

...Études thématiques

Études thématiques

| | |
|--|-----|
| La preuve des accords de volontés constitutifs d'entente . . . | 77 |
| L'objet de la preuve (principes généraux) | 80 |
| Les preuves | 111 |
| Conclusion | 138 |
| Les barrières à l'entrée | 139 |
| Typologie des barrières à l'entrée | 140 |
| L'utilisation des barrières à l'entrée en contentieux et en contrôle des concentrations | 149 |
| La prévention des barrières à l'entrée et de leurs effets | 156 |
| Conclusion | 160 |

Études thématiques

■ La preuve des accords de volontés constitutifs d'entente

La maxime latine *Idem est non esse et non probari*¹ illustre bien l'importance de la preuve : le droit existe indépendamment de la preuve mais ne vit pleinement que grâce à elle. En droit de la concurrence comme en droit pénal, la charge de la preuve obéit très étroitement à l'adage selon lequel la charge incombe au demandeur. La présomption d'innocence et le doute qui profitent au mis en cause imposent de rapporter la preuve de la culpabilité sans laisser d'ombre. Le fardeau de la preuve pèse plus lourdement que sur le demandeur au procès civil.

L'objet de la preuve porte, s'agissant d'une entente, sur les éléments constitutifs de l'infraction administrative, telle qu'elle est définie par les textes.

L'article L. 420-1 du Code de commerce dispose que « *sont prohibées, 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 ».

En vertu du 1° de l'article 81 du traité CE : « *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*

1. « *Ce qui n'est pas prouvé n'est pas.* »

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 :

- *fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction ;*
- *limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements ;*
- *répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ;*
- *appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes [...] ;*
- *subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires [...]. »*

Ces textes ne définissent l'entente, comportement prohibé, que par des catégories juridiques impliquant toutes une certaine idée de concertation ou de concours de volonté, ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de fausser ou de restreindre la concurrence. La constatation de la violation des articles L. 420-1 du Code de commerce ou 81 du traité suppose donc la démonstration d'un accord de volontés qui se manifeste, comme il est défini à l'article L. 420-1 du Code de commerce – notamment car la liste n'est pas limitative – sous forme d'« *actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions* », l'article 81 du traité parlant quant à lui d'« *accords entre entreprises* », de « *décisions d'associations d'entreprises* » et de « *pratiques concertées* ».

78

Les éléments constitutifs d'une entente anticoncurrentielle sont triples :

- un élément subjectif : un concours de volontés entre entreprises, souvent baptisé « *entente* » ;
- un élément matériel : ce concours de volontés doit avoir un objet ou un effet anticoncurrentiel ;
- un lien de causalité entre les deux éléments.

La présente étude portera essentiellement sur la preuve de l'accord de volontés. Les preuves de l'objet et de l'effet des ententes ne feront, en effet, pas l'objet de développements spécifiques, mais seront parfois jointes aux parties consacrées aux preuves des différentes formes d'accords de volontés, lorsque la clarté de l'exposé le nécessitera (voir, sur le fond, l'article sur « *objet, effet et intention anticoncurrentiels* » dans le rapport annuel du Conseil pour 2003, pp. 55 sqq).

La démonstration du concours de volontés comme l'un des éléments constitutifs essentiels de l'infraction emporte deux conséquences.

En premier lieu, elle place le processus de création du contrat, le concours de volontés, principe fondateur du droit civil, au cœur d'un processus de poursuite quasi répressif. En droit de la concurrence, on verra que l'on n'aborde pas seulement des relations contractuelles, mais aussi des pratiques concertées qui ne remplissent pas toutes les conditions juridiques du contrat, ni même de l'accord, et n'ont pas la même valeur entre les parties.

En second lieu, les pratiques d'entente étant dissimulées dans la plupart des cas, l'accord de volontés est difficile à déceler, plus encore que la restriction de concurrence qui en résulte.

Ainsi que le Conseil de la concurrence le rappelait dans son rapport annuel pour 1993, « *c'est essentiellement en matière d'entente que l'administration de la preuve de pratiques anticoncurrentielles présente des difficultés* » (p. 37).

Conscientes de ces difficultés, les juridictions françaises comme communautaires ont largement admis la preuve des ententes par regroupement d'indices d'origine et de nature variées.

Ainsi, la Cour de justice des communautés européennes a-t-elle récemment relevé, dans un arrêt du 25 janvier 2007 (Sumitomo Metal Industries Ltd ; C 403/04 P et C 405/04 P) : « [...], *il est usuel que les activités, que des pratiques et accords anticoncurrentiels comportent, se déroulent de manière clandestine, que les réunions se tiennent secrètement, et que la documentation y afférente soit réduite au minimum. Il s'ensuit que, même si la Commission découvre des pièces attestant de manière explicite une prise de contact illégitime entre des opérateurs, celles-ci ne seront normalement que fragmentaires et éparses, de sorte qu'il se révèle souvent nécessaire de reconstituer certains détails par des déductions. Dès lors, dans la plupart des cas, l'existence d'une pratique ou d'un accord anticoncurrentiel doit être inférée d'un certain nombre de coïncidences et d'indices qui, considérés ensemble, peuvent constituer, en l'absence d'une autre explication cohérente, la preuve d'une violation des règles de la concurrence (arrêt Aalborg Portland e.a. / Commission, précité ², (points 55 à 57))* » (§ 51).

Les preuves admissibles en droit de la concurrence, qui reposent largement sur des présomptions de fait, reflètent cette difficulté d'établissement de la preuve.

