concurrence. En particulier, et comme elle l'avait indiqué dans son avis 09-A-48, elle a souligné que les recommandations de prix émanant de l'interprofession dans le secteur laitier n'étaient pas susceptibles de remédier aux difficultés structurelles du secteur et présentaient un réel risque juridique au regard des règles de concurrence, même assouplies au plan communautaire compte tenu des annonces faites pour le secteur laitier.

Enfin, elle a considéré que la mise en œuvre d'une obligation de contractualiser dans des secteurs où l'offre est particulièrement atomisée pourrait être de nature à faire émerger des pratiques concertées. À cet égard, elle a rappelé, tant aux organisations de producteurs agissant comme des mandataires sans transfert de propriété, qu'aux associations d'organisations de producteurs dites « *de gouvernance* » qui n'ont pas la charge de la commercialisation des produits, que leur rôle ne pouvait pas consister à favoriser la coordination des prix entre les offreurs.

Avis sur le fonctionnement concurrentiel des marchés

Avis 10-A-02 du 1^{er} février 2010 relatif à l'équipement numérique des salles de cinéma

L'Autorité de la concurrence a été saisie le 27 octobre 2009 par la ministre chargée de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, afin d'examiner un dispositif de soutien financier proposé par le Centre national de la cinématographie et de l'image animée (ci-après « *CNC* ») pour l'équipement numérique des salles de cinéma.

La numérisation des salles de cinéma

La projection numérique, dont le but est de dématérialiser la distribution des films en salle, devrait profondément transformer l'industrie du cinéma et conduire à une réorganisation complète de la filière. En effet, l'équipement d'une salle de cinéma en projecteurs numériques devrait permettre le passage de la copie argentique, coûteuse à produire et à transporter, à la copie numérique, aisément répliquable et transportable.

Toutefois, les avantages et les coûts de cette révolution technologique devraient se répartir différemment selon les différents niveaux de la filière : exploitants, distributeurs et industries techniques. Ainsi, les investissements devraient être supportés par les exploitants alors que les gains en résultant devraient, pour l'essentiel, être captés par les distributeurs.

Cette situation a conduit à l'émergence d'un marché du financement de l'équipement numérique des salles, confiant à des intermédiaires – les tiers investisseurs – la mission de transférer partiellement aux exploitants, pour leur permettre de financer en partie les investissements de la projection numérique, les économies obtenues par les distributeurs sur le tirage de copies, *via* les « *frais de copie virtuelle* » (VPF), sorte de droit d'usage versé par les distributeurs sur les équipements numériques.

Cependant, une partie des salles ne devrait pas être en mesure de financer l'équipement numérique et ne devrait pas, non plus, être en mesure de faire appel aux tiers investisseurs, la nature et le volume de leur programmation ne coïncidant pas avec la viabilité des modèles mis en place par ces intervenants privés.

Pour répondre à cette difficulté, le CNC avait prévu de mettre en place un fonds de mutualisation, fonctionnant sur le modèle des tiers investisseurs, qu'il prévoyait de gérer directement. Ce fonds devait avoir pour mission de collecter auprès des distributeurs des VPF d'un montant unique, servant à financer à hauteur de 75 % les investissements des exploitants de salles. Le fonctionnement du fonds devait être équilibré financièrement grâce au versement d'aides publiques et par la mutualisation (des salles rentables venant compenser des salles non rentables), et chaque exploitant devait pouvoir choisir entre l'offre du CNC et l'offre des tiers investisseurs.

Un projet correspondant à un objectif d'intérêt général mais de nature à créer d'importantes distorsions de concurrence

L'Autorité a souligné qu'il n'entrerait pas dans sa compétence de se prononcer sur l'opportunité d'instaurer un service d'intérêt économique général. En effet, elle a rappelé qu'il incombe aux seuls pouvoirs publics, sous le contrôle le cas échéant du juge administratif, de déterminer si un objectif d'intérêt général et une défaillance du marché justifient une intervention des pouvoirs publics.

Toutefois, elle a relevé que le mode d'intervention choisi par le CNC, reposant sur un mécanisme de subventions croisées, induisait, par construction, des distorsions de concurrence.

Ces distorsions découlaient du statut même du CNC.

L'Autorité a ainsi indiqué que le CNC était un régulateur sectoriel, qui disposait de pouvoirs réglementaires, collectait des taxes, distribuait des aides, et dont l'action était structurante pour l'ensemble de la filière du cinéma français. La perspective de voir un régulateur sectoriel intervenir directement sur le marché concurrentiel régulé était donc singulière. En tout état de cause, une telle intervention était de nature à créer d'importantes distorsions de concurrence, voire à éliminer toute concurrence, sur le marché du financement du cinéma numérique. L'Autorité a toutefois relevé qu'il découlait de l'article 106 du traité et de la jurisprudence du Conseil d'État qu'une telle situation était susceptible d'être admise s'il était établi qu'il n'existait pas d'alternative moins restrictive de concurrence permettant d'atteindre l'objectif d'intérêt général préalablement identifié dans des conditions économiques acceptables.

La nécessité d'expertiser des solutions alternatives, permettant d'atteindre le même objectif de façon plus économique et moins restrictive de concurrence

Ayant admis la légitimité de l'intervention de la puissance publique dans le financement du cinéma numérique, l'Autorité a considéré qu'il était essentiel, pour s'assurer de la proportionnalité, et partant de la légalité, du projet du CNC, que soient expertisées l'ensemble des solutions alternatives permettant d'atteindre l'objectif d'intérêt général fixé par le CNC, dans des conditions économiques acceptables, sans pour autant fausser la concurrence.

C'est pourquoi, sans renoncer à l'objectif d'intérêt général, l'expertise de solutions alternatives, permettant d'atteindre ce même objectif de façon plus économique et moins restrictive de concurrence, a été recommandée par l'Autorité.

En particulier, l'Autorité a estimé qu'une solution consistant en des aides directes, financées par une taxe sur les VPF, pouvait constituer une alternative méritant d'être évaluée. *Prima facie*, ce mécanisme neutre d'un point de vue concurrentiel et pour les finances publiques, permettrait de cibler au mieux la défaillance de marché à laquelle l'intervention publique souhaitait remédier. En outre, il devrait être moins lourd à mettre en place que le fonds de mutualisation, mieux correspondre au mode d'intervention usuel du CNC et permettre de préserver le principe de solidarité auquel le CNC était légitimement attaché.

Toutefois, l'Autorité a relevé qu'il ne lui appartenait pas de trancher cette question, qui relevait en premier lieu de l'expertise du CNC, et de l'appréciation des pouvoirs publics, sous le contrôle, le cas échéant, du juge administratif et de la Cour de justice de l'Union européenne.

Avis 10-A-07 du 17 mars 2010 relatif à une demande d'avis du ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi et du ministre chargé de l'Industrie sur le programme national « très haut débit »

L'Autorité de la concurrence a été saisie le 26 janvier 2009 par le ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, ainsi que par le ministre chargé de l'Industrie, d'une demande d'avis sur le programme national « très haut débit » envisagé par le gouvernement. Ce programme visait à faciliter le déploiement des réseaux très haut débit sur l'ensemble du territoire. Il devait être financé par une partie de l'emprunt national, à hauteur de 2 milliards d'euros et prévoyait d'organiser des appels à projets selon trois volets :

- le « *volet A* » était destiné à stimuler l'investissement privé dans les zones rentables par l'attribution d'un label assorti d'un soutien financier non subventionnel ;
- le « *volet B* » visait à apporter un soutien financier aux collectivités territoriales sous forme de subventions, pour les zones non rentables en complément du volet A ;
- le « *volet C* » était prévu pour assurer une couverture « *systématique* » du territoire en complément des volets A et B.

Le déploiement des réseaux de nouvelle génération : un enjeu essentiel légitimant l'intervention de la puissance publique en dehors des zones très denses

L'Autorité a souligné, ainsi qu'elle l'avait déjà fait à plusieurs reprises, que le déploiement des réseaux de nouvelle génération était un enjeu essentiel, non seulement sur un plan technologique mais aussi concurrentiel. En effet, le déploiement d'une nouvelle boucle locale en fibre optique pourrait offrir l'opportunité aux opérateurs alternatifs de s'affranchir progressivement des infrastructures de l'opérateur historique et permettre, à terme, une réduction du champ de la régulation sectorielle *ex ante*. Inversement, les exemples étrangers ont montré que ces réseaux pourraient être l'occasion pour les opérateurs historiques de remettre en cause le développement de la concurrence qu'avait permis le dégroupage de la boucle locale cuivre.

L'Autorité a également précisé que la France n'était pas isolée, sur un plan international, dans sa volonté de promouvoir la meilleure couverture de son territoire en réseaux de nouvelle génération. Par rapport aux solutions retenues ailleurs, l'Autorité a compris que le programme soumis à son examen privilégiait une certaine continuité dans le fonctionnement du secteur, plutôt qu'un changement plus radical portant sur le rôle de la puissance publique et la structure de la concurrence. Tenant compte de nombreuses contraintes, notamment de la multiplicité des acteurs en présence, le programme du gouvernement privilégiait une approche pragmatique tendant à favoriser une intervention efficace du marché et des collectivités territoriales plutôt qu'à s'y substituer.

L'Autorité a ensuite précisé que, lorsqu'elle est saisie pour avis d'une intervention publique dans un secteur concurrentiel, elle s'attache à examiner la légitimité d'une telle intervention au regard des objectifs d'intérêt général poursuivis et les conditions dans lesquelles celle-ci doit être conduite pour minimiser son impact sur la concurrence.

Ainsi, s'agissant de la légitimité de l'intervention de l'État, l'Autorité a appelé le gouvernement à clarifier les objectifs d'intérêt général poursuivis. Dans son examen, elle a retenu l'objectif d'assurer la couverture d'une partie prépondérante du territoire dans un délai raisonnable par de nouveaux réseaux de boucle locale en fibre optique jusqu'à l'abonné (FTTH), dans des conditions permettant une concurrence effective sur le marché aval. Sur cette base, elle a considéré que la puissance publique était légitime à intervenir, en dehors des zones très denses et en complément de la régulation sectorielle ainsi que de l'application du droit de la concurrence, en vue de :

- favoriser la bonne articulation entre l'intervention publique et l'investissement privé ;
- garantir la couverture intensive des zones de desserte des opérateurs, c'est-à-dire le raccordement à terme de l'ensemble des foyers et entreprises concernées ;
- apporter un soutien financier pour le déploiement du FTTH dans les zones non desservies par le marché.

L'Autorité a estimé que le programme du gouvernement était de nature, dans son principe, à répondre aux objectifs d'intérêt général identifiés et a salué la volonté du gouvernement de prendre en compte l'objectif de concurrence dans le cadre du volet A.

Un programme dont la bonne marche repose sur un équilibre entre les incitations des différents acteurs à y inscrire leurs déploiements

L'Autorité a relevé que l'articulation des appels à projets du volet A, en direction des opérateurs, et du volet B, en direction des collectivités territoriales, pouvait apporter une clarification dans le partage des rôles entre les acteurs et inciter au déploiement de la fibre, notamment par l'opérateur historique dans les zones rentables.

Cependant, en pratique, compte tenu du caractère non contraignant du programme, l'Autorité a estimé que la bonne marche de ce dernier reposait sur un équilibre entre l'incitation des différents acteurs à y inscrire leurs déploiements, ce qui l'a conduite à formuler les observations suivantes :

- l'engagement de couverture « *intensive* » que seront amenés à prendre les opérateurs dans le cadre du volet A étant tout à fait crucial, le gouvernement pourrait chercher à préciser les obligations de couverture des opérateurs de façon à maximiser les chances que ces engagements soient pleinement mis en œuvre et ne soient pas l'objet de contestations ultérieures ;
- l'Autorité a très vivement recommandé d'exclure du volet B les projets de montée en débit par modernisation du réseau téléphonique ; au-delà des limites que soulèveraient de tels projets sur un plan concurrentiel, l'objectif du programme devrait rester le déploiement d'un nouveau réseau pérenne ; en incitant les

- collectivités territoriales à mettre en œuvre ce type de projet par nature transitoire, l'État désinciterait l'opérateur historique d'investir dans le FTTH ;
- pour la bonne articulation de l'intervention des collectivités et des opérateurs, le gouvernement devrait veiller au séquençage adéquat des appels à projets de ces deux catégories d'acteurs ; l'Autorité a souligné que le dialogue entre collectivités et opérateurs sous l'égide du régulateur sectoriel était plus que jamais nécessaire pour éviter une trop grande dispersion des pratiques locales.

Des risques concurrentiels sur le marché du très haut débit, résultant de la plus grande capacité de l'opérateur historique à déployer la fibre et à agir par effet de levier en s'appuyant sur les marchés de gros et de détail

L'Autorité a relevé un certain nombre de risques concurrentiels sur le marché du très haut débit. Ces risques résultant de la plus grande capacité de l'opérateur historique à déployer la fibre, en tout cas à l'horizon des prochaines années, ou de sa capacité à agir par effet de levier en s'appuyant sur les marchés de gros et de détail, étaient les suivants :

- préemption des déploiements, conduisant à une dégradation des conditions d'accès des tiers au réseau, liée à l'architecture de ce dernier, et à une régression de l'intensité concurrentielle sur le marché de détail ;
- préemption de la partie « *horizontale* » des déploiements, conduisant à une dissuasion des déploiements alternatifs ;
- accès privilégié à certaines informations ou infrastructures nécessaires aux déploiements ;
- conditions d'utilisation des réseaux FTTH par la branche de détail de l'opérateur historique, pouvant dissuader les déploiements tiers ou favoriser les déploiements propres.

Pour limiter ces risques, l'Autorité a formulé des observations concernant les modalités du programme et proposé des mesures complémentaires visant notamment à favoriser le co-investissement.

Les observations concernant les modalités du programme

Pour répondre à ces risques, l'Autorité a formulé les remarques suivantes :

- certains engagements que le gouvernement cherchait à obtenir par la voie du label paraissent également relever de la régulation sectorielle, ce qui appelait à une bonne articulation avec l'ARCEP ;
- les lots sur lesquels se feront tant l'attribution du label que l'appel au co-investissement devraient être dimensionnés avec attention, de manière à ne pas accroître artificiellement les barrières à l'entrée, tout en répondant aux contraintes opérationnelles de déploiement des réseaux ;
- les aides financières devraient pouvoir bénéficier à l'ensemble des parties prenantes en cas de co-investissement ;

- la « *clause de paysage* » envisagée par le programme, consistant à conférer au titulaire du label une forme d'exclusivité territoriale, n'était ni nécessaire ni faisable juridiquement, et ne correspondait pas à l'approche générale retenue par le gouvernement.