La preuve de l'accord de volontés constitutif d'entente pose donc deux questions principales qui constitueront les deux grandes parties de cette étude :

L'objet de la preuve

Ce premier point permettra d'aborder les deux éléments nécessaires pour démontrer à suffisance de droit l'existence d'une entente : l'existence d'un concours de volontés entre au moins deux volontés indépendantes :

- 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 : cette partie permettra de souligner que le nœud de volonté est plus ou moins « serré », le concours de volontés plus ou moins intense, selon le type d'entente concerné.

Les preuves en elles-mêmes

Ce second point se décompose en deux sous-parties :

- la charge de la preuve et les modes d'administration de la preuve (administration loyale de la preuve, dans le respect de la présomption d'innocence) ;
- les principaux modes de preuve admissibles en matière d'entente (directes et indirectes).

2. CJCE, 7 janvier 2004, C-204/00P, 205/00P, 211/00P, 213/00P, 217/00P et 219/00 P.

En revanche, l'admissibilité des différents supports de preuves et leur valeur probatoire ne seront pas étudiées dans la présente étude ³.

L'objet de la preuve (principes généraux)

Dans un arrêt du 9 janvier 2001 (SEEE), la cour d'appel de Paris rappelait que « *pour que la pratique puisse être sanctionnée sur le fondement des articles L. 420-1, L. 462-6 et L. 464-2 du Code de commerce, [il faut] que les entreprises aient librement et volontairement participé à une action concertée, en sachant qu'elle avait pour objet ou pouvait avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché* ⁴ ».

Cet attendu de principe souligne que les entreprises doivent avoir librement et volontairement participé à une action concertée, en connaissance de cause. Cette définition jurisprudentielle précise les deux principales composantes de l'accord de volontés, qui se noue entre plusieurs volontés autonomes et indépendantes, économiquement et juridiquement, l'une de l'autre, et qui se caractérise par un objet commun (contrat ou pratique concertée) et par la participation de chaque volonté particulière à cet objet commun.

L'existence de volontés indépendantes

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* ⁵ ».

- l'accord de volontés des entreprises 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 ;
- il se noue entre personnes « *juridiquement et économiquement distinctes* » ;
- l'adaptation au droit de la concurrence du principe d'autonomie de la volonté nécessite aussi des développements particuliers.

3. Ce sujet nécessiterait à lui seul la réalisation d'une étude thématique (preuves documentaires, aveux, déclarations, déclarations anonymes, enregistrements pratiqués à l'insu des parties, pièces tirées d'une autre procédure pénale) et englobe la preuve de toutes les pratiques anticoncurrentielles, et non seulement des ententes.

4. Soulignement ajouté.

5. Soulignement ajouté.

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 morale⁶ dans une infraction administrative d'entente suppose l'intervention des personnes physiques qui la représente. En effet, si personne n'a jamais vu une personne morale commettre une infraction, pas davantage n'a-t-on vu une personne morale assister à une réunion, signer un contrat.

L'accord de volontés, matérialisé par une transaction entre personnes physiques qui représentent la personne morale, nécessite le support d'une intervention humaine.

La personne morale ne sera responsable que 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.

Devant le Conseil, les moyens tirés du défaut de représentativité du représentant de l'entreprise ou encore de l'absence d'« *intérêt* » de l'entreprise dans le comportement de ce représentant sont parfois soulevés.

D'une façon générale, un cadre dirigeant d'une entreprise, ou *a fortiori* un mandataire social, est réputé représenter ou engager l'entreprise qui l'emploie lorsqu'il agit dans le cadre de ses activités professionnelles. L'entreprise ne peut donc prétendre que son dirigeant a agi à titre personnel et que ses comportements ne l'engageaient pas, ainsi que le Conseil l'a rappelé dans deux décisions récentes (06-D-03 *bis* et 06-D-30).

Pour mémoire, la participation frauduleuse, « *personnelle et déterminante* » de la personne physique « *dans la mise en œuvre* » de l'entente est pénalement réprimée par l'article L. 420-6 du Code de commerce.

Le concours de volontés suppose au moins deux volontés, dont l'une émane d'une « entreprise »

La nature des sujets du droit de la concurrence n'est pas définie. En effet, alors que l'article 81 du traité CE 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.

Se fondant sur une lecture littérale de l'article L. 420-1 du Code de commerce, le Conseil avait souligné, dans une décision 99-D-41 du 22 juin 1999 relative à des pratiques mises en œuvre par le Comité intersyndical du livre parisien dans le secteur de l'imprimerie de publications, qu'il résultait des termes mêmes du libellé des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 du traité « *qu'il n'est pas nécessaire que les actions concertées, les conventions, ententes expresses ou tacites, ou coalitions prohibées qu'il vise soient mises en*

6. On verra plus loin qu'une « *entreprise* » sujet de l'entente, peut être aussi une personne physique, mais dans la plupart des cas, il s'agit de personnes morales.

œuvre par des entreprises au sens du droit de la concurrence ; [...] il n'y a donc pas lieu de rechercher si les syndicats de salariés en cause ou leur coordination constituent une entreprise au sens du droit de la concurrence ».