Les mesures complémentaires visant notamment à favoriser le co-investissement

Au-delà du programme lui-même, la lettre de saisine des ministres invitait l'Autorité à se prononcer sur d'éventuelles mesures nécessaires à l'exercice d'une concurrence effective. À cet égard, l'Autorité a souligné qu'en favorisant une accélération dans le déploiement de la fibre le programme risquait d'avantager l'opérateur le plus avancé et le mieux outillé pour déployer, c'est-à-dire l'opérateur historique. La puissance publique nationale ou locale pourrait ainsi favoriser malgré elle la constitution d'un monopole sur la fibre.

S'agissant des zones rentables en situation de monopole naturel, l'Autorité a estimé que la possibilité, pour les opérateurs alternatifs, de co-investir avec l'opérateur historique pourrait limiter les risques concurrentiels, notamment en offrant un « *droit de regard* » aux opérateurs alternatifs sur l'architecture du réseau. À cette fin, le programme du gouvernement et, plus précisément, les avantages liés à l'obtention du label ne paraissaient pas pouvoir constituer un levier suffisant. Par conséquent, l'Autorité a invité l'ARCEP à faire usage de ses compétences de régulation *ex ante* pour favoriser le co-investissement et, le cas échéant, en encadrer les modalités.

S'agissant des zones non rentables, l'opérateur historique paraissait disposer d'une capacité à distordre la concurrence de manière significative dans le cadre des appels d'offres des collectivités territoriales. L'Autorité a précisé qu'il s'agissait d'une simple possibilité et que le droit de la concurrence pourrait avoir un effet dissuasif. Elle a indiqué que l'ARCEP pourrait également chercher, dans ses travaux avec les collectivités territoriales et les opérateurs, à dégager des bonnes pratiques quant à la définition de conditions favorables à la concurrence en amont des appels d'offres.

Enfin, compte tenu du manque de recul et du caractère embryonnaire du marché, l'Autorité a estimé qu'il convenait de conserver de la souplesse dans le dispositif. Elle a recommandé de fixer une clause de rendez-vous, par exemple à l'horizon de deux ans, pour permettre au marché de révéler ses intentions. En tout état de cause, elle a précisé que les observations formulées dans son avis ne sauraient valoir au-delà d'une durée de cet ordre.

Sous ces réserves, elle a émis un avis favorable au programme qui lui était soumis par le gouvernement.

Avis 10-A-04 du 22 février 2010 relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur les réseaux et infrastructures sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des aéroports français

L'Autorité de la concurrence a été saisie le 11 juillet 2008 par l'Association pour le maintien de la concurrence sur les réseaux et infrastructures (ci-après «*AMCRI*») d'une demande d'avis portant sur les problèmes de concurrence pouvant résulter d'une éventuelle privatisation des aéroports français. Cette association, qui regroupait principalement des entreprises actives dans le bâtiment et les travaux publics, indépendantes des grands groupes du secteur que sont Vinci, Eiffage et Bouygues, craignait que ces groupes ne prennent le contrôle des sociétés gestionnaires d'aéroports, afin de favoriser leur propre activité.

Le gouvernement n'avait pas annoncé de projet en ce sens et la privatisation d'Aéroports de Paris nécessiterait une loi. L'avis rendu à la demande de l'association a donc, pour l'essentiel, une valeur prospective.

Le contexte de la saisine

Jusqu'aux réformes de 2004 et 2005, l'exploitation des aéroports français était assurée par les chambres de commerce et d'industrie en vertu de concessions octroyées par l'État. Les aéroports parisiens étaient, quant à eux, concédés à un établissement public, Aéroports de Paris (ci-après «*ADP*»). La réforme de la gestion des aéroports français en 2004 et 2005 s'est traduite par la création de sociétés aéroportuaires régionales (ci-après «*SAR*») et par la transformation d'ADP en société anonyme.

Dans sa demande d'avis, l'AMCRI faisait valoir que cette évolution du statut juridique des aéroports en sociétés commerciales pourrait être suivie d'une privatisation de leur capital à plus ou moins longue échéance, avec le risque que leurs marchés de travaux ou de services ne soient plus soumis aux règles de la commande publique imposant une mise en concurrence préalable.

L'Autorité a d'abord relevé que les questions posées par la saisine étaient proches de celles qui avaient été soumises à l'examen du Conseil de la concurrence en 2005, à l'occasion de la privatisation des sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes (SEMCA). Dans son avis 05-A-22, le Conseil avait recommandé de préserver, après la privatisation de ces sociétés, des mécanismes de mise en concurrence proches de ceux de la commande publique. Il avait également préconisé des mesures visant à renforcer la transparence des coûts afin de permettre à l'État d'assurer efficacement sa mission de contrôle de l'exploitation des réseaux d'autoroutes, en qualité de concessionnaire et non plus d'actionnaire.

L'Autorité a également souligné que l'analyse pouvait utilement être replacée dans la perspective plus générale des enjeux de la régulation publique des transports, alors même que le secteur ferroviaire français faisait l'objet d'un processus graduel d'ouverture à la concurrence, assortie de la création d'une autorité de régulation indépendante.

Le maintien de la concurrence sur les marchés passés par les aéroports

L'Autorité a d'abord constaté que, dans l'hypothèse d'une privatisation, les SAR et ADP resteraient des entités adjudicatrices soumises aux obligations de publicité et de mise en concurrence prévues par la directive n° 2004/17/CE et l'ordonnance du 6 juin 2005 pour ceux de leurs marchés passés dans le cadre de leur activité d'exploitant aéroportuaire.

Elle a ainsi souligné que la situation juridique des sociétés aéroportuaires se distinguait de celle des sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes, dont la privatisation avait eu pour conséquence la perte de leur statut de pouvoir adjudicateur au sens du droit communautaire et du droit national, et pour lesquelles le Conseil de la concurrence avait recommandé, dans son avis 05-A-22, de réintroduire les obligations de mise en concurrence s'imposant aux pouvoirs adjudicateurs par la voie de leurs contrats de concession.

Toutefois, l'Autorité a recommandé que, dans le cas d'une éventuelle privatisation des sociétés aéroportuaires, le cahier des charges des aéroports concernés prévoit l'existence d'une commission d'appel d'offres indépendante, qui rendrait un avis conforme sur les marchés de travaux et de service au-delà de seuils fixés de manière à couvrir l'essentiel des commandes en valeur.

La proposition de créer une autorité de régulation indépendante

L'Autorité était également interrogée par l'AMCRI sur la régulation des tarifs des aéroports pour les services rendus aux transporteurs aériens.

Elle a d'abord relevé que l'État cumulait les rôles de régulateur de l'activité aéroportuaire et d'actionnaire des exploitants d'aéroports ainsi que de la principale compagnie aérienne nationale, Air France KLM. Elle a indiqué que cette situation était susceptible de donner naissance à des conflits d'intérêts pour la détermination du niveau et de l'évolution des tarifs des redevances aéroportuaires, les décisions de l'État régulateur ayant une incidence sur la valeur des sociétés dont il est actionnaire.

L'Autorité a également observé que la directive n° 2009/12/CE sur les redevances aéroportuaires commandait la mise en place d'une autorité de supervision indépendante pour la fixation des redevances aéroportuaires.

Elle a donc considéré que la création de cette autorité s'imposait et invité à la constitution d'une autorité de régulation des transports intermodale, à partir du socle constitué par l'Autorité de régulation des activités ferroviaires instituée par la loi du 8 décembre 2009, ainsi que le Conseil de la concurrence l'avait fait dans son avis 08-A-17 sur le projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et collectifs.

Dans cet avis, le Conseil avait indiqué que les transports aériens, autoroutier et ferroviaire avaient pour trait commun de faire l'objet d'une régulation publique concernant l'accès et la tarification d'infrastructures non reproductibles, lesquelles

conserveraient le caractère de monopoles malgré la libéralisation des activités de services les utilisant, en particulier pour des raisons de coûts ou de rareté des espaces. Il avait également rappelé les précédents du régulateur sectoriel des communications électroniques, dont la compétence a été élargie au secteur postal, et du régulateur sectoriel de l'électricité, dont la compétence a été étendue au secteur gazier, soulignant qu'il était « *généralement plus efficace d'élargir les compétences d'un régulateur pour des secteurs connexes que de multiplier les régulateurs sectoriels sur des champs de compétence trop étroits* ».

Dès lors, l'Autorité a estimé qu'une fusion des compétences au sein d'un régulateur unique des transports permettrait de mieux appréhender les problématiques communes à tous les modes de transports.

Toutefois, elle a précisé qu'il ne lui appartenait pas de trancher cette question relevant d'un choix politique appartenant au gouvernement et au Parlement.

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

Le 11 février 2009, la Chambre syndicale des améliorants organiques et supports de culture (ci-après « CAS ») a saisi l'Autorité de la concurrence de la compatibilité de ses enquêtes statistiques annuelles avec les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

L'Autorité a relevé que la CAS était un syndicat professionnel regroupant des fabricants, importateurs et distributeurs de supports de culture, d'amendements organiques et d'engrais organiques, comptant une cinquantaine de membres.

Elle a également observé que la CAS réalisait chaque année une collecte de données auprès de ses adhérents mais aussi d'autres sociétés actives sur les marchés concernés, laquelle donnait lieu à l'établissement de synthèses statistiques portant sur les volumes produits, ainsi que sur les chiffres d'affaires réalisés et les prix moyens de vente, par type de produits et selon les débouchés et les modes de commercialisation.

La CAS justifiait la réalisation de ces enquêtes statistiques par la nécessité de fournir à ses adhérents des informations sur les marchés concernés. Selon elle, il n'existait, en effet aucune statistique officielle en ce domaine et la taille modeste de la plupart des entreprises du secteur ne leur permettait pas de faire appel à des instituts privés d'études de marchés.

L'Autorité a rappelé que les échanges d'informations entre entreprises, s'ils peuvent parfois être considérés comme proconcurrentiels, peuvent aussi conduire les entreprises à ne plus définir leur politique commerciale de façon autonome, avec un risque de mise en place d'un équilibre collusif contraire aux dispositions des articles L. 420-1 du Code de commerce et 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

L'Autorité a précisé que le caractère pro ou anticoncurrentiel des échanges d'informations s'apprécie au cas par cas en prenant en considération la nature des

informations échangées, les caractéristiques du système d'échange, ainsi que la structure du marché considéré.

La nature des informations échangées

L'Autorité a rappelé que les informations échangées ne doivent pas porter sur des données stratégiques futures et, notamment, sur celles relatives à la fixation des prix. En effet, l'échange de telles données est particulièrement susceptible de permettre une coordination du comportement des entreprises.

L'Autorité a également souligné que sont prohibées les diffusions de prix théoriques résultant d'études de coûts, dans la mesure où de telles pratiques peuvent introduire des rigidités dans la fixation des prix en dissuadant les entreprises de fixer ceux-ci de façon autonome à partir d'une connaissance de leurs propres coûts et des conditions du marché.

S'agissant de l'échange de données passées, l'Autorité a indiqué que les critères pris en considération sont leur caractère public ou confidentiel, leur caractère stratégique ou de secret d'affaires, leur degré d'ancienneté, ainsi que leur niveau d'agrégation.

À cet égard, elle a précisé que l'échange d'informations déjà publiques n'est, en principe, pas considéré comme anticoncurrentiel et que le caractère public des données concernées s'apprécie au regard de leur facilité d'accès et donc du coût qu'engendrerait leur collecte par un autre biais que l'échange. Elle a ajouté qu'est également pris en compte le fait que les données échangées soient diffusées largement ou non.

Elle a, en outre, expliqué que les échanges sont d'autant plus susceptibles d'être considérés comme anticoncurrentiels qu'ils portent sur des données stratégiques, récentes et individuelles ou trop peu agrégées.

À cet égard, elle a indiqué que le niveau d'agrégation doit être suffisant afin qu'il soit impossible de désagréger les informations et ainsi de permettre à des entreprises d'identifier directement ou indirectement les stratégies concurrentielles des concurrents.

En définitive, elle a conclu que l'exigence d'anonymat des informations objet de l'échange conduit à privilégier les formes agrégées de diffusion de l'information, telles que les valeurs moyennes ou les indices.

Les caractéristiques du système d'échange

L'Autorité a rappelé qu'il convient de prendre en considération la fréquence des échanges et leur aptitude à éliminer ou restreindre l'incertitude sur la stratégie commerciale des concurrents. À cet égard, elle a rappelé que l'échange d'informations est d'autant plus susceptible d'influer sur les décisions commerciales des participants qu'il se fait de manière systématique et sur la base d'une périodicité rapprochée.

Elle a également souligné que les données doivent être collectées *a posteriori* et avec un délai suffisant par rapport à leur constatation et qu'elle peut prendre en considération l'utilisation concrète faite par les entreprises des données échangées.

La prise en compte des caractéristiques du marché concerné

L'Autorité a observé que la transparence accrue du marché résultant des échanges d'informations entre entreprises concurrentes a un impact différent selon le nombre d'entreprises actives sur le marché, leur force commerciale respective et l'intensité de la compétition les opposant.

Elle a notamment relevé qu'un échange d'informations est d'autant plus susceptible d'altérer les conditions d'exercice de la concurrence sur un marché et de favoriser la mise en place d'un équilibre collusif que ce marché est oligopolistique et que les barrières à l'entrée sont élevées.

Toutefois, elle a souligné que l'analyse doit toujours s'effectuer au cas par cas car des échanges d'informations peuvent avoir des effets anticoncurrentiels même sur des marchés atomisés.

En revanche, elle a indiqué que si la part de marché cumulée des participants à l'échange est faible, l'échange paraît peu susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels, dans la mesure où l'incertitude subsiste quant au comportement des entreprises non participantes à l'échange.

Enfin, elle a précisé que d'autres éléments relatifs à la structure du marché peuvent être pris en considération, tels que l'homogénéité des produits, la stabilité de la demande, la symétrie des acteurs (notamment en termes de structures de coûts et de capacités) et l'existence de liens structurels entre eux.

Sur l'échange d'informations organisé par la CAS

L'Autorité a d'abord constaté que les marchés concernés ne paraissaient pas particulièrement concentrés et que les entreprises concernées étaient très diverses. Elle a également noté que la part de marché cumulée des participants à l'échange n'était pas massive et que, sur plusieurs des secteurs concernés, les entreprises leaders étaient absentes de l'échange. Par conséquent, les statistiques ne reflétaient pas l'état exact du marché, ce qui amoindrissait le risque de scénario collusif.

L'Autorité a ensuite relevé que les données échangées étaient, pour certaines, sensibles (chiffres d'affaires, volumes...) mais qu'elles étaient annuelles et diffusées six mois après la fin de l'année. En outre, leur agrégation au niveau national et par grandes catégories de produits ou de débouchés rendait difficile l'identification de situations individuelles.

Par ailleurs, ces enquêtes étaient susceptibles d'améliorer les performances des entreprises grâce à une meilleure connaissance des marchés.

L'Autorité a donc estimé que l'échange d'informations organisé par la CAS ne recéléait, *a priori*, pas de risques au regard de la concurrence.

Finalement, elle a seulement recommandé à la CAS de s'assurer du respect de certaines bonnes pratiques en la matière, pour garantir notamment la confidentialité des données individuelles (avant agrégation). À cet égard, elle a proposé, par exemple, que le règlement intérieur de la CAS précise les conditions de collecte, de conservation et de traitement des données.

Avis 10-A-10 du 27 mai 2010 relatif à l'introduction du contreseing d'avocat des actes sous seing privé

L'Autorité de la concurrence a été saisie pour avis le 8 janvier et le 5 février 2010 par le Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables, ainsi que par deux syndicats de la profession d'expert-comptable, l'Institut français des experts-comptables et des commissaires aux comptes et Experts-comptables et commissaires aux comptes de France, sur la question de l'introduction du contreseing d'avocat des actes sous seing privé.

Cette saisine faisait suite à un communiqué de presse du 22 décembre 2009 dans lequel le garde des Sceaux, ministre de la Justice, faisait part de son intention de déposer au début de l'année 2010 un projet de loi mettant en œuvre les préconisations du rapport sur les professions du droit, dit rapport « Darrois », rendu en mars 2009. En effet, le rapport de la commission présidée par M^e Jean-Michel Darrois, laquelle avait été chargée par le président de la République d'engager une réflexion sur la modernisation des professions du droit, avait proposé d'introduire en droit français le contreseing d'avocat des actes sous seing privé.

Après la saisine de l'Autorité, le gouvernement a déposé un projet de loi de modernisation des professions judiciaires et juridiques réglementées, visant à introduire le contreseing d'avocat des actes sous seing privé.

L'introduction du contreseing d'avocat des actes sous seing privé et l'inquiétude de la profession des experts-comptables

Jusque-là, les parties qui souhaitaient contracter par écrit disposaient de deux outils :

- l'acte authentique, dressé devant notaire, délégataire de la puissance publique qui participait à la confection de l'acte et y apposait la formule exécutoire, et pour lequel les effets conférés étaient indissociables de l'intervention de ce professionnel ;
- l'acte sous seing privé, qui émanait des parties et pour la rédaction duquel l'intervention d'un professionnel ne conférait aucun effet juridique supplémentaire.

L'introduction du contreseing d'avocat des actes sous seing privé répondait, selon le rapport Darrois, à un double objectif :

- d'une part, elle visait à encourager le recours aux conseils de l'avocat à l'occasion de la négociation, de la rédaction et de la conclusion des actes sous seing privé, dans une perspective d'accès au droit, de protection juridique et de sécurité des individus et des entreprises ;

- d'autre part, elle tendait à renforcer la valeur de l'acte sous seing privé en tenant l'acte pour légalement reconnu au sens de l'article 1322 du Code civil et en lui attribuant entre les parties la même force probante que l'acte authentique.

La profession des experts-comptables s'inquiétait de cette nouvelle disposition. D'abord, elle soutenait que le contreseing d'avocat d'actes sous seing privé entraînerait l'intervention d'un professionnel supplémentaire, sans véritable valeur ajoutée pour le client, dans la mesure où l'expert-comptable, en tant que rédacteur habituel de l'acte soumis à un devoir de conseil, endossait déjà la responsabilité des actes qu'il rédigeait.

En outre, elle estimait que le contreseing d'avocat risquait de donner un avantage compétitif aux avocats, en leur accordant, à l'exclusion de tout autre rédacteur d'actes juridiques, la possibilité de contresigner les actes sous seing privé.

Un dispositif insusceptible d'avoir des effets négatifs sensibles sur la concurrence

Avant toute chose, l'Autorité a précisé que les transferts de revenus entre les différentes professions intervenant sur un marché, entraînés par telle ou telle modification des règles applicables à ces professions, n'intéressent pas, en tant que tels, le droit de la concurrence.

En revanche, elle a indiqué qu'il lui appartient d'examiner si, en réservant aux avocats la faculté de contresigner des actes sous seing privé, l'introduction du contreseing risquait de porter atteinte à la concurrence et, notamment, aux règles du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, dès lors que les échanges entre États membres étaient susceptibles d'être d'affectés.

En l'espèce, elle a précisé qu'il convenait d'examiner dans quelle mesure le contreseing d'avocat des actes sous seing privé pourrait constituer un droit spécial ou exclusif, qui placerait les avocats en situation d'abuser automatiquement d'une position dominante et qui ne pourrait se prévaloir d'aucune justification permettant d'échapper à une interdiction.

En premier lieu, l'Autorité a observé que le fait de réserver aux avocats le contreseing des actes sous seing privé ne pouvait pas être qualifié de « *droit exclusif* » et pouvait difficilement être rangé au nombre des « *droits spéciaux* » au sens des dispositions du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

En second lieu, elle a relevé que les avocats ne disposaient pas d'une position dominante collective, compte tenu notamment du caractère fortement atomisé de la profession, de l'absence de *numerus clausus* et du caractère fortement disputé du marché du conseil et de la rédaction d'actes juridiques. Le dispositif envisagé ne pouvait donc pas conduire les avocats à se trouver nécessairement en situation d'abuser d'une prétendue position dominante.

En troisième lieu, l'Autorité a précisé que le risque que les experts-comptables soient évincés du marché du conseil juridique aux PME n'était pas non plus avéré. À cet égard, elle a souligné que les experts-comptables étaient en relation directe

avec les entreprises en raison du monopole dont ils disposaient sur la tenue de la comptabilité des entreprises et que cette position particulière rendait peu probable leur éviction du marché des prestations juridiques aux entreprises.

En quatrième et dernier lieu, l'Autorité a souligné que le droit de l'Union comme le droit national permettaient, dans certaines conditions, de justifier certaines distorsions de concurrence indispensables pour assurer la viabilité de projets répondant à un objectif d'intérêt général, sous la condition cependant que ces atteintes soient proportionnées à l'objectif poursuivi et qu'il n'existe pas d'autre moyen moins restrictif de concurrence permettant d'atteindre cet objectif dans des conditions économiques acceptables.

En l'espèce, l'Autorité a relevé que le gouvernement avait indiqué, dans l'exposé des motifs du projet de loi, que l'introduction du contreseing d'avocat des actes sous seing privé visait à renforcer la sécurité juridique des actes des entreprises et à prévenir les contentieux. Elle a donc estimé que l'objectif de sécurité juridique accrue attribué au contreseing pourrait justifier que ce dernier soit réservé à des professionnels du droit, dont la matière juridique constitue l'activité principale et la formation initiale et continue, à l'exclusion d'opérateurs qui n'exercent des activités juridiques qu'à titre accessoire, à l'instar des experts-comptables.

Toutefois, elle a précisé qu'il conviendrait de s'assurer, en pratique, que le dispositif n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire à cet effet.

En définitive, l'Autorité a considéré que l'introduction en droit français du contreseing d'avocat des actes sous seing privé n'était pas, en l'état du dispositif qui lui avait été soumis et des effets qui en étaient attendus, de nature à enfreindre les règles de la concurrence.

Avis 10-A-11 du 7 juin 2010 relatif au Conseil interprofessionnel de l'optique

Le Conseil de la concurrence avait été saisi le 26 septembre 2007 par l'Union des opticiens (ci-après « *UDO* »), syndicat professionnel, d'une demande d'avis relative à la création en juin 2007 du Conseil interprofessionnel de l'optique (ci-après « *CIO* »).

Le *CIO*, regroupant la totalité des syndicats professionnels de l'optique à l'exception du syndicat saisissant, procédait à d'importants échanges d'informations pour accomplir ses diverses missions dont, notamment, l'assistance des divers acteurs dans la promotion du système de vente à distance des produits optiques.

La question posée était la suivante : le *CIO* était-il susceptible de donner lieu à des échanges d'informations contraires aux règles de concurrence, dès lors que son champ d'intervention théorique était relativement étendu et qu'il regroupait en son sein la quasi-totalité des représentants des opérateurs du marché de l'optique, particulièrement ceux des fabricants et des distributeurs ?

Les échanges d'informations entre entreprises dans le cadre d'un syndicat professionnel

À titre liminaire, l'Autorité a rappelé que le fonctionnement concurrentiel d'un marché repose sur l'autonomie des entreprises présentes sur ce marché dans la détermination de leur politique commerciale et donc sur l'incertitude de chaque opérateur quant au comportement futur de ses concurrents.

Aussi, a-t-elle précisé que dès lors que des entreprises s'échangent volontairement et de manière réciproque des informations non accessibles à l'ensemble du marché et stratégiques, elles ne sont plus en mesure de définir leur politique commerciale avec un degré d'autonomie suffisant, entraînant par là même le risque de la mise en place d'un équilibre collusif.

Toutefois, elle a expliqué que si, dans certains cas, les échanges d'informations entre entreprises peuvent être porteurs d'effets anticoncurrentiels de type collusif, ils peuvent aussi donner lieu à des effets proconcurrentiels.

Elle a indiqué que le caractère pro ou anticoncurrentiel d'un système d'échanges d'informations relève d'une analyse au cas par cas, en fonction de critères tenant, notamment, à la forme et à la nature de l'échange, à l'utilisation faite des données et à la prise en compte de l'intensité de la concurrence sur le marché concerné.

L'Autorité a également rappelé qu'il importe peu, au regard des règles de concurrence, que les pratiques soient mises en œuvre dans le cadre d'un syndicat regroupant des entreprises ou dans le cadre d'un syndicat constitué d'autres syndicats professionnels, tel que le CIO.

Elle a ainsi expliqué le rôle d'un syndicat professionnel au regard des règles de concurrence et, notamment, qu'il incombe au syndicat professionnel non seulement de ne pas concourir à la commission de pratiques anticoncurrentielles, mais aussi de mettre en garde ses adhérents contre le caractère manifestement anticoncurrentiel de leurs comportements.

S'agissant des échanges d'informations, elle a précisé qu'un syndicat peut délivrer des informations ou des conseils à destination de ses adhérents, dès lors que ces informations ont un degré de généralité suffisant et que cette diffusion n'interfère pas dans le processus des négociations commerciales entre opérateurs économiques.

L'Autorité a ensuite rappelé les conditions de forme et de nature auxquelles doivent se conformer les informations échangées, ainsi que les caractéristiques du système d'échanges afin que les échanges d'informations ne donnent pas lieu à des effets anticoncurrentiels. Elle a également précisé prendre en considération les caractéristiques du marché.

L'analyse des échanges d'informations organisés au sein du CIO

Compte tenu des informations dont elle disposait, l'Autorité a estimé que les échanges d'informations organisés au sein du CIO ne paraissent pas porter sur des données stratégiques permettant d'identifier la politique et la stratégie commerciales de telle ou telle entreprise.

De même, s'agissant de la fréquence des échanges d'informations effectués au sein du CIO, elle a considéré qu'il ne ressortait pas des éléments recueillis lors de l'instruction que ces échanges avaient lieu de manière systématique et sur la base d'une périodicité rapprochée, ce qui réduisait les possibilités pour les entreprises susceptibles d'avoir accès aux informations échangées de les utiliser, notamment en vue d'éliminer ou de restreindre l'incertitude sur la stratégie commerciale de leurs concurrents.

L'Autorité a ensuite relevé que le CIO regroupait la totalité des syndicats professionnels, à l'exception du syndicat saisissant, ce qui contrastait avec l'atomicité du marché considéré. Elle en a déduit que la part de marché cumulée des participants aux échanges d'informations organisés au sein du CIO était en théorie massive, compte tenu du nombre relativement faible des opérateurs représentés par le seul syndicat qui n'adhérait pas au CIO.

Dès lors, elle a estimé que, dans l'hypothèse où le CIO collecterait des informations stratégiques, confidentielles et non anonymes et les diffuserait à ses adhérents, la quasi-totalité des entreprises opérant dans le secteur de l'optique pourraient avoir accès à ces informations et les utiliser en vue d'atténuer, voire de supprimer le degré d'incertitude sur le fonctionnement du marché, avec comme conséquence une restriction injustifiable de la concurrence entre entreprises.

Cependant, compte tenu de la nature des informations échangées au sein du CIO et des caractéristiques du système d'échanges mis en place, elle a considéré que cette hypothèse ne paraissait pas être vérifiée.

L'Autorité a enfin vérifié que le CIO n'était pas susceptible d'excéder sa mission d'information, d'assistance, de conseil à l'égard de ses adhérents et de défense des intérêts collectifs des professionnels du secteur de l'optique. À cette occasion, elle a souligné l'adoption par le CIO d'une charte éthique portant rappel de règles de concurrence et devant être signée par les adhérents de l'organisme interprofessionnel, qu'elle a considérée comme une mesure utile.

Néanmoins, elle a estimé que, compte tenu du regroupement au sein du Conseil interprofessionnel de l'optique de la quasi-totalité des syndicats professionnels de la filière et du risque collusif potentiel qui en résultait, l'organisme interprofessionnel devrait rester attentif et établir les conditions d'une vigilance concurrentielle constante concernant tous les échanges d'informations effectués en son sein.

Avis 10-A-13 du 14 juin 2010 relatif à l'utilisation croisée des bases de clientèle

L'Autorité de la concurrence s'est saisie d'office pour avis le 14 décembre 2009 de la question de l'utilisation croisée des bases de clientèle (dites *cross-selling*) et plus spécifiquement des effets possibles de ce type de pratique dans le secteur des communications électroniques. Elle a procédé à la jonction de cette saisine d'office avec celle, plus ancienne, du ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi « sur la

situation concurrentielle et sur l'état de fonctionnement des marchés des communications électroniques compte tenu des profondes modifications qu'ils connaissent actuellement».

Analyse de l'utilisation croisée des bases de clientèle et des pratiques associées au regard du droit de la concurrence

L'Autorité a expliqué que lorsqu'une entreprise diversifie son activité sur plusieurs marchés de produits touchant la même clientèle, elle peut être incitée à utiliser la position acquise sur l'un de ses produits pour promouvoir ses autres produits. Dans cet objectif, cette entreprise peut utiliser les informations détenues sur ses clients mais aussi sa renommée ou celle de son produit d'origine.