Cette décision a été annulée par la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 29 février 2000, dans lequel la cour souligne que le droit de la concurrence s'applique, en vertu de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (actuel article L. 410-1 du Code de commerce), à « *toute entité qui, quelle que soit sa nature ou sa forme juridique, exerce une activité de production, de distribution, ou de service* » et que pour appliquer l'article 7 de l'ordonnance (actuel article L. 420-1 du Code de commerce), il convient de rechercher « *si l'une au moins des parties*⁷ *à l'entente, peut être considérée comme acteur économique exerçant une activité sur le marché* ». Cette jurisprudence confirme donc que des entités qui ne constituent pas des entreprises au sens du droit de la concurrence peuvent être sanctionnées pour avoir participé à une entente, mais elle ne reconnaît l'existence d'une entente que si au moins une entreprise y a participé. Mais la Cour de cassation, dans un arrêt du 15 janvier 2002⁸, semble revenir à la conception qui est celle du droit communautaire, à savoir que seules des entreprises au sens large du droit de la concurrence, tel qu'il va être défini ci-dessous, peuvent participer à une entente et être sanctionnées.

Il convient de signaler que cette divergence entre la jurisprudence de la cour d'appel de Paris et la jurisprudence communautaire, soulignée en son temps par la doctrine, est sans portée pratique, car le Conseil n'a jamais, à ce jour, sanctionné des entités qui ne constitueraient pas des entreprises, pour avoir participé à une entente⁹.

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, 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*

7. C'est nous qui soulignons.

8. « *Attendu qu'après avoir relevé que l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, qui définit le champ d'application de cette dernière, vise les entités qui exercent une activité de production, de distribution ou de service et admis que tel pourrait être le cas, notamment, d'une organisation syndicale qui se livrerait à une activité économique, distincte de sa mission première de défense des intérêts de ses adhérents, l'arrêt retient qu'en l'espèce, le Conseil de la concurrence a exclu que les syndicats parties à l'entente incriminée aient une activité économique sur le marché voisin du placement des travailleurs et relève qu'aucune activité de cette nature ne leur est imputée sur le marché de référence ; que les juges en déduisent que ces syndicats n'ont pas la qualité d'acteurs économiques, même si, par une action ponctuelle, ils ont pu porter une atteinte à la concurrence ; qu'en l'état de ces constatations et énonciations, la cour d'appel, qui ne s'est pas fondée sur le caractère isolé des agissements en cause, mais sur l'absence d'activité économique des syndicats poursuivis au sens de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 devenu l'article L. 410-1 du Code de commerce, a décidé à bon droit que les dispositions de l'article L. 420-1 du même Code ne leur étaient pas applicables ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches.* »

9. Mais il est vrai que l'extension de la notion d'« *entreprise* » à tout organisme collectif (syndicat, ordre professionnel...) qui sort de son rôle de défense des intérêts de ses membres, pour agir sur un marché en adoptant des décisions qui touchent à la politique commerciale de ceux-ci, réduit singulièrement les cas où l'on peut se trouver en présence de « *non-entreprises* ».

offrir des biens ou des services sur un marché donné [...] » (CJCE, 18 juin 1998, Commission/Italie C-35/96 § 36) ou encore toute « activité à but lucratif ou non, qui implique des échanges économiques » (Commission, Coupe du monde de football 1998, n° 2000/12/CE, 20 juillet 1999).

Le statut juridique est donc indifférent. L'entreprise peut ne pas être dotée de personnalité juridique, ainsi que l'a récemment rappelé la Cour de justice des communautés européennes dans un arrêt du 28 juin 2005, Dansk Rorindustri A/S : « [...] la notion d'entreprise au sens des dispositions du traité en matière de concurrence n'exige pas que l'unité économique concernée soit dotée de la personnalité juridique [...] » (§ 113).

La forme juridique de l'entreprise importe peu ; il peut s'agir d'un démembrement de l'État sans personnalité juridique autonome (Service des monnaies et médailles, Direction de la météorologie nationale en France), d'une société, d'un établissement public, de coopératives, de fondations, d'entreprises artisanales ou de personnes physiques exerçant une activité économique ou une profession libérale ¹⁰.

La nature de l'activité en cause constitue le critère essentiel. La détermination de cette nature n'étant pas toujours évidente, une analyse « multicritères » peut être engagée : si l'offre proposée par l'organisme est en concurrence avec des offres identiques sur un marché, cela peut constituer un indice.

Les organismes dont les activités ne présentent pas un caractère économique ne constituent pas des entreprises. Cette définition exclut les organismes dont la fonction est purement sociale (CJCE, 17 février 1993, Poucet et Pistre, C160/91) ou qui sont chargés de missions de service public et investis de prérogatives de puissance publique (lutte contre la pollution ou contrôle de l'espace aérien, par exemple ¹¹).

L'entreprise peut ne pas intervenir directement sur un marché, mais indirectement en exerçant un contrôle sur un opérateur actif sur ce marché. Ce contrôle doit donner lieu à une immixtion directe ou indirecte dans la gestion de l'opérateur du marché, immixtion qui la fait participer aux activités économiques exercées par l'entreprise contrôlée ¹². Ainsi, la Cour de justice des communautés européennes, statuant sur une question préjudicielle, a-t-elle récemment avancé qu'une fondation bancaire pouvait, sous certaines conditions, recevoir la qualification d'entreprise au sens du droit de la concurrence (CJCE, 10 janvier 2006, Cassa di Risparmio di Firenze et autres, C-222/04).

La Cour de justice des communautés européennes a rappelé, dans un arrêt Fenin du 11 juillet 2006 (C-205/03 P) que « c'est le fait d'offrir des biens ou des

¹⁰. En 1993, la Commission européenne a, pour la première fois, clairement affirmé l'application du droit de la concurrence aux professions libérales dans une décision du 30 juin 1993 (93/438/CEE), et a exposé que « le fait que l'activité des expéditeurs en douane soit considérée par le droit italien comme une profession libérale ne fait pas obstacle au fait que les expéditeurs en douane sont des entreprises qui exercent une activité économique ».