C'est ce qui a pu être constaté par exemple dans le secteur bancaire, lorsque les établissements de crédit ont lancé des offres de produits d'assurance, ou dans le secteur de l'énergie, lorsque les opérateurs historiques ont développé leurs activités sur des marchés connexes. Dans ces situations, les entreprises se sont appuyées sur la clientèle acquise dans leur métier historique pour développer une nouvelle activité.

L'Autorité a précisé que sous l'appellation de *cross-selling*, communément utilisée dans le vocabulaire commercial, se distinguaient en réalité deux types de pratiques qui devaient être appréhendées différemment par les règles de la concurrence : l'utilisation croisée de bases de clientèle, d'une part, et les ventes couplées, d'autre part. S'agissant de l'utilisation croisée des bases de clientèle, l'Autorité a relevé que cette pratique était courante. Elle pouvait, par exemple, permettre à une entreprise présente sur un marché de pénétrer plus facilement sur un nouveau marché à l'aide des informations détenues sur ses clients.

L'Autorité a considéré que, dès lors que cette pratique permettait en général de dégager des gains d'efficacité, en réduisant le coût d'acquisition des nouveaux clients, elle bénéficiait en principe à la concurrence et aux consommateurs.

Toutefois, elle a estimé que cette pratique était susceptible de produire des effets négatifs lorsqu'elle était mise en œuvre par une entreprise dominante sur l'un des marchés concernés et que cette entreprise utilisait des données qui n'étaient ni accessibles à ses concurrents ni reproductibles par eux, pouvant ainsi conduire à leur éviction. Elle a précisé que tel pouvait être le cas, notamment, des informations obtenues dans la situation particulière d'un monopole de fait ou dans le cadre de l'exercice d'une mission de service public.

L'Autorité a indiqué qu'utilisée en combinaison avec des ventes groupées, l'exploitation croisée des bases de clientèle était, en outre, susceptible de rendre la technique de couplage et ses éventuels effets restrictifs de la concurrence plus efficaces.

Si une telle pratique ne saurait être interdite *a priori* et par principe, l'Autorité a considéré que sa mise en œuvre par une entreprise dominante pouvait constituer un abus lorsqu'elle permet à celle-ci de transférer son pouvoir d'un marché à un autre pour y obtenir un avantage concurrentiel sans rapport direct avec ses mérites, conduisant ainsi à l'éviction possible des autres acteurs du marché.

Application au secteur des communications électroniques

L'Autorité a relevé que, dans le secteur des communications électroniques, l'utilisation croisée des bases de clientèle entre les marchés du haut débit et du mobile s'était intensifiée à la suite de l'intégration de Neuf Cegetel au sein de SFR et de l'entrée de Bouygues Télécom sur le marché du haut débit. Ces acteurs ont également mis sur le marché des offres de couplage tarifaire (*quadruple play*) et technique (*femtocell*). Ces évolutions suggéraient une orientation du marché vers un modèle dit d'« *opérateur universel* », capable de répondre à l'ensemble des besoins des consommateurs, et conduisaient l'opérateur historique, France Télécom, à s'interroger sur sa capacité à s'inscrire dans ce modèle sans entraver le droit de la concurrence.

L'Autorité a considéré que l'utilisation croisée par France Télécom de ses bases de clientèle entre les marchés du mobile et du haut débit ne paraissait pas, de prime abord, pouvoir distordre la concurrence à elle seule. En effet, l'on pouvait présumer que France Télécom avait acquis ses clients et donc les données y afférentes, par les mérites sur des marchés concurrentiels.

En revanche, l'Autorité a estimé que la mise sur le marché d'offres de convergence commerciale ou technique par France Télécom pouvait soulever des préoccupations concurrentielles.

En premier lieu, elle a considéré que la généralisation des offres de convergence risquait d'accroître les coûts de changement d'opérateur pour le consommateur. Sur le marché de la téléphonie mobile, les durées longues d'engagement et l'augmentation des services à valeur ajoutée proposés (applications, téléchargements audio, vidéo ou de jeux, espace de stockage...) constituaient des freins au changement pour le consommateur. Sur le marché de l'accès à Internet haut débit, les barrières au changement d'opérateur étaient plutôt d'ordre technique (accès Internet interrompu à cause du délai de raccordement par le nouvel opérateur). Par ailleurs, il subsistait encore des difficultés s'agissant de la portabilité des numéros de téléphone. Le risque était que les offres de convergence conduisent à cumuler ces coûts de changement, limitant ainsi l'intensité de la concurrence.

En deuxième lieu, l'Autorité a expliqué que les offres de convergence présentaient un risque de verrouillage, non plus uniquement des clients, mais des foyers : pour un foyer disposant d'un abonnement Internet haut débit et de plusieurs abonnements mobiles, les avantages techniques ou tarifaires des offres de couplage et de convergence incitaient ses membres à migrer vers le même opérateur pour tous leurs besoins. Or ce mouvement avait de fortes chances d'avantager mécaniquement les opérateurs qui disposaient des meilleures parts de marché (« *effet club* »).

En troisième lieu, l'Autorité a indiqué que, compte tenu des barrières à l'entrée sur le marché mobile, la généralisation des offres de convergence pouvait distordre la concurrence au bénéfice des trois opérateurs mobiles en place et au détriment des autres opérateurs. En effet, dans un secteur s'orientant vers le modèle d'opérateur universel proposant au consommateur des offres « *tout en un* », un opérateur, même efficace, éprouvant des difficultés pour pénétrer l'un des marchés

concerné, pouvait se trouver gravement pénalisé dans l'exercice de la concurrence et risquer l'éviction.

Néanmoins, l'Autorité a précisé qu'elle ne saurait se prononcer sur la conformité au droit de la concurrence des offres de France Télécom sans en connaître les caractéristiques, ni les justifications que l'opérateur pourrait avancer au titre des gains d'efficacité ou de la nécessité d'agir pour préserver ses intérêts commerciaux, dans l'hypothèse où ceux-ci seraient effectivement menacés par les pratiques de ses concurrents.

Indépendamment des caractéristiques des offres de convergence proposées par France Télécom, l'Autorité a estimé que l'entrée d'un quatrième opérateur sur le marché mobile était de nature à limiter les effets d'éviction. En pratique néanmoins, cela supposait que le nouvel entrant bénéficie rapidement d'une prestation d'itinérance, non seulement sur les réseaux 2G mais aussi sur les réseaux 3G, afin qu'il puisse efficacement concurrencer les trois opérateurs de réseaux mobiles installés.

Par ailleurs, et même si cela ne relevait pas directement du droit de la concurrence, l'Autorité a noté que certaines mesures favorables aux consommateurs de services haut débit et mobile pouvaient également améliorer la fluidité des marchés et prévenir le risque de verrouillage des consommateurs, voire des foyers, chez un unique opérateur.

Elle a précisé que ces mesures devaient avoir pour objectif de limiter les durées d'engagements, de ne pas réengager les clients souscrivant une offre de couplage ou encore de synchroniser le terme des abonnements aux services haut débit et mobile.

De même, elle a expliqué que les opérateurs pouvaient mettre en œuvre un niveau minimum de standardisation, ainsi que la portabilité des services convergents développés à destination des consommateurs détenant des abonnements multiples auprès d'un même fournisseur.

Certaines de ces mesures pouvaient être mises en œuvre à l'initiative des opérateurs, d'autres pouvaient nécessiter l'adoption de textes législatifs ou réglementaires. L'Autorité a relevé, à cet égard, que l'ARCEP devait remettre au gouvernement un rapport de mise en œuvre de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs.

Avis 10-A-20 du 29 septembre 2010 relatif aux effets sur les règles de concurrence de certaines dispositions concernant le projet de réalisation du réseau de transport public du Grand Paris

L'Autorité de la concurrence a été saisie le 18 février 2010 par Syntec-Ingénierie, un syndicat professionnel regroupant principalement des entreprises exerçant de façon habituelle une activité dans le domaine de l'ingénierie. Ce syndicat s'inquiétait du caractère dérogatoire des dispositions applicables aux marchés d'ingénierie ferroviaire et de délégation de maîtrise d'ouvrage dans le cadre du Grand Paris,

qui pouvaient, selon lui, mettre la RATP, la SNCF et RFF en situation d'abuser de leur position dominante.

Le projet du Grand Paris visait à susciter, par la création d'un réseau de transport public de voyageurs en double boucle croisée unissant les zones les plus attractives de la capitale et de la région Île-de-France, un développement économique et urbain structuré autour de territoires et de projets stratégiques identifiés, définis et réalisés conjointement par l'État et les collectivités territoriales.

Deux articles de la loi n° 2010-597 du 3 juin 2010 relative au Grand Paris organisaient les modalités de conclusion de ces marchés en prévoyant dans certains cas des procédés dérogatoires au droit commun :

- l'article 17 prévoyait que l'établissement public « *Société du Grand Paris* » (ci-après « SGP »), chargé de concevoir et de réaliser les projets d'infrastructures de ce réseau, pouvait, pour des raisons techniques tenant aux exigences essentielles de sécurité, d'interopérabilité ou à l'impératif de continuité du service public, confier des marchés à la RATP, à la SNCF ou à RFF selon une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence ;
- l'article 18 donnait la possibilité à la SGP de déléguer la maîtrise d'ouvrage et précisait que lorsque l'opération présentait un caractère d'urgence, le maître d'ouvrage délégué pouvait assurer lui-même la maîtrise d'œuvre.

Syntec-Ingénierie considérait qu'en permettant à la SGP de confier aux trois opérateurs publics concernés, par procédure négociée et à certaines conditions, des marchés de maîtrise d'œuvre, d'études et d'assistance nécessaires à la réalisation des infrastructures et à l'acquisition des matériels prévus dans le cadre du projet du Grand Paris, ainsi que des mandats de maîtrise d'ouvrage, lesdits opérateurs seraient en mesure de contrôler le marché de l'ingénierie ferroviaire, notamment en recourant à la sous-traitance.

Sur les procédures négociées sans publicité ni mise en concurrence de l'article 17

L'Autorité a considéré qu'il appartiendrait, au premier chef, à la SGP de veiller aux différents intérêts publics en présence et, notamment, de faire une application mesurée et justifiée des dispositions de l'article 17 de la loi, compte tenu de leur caractère dérogatoire aux principes et procédures de mise en concurrence. En particulier, elle a estimé que ces dispositions ne sauraient être utilisées dans l'unique but de gagner du temps par la désignation systématique du gestionnaire de l'infrastructure à chaque fois qu'il s'agirait de développer, prolonger ou étendre les lignes, ouvrages ou installations existants dont celui-ci a la responsabilité.

Toutefois, l'Autorité a relevé que la loi relative au Grand Paris ne donnait pas d'éléments sur les moyens propres d'expertise humains et techniques à la disposition de la SGP pour lui permettre d'identifier, en connaissance de cause et de manière indépendante, les cas justifiant la mise en œuvre des dispositions dérogatoires de l'article 17. Elle a souligné que dans l'hypothèse où la SGP souhaiterait faire appel à des compétences extérieures, dans le cadre par exemple d'une

mission d'assistance à maîtrise d'ouvrage, il ne devrait pas être possible de solliciter l'assistance des opérateurs publics pour décider de la mise en œuvre de l'article 17, sauf à encourir le risque d'un conflit d'intérêts pour le choix de la procédure et des prestataires en ce qui concerne la maîtrise d'ouvrage déléguée, la maîtrise d'œuvre et autres missions d'étude ou d'assistance. Or, elle a considéré que le III et le IV de l'article 17, en prévoyant notamment que les dispositions de la loi MOP ne s'appliquaient pas, permettaient précisément un tel cumul des rôles.

L'Autorité a donc incité à ce que la SGP dispose des compétences et moyens d'expertise suffisants pour limiter au maximum les situations dans lesquelles elle n'assurait pas elle-même les études visant à déterminer la nécessité du recours aux dispositions dérogatoires du II et du III de l'article 17.

Sur le cumul de la maîtrise d'ouvrage déléguée et de la maîtrise d'œuvre prévu par l'article 18

L'Autorité a relevé que le maître d'ouvrage délégué pourrait dans nombre de cas être conduit à assumer lui-même la maîtrise d'œuvre. Aussi, a-t-elle estimé qu'il était probable qu'au moment de choisir le maître d'ouvrage délégué, la SGP prendrait en considération notamment la capacité de ce dernier à assumer, le cas échéant, la maîtrise d'œuvre des opérations, ce qui pourrait être au bénéfice d'opérateurs ayant à la fois l'expérience de la maîtrise d'ouvrage et celle de la maîtrise d'œuvre.

En revanche, il lui a semblé qu'il fallait écarter une application combinée des dispositions du III de l'article 17 et de l'article 18 qui permettrait aux trois opérateurs mentionnés d'être choisis comme mandataires du maître d'ouvrage sans mise en concurrence et de décider seuls d'assurer eux-mêmes la maîtrise d'œuvre.

Néanmoins, l'Autorité a recommandé une application mesurée des dispositions de l'article 18 de la loi relative au Grand Paris, eu égard à leur caractère dérogatoire à la loi MOP et à la notion d'urgence retenue à cet article, éléments conduisant à restreindre la concurrence sur les marchés concernés.

Sur le risque de contrôle du secteur de l'ingénierie ferroviaire par le recours à la sous-traitance à l'occasion des marchés confiés à la RATP, la SNCF et RFF en application des articles 17 et 18

L'Autorité a relevé que le recours à la sous-traitance devrait rester limité à des aspects marginaux de la tâche demandée. Elle a, en outre, souligné que la RATP et la SNCF étaient des entités adjudicatrices au sens de l'ordonnance n° 2005-649 et que tout recours à la sous-traitance de leur part devait respecter les principes et procédures prévus par l'ordonnance.

Par ailleurs, l'Autorité a expliqué que la présence sur le marché de l'ingénierie ferroviaire de filiales de la RATP et de la SNCF obligeait à être vigilant sur les risques de distorsion de concurrence liés aux éventuelles subventions croisées. Elle a précisé que cette diversification pouvait poser des problèmes de concurrence au regard des articles L. 420-2 du Code de commerce et 102 du TFUE, applicables aux abus de position dominante.

Pour prévenir les distorsions de concurrence, l'Autorité a indiqué qu'il fallait, ainsi qu'exposé dans l'avis 94-A-15 du 10 mai 1994 relatif à une demande sur les problèmes soulevés par la diversification des activités d'EDF et de GDF, assurer la « *séparation étanche entre les activités liées au monopole et celles relatives à la diversification* ». Pour l'Autorité, la filialisation garantit une véritable séparation et favorise une plus grande transparence des passerelles entre activités en monopole et activités concurrentielles, comme, par exemple, la facturation à son coût réel du réseau commercial de l'opérateur historique.