¹¹. CJCE, Eurocontrol, 364/92, § 30 : « Prises dans leur ensemble, les activités d'Eurocontrol, par leur nature, par leur objet et par les règles auxquelles elles sont soumises, se rattachent à l'exercice de prérogatives, relatives au contrôle et à la police de l'espace aérien, qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique. Elles ne présentent pas un caractère économique justifiant l'application des règles de concurrence du traité. »

¹². Dans le cadre d'une unité économique qu'ils forment ensemble.

services sur un marché donné qui caractérise la notion d'activité économique » et non l'activité d'achat en tant que telle. L'activité d'achat ¹³ ne relève du droit de la concurrence que si elle s'effectue en vue d'une revente sur un marché. Ainsi, c'est le caractère économique ou non de l'utilisation ultérieure du produit acheté qui détermine le caractère de l'activité d'achat. En conséquence, lorsqu'une entité achète un produit pour en faire un usage dans le cadre d'une activité non économique, par exemple une activité de nature purement sociale, même si elle peut exercer un pouvoir économique important en tant que puissance d'achat, elle n'agit pas en tant qu'entreprise ¹⁴.

Il convient de signaler le caractère extensif de la définition d'« entreprise » qui accompagne le champ grandissant d'application du droit de la concurrence. Un bon exemple est fourni à cet égard par le secteur de la Sécurité sociale ¹⁵.

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 rappelait 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 entre 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 juridique-

13. Dès 1991, dans son rapport annuel, le Conseil avait souligné que « *la libre expression de choix par les demandeurs joue un rôle crucial dans l'économie en ce sens qu'elle oriente, si elle n'est pas mise en échec par des pratiques anticoncurrentielles émanant des offreurs, les ressources vers les emplois qui sont les plus appréciés et permet ainsi d'obtenir l'efficacité du système économique. Il n'appartient donc pas à l'organisme exclusivement chargé de veiller à ce que la demande puisse s'exprimer aussi librement que possible, de critiquer les conditions dans lesquelles cette liberté a été utilisée* ».

14. Ainsi, le Service national de santé espagnol, organisme gérant le système national de santé publique espagnol, qui fournit gratuitement des prestations de santé à ses assurés, ne constitue pas une entreprise, lorsqu'il achète à une association (la FENIN) les produits utilisés dans les hôpitaux espagnols, car il ne vend pas ses prestations sur un marché (arrêt Fenin).

15. Une abondante jurisprudence relative au secteur de la sécurité sociale est venue distinguer, parmi les activités des organismes de sécurité sociale, celles qui ne constituent pas des activités économiques, à savoir celles :

- dont le mode de fonctionnement relève d'un système de répartition, qui ne peut que relever de l'État, et n'obéit pas à une logique de marché ;
- dont le niveau des contributions et des prestations est fixé par la loi et ne relève pas d'une logique économique (les prestations versées ne dépendent pas des contributions initiales) ;
- pour lesquelles le principe de solidarité occupe une part importante, étant précisé que la poursuite d'une finalité sociale (ou l'absence de but lucratif) ne suffit pas, à elle seule, à exonérer des organismes de l'application du droit de la concurrence.

En application de ces critères, la Cour de justice des communautés européennes a jugé, dans l'arrêt Poucet et Pistre du 17 février 1993, que les organismes chargés de la gestion de certains régimes obligatoires de sécurité sociale ne sont pas des entreprises, tandis que les organismes chargés de gérer les régimes complémentaires (CJCE, 16 novembre 1995, FFSA) ou des fonds de pension chargés de la gestion d'un régime de pension complémentaire (CJCE, 21 septembre 1999, Albany International BV ; C-6796) le sont.

ment indépendantes ¹⁶. 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 concours de volontés entre plusieurs volontés indépendantes, engagé dans des actes en apparence unilatéraux**

Certaines actions, en apparence unilatérales, révèlent, en réalité, une entente. Tel est le cas des actes des syndicats, des groupements ou des ordres professionnels. Lorsque le syndicat ou le groupement agit, il révèle une collectivité d'agents réunis par un intérêt commun et exprime leur volonté collective. Le concours de volontés entre membres est présumé. 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 un acte de production, de distribution ou de service qui constitue une entente.

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 donc présumées constituer des accords entre leurs membres, en vertu de la jurisprudence de la Cour de cassation. Dans un arrêt de principe du 16 mai 2000 (Ordre national des pharmaciens), la Cour de cassation a en effet jugé qu'« *un ordre professionnel représente la collectivité de ses membres et [...] [qu']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* ».

De même, dans le domaine de l'action syndicale, la Cour de cassation a-t-elle réaffirmé, dans un arrêt du 15 janvier 2002 (société Les meilleures éditions), le principe de l'absence d'immunité des syndicats au regard du droit de la concurrence, dès lors qu'une organisation syndicale « *se livrerait à une activité économique, distincte de sa mission première de défense des intérêts de ses adhérents* ¹⁷ ».

¹⁶. 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.

¹⁷. De même, dans un arrêt du 26 octobre 2004 rendu sur le recours formé contre la décision 04-D-07 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la boulangerie dans le département de la Marne, la cour d'appel de Paris a rejeté l'argumentation de la fédération départementale de la boulangerie-pâtisserie de la Marne (auteur avec 26 boulangers d'une entente sur le prix de la baguette) qui tentait de s'exonérer en expliquant qu'elle s'était strictement tenue à son rôle d'information et d'assistance de ses membres : « [...] *en donnant à ses membres et en faisant diffuser par ses délégués de secteur la consigne de pratiquer un même prix de vente pour la baguette de pain, alors que la fixation de ce prix doit résulter de critères objectifs parmi lesquels, notamment, les coûts de revient des prestations fournies, cet organisme professionnel est sorti de sa mission de défense des intérêts de la profession qu'il représente en faisant obstacle à la fixation du prix d'une denrée de base par le jeu du marché.* »

Enfin, dans sa décision viande bovine (décision du 2 avril 2003 ; COMP/C. 38 279/F3), la Commission a insisté sur la responsabilité des syndicats : « *La Commission reconnaît l'importance de la liberté syndicale [...]. [...] Toutefois, de telles organisations sortent des limites de cette mission lorsqu'elles prêtent leur concours à la conclusion et à la mise en œuvre d'accords méconnaissant des règles d'ordre public, telles que les règles de concurrence. En l'occurrence, la conclusion d'un accord entre organisations agricoles et organisations d'opérateurs en aval qui tend à suspendre les importations et à convenir d'un prix minimum d'achat sort des limites de l'action syndicale légitime* » (§ 112).

Les pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par ces organismes sont régulièrement jugées comme constitutives d'ententes prohibées. Ainsi, la cour d'appel de Paris a-t-elle, dans un arrêt du 29 juin 2004 (CNPA), approuvé le Conseil d'avoir sanctionné le Conseil national des professionnels de l'automobile (CNPA) pour des pratiques d'incitation au boycott, et de menace de boycott, constitutives d'ententes dirigées contre une banque et un quotidien régional. Le CNPA avait, d'une part, invité ses adhérents à boycotter l'établissement de crédit car celui-ci avait noué des relations commerciales avec des distributeurs automobiles indépendants et, d'autre part, averti le quotidien de la possibilité de voir ses adhérents ne plus recourir à ses services publicitaires au motif que des annonces, présentées comme illégales, y étaient insérées par des mandataires.

Les organisations professionnelles constituant elles-mêmes des réunions d'entreprises, elles sont davantage l'instrument de l'entente que les participants autonomes à l'entente, puisque c'est au bénéfice des membres que sont accomplies les infractions. C'est la raison pour laquelle les autorités de concurrence, au-delà du montant des cotisations que perçoivent ces organismes, prennent en compte les chiffres d'affaires des entreprises membres pour fixer le montant de l'amende à leur infliger ¹⁸.

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 l'accord de volontés en droit communautaire, selon l'article 81 du traité.

Dans un arrêt du 2 octobre 2003 (Eurofer ASBL), la Cour de justice des communautés européennes a jugé que cette notion n'était pas subsidiaire à celle d'accord et qu'une même pratique d'échange d'informations anticoncurrentielle pouvait être qualifiée d'accord entre les membres du cartel et de décision de l'association dont ils sont membres. La sanction infligée aux membres dépendra de leur participation personnelle à l'infraction mise en œuvre par l'organisme collectif et de leur niveau d'adhésion à ces pratiques, cette adhésion pouvant être présumée.

Dans la décision 06-D-03 du 9 mars 2006, le Conseil a rappelé que les entreprises membres d'un groupement étaient présumées avoir adhéré à ses statuts : « *L'adhésion des parties aux groupements d'achat démontre, par elle-même, la volonté des parties de respecter les statuts du groupement. Le fait qu'elles n'aient pas participé à la rédaction de ces statuts n'a aucune incidence sur leur acceptation. Il convient donc d'écarter les arguments selon lesquels, n'ayant pas été membres du groupement depuis son origine, les entreprises ne sauraient se voir imputer leur participation à une entente fondée sur le caractère anticoncurrentiel des statuts du groupement* » (§ 961 ¹⁹).

18. Conformément à la jurisprudence du Tribunal de première instance des communautés européennes (arrêt du 13 décembre 2006, FNCBV, T-217/03 et T-245/03, § 314) et à la décision 06-D-30 du 18 décembre 2006 (§ 118).

19. Dans la même décision, le Conseil avait souligné que les membres du groupement Centramat ne pouvaient ignorer le caractère anticoncurrentiel des chartes élaborées au sein de leur groupement, tous ayant participé à des réunions au cours desquelles cette charte a été élaborée ou évoquée (§ 992).

• Les accords intragroupe

Aux fins de l'application des règles de la concurrence, la séparation formelle entre deux sociétés, résultant de leur personnalité juridique distincte, n'est pas déterminante, ce qui importe étant 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 (en ce sens, voir l'arrêt de la Cour de justice des communautés européennes, 14 juillet 1972, ICI/Commission, 48/69, point 140).

Ainsi, aucune entente ne peut être constituée entre deux filiales non autonomes du même groupe, entre une filiale non autonome et sa maison mère ou encore entre deux entreprises liées par un contrat d'agence ²⁰.

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. Les critères à prendre en compte afin de déterminer si la qualification d'entreprise peut être reconnue à une société filiale ont été définis par le Conseil dans de nombreuses décisions (notamment décision 99-D-18 du 2 mars 1999 relative à des pratiques relevées dans la distribution des produits de la société Laboratoire 3M). Ainsi, il convient d'examiner plusieurs paramètres, parmi lesquels l'importance de la participation financière de la société mère dans le capital de la société contrôlée, les nominations au sein des organes de direction, la possibilité pour les organes dirigeants de la société filiale de déterminer librement une stratégie industrielle, financière et commerciale pleinement autonome. S'agissant de ce dernier critère, le Conseil a considéré dans une décision 99-D-57 du 12 octobre 1999 que « *le fait pour une entité économique d'avoir un directeur qui dispose d'une délégation de pouvoir lui permettant de signer des contrats, de la liberté de gérer le personnel, le matériel et le bureau d'études, et qui représente la société et signe des offres ou passe des commandes, ne suffit pas, en l'absence d'autonomie stratégique, à la qualifier d'entreprise au sens du droit de la concurrence.* »