En l'espèce, l'Autorité a relevé que la RATP et la SNCF avaient diversifié leurs activités dans le domaine concurrentiel de l'ingénierie, notamment de l'ingénierie ferroviaire. Elle a recommandé que, tant qu'il ne serait pas recouru aux dispositions dérogatoires des articles 17 et 18, ce soient lesdites filiales et non les services de la RATP ou de la SNCF qui fournissent elles-mêmes, le cas échéant, des services d'ingénierie à la SGP.

En définitive, l'Autorité a estimé que la loi pouvait être mise en œuvre sans entraîner de graves restrictions de concurrence, à condition que la SGP fasse une application stricte et mesurée des dispositions dérogatoires aux principes et procédures de mise en concurrence.

Avis 10-A-22 du 19 novembre 2010 relatif au projet de lancement par la communauté urbaine de Bordeaux d'un marché de rames de tramway dans le cadre de l'extension de son réseau

Le 12 novembre 2009, la communauté urbaine de Bordeaux (CUB) a saisi l'Autorité de la concurrence pour avis, dans le cadre de l'extension de son réseau de transport par tramways, au sujet des questions posées, au regard du droit de la concurrence, par le lancement d'un marché de rames de tramway et de leur système d'alimentation électrique.

Le réseau de l'agglomération bordelaise, mis en service en 2003, a été doté d'un système d'alimentation électrique sans fil sur certains tronçons du centre-ville. Ce dispositif d'alimentation électrique par le sol (ci-après « *APS* ») a pour objet de permettre aux rames de traverser le centre historique de la ville sans recourir à des lignes aériennes de contact, lesquelles ne sont pas conformes aux exigences architecturales imposées par les Bâtiments de France.

Alstom Transport, qui est devenu propriétaire du système APS, était aussi le fournisseur des rames du tramway bordelais.

Dans le cadre de l'extension de son réseau, la CUB considérait qu'elle n'avait d'autre choix que de s'approvisionner exclusivement auprès d'Alstom Transport en rames et en système d'alimentation sans fil, en raison du refus du constructeur de vendre l'APS séparément de la rame et de fournir les spécifications d'interface entre les équipements embarqués de l'APS et la rame.

Aussi, la CUB interrogeait-elle l'Autorité, notamment sur le point de savoir si le comportement d'Alstom Transport pouvait être assimilé à l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché pertinent de la fourniture de rames de tramway et de systèmes d'alimentation électrique, notamment par refus de vente et par présentation d'une offre globale.

Sur le caractère économique de l'activité en cause

Au préalable, l'Autorité a d'abord souligné qu'il ne faisait aucun doute que l'activité d'Alstom Transport, consistant en la fourniture de rames de tramway et de leur système d'alimentation électrique, constituait une activité de production et de services au sens de l'article L. 410-1 du Code de commerce, soumise aux règles du droit de la concurrence.

À cet égard, elle a précisé que l'exercice d'une activité de transport de voyageurs par une collectivité territoriale relève d'une activité économique soumise aux règles du droit de la concurrence nonobstant le cadre juridique de l'activité, son mode de financement et les conditions de cet exercice. De même, elle a indiqué que l'achat par une collectivité publique de rames de tramway et de leur système d'alimentation électrique sur le marché de la fourniture de rames relève aussi d'une activité économique et doit être dissocié de l'acte juridique par lequel la commande publique est passée qui ne constitue pas une activité s'exerçant sur un marché.

Sur la décision de recourir à une procédure négociée sans mise en concurrence

L'Autorité a indiqué que la décision prise par la collectivité publique de recourir à une procédure négociée sans mise en concurrence, se fondant sur les droits d'exclusivité détenus par Alstom Transport sur ses rames et son système APS, mettait en œuvre les dispositions du Code des marchés publics et relevait du contrôle de légalité d'un acte administratif exercé par le juge administratif.

À cet égard, elle a précisé que, dans le cadre de son contrôle, le juge administratif devrait s'assurer que la décision prise par la CUB ne place pas la société Alstom Transport en situation d'abuser d'une éventuelle position dominante.

En revanche, elle a souligné qu'elle serait seule compétente pour apprécier les éventuels abus de position dominante reprochés le cas échéant à Alstom Transport, consistant par exemple à déposer une offre globale, aux motifs qu'un tel comportement est détachable de l'appréciation de la légalité de l'acte de consultation et relève de l'activité économique du soumissionnaire.

Sur l'application des règles de concurrence au cas particulier

L'Autorité a ensuite analysé le refus d'Alstom Transport au regard de la théorie des facilités essentielles et des autres règles de concurrence.

La théorie des facilités essentielles

L'Autorité a d'abord rappelé les critères pris en considération, notamment dans le cas où la facilité essentielle est un droit de propriété intellectuelle. Elle a indiqué que, dans ce cas, les critères sont renforcés par rapport à la théorie générale et que ce renforcement porte principalement sur la notion de produit nouveau correspondant à une demande des consommateurs, dont la mise sur le marché serait rendue impossible en raison du refus d'accès à l'infrastructure couverte par le droit de propriété intellectuelle.

En l'espèce, l'Autorité a relevé que le refus d'accès à la technologie portait simultanément sur des éléments couverts par les brevets de l'APS et sur des données non protégées (savoir-faire ou secret d'affaires). Elle a donc estimé que l'analyse devrait s'effectuer au regard des critères des deux théories.

Ce faisant, elle a observé que l'APS embarqué n'était pas strictement nécessaire à l'exercice d'une activité concurrente sur le marché des rames car l'alimentation par caténaires restait la norme et le recours à des technologies compatibles était autorisé.

Elle a également constaté que, si le refus d'Alstom était établi, ce refus pourrait recevoir des justifications objectives en termes d'intégration du système embarqué à la logique de rames et des risques que ferait courir sur les performances et la sécurité du matériel roulant l'intégration du module embarqué à la rame d'un constructeur tiers.

Pour ces motifs, l'Autorité a estimé que la théorie des facilités essentielles, que ce soit la théorie générale ou celle adaptée par la jurisprudence aux droits de la propriété intellectuelle, serait d'application malaisée.

Les autres règles de concurrence

L'Autorité a d'abord rappelé que pour qualifier un abus de position dominante, il faut au préalable rechercher l'existence d'une position dominante sur un marché pertinent.

À cet égard, elle a souligné que s'agissant de l'appréciation de la dominance d'une entreprise, l'analyse du marché pertinent n'est pas limitée à ces marchés instantanés que constituent les appels d'offres. En effet, pour déterminer si une entreprise active dans un secteur qui fonctionne par appel d'offres détient une position dominante, il peut être pertinent de retenir non pas le marché particulier résultant du croisement d'un appel d'offres et des soumissions qui ont été déposées en réponse, mais le marché plus général où sont actifs l'ensemble des opérateurs susceptibles de répondre à l'appel d'offres concerné.

En l'espèce, elle a précisé qu'il convenait de distinguer le marché initial de la constitution du réseau de tramways des marchés de développement du réseau.

Sur le marché initial de la constitution du réseau de tramways

L'Autorité a relevé, qu'à ce stade, la propriété intellectuelle détenue par Alstom sur son système APS ne pouvait fonder une position dominante en raison du choix

concurrentiel qui s'offrait à la collectivité publique entre les différentes technologies existantes.

Toutefois, elle a relevé que les choix alors opérés par la collectivité territoriale pouvaient ne pas être neutres au regard de l'intensité concurrentielle. En effet, ils étaient susceptibles de conditionner les choix futurs et de limiter la faculté d'arbitrage de la collectivité dans le choix des rames supplémentaires.

L'Autorité a donc estimé que c'était à ce stade que la concurrence devait être la plus intense car elle pouvait s'abstraire de contraintes technologiques affectant de manière induite les marchés d'extension du réseau ou de renouvellement du parc.

Aussi a-t-elle recommandé de favoriser l'expression du plus grand choix concurrentiel et de permettre la réversibilité des options technologiques initiales par tout moyen approprié.

Elle a donc fait les préconisations suivantes pour favoriser l'intensité concurrentielle lors du marché initial et des marchés ultérieurs :

- les collectivités publiques devraient organiser le découplage de leurs appels d'offres, les marchés du système d'alimentation et des rames étant scindés, afin de favoriser la multiplicité des réponses technologiques ;
- les collectivités publiques devraient prévoir l'appel d'offres le plus ouvert possible quant aux solutions techniques proposées en évitant tout ciblage *a priori* de la technologie de l'un des soumissionnaires potentiels ;
- les données assurant l'interopérabilité d'une rame concurrente devraient être fournies dès le marché initial pour desserrer aux stades ultérieurs la contrainte technologique induite par le marché primitif. Lors du marché initial, la collectivité devrait donc avoir communication des données assurant l'interopérabilité avec le système en place dans la perspective de marchés de renouvellement ou de complément. Ces spécifications devraient être actualisées périodiquement au fur et à mesure de l'exécution du marché.

Sur les marchés de développement du réseau

Au stade des marchés ultérieurs de renouvellement des rames ou d'extension de capacités, l'Autorité a relevé que la concurrence entre fournisseurs de rames devait s'exercer dans le cadre de la solution technique choisie initialement. La liberté d'acquisition de la collectivité était nécessairement réduite par la technologie d'alimentation électrique sans fil préexistante, par les investissements réalisés en application du choix technique effectué et par son système d'intégration à la rame.

L'Autorité a ainsi observé que la collectivité n'avait pas d'autre choix que de s'adresser au fournisseur détenteur de la technologie en renonçant à une mise en concurrence ou de mettre en compétition les fabricants de rames tiers, à condition qu'ils puissent fournir un matériel roulant compatible avec le système préexistant.

Or, cette compatibilité supposait que la rame puisse être alimentée sur tous les tronçons du réseau, qu'ils soient équipés en APS ou alimentés par la ligne aérienne de contact. La compétition entre les fournisseurs de rames ne pourrait être effective que si la collectivité était mise en mesure par le détenteur de la technologie

APS de fournir aux tiers fabricants soit la technologie elle-même (APS embarqué et données d'intégration à la rame) soit plus vraisemblablement les données techniques nécessaires.

Dès lors, l'Autorité a estimé que la collectivité devait être en mesure de fournir aux soumissionnaires potentiels les données techniques permettant d'assurer l'interopérabilité de la rame avec le système au sol préexistant.

S'agissant des données relatives à l'APS dont la communication était litigieuse dans le cadre du marché en cours, l'Autorité a fait les préconisations suivantes :

- la note de spécification des données d'interface entre l'APS au sol et le matériel roulant pourrait faire l'objet d'une expertise technique indépendante pour vérifier sa pertinence dans le cadre d'une mise en concurrence ;
- la communication par Alstom Transport de la note d'interfaces entre l'APS embarquée et le matériel roulant pourrait être effectuée, sous réserve que les risques d'intégration soient transférés au constructeur retenu.

Avis 10-A-25 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats de « management catégoriel » entre les opérateurs de la grande distribution à dominante alimentaire et certains de leurs fournisseurs¹⁹³

L'Autorité de la concurrence s'est saisie d'office le 19 mars 2010 sur les contrats de « *management catégoriel* » entre les opérateurs de la grande distribution à dominante alimentaire et certains de leurs fournisseurs.

Elle s'était fixé pour objectif d'estimer la fréquence et la portée des « *accords de management catégoriel* », d'identifier les motivations des opérateurs amont et aval à recourir à ce type de délégation et d'apprécier le pouvoir d'influence du « *capitaine de catégorie* » sur le distributeur qui l'avait choisi. Elle souhaitait également apprécier les risques que ces accords pouvaient faire peser sur la concurrence et évaluer les effets de la mise en œuvre de cette forme de coopération commerciale entre industriels et distributeurs sur le marché final.

L'Autorité a rendu un avis identifiant un certain nombre de risques potentiels et posant un cadre général dont l'objectif est de guider les comportements des acteurs du secteur.

Définitions et domaines d'application du management catégoriel

L'Autorité a expliqué que le management catégoriel (ou *category management* ou encore « *management par catégorie* ») était une pratique de marketing mise en œuvre dans les grandes surfaces commerciales, le plus souvent par l'intermédiaire ou avec la collaboration d'un ou de plusieurs fournisseurs.

¹⁹³. L'étude thématique « *Concurrence et distribution* » du présent rapport propose également une analyse détaillée de cet avis.

Elle a précisé que, pris dans son sens le plus général, le management catégoriel consistait à organiser et gérer la distribution d'une catégorie de produits comme une unité d'analyse stratégique, une « *catégorie* » de produits se définissant alors comme un ensemble de produits similaires, complémentaires ou substituables, répondant à une même logique de consommation. Elle a donné l'exemple de la catégorie « *petit-déjeuner* » où pouvaient être inclus, selon les distributeurs, les cafés, les thés, les chocolats en poudre, les céréales, les biscottes, les brioches, les jus de fruit, les viennoiseries fraîches, etc. Le management par catégorie consisterait alors, pour l'essentiel, à organiser la présentation de la catégorie de produits comme un ensemble cohérent plutôt que comme la juxtaposition de décisions portant sur chaque produit de la catégorie. La présence de « *capitaines de catégorie* » au sein des groupes de distribution (et salariés de ces mêmes groupes) répondrait à cet objectif.

L'Autorité a relevé que son avis intervenait relativement tôt dans le développement du management catégoriel en France : si l'apparition de ce mode d'organisation remonte au début des années 2000, son essor véritable pourrait n'avoir débuté qu'à partir de 2007-2008 et la plupart des acteurs interrogés se sont accordés à reconnaître que cette pratique ne pourrait concrètement faire sentir ses effets qu'à moyen ou long terme.

Néanmoins, elle a pu observer que tel que mis en œuvre dans le secteur français de la grande distribution à dominante alimentaire, le management catégoriel consistait en une collaboration plus ou moins étroite entre un fournisseur, fréquemment, mais pas systématiquement, choisi parmi les leaders de sa catégorie de produits, et un distributeur. L'objectif de telles collaborations serait de permettre aux distributeurs de mieux s'adapter aux évolutions de la demande (variabilité saisonnière, émergence de nouveaux besoins, etc.) et de l'offre (apparition de nouveaux produits) et d'encourager ainsi la croissance de l'ensemble de la catégorie de produits.