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 (décision 06-D-07 *bis* ; arrêt de la cour d'appel de Paris, 15 juin 1999, SACER). En effet, les autorités de concurrence peuvent présumer qu'une filiale à 100 % applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par sa société mère, sans devoir vérifier si la société mère a effectivement exercé ce pouvoir (Cour de justice des communautés européennes, 16 novembre 2000, Stora Kopparbergs Bergslags / Commission, C-286/98 P, points 27 à 29 ; Tribunal de première

20. La Cour de justice des communautés européennes a jugé, dans un arrêt du 24 octobre 1996 (Viho) que l'article 81 § 1 « *ne s'applique pas aux relations à l'intérieur d'une seule entité économique ou entreprise, par exemple une société mère et les filiales qui en dépendent* ».

instance des communautés européennes, 15 juin 2005, Tokai Carbon Co. Ltd, T 71/03 ; décisions du Conseil 00-D-50, 00-D-67 et 04-D-32).

S'il est démontré, au contraire, que la société contrôlée disposait d'une totale marge de manœuvre, elle est responsable de son comportement (Cour de cassation, 4 juin 1996, entreprise Jean Lefebvre ; décision du Conseil 03-D-17).

Les mêmes principes de recherche d'autonomie s'appliquent aux relations entre deux filiales d'un même groupe. Dans la décision 06-D-26 du 15 septembre 2006, le Conseil a rappelé qu'aucune entente ne pouvait être constituée entre deux filiales d'un même groupe, si celles-ci n'ont pas d'autonomie de décision par rapport au groupe : « *En l'absence de volontés qui seraient suffisamment autonomes pour manifester un accord, les politiques de coordination des filiales d'un même groupe, connues ou non des clients, en tant qu'elles concernent les relations entre sociétés du groupe, sont donc exclues du champ d'application des dispositions relatives à l'interdiction des ententes dans un cas tel que celui de l'espèce. En l'occurrence, Yamaha Motor France et MBK, sociétés du même groupe, n'ont pas d'autonomie de décision.* »

• Exception à l'« immunité intragroupe »

Le domaine des marchés publics fournit une exception au principe de l'immunité des accords survenus au sein d'un groupe constituant une unité économique. La cour d'appel de Paris, confirmant dans un arrêt du 18 novembre 2003 (Signaux Laporte), la décision 03-D-07 du Conseil, a rappelé que « *si de telles entreprises [ayant entre elles des liens juridiques et financiers faisant d'elles une unité économique] 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, lesdites offres ne sont plus indépendantes. Dès lors le présenter comme telles, trompe le responsable du marché sur la nature, la portée, l'étendue ou l'intensité de la concurrence. Cette pratique a, en conséquence, un objet ou potentiellement, un effet anticoncurrentiel ; il est par ailleurs sans incidence sur la qualification des pratiques que le maître d'ouvrage 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* ». « *Dès lors, quels que soient les liens pouvant exister entre elles, les sociétés [...] étaient tenues de respecter les règles de la concurrence auxquelles elles s'étaient soumises, ce qui excluait qu'elles puissent présenter des offres dont l'indépendance n'était qu'apparente.* » En présentant volontairement des offres séparées, elles ont « *fait naître chez les opérateurs extérieurs [...], une légitime croyance dans leur indépendance et dans la réalité et l'étendue de la concurrence lors de la soumission aux appels d'offres qu'ils organisaient* ». Elles peuvent donc être poursuivies pour entente anticoncurrentielle.

• Les contrats d'agence

La question de l'absence d'autonomie entre sociétés peut également concerner, dans certaines circonstances, les relations entre une société et son représentant de commerce ou entre un commettant et son commis.

Lorsqu'un agent, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique les instructions qui lui sont imparties par son commettant, les interdictions édictées par l'article 81 du traité et par l'article L. 420-1 du Code de commerce sont inapplicables dans les rapports entre l'agent et son commettant, avec lequel il forme une unité économique.

En effet, s'agissant de l'application du droit des ententes, la question de savoir si un commettant et son intermédiaire ou « *représentant de commerce* » forment une unité économique, le deuxième étant un organe auxiliaire intégré dans l'entreprise du premier, est importante aux fins de déterminer si un accord entre eux constitue un accord entre volontés indépendantes. Ainsi, il a été jugé que « *si un [...] intermédiaire exerce une activité au profit de son commettant, il peut en principe être considéré comme organe auxiliaire intégré dans l'entreprise de celui-ci, tenu de suivre les instructions du commettant et formant ainsi avec cette entreprise, à l'instar de l'employé de commerce, une unité économique* » (Cour de justice des communautés européennes, arrêt Suiker Unie e.a. / Commission, point 41).

La Commission, dans les lignes directrices sur les restrictions verticales²¹ considère que le vrai contrat d'agence est constitué lorsque l'agent ne supporte aucun risque financier ou commercial en ce qui concerne les activités pour lesquelles le commettant l'a désigné²².

Dans l'arrêt Daimler Chrysler, le Tribunal de première instance des communautés européennes, statuant sur la situation des agents Mercedes, a estimé que ces agents étaient intégrés et n'avaient aucune autonomie par rapport au constructeur automobile, n'ayant qu'un rôle de négociation dans la vente des véhicules, au tarif fixé par le commettant et selon ses directives, et ne supportant que peu de risques financiers. Le Tribunal met en exergue le risque prix : s'il repose entièrement sur le fabricant, l'agent n'est pas autonome et sa situation se rapproche de celle d'un salarié : « [...] *les agents ne sont susceptibles de perdre leur qualité d'opérateur économique indépendant que lorsqu'ils ne supportent aucun des risques résultant des contrats négociés pour le commettant et opèrent comme auxiliaires intégrés à l'entreprise du commettant [...]. Dès lors, lorsqu'un agent, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique les instructions qui lui sont imparties par son commettant, les interdictions édictées par l'article 81, paragraphe 1, CE sont inapplicables dans les rapports entre l'agent et son commettant, avec lequel il forme une unité économique* » (arrêt du 15 septembre 2005, Daimler Chrysler, § 87 et 88²³).

Dans la décision 06-D-18 du 28 juin 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité cinématographique, le Conseil devait apprécier si les contrats de concession publicitaire passés entre les régies

21. Communication de la Commission portant lignes directrices sur les restrictions verticales (2000/C 291/01) : points 12 à 20.

22. *Ibidem*, point 15.

23. Voir aussi l'arrêt de la Cour de justice des communautés du 14 décembre 2006, *Confederacion Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, C-217/05.

nationales de publicité et les exploitants de cinéma (ayant pour objet la concession de l'exploitation publicitaire des écrans, moyennant redevance) constituaient des contrats passés entre opérateurs indépendants. Le Conseil a estimé que les régies supportaient, dans leur relation avec les exploitants en vue du démarchage des annonceurs, des risques commerciaux et financiers non négligeables et qu'elles déterminaient de manière indépendante leur stratégie commerciale. Elles avaient donc une activité indépendante des exploitants de salles, avec lesquels elles ne formaient pas une unité économique. Le droit des ententes était donc applicable à leurs relations contractuelles.

• Les relations impliquant des relations de subordination

Les principes du droit civil sur l'autonomie de la volonté et le libre consentement ne sont pas transposables en droit du travail. Le lien de subordination du salarié à son employeur contraint la volonté du premier : leurs relations ne peuvent donc s'analyser comme un accord de volontés entre des opérateurs autonomes. Pour la jurisprudence communautaire, le salarié ne constitue pas un opérateur distinct de son employeur : il ne constitue donc pas une entreprise.

Dans la décision 06-MC-02, le Conseil, statuant sur une demande de mesures conservatoires, a estimé qu'un avenant à un contrat de travail, voulu et accepté par les salariés d'une association, ne constituait pas une entente entre ces salariés et l'association employeur, bien que la part prise par les salariés dans sa rédaction ait été importante : « [...] *même si tout contrat peut être le support d'une entente au sens de l'article L. 420-1 du Code de commerce, il est difficile de qualifier ainsi une relation qui lie un employeur à son salarié, plaçant ce dernier dans une position de subordination qui rend incertaine l'application de la notion d'accord de volontés au sens du droit des ententes. En conséquence, et à ce stade de l'instruction, il n'y a pas lieu de rechercher si l'avenant au contrat de travail en cause pourrait révéler l'existence d'une entente susceptible d'être qualifiée au regard de l'article L. 420-1 du Code de commerce* ».

Cette solution avait déjà été utilisée dans une décision 03-D-24 du 26 mai 2003, dans laquelle le Conseil avait analysé les relations entre la RATP et les médecins salariés de ses centres médicaux.

Chacune des volontés impliquées dans l'entente doit être libre (les faits justificatifs : contraintes, rôle de l'autorité publique)

Pour reprendre les termes utilisés dans le rapport annuel du Conseil, énoncés plus haut : « *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* ²⁴. »

Ce point est relatif à la liberté du consentement, qui est double : elle implique que l'accord de volontés ait été librement consenti par les partenaires et aussi que chaque volonté se soit librement déterminée, ce qui rappelle la notion de « *vices du consentement* » en droit civil.

24. Rapport annuel 1984, p. 11.

• L'accord de volontés doit avoir été librement consenti

En droit communautaire, comme en droit national, sont seuls visés les comportements anticoncurrentiels qui ont été adoptés par les entreprises de leur propre initiative ²⁵.

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 ne leur sont pas applicables. Dans une telle situation, la restriction de concurrence ne trouve pas sa cause dans des comportements autonomes des entreprises (voir Tribunal de première instance des communautés européennes, 11 décembre 2003, Transbordeurs grecs, Strintzis Line Shipping SA, T-65/99, point 119). En revanche, les articles 81 et 82 du traité peuvent s'appliquer s'il s'avère que la législation nationale laisse subsister la possibilité d'une concurrence susceptible d'être empêchée, restreinte ou faussée par des comportements autonomes des entreprises ²⁶. En droit national, l'article L. 420-4 1° du Code de commerce constitue le pendant national 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.

En pratique, cette exception est peu pratiquée, en droit communautaire comme en droit national ²⁷.

Dans l'affaire des expéditeurs en douane, la réglementation étatique prévoyait seulement que le Conseil national des expéditeurs en douane adoptait un tarif, mais ne prévoyait pas de niveaux ou de plafond de prix ; le CNSD a donc adopté un comportement autonome, anticoncurrentiel, en fixant des prix planchers ²⁸.

Le Conseil de la concurrence estime que l'article L. 420-4 1° ne peut exonérer que les pratiques constituant une conséquence inéluctable de l'application de textes législatifs ou réglementaires (décision du Conseil 96-D-18 du 26 mars 1996, conseil régional de l'Ordre des architectes d'Auvergne), ce que le Conseil a très rarement admis. Il convient cependant, pour une application positive de cet article, de se reporter à deux décisions du Conseil en date du 16 janvier 2003 (décisions 03-D-03 et 03-D-04 relatives à des pratiques mises en œuvre par les barreaux des avocats de Marseille et d'Albertville).