Modalités de la collaboration entre fournisseurs et distributeurs

Selon les opérateurs auditionnés et les documents transmis lors de l'instruction, l'Autorité a relevé que le fournisseur partenaire ne pourrait qu'émettre des recommandations au distributeur, relatives à l'assortiment, l'agencement des rayons et la politique promotionnelle de l'ensemble de la catégorie de produits sur laquelle porte la collaboration. Si dans certains cas, tous les fournisseurs d'une catégorie avaient le loisir de formuler des recommandations de ce type, dans d'autres cas en revanche, une collaboration privilégiée pouvait s'instaurer, le plus souvent à la demande du distributeur, avec un fournisseur, qui assistait alors à des réunions, suivait l'évolution de la catégorie de façon plus régulière et plus détaillée, notamment grâce à certains transferts de données, et bénéficiait d'une plus grande attention de la part du distributeur partenaire.

Selon toute vraisemblance, le fournisseur partenaire ne détiendrait formellement aucun pouvoir de décision, bien qu'il puisse, dans certains cas et selon certains opérateurs, bénéficier d'un accès facilité aux linéaires de ses distributeurs partenaires et qu'il lui serait alors possible de modifier, au moins à la marge, l'assortiment et

l'agencement d'un rayon à son avantage. Dans d'autres cas, des échanges spécifiques de données détaillées pouvaient également être effectués, permettant au fournisseur de suivre l'évolution de l'ensemble de la catégorie en revente chez le distributeur.

L'Autorité a souligné que la fréquence de ces partenariats était difficile à appréhender de façon statistique dans la mesure où il n'existait pas de contrats permettant formellement d'identifier l'existence de tels partenariats. Plusieurs fournisseurs importants ont toutefois indiqué être impliqués dans des partenariats de management catégoriel, parfois avec plusieurs distributeurs de façon simultanée. En outre, des partenariats relativement formalisés, impliquant un échange de données spécifiques et la tenue de réunions très régulières, ont été conclus. La sophistication croissante des données et la relance de la concurrence en prix dans le secteur de la grande distribution pourraient également favoriser un déploiement accru de telles collaborations.

Analyse concurrentielle du « management catégoriel »

Du point de vue de l'analyse concurrentielle, l'Autorité a relevé que l'absence de transfert du pouvoir de décision des distributeurs aux fournisseurs atténuait l'effet négatif que de telles pratiques pourraient entraîner pour le jeu concurrentiel. En effet, elle a estimé qu'il était plus difficile pour un fournisseur de mettre en œuvre une entente entre plusieurs distributeurs ou d'évincer des produits concurrents de sa catégorie, chaque distributeur restant décisionnaire de sa politique commerciale et pouvant toujours souhaiter dévier de la ligne d'action recommandée par son partenaire.

Néanmoins, elle a considéré que des risques concurrentiels demeuraient liés à ces collaborations, qu'il s'agisse de l'éviction de concurrents des linéaires du distributeur partenaire ou de la facilitation d'une pratique concertée, notamment entre distributeurs.

Les risques d'éviction des concurrents

L'Autorité a estimé que le capitaine de catégorie, participant parfois à la politique d'implantation des produits en magasin, pourrait chercher à profiter de sa relation privilégiée avec le distributeur pour influencer significativement l'assortiment et l'agencement des rayons, à son avantage et au détriment de ses concurrents, surtout lorsque ces derniers ont un moindre pouvoir de marché (PME, etc.) Par ailleurs, la spécificité du management par catégorie étant de fréquemment s'appuyer sur des comparaisons entre produits, l'Autorité a indiqué que lors des présentations faites au distributeur, le capitaine de catégorie pourrait être tenté de dévaluer volontairement la performance des produits concurrents en présentant des données erronées ou en faussant l'interprétation de données exactes.

Les risques d'échanges d'informations

L'Autorité a expliqué que les collaborations de management catégoriel étaient l'occasion d'échanges d'informations privilégiés entre fournisseurs et distributeurs : d'une part, le fournisseur partenaire accédait de façon exclusive à certaines données quantitatives transmises par le distributeur (données issues des cartes de fidélité, données sur les ventes, les prix et les stocks, par magasins et par référence sur une base hebdomadaire) et d'autre part, le capitaine de catégorie pouvait anticiper de façon privilégiée les évolutions de la stratégie commerciale du distributeur.

Les risques d'ententes, notamment entre distributeurs

L'Autorité a relevé que le management catégoriel pouvait favoriser la réalisation d'ententes horizontales entre distributeurs. En effet, dans le cas où un même fournisseur exercerait les fonctions de capitaine de catégorie auprès de plusieurs distributeurs de façon simultanée, le risque existe qu'il serve de « pivot » à une entente en facilitant la transmission d'informations entre distributeurs. Un fournisseur partenaire pourrait ainsi informer ses distributeurs partenaires de leurs intentions respectives et permettre la mise en œuvre d'une pratique concertée consistant, par exemple, en une hausse des prix et/ou en une réduction de la variété des produits mis en vente.

Les recommandations

À ce stade de déploiement des activités de management catégoriel et au vu des éléments qui ont pu être rassemblés quant à leurs effets, l'Autorité a estimé que la seule application des dispositions du Code de commerce sur les abus de position dominante et les ententes horizontales et verticales devrait suffire à prévenir les risques concurrentiels identifiés. À cet égard, elle a précisé que les grilles d'analyse présentées dans son avis devraient permettre aux opérateurs de vérifier la conformité de leurs pratiques avec le droit de la concurrence et qu'elles pourraient également aider à la réalisation d'un code de bonnes pratiques en matière de management catégoriel.

Néanmoins, l'Autorité a souhaité souligner trois points.

Premièrement, elle a rappelé que l'efficacité du droit de la concurrence dépendait étroitement de la veille concurrentielle menée par les opérateurs susceptibles d'être lésés par certaines pratiques. Or, dans le cas du management catégoriel, l'opacité à l'égard des tiers des relations entre les distributeurs et leurs fournisseurs partenaires était patente. L'Autorité a donc regretté que la désignation d'un capitaine de catégorie soit rarement rendue publique, par exemple par le biais d'un appel à candidatures décrivant les moyens mis en œuvre, et qu'il soit dès lors difficile pour les concurrents d'apprécier les effets de cette désignation sur leur présence dans les linéaires du distributeur partenaire.

Deuxièmement, l'Autorité a relevé qu'une large part des interrogations suscitées par le management catégoriel provenait de l'étendue variable des domaines d'intervention du fournisseur partenaire. L'absence de contrat ou de convention

précisant les tâches relevant effectivement du capitaine de catégorie et celles relevant exclusivement du distributeur partenaire, qui entraînait également l'absence de rémunération des prestations de management catégoriel, n'était pas étrangère aux suspicions qui pesaient sur cette pratique.

Troisièmement, l'Autorité a indiqué que les effets de certaines des pratiques mises en œuvre dans le cadre de partenariats de management catégoriel dépendaient étroitement de la part de marché couverte par le partenariat. Une attention particulière devrait donc être portée aux développements futurs des pratiques de management catégoriel, afin d'analyser dans quelle mesure des recommandations plus strictes, voire des dispositions législatives, devraient éventuellement être énoncées pour atténuer les risques d'effets anticoncurrentiels de ces collaborations si celles-ci venaient à couvrir des parts de marché importantes dans un nombre élevé de catégories de produits.

À cet égard, l'Autorité a estimé que la Commission d'examen des pratiques commerciales pourrait jouer un rôle très utile dans la formulation de bonnes pratiques et dans l'exercice d'une certaine vigilance au moment où se développent ces collaborations entre distributeurs et fournisseurs, dans un cadre encore très flou et relativement opaque.

*Avis 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et aux modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire*¹⁹⁴

L'Autorité de la concurrence s'est saisie d'office le 25 février 2010 afin d'appréhender les éventuels obstacles à la concurrence que pouvaient représenter, dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire, les modalités de gestion du foncier commercial, d'une part, et les contrats d'affiliation et de franchise, d'autre part.

Analyse concurrentielle

Au terme de son analyse, l'Autorité a estimé que le niveau de concentration de certaines zones de chalandises était élevé, notamment sur les formats des hypermarchés et du commerce de proximité. Elle a, en outre, constaté que la situation était figée en raison de barrières à l'entrée et des difficultés rencontrées par les magasins indépendants pour changer d'enseigne. Elle a ainsi relevé que, globalement, la durée d'implantation d'un hypermarché, entre la recherche du foncier commercial adéquat et la finalisation du projet, pouvait prendre entre sept à dix ans.

Ces difficultés à s'implanter résultent de la réglementation entourant l'exercice de l'activité de commerce alimentaire, de la relative rareté du foncier éligible à une activité commerciale à dominante alimentaire et de l'existence de recours contre

¹⁹⁴. L'étude thématique « *Concurrence et distribution* » du présent rapport propose également une analyse détaillée de cet avis..

les autorisations d'implantation et les octrois des permis de construire. Mais, elles sont également liées au comportement des groupes de distribution qui introduisent fréquemment dans les contrats de vente et d'achat des terrains des clauses de non-concurrence et des droits de priorité pouvant aller jusqu'à cinquante ans. L'Autorité a, par ailleurs, constaté que les six principaux groupes présents en France étaient rarement tous présents sur une même zone de chalandise et que si le consommateur disposait d'un choix important en terme de nombre d'enseignes, cette diversité ne reflétait pas forcément le degré de concurrence réel qui existait dans sa zone de chalandise.

Sur le format des hypermarchés par exemple et à un degré moindre des supermarchés, elle a indiqué qu'il demeurait fréquent qu'un groupe de distribution ne soit confronté, sur une zone de chalandise donnée, qu'à la concurrence de deux ou trois opérateurs. Quant au commerce de proximité, il demeurait majoritairement concentré autour de deux opérateurs. À cet égard, l'Autorité a souligné le cas de Paris, où seuls deux groupes de distribution, présents sous de nombreuses enseignes différentes, étaient réellement en concurrence.

L'Autorité a estimé que cette concentration des zones de chalandise était d'autant plus préoccupante que le secteur présente des barrières à l'entrée, résultant, notamment, des réglementations encadrant l'installation de nouveaux magasins et de la relative rareté du foncier commercial.

Dans ce contexte, elle a expliqué que tout comportement susceptible d'accroître les obstacles à l'entrée renforçait la concentration des zones de chalandises et était susceptible d'atténuer l'intensité de la concurrence entre magasins.

Au final, l'Autorité a souligné que c'est le consommateur qui était susceptible d'être lésé par ces comportements.

Les recommandations

S'étant saisie d'office pour avis, l'Autorité ne pouvait, dans ce cadre consultatif, qualifier les pratiques constatées au regard du droit de la concurrence. Elle a rappelé que seule la mise en œuvre d'une procédure pleinement contradictoire, telle qu'organisée par l'article L. 463-1 du Code de commerce, lui permet de porter une telle appréciation.

Elle s'est donc bornée à émettre des recommandations, récapitulées de façon synthétique dans un tableau, afin de faciliter l'implantation de nouveaux magasins et la mobilité des magasins indépendants entre enseignes concurrentes.

S'agissant du foncier commercial, l'Autorité a ainsi préconisé la suppression des clauses de non-concurrence et des droits de priorité dans les contrats de vente et d'acquisition de foncier commercial.

S'agissant des relations entre les groupes de distribution et leurs affiliés, elle a proposé :

- la conclusion d'un accord-cadre unique complété, le cas échéant, de contrats d'application ;

- la communication du projet d'accord cadre unique le plus en amont possible des pourparlers;
- le renforcement de l'information précontractuelle fournie au candidat à l'affiliation;
- la limitation de la durée des contrats d'affiliation à cinq ans maximum;
- l'harmonisation de la durée et des modalités de résiliation de l'ensemble des contrats constitutifs d'une même relation;
- l'interdiction des droits de priorité au profit des groupes de distribution dans les contrats d'affiliation;
- la limitation des clauses de non-réaffiliation et non-concurrence postcontractuelles dans les contrats d'affiliation, les statuts des sociétés communes et/ou dans les pactes d'associés à une durée d'un an et au magasin objet du contrat;
- l'étalement du paiement des droits d'entrée en lieu et place de leur paiement différé;
- l'encadrement des prises de participations des groupes de distribution au capital des sociétés d'exploitation de leurs magasins affiliés.

L'Autorité a souligné que la mise en œuvre de ces recommandations était dans les mains des opérateurs économiques concernés, notamment des groupes de distribution, qui avaient le pouvoir de modifier leurs contrats dans le sens préconisé par l'avis. Elle a, par ailleurs, indiqué qu'une intervention du législateur pourrait s'avérer opportune pour assurer durablement la fluidité du marché.

Avis 10-A-29 du 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne

L'Autorité de la concurrence a été saisie pour avis le 18 février 2010 par le ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi au sujet du fonctionnement de la concurrence dans le secteur de la publicité en ligne.

Elle a relevé qu'Internet occupait une place croissante dans la vie quotidienne des particuliers comme dans la sphère marchande. Les moteurs de recherche, et particulièrement la société Google, à l'origine de progrès considérables dans la qualité et la rapidité des recherches sur Internet, étaient devenus le point d'entrée et de référence pour de très nombreux internautes dans le monde. En jouant un rôle essentiel dans la navigation de ces derniers, les moteurs de recherche se sont également rendus utiles, sinon indispensables, aux nombreux acteurs, marchands ou non, souhaitant mettre en avant leurs contenus, leurs services ou simplement leur marque sur Internet.

L'Autorité a ainsi observé que les liens commerciaux offraient de nouveaux canaux aux annonceurs, particulièrement aux PME et aux e-marchands, qui pouvaient ainsi développer leurs activités à l'export ou apporter de nouveaux services ou des baisses de prix aux consommateurs par le développement de la distribution en ligne par exemple. La publicité constituait, en outre, une source de revenus importante permettant aux acteurs de l'Internet d'apporter aux internautes des services

et des contenus continuellement renouvelés, en alimentant ainsi un cycle d'innovation tout à fait vertueux dans son principe.

Cependant, l'Autorité a constaté que cette situation centrale des moteurs de recherche et de la société Google, qui s'est très rapidement retrouvée en position de leader, avait généré des critiques, voire des inquiétudes de la part de nombreux acteurs, dont certains s'estimaient victimes de comportements déloyaux voire illégitimes de la part du moteur de recherche. De manière schématique il s'agissait :

- de moteurs de recherche concurrents qui estimaient que l'hégémonie de Google résultait de pratiques de fermeture du marché, ou d'acteurs présents sur Internet qui redoutaient que les conditions dans lesquelles Google se diversifiait sur d'autres marchés ne relèvent pas d'une concurrence par les mérites ;
- de clients annonceurs ou d'éditeurs de sites Internet membres du réseau de syndication publicitaire de Google qui, compte tenu de leur faible pouvoir de négociation, dénonçaient des agissements arbitraires et opaques de Google ;
- de la presse, à la fois cliente, partenaire, concurrente et potentiellement fournisseur de Google, qui, outre les griefs déjà mentionnés ci-dessus, s'estimait victime de pratiques de parasitisme et de prix prédateurs aggravant la situation du secteur.

L'Autorité a rappelé que la mission « *Création et Internet* », confiée à MM. Patrick Zelnik, Jacques Toubon et Guillaume Cerutti, avait fait état de ces inquiétudes dans son rapport remis au ministre de la Culture et de la Communication en janvier 2010. Cette mission avait préconisé de saisir l'Autorité pour avis sur la situation du marché publicitaire en ligne.

Aussi, lorsque le ministre de l'Économie a saisi l'Autorité, il l'a l'invitée à se prononcer sur les points suivants :

- la segmentation éventuelle du marché de la publicité en ligne entre annonces contextuelles et « *display* » ;
- les barrières techniques à l'entrée sur le marché des moteurs de recherche, de nature à conférer au principal acteur de ce marché une position de force vis-à-vis des tiers ;
- les relations contractuelles entre éditeurs de sites, d'une part, et moteurs de recherche agissant comme régies, d'autre part ;
- les risques pouvant résulter de l'intégration verticale des activités de moteur de recherche et d'éditeur de sites ;
- la nature des remèdes aux risques éventuels d'atteinte à la concurrence qui pourraient être envisagés en vue de garantir une bonne régulation concurrentielle de la publicité en ligne.

A titre liminaire, l'Autorité a précisé que, parmi ces questions, nombre d'entre elles ne relevaient pas du seul droit de la concurrence. Certaines relevant du droit des marques ou des relations contractuelles, étaient de la compétence du juge commercial. D'autres découlaient du fonctionnement normal des marchés qui, tel Internet, est soumis à un processus d'innovation perpétuel, les nouveaux modèles, techniques ou économiques, remettant en cause les anciens, amenant chacun à se repositionner.

Or, à cet égard, l'Autorité a souligné qu'il était essentiel de ne pas entraver ce processus. En effet, elle a expliqué que les innovations technologiques étaient source de gains de productivité, d'investissements et d'emplois et contribuaient à animer la compétition sur les marchés. En particulier, l'apparition, puis l'enrichissement permanent, des moteurs de recherche avait apporté des fonctionnalités réellement utiles aux internautes, pouvant également être créatrices de valeur pour les annonceurs et les partenaires des réseaux de syndication.

La position dominante de Google sur le marché de la publicité liée aux moteurs de recherche

Pour apprécier les questions proprement concurrentielles, l'Autorité a lancé une enquête sectorielle, dont les conclusions sont résumées dans l'avis, afin d'examiner les différentes offres de publicité en ligne et de déterminer dans quelle mesure celles-ci pouvaient être interchangeables pour les annonceurs. Elle a étayé cet examen par une instruction approfondie, notamment au travers de questionnaires envoyés aux annonceurs, et l'a nourri des observations recueillies à l'issue d'un débat riche, associant de très nombreux acteurs concernés.

Il en est ressorti que les liens commerciaux proposés par les moteurs de recherche revêtaient une réelle spécificité pour les annonceurs, du point de vue de l'objectif de communication recherché, du ciblage offert, de la position dans laquelle ils intervenaient dans la navigation de l'internaute, ainsi que des modalités tarifaires. En particulier, les liens commerciaux sont apparus comme faiblement substituables aux offres d'affichages de bannières ou de vidéo (« *display* »). L'Autorité a relevé que le développement des *smartphones* et des réseaux sociaux, concentrant une part croissante du trafic, pourrait remettre en cause cette appréciation à l'horizon de quelques années. Cependant, à la date de l'avis, ces alternatives ne semblaient pas exercer de pression concurrentielle sensible sur les moteurs de recherche.

L'Autorité s'est également penchée sur la situation occupée par les principaux acteurs de la publicité en ligne en France, à savoir Google ainsi que Pages Jaunes. De nombreux éléments ont mis en évidence une position particulièrement forte occupée par Google : part de marché, niveau de prix, nature des relations avec les clients, niveau de marge, etc. En outre, les barrières à l'entrée sont apparues élevées pour développer une activité de moteur de recherche compétitive, compte tenu, notamment, des investissements en jeu pour le développement des algorithmes et de l'indexation des contenus, ainsi que de l'effet de taille.

Sous réserve de données ou d'arguments nouveaux n'ayant pas été portés à la connaissance de l'Autorité dans cette procédure consultative, ces éléments ont conduit à penser que Google disposait d'une position fortement dominante sur le marché de la publicité liée aux moteurs de recherche. Si la position de Pages Jaunes était également prépondérante sur les activités d'annuaire en ligne, les barrières à l'entrée paraissaient moindres.

Le fonctionnement concurrentiel du marché de la publicité en ligne

L'Autorité a précisé que la position dominante de Google n'était, bien sûr, pas condamnable en soi : elle résultait d'un formidable effort d'innovation, soutenu par un investissement important et continu. Seul l'exercice abusif d'un tel pouvoir de marché pourrait être sanctionné.

L'Autorité a donc examiné le fonctionnement concurrentiel du marché de la publicité en ligne et dressé, pour plusieurs types de pratiques, une grille d'analyse permettant d'apprécier leur compatibilité avec le droit de la concurrence.

Elle a distingué les possibles abus d'éviction, destinés à décourager, retarder ou éliminer les concurrents par des procédés ne relevant pas d'une compétition par les mérites (élévation artificielle de barrières à l'entrée, clauses d'exclusivité excessives par leur champ, leur durée ou leur portée, obstacles techniques, etc.) et les éventuels abus d'exploitation, par lesquels le moteur de recherche imposerait des conditions exorbitantes à ses partenaires ou clients, les traiterait de manière discriminatoire ou refuserait de garantir un minimum de transparence dans les relations contractuelles nouées avec eux.

L'Autorité, qui s'exprimait à titre consultatif et non contentieux, ne s'est pas prononcée sur la licéité de telles pratiques, qui auraient mérité, pour être poursuivies, des investigations souvent longues et complexes.

Pour autant, elle a montré que ce cadre d'analyse montrait bien que le droit de la concurrence pouvait mettre des bornes aux agissements de Google et répondre aux enjeux concurrentiels soulignés par les acteurs.

À cet égard, elle a rappelé que, saisie par la société Navx de pratiques opaques et discriminatoires de Google, elle avait ordonné au moteur de recherche de mettre en œuvre une série de mesures conservatoires, qui ont ensuite été pérennisées et précisées dans le cadre d'une procédure d'engagements. Elle a également indiqué que la Commission européenne venait, de son côté, d'ouvrir une procédure formelle concernant Google, qui devait, notamment, traiter de la question des modalités de classement des sites Internet par le moteur de recherche dans les résultats de recherche naturelle ou dans le cadre des liens commerciaux.

Les recommandations

L'Autorité n'a pas recommandé la mise en œuvre d'un cadre de régulation d'ensemble, à l'image de ceux qui ont été instaurés pour assurer l'ouverture à la concurrence des industries de réseaux.

Pour autant, elle a relevé que certaines questions nouvelles résultant du modèle spécifique des moteurs de recherche pouvaient appeler l'adoption de mesures ciblées par les pouvoirs publics, de manière à assurer un traitement non discriminatoire des acteurs sur un plan réglementaire et fiscal.

S'agissant en particulier de la presse, très concernée par l'avis, car étant à la fois cliente, partenaire, concurrente et potentiellement fournisseur de Google, l'Autorité a relevé que le cadre juridique issu de la loi Sapin concernant la transparence

dans le secteur de la publicité n'était pas pleinement adapté aux offres de Google, qui n'existaient pas lors de l'adoption de la loi. Par conséquent, elle a invité le législateur à préciser ou compléter ce cadre juridique afin de tenir compte des nouvelles conditions de fonctionnement du secteur de la publicité.

Elle a toutefois précisé que la presse était confrontée au défi du numérique et qu'il ne serait pas sérieux de désigner Google comme la principale cause des difficultés traversées par ce secteur. À cet égard, elle s'est félicitée des initiatives prises par les acteurs du secteur pour mutualiser leurs moyens et favoriser l'émergence d'un modèle payant. Dans un souci de sécurité juridique, l'avis a donné des éléments d'analyse sur la manière d'assurer la compatibilité des kiosques numériques envisagés avec le droit de la concurrence.

Les propositions de l'Autorité pour répondre aux préoccupations des acteurs sont récapitulées dans des tableaux à la fin de l'avis.

Avis rendus aux régulateurs

Avis 10-A-12 du 9 juin 2010 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en application de l'article L. 37-1 du Code des postes et communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de gros de la terminaison d'appel SMS sur les réseaux mobiles

Saisie le 23 avril 2010 par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ci-après « ARCEP ») en application des dispositions des articles L. 37-1, D. 301 et D. 302 du Code des postes et communications électroniques (ci après « CPCE »), l'Autorité de la concurrence a rendu un avis portant sur le deuxième cycle d'analyse des marchés de gros de la terminaison d'appel SMS sur les réseaux mobiles (période 2010-2013).

À titre liminaire, l'Autorité a distingué deux catégories de SMS :

- le SMS vecteur de conversation, le plus souvent entre deux personnes physiques, plus rarement entre une personne et une machine, ces SMS dits « *interpersonnels* » représentant plus de 90 % des terminaisons de SMS en volume ;
- le SMS vecteur de transmission d'un service de notification ou d'accès à un contenu, gratuit ou payant (de type météo, publicité, réponse annuaire, horoscope, alerte bancaire...), ces SMS dits « *de contenu* » mettant en relation un utilisateur final et une entreprise.

S'agissant des SMS de contenu, elle a souligné l'existence d'un type d'acteur particulier : l'agrégateur. Elle a précisé que l'agrégateur avait le statut d'opérateur de communications électroniques et se chargeait du raccordement technique des réseaux concernant l'envoi et la réception de SMS, en faisant l'interface entre les éditeurs de services et les opérateurs mobiles destinataires des SMS.

La nécessité de réguler les marchés de gros de la terminaison d'appel SMS sur les réseaux mobiles en métropole et dans les DOM

L'Autorité a rappelé que le Conseil de la concurrence avait rendu un avis 06-A-05 sur le premier cycle d'analyse (période 2006-2009).

Elle a également rappelé qu'en application du cadre communautaire des communications électroniques, l'ARCEP avait qualifié de pertinents pour la régulation *ex ante* les marchés de la terminaison d'appel SMS sur chacun des trois réseaux individuels des opérateurs mobiles métropolitains (Orange France, SFR et Bouygues Télécom). L'ARCEP avait, ensuite, désigné chacun d'entre eux comme opérateur puissant sur le marché de la terminaison d'appel SMS de son réseau.

Au-delà de l'obligation imposée aux opérateurs mobiles de faire droit aux demandes raisonnables d'accès et d'interconnexion formulées par tout opérateur de communications électroniques, une régulation tarifaire réduisant significativement les prix des terminaisons d'appel de chacun de ces opérateurs avait notamment été décidée, cet encadrement tarifaire se limitant à préciser des plafonds maximums.

Ce premier cycle ne concernait pas les DOM mais, dans son avis 06-A-05, le Conseil avait invité l'ARCEP à examiner la possibilité d'étendre la régulation à ces territoires.

Dans son avis, l'Autorité a constaté la persistance d'obstacles à la concurrence.

Elle a ainsi considéré que chaque opérateur mobile disposait d'un monopole et qu'aucun contre-pouvoir d'acheteur n'était venu contrebalancer ce pouvoir de marché. À cet égard, elle a estimé qu'aucun élément nouveau ne permettait de remettre en cause les analyses développées dans l'avis 06-A-05.

Elle a ensuite rappelé que l'inscription de marchés pertinents sur la liste des marchés régulables en application des articles L. 37-1, L. 38, L. 38-1 et L. 38-2 du CPCE ne se justifiait qu'au regard d'une analyse des obstacles au développement d'une concurrence effective, au vu de trois critères cumulatifs : l'existence de barrières à l'entrée et d'entraves au développement de la concurrence, l'absence de dynamisme de la concurrence et l'insuffisance du droit de la concurrence pour remédier à ces obstacles.

En l'espèce, elle a considéré que ces conditions étaient réunies tant en métropole que dans les DOM et a, dès lors, estimé qu'il était pertinent de maintenir une régulation en métropole et de l'étendre dans les DOM. La poursuite ou l'instauration d'un mouvement d'orientation des niveaux de charge de terminaison d'appel vers les coûts lui sont, en effet, apparues comme un moyen de préserver une concurrence sur le marché de détail, notamment dans une perspective de dynamisation du marché par les petits opérateurs ou par un nouvel entrant.

Les recommandations complémentaires

L'Autorité a souhaité revenir sur certains éléments d'analyse concurrentielle.

Après avoir abordé la question de la prise en compte, dans l'analyse de substitua- bilité, du développement des terminaux mobiles multimédias et des *smartphones*,

elle a abordé les problèmes spécifiques rencontrés par les agrégateurs et le lien entre les accords récents de baisse de charges de terminaison d'appel entre opérateurs métropolitains sur l'analyse de la puissance de marché de chaque opérateur mobile.

S'agissant des problèmes spécifiques rencontrés par les agrégateurs, l'Autorité a estimé que des risques de discrimination n'étaient pas à exclure, au vu de la structure de marché opposant, d'une part, les opérateurs mobiles verticalement intégrés et susceptibles de traiter les demandes des éditeurs de services sur le marché de détail et, d'autre part, les agrégateurs présents uniquement sur le marché aval en se fournissant en gros auprès de ces mêmes opérateurs mobiles.

Il lui est donc apparu légitime que l'ARCEP régule la relation entre les opérateurs mobiles et les agrégateurs de manière à s'assurer de l'absence de discrimination technique et tarifaire.

Dans le cadre de la régulation technique que l'ARCEP était susceptible de mettre en œuvre, l'Autorité a indiqué qu'il serait utile que cette dernière apporte les précisions nécessaires sur les prestations techniques accessibles aux agrégateurs dans le cadre de leur demande d'accès et d'interconnexion, sans préjudice de la possibilité pour elle de s'associer aux travaux de réflexion conduits en vue d'accroître l'efficacité de l'encadrement déontologique, au vu des risques que pourrait présenter pour les consommateurs le développement massif de SMS publicitaires de type *spam*.

Avis 10-A-17 du 29 juillet 2010 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en application de l'article L. 37-1 du Code des postes et communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de gros de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles en métropole et en outre-mer

Saisie le 25 juin 2010 par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ci-après «ARCEP»), l'Autorité de la concurrence a rendu un avis dans le cadre de la procédure d'analyse des marchés de gros de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles en métropole et en outre-mer.

L'ARCEP s'interrogeait sur la définition des marchés pertinents et sur la désignation des opérateurs exerçant une influence significative sur les marchés concernés. Sa demande d'avis s'inscrivait dans le cadre de la procédure définie à l'article L. 37-1 du Code des postes et des communications électroniques (ci-après «CPCE») selon lequel l'ARCEP détermine, après avis de l'Autorité de la concurrence, les marchés de produits et de services du secteur des communications électroniques pour lesquels elle souhaite imposer *ex ante* des obligations particulières aux opérateurs exerçant une influence significative.

L'avis de l'Autorité a été rendu dans le cadre du troisième cycle d'analyse de marché (période 2011-2013). Il a fait suite aux avis 04-A-17, 07-A-01 et 07-A-05.

La nécessité de maintenir une régulation *ex ante*

L'Autorité a relevé que plusieurs évolutions positives du marché de détail de la téléphonie mobile, en métropole (développement des offres d'abondance *all-net*, apparition de forfaits de communications fixes vers mobiles dans les offres *triple play* des fournisseurs d'accès à Internet) comme dans les DOM (réduction des écarts entre tarifs *on-net* et *off-net*, lancement d'offres d'abondance *all-net*), découlaient en grande partie de la régulation *ex ante* appliquée par l'ARCEP sur les marchés de gros de la terminaison d'appel vocal.

Pour autant, elle a constaté que l'écart qui demeurait entre les charges de terminaison d'appel pratiquées par les opérateurs et les coûts sous-jacents restait un obstacle au développement de la concurrence sur le marché de la téléphonie mobile, à la modération des prix des communications fixes vers mobiles et à l'apparition d'offres de convergence innovantes.

Or, l'Autorité a souligné que le prix des charges de terminaison d'appel était déterminant dans l'animation concurrentielle des marchés de détail. En effet, une charge élevée pouvait inciter les opérateurs à privilégier les appels à destination de leur réseau (*on-net*) au détriment des appels vers les réseaux concurrents (*off-net*). Les «*effets clubs*» en découlant, jouaient au détriment des petits opérateurs disposant d'un nombre d'abonnés plus restreint, dont les offres devenaient moins attractives.

Dans ces conditions, l'Autorité a émis un avis favorable à la proposition de l'ARCEP de maintenir une régulation sur ces marchés et appelé de ses vœux le maintien du rythme de baisse de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles.

En ce qui concerne Free Mobile et UTS Caraïbe, elle a estimé que l'absence d'ouverture de leurs services commerciaux justifiait qu'une régulation *ex ante* ne soit pas mise en place immédiatement les concernant.

Néanmoins, elle a estimé nécessaire que l'ARCEP se livre au plus vite à l'analyse des nouveaux marchés de gros de la terminaison d'appel de Free Mobile et UTS Caraïbe après l'entrée de ces acteurs sur le marché, sans attendre la mise en place du futur cycle de régulation.

La nécessité de favoriser l'émergence rapide de «*full MVNO*»

Afin que la régulation sur les marchés de gros bénéficie bien à l'ensemble des consommateurs, l'Autorité a, en parallèle, invité l'ARCEP à continuer de porter ses efforts sur le développement de la concurrence sur le marché de la téléphonie mobile, que ce soit en agissant sur la fluidité du marché comme elle a pu le faire pour la portabilité des numéros mobiles, ou en favorisant l'entrée de nouveaux opérateurs, qu'il s'agisse d'opérateurs de réseaux comme Free Mobile ou UTS Caraïbe, mais aussi d'opérateurs virtuels.

Comme elle l'avait déjà fait dans son avis 08-A-16, l'Autorité a souligné que les MVNO pouvaient jouer un rôle déterminant dans l'animation concurrentielle du marché, à la condition qu'ils disposent d'une autonomie suffisante vis-à-vis de leurs opérateurs hôtes, à la fois sur les plans contractuel, technique et économique.

À cet égard, elle a estimé que le modèle *full* MVNO permettait aux opérateurs virtuels de gagner en autonomie vis-à-vis de leur clientèle, en réactivité, en maîtrise de la qualité de leurs services et des coûts. À la différence de simples MVNO, les *full* MVNO possédaient en propre des éléments de réseaux comme les HLR (*home location register*) – bases de données contenant tous les paramètres relatifs aux cartes SIM ainsi que leur localisation –, et des éléments de cœur de réseau permettant de terminer les appels *via* un autre opérateur que l'opérateur de réseau hôte. Mais l'Autorité a constaté que, contrairement à la plupart des autres pays européens, le modèle *full* MVNO peinait à s'imposer en France. Elle a donc souhaité que soient mises en œuvre toutes les incitations de nature à convaincre les opérateurs ayant leur réseau propre de prendre l'engagement d'accueillir des *full* MVNO sur leur réseau.

Avis 10-A-18 du 27 septembre 2010 relatif à un projet de décision de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes portant sur le déploiement de la fibre optique en dehors des zones très denses

Le 27 juillet 2010, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ci-après «ARCEP») a sollicité l'avis de l'Autorité de la concurrence sur un projet de décision réglementaire concernant le déploiement de la fibre optique. A titre liminaire, l'Autorité a rappelé que les limites physiques des réseaux actuels de communications électroniques à haut débit appelaient le déploiement de réseaux de nouvelle génération à très haut débit, notamment de réseaux en fibre optique jusqu'à l'abonné (*fibre to the home*, ci-après «FTTH»). En France, le déploiement de ces réseaux a commencé depuis quelques années. L'ARCEP a estimé à 910 000 le nombre de foyers français qui, au 30 juin 2010, étaient éligibles à des offres commerciales à très haut débit sur technologie FTTH et à 365 000 le nombre de foyers abonnés à des offres à très haut débit (toutes technologies confondues). L'Autorité a également précisé qu'elle avait déjà rendu des avis, d'une part, sur les modalités du déploiement de la fibre optique en zones très denses (09-A-47) et, d'autre part, sur le «*programme national très haut débit*» du gouvernement (10-A-07). Le projet soumis à l'examen de l'Autorité portait, cette fois, sur les conditions de déploiement des réseaux de boucle locale en fibre optique dans les zones de moyenne et de faible densité, pour lesquelles le déploiement de plusieurs de ces réseaux est peu crédible à moyen terme.

La nécessité d'une régulation spécifique

L'Autorité a estimé que le déploiement d'un nouveau réseau en fibre optique appelait la mise en place d'un cadre de régulation *ex ante* clair et prévisible. En effet, par rapport aux zones très denses, où l'ARCEP avait d'ores et déjà défini les règles applicables pour permettre à chaque opérateur de déployer son propre réseau en fibre optique, les zones moins denses se caractérisaient par une appétence bien

plus faible des acteurs privés à investir. Comme l'ARCEP, l'Autorité a considéré que ces spécificités appelaient un cadre réglementaire adapté, visant à concilier incitation à l'investissement et préservation de la concurrence.

La nécessité d'une régulation adaptée, incitant à l'investissement et préservant la concurrence

En premier lieu, l'Autorité a soutenu l'ARCEP dans sa volonté de promouvoir le partage du risque, en permettant au plus grand nombre d'opérateurs de prendre part à l'investissement. Elle a estimé que le co-investissement, comme la mise à disposition de droits d'usage pérenne, permettait à la fois de favoriser l'investissement et d'apporter des garanties aux opérateurs quant à leurs conditions d'accès au réseau.

Pour autant, il lui a semblé essentiel que des offres de gros adaptées soient disponibles pour permettre aux petits opérateurs et aux nouveaux entrants, n'ayant pas la taille ou la puissance financière suffisante pour investir ou co-investir dans un réseau fibre, de servir le marché du très haut débit. Dans les zones moins denses, il lui est apparu peu crédible que de telles offres de gros émergent spontanément. Une offre de gros régulée, de type « *location à la ligne* », lui a ainsi paru indispensable, celle-ci pouvant donner lieu à une juste rémunération afin de maintenir une incitation à investir.

En deuxième lieu, l'Autorité a relevé qu'à la différence du réseau cuivre qui était déjà installé lorsqu'il a été ouvert à la concurrence par le biais du dégroupage, l'architecture du réseau fibre constituait un enjeu de régulation. L'opérateur déployant la fibre pourrait, en effet, être tenté d'opérer des choix d'architecture limitant les possibilités des concurrents de fournir des services très haut débit sur le réseau. Or, ces choix ne sont généralement pas réversibles à un coût raisonnable et il s'est, par conséquent, avéré indispensable que la régulation *ex ante* puisse les encadrer. Dans ce contexte, l'Autorité a appelé l'ARCEP à la plus grande vigilance concernant la question de la taille des points de mutualisation.

Les points de mutualisation sont les points de concentration du réseau auxquels l'opérateur a vocation à donner accès à son réseau en fibre optique desservant, en aval, les logements ou les locaux à usage professionnel. C'est là que les opérateurs devraient installer leurs matériels pour proposer des services très haut débit.

L'Autorité a relevé que des points de mutualisation trop petits pourraient durablement compromettre l'exercice de la concurrence, au détriment des consommateurs et des entreprises utilisatrices. Elle a estimé qu'il appartenait à l'ARCEP de vérifier que les contraintes avancées par les opérateurs utilisant la technologie PON pour limiter la taille des points de mutualisation étaient fondées sur des hypothèses solides et pérennes. En outre, si l'existence d'une offre de collecte pouvait constituer un palliatif, cela supposait *a minima* que l'existence d'une telle offre soit garantie et ses modalités encadrées par la régulation.

Dans un souci d'équilibre, l'Autorité a également invité l'ARCEP à prendre davantage en considération les spécificités de la technologie point-à-point sur la question de l'hébergement des équipements actifs.

En troisième lieu, l'Autorité a demandé à l'ARCEP d'affiner ou de préciser certaines des obligations qu'elle envisageait d'imposer afin de conserver un caractère incitatif au dispositif, et plus précisément :

- de limiter le risque juridique lié à des obligations de couverture qui seraient imprécises ;
- de prendre en compte la spécificité des projets des collectivités territoriales ;
- d'étudier la possibilité que l'opérateur initiant un déploiement ne soit pas nécessairement, en cas de co-investissement, le seul à assumer les obligations d'accès au réseau.

Enfin, l'Autorité a souligné la difficulté de la tâche de l'ARCEP : le manque de retour d'expérience compliquait la fixation de règles qui étaient pourtant nécessaires pour permettre aux acteurs d'investir en connaissance de cause. Comme plusieurs acteurs l'ont suggéré, l'ARCEP pourrait utilement prévoir une clause de rendez-vous pour ajuster ou compléter son dispositif autant que de besoin.

Avis 10-A-23 du 29 novembre 2010 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes sur les conditions de réalisation d'infrastructures et des réseaux de communications électroniques pour bénéficier des aides du fonds d'aménagement numérique des territoires

Le 18 octobre 2010, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ci-après « ARCEP ») a saisi l'Autorité de la concurrence pour avis, en application des dispositions de l'article 24 de la loi n° 2009-1572 du 17 décembre 2009 relative à la lutte contre la fracture numérique.

Le fonds d'aménagement numérique des territoires

La loi relative à la lutte contre la fracture numérique prévoyait la mise en œuvre d'un fonds d'aménagement numérique des territoires (ci-après « le fonds ») pour financer le déploiement d'infrastructures et de réseaux de communications électroniques à très haut débit. Ce fonds avait pour objet de contribuer au financement de certains travaux de réalisation des infrastructures et réseaux envisagés par les schémas directeurs territoriaux d'aménagement numérique mentionnés à l'article L. 1425-2 du Code général des collectivités territoriales.

La détermination de certains critères d'attribution des aides de ce fonds relevait de la compétence de l'ARCEP. Il en allait ainsi des conditions d'ouverture et d'accessibilité des infrastructures et réseaux aidés par le fonds : « *Les aides du fonds d'aménagement numérique des territoires ne peuvent être attribuées qu'à la réalisation d'infrastructures et de réseaux accessibles et ouverts, dans des conditions précisées par*

L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, après avis des associations représentant les collectivités territoriales et de l'Autorité de la concurrence et consultation des opérateurs de communications électroniques.»

Les aides concernées devaient être attribuées, sur demande, aux maîtres d'ouvrage des travaux de réalisation d'infrastructures et de réseaux par arrêté conjoint du ministre chargé de l'Aménagement du territoire et du ministre chargé des Communications électroniques pris après avis du comité national de gestion du fonds.

Le projet de décision transmis à l'Autorité avait également été soumis pour avis aux associations représentant les collectivités territoriales et fait l'objet, de manière parallèle, d'une consultation publique des opérateurs de communications électroniques.

Les recommandations

L'Autorité a estimé que le soutien financier mis en place par la loi pour favoriser le déploiement futur des réseaux à très haut débit devait remplir un objectif d'intérêt général que le marché ne suffisait pas à satisfaire.

À cet égard, elle a considéré que l'objectif d'assurer la fourniture de services de communications électroniques à très haut débit relevait de l'intérêt général, sous réserve de respecter certains critères de technologie, de couverture et de concurrence prédéfinis. Elle a donc précisé que c'est au regard de ces éléments que la mise en œuvre de l'action publique devait être analysée et que le projet de décision de l'ARCEP appelait les principales observations suivantes.

S'agissant du critère technologique, l'Autorité a indiqué qu'il était souhaitable d'explicitier le traitement des différentes technologies envisageables et, dans ce cadre, d'une part, de ne pas inclure dans le champ d'application de la loi les projets de montée en débit en l'état actuel de la technologie et, d'autre part, de clarifier la situation des réseaux câblés par rapport aux conditions d'ouverture que ce type de réseau était capable de garantir.

Au vu de la difficulté à justifier des projets limités à la réalisation de réseaux de collecte raccordant des réseaux d'accès préexistants, en particulier au regard du critère d'insuffisance de l'initiative privée, l'Autorité a ensuite estimé qu'il était préférable d'exclure ce type de projet du fonds d'aménagement des territoires, sauf en tant qu'accessoire à la réalisation d'un nouveau réseau d'accès à très haut débit.

À cet égard, elle a précisé qu'en portant sur le seul champ d'application du fonds d'aménagement numérique des territoires, cette analyse ne remettait aucunement en cause la légitimité d'une action des collectivités territoriales tendant à établir des réseaux de collecte pour structurer l'aménagement numérique de leur territoire.

L'Autorité a enfin relevé que l'hypothèse amenant à octroyer directement une aide financière publique à un acteur privé était potentiellement source de distorsions de concurrence. Dans ces conditions, elle a indiqué que la définition de garde-fous aussi bien en termes de procédure qu'en termes de prévention des risques de conflits d'intérêt apparaissait nécessaire.