25. CJCE, 20 mars 1985, Italie/Commission, 41/83, points 18 à 20 ; 19 mars 1991, France/Commission, C-202/88, point 55.

26. CJCE, 29 octobre 1980, Van Landewycke. e.a. /Commission, 209/78 à 215/78 et 218/78, point 126.

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

28. TPICE, 30 mars 2000, T 513/93.

Dans ces affaires, la pratique consistant dans l'obligation imposée par les deux barreaux précités, aux avocats membres de ces barreaux, d'adhérer à un contrat collectif d'assurance garantissant leur responsabilité civile, a échappé à l'application de l'article L. 420-1 du Code de commerce, cette pratique étant la conséquence inéluctable de l'obligation d'assurance des avocats et de la mission générale des barreaux de protection des avocats (résultant des dispositions combinées des articles 17 et 27 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 régissant les professions juridiques).

Par ailleurs, l'étendue de cette protection a été singulièrement restreinte par l'arrêt du 9 septembre 2003 (CIF ; C 198/01 ²⁹) dit des « *allumettes italiennes* », dans lequel la Cour de justice a jugé qu'en vertu de la primauté du droit communautaire, les autorités de concurrence, comme les juridictions, devaient écarter l'application des lois nationales contraires aux règles communautaires et que « *l'exception tirée de l'action étatique* » n'était pas invocable par les parties devant les autorités de concurrence, si la loi qu'elles invoquent est contraire aux règles communautaires. Dans ce cas, leur comportement est qualifiable au sens des articles 81 et 82 du traité. Toutefois, les autorités de concurrence ne sauraient les sanctionner pour des faits passés, en vertu du principe de sécurité juridique ; seules les pratiques postérieures à la décision des autorités de concurrence (écartant l'application de la loi anticoncurrentielle auxdites entreprises) pourront être sanctionnées. La protection ne s'étend plus dès lors qu'aux pratiques antérieures à la première décision.

Mais cette exception est très rarement admise par les autorités de concurrence, les législations nationales laissant, le plus souvent, une marge de manœuvre aux entreprises dont les accords sont donc libres.

En l'absence d'une disposition contraignante imposant un comportement anticoncurrentiel (règlement communautaire, législation nationale) et ne laissant aucune place pour des comportements indépendants, l'absence d'autonomie dans le chef des opérateurs mis en cause ne sera retenue à décharge par les autorités de concurrence « *que s'il apparaît sur la base d'indices objectifs, pertinents et concordants que ce comportement leur a été unilatéralement imposé par les autorités nationales par l'exercice de pressions irrésistibles, telles que la menace d'adoption de mesures étatiques susceptibles de leur faire subir des pertes importantes* » (arrêt *Asia Motor France e.a. / Commission*, point 65, § 122).

Dans l'affaire des viande bovines françaises, les parties prétendaient que le ministre de l'Agriculture les aurait fortement encouragées à conclure l'accord anticoncurrentiel. La Commission européenne écarte ce moyen, les

29. § 49 : « *Ce devoir de laisser inappliquée une législation nationale contraire au droit communautaire incombe non seulement aux juridictions nationales, mais également à tous les organes de l'État, en ce compris les autorités administratives [...].* »

§ 52 : « *S'agissant, en revanche, des sanctions susceptibles d'être prononcées à l'encontre des entreprises concernées, il convient d'opérer une double distinction, selon que la législation nationale exclut ou non la possibilité d'une concurrence qui serait encore susceptible d'être empêchée, restreinte ou faussée par des comportements autonomes des entreprises et, dans le premier cas, selon que les faits en cause sont antérieurs ou postérieurs à la déclaration de l'autorité nationale de la concurrence de laisser inappliquée ladite législation nationale.* »

entreprises étant dotées d'une marge d'autonomie à l'époque des faits³⁰. Le Tribunal de première instance, à la suite de la Commission, expose que « *s'agissant du rôle joué par le ministre de l'Agriculture français dans la conclusion de l'accord, [...], il suffit de constater que, selon une jurisprudence constante, la circonstance que le comportement des entreprises a été connu, autorisé ou même encouragé par des autorités nationales est, en tout état de cause, sans influence sur l'applicabilité de l'article 81 CE*³¹ ».

On se situe dans ce cas, non plus dans le « *commandement de la loi* », mais dans celui du « *commandement de l'autorité légitime* », ce qui assure une transition avec les vices du consentement du droit civil ou les causes absolutoires ou faits justificatifs du droit pénal.

• La volonté doit s'être déterminée librement

L'accord de volontés requis en matière d'entente intervient souvent entre plusieurs personnes morales ; c'est dire que l'élément de subjectivité ne peut qu'y être restreint par rapport à l'accord entre deux personnes physiques.

Il n'y a pas d'accord s'il n'y a pas libre consentement. Les vices du consentement (ou faits justificatifs) ne sont que rarement retenus par les autorités de concurrence, pour exonérer les entreprises de leur responsabilité. En effet, ceux-ci assurent, en droit civil, la protection subjective des opérateurs ; ils sont donc mal adaptés au droit de la concurrence qui tend à la protection objective du marché. Tout au plus sont-ils pris en compte au titre des circonstances atténuantes.

Signalons que les faits justificatifs invoqués par les parties sont surtout tirés du droit pénal (contrainte, légitime défense, commandement de l'autorité, état de nécessité), même si les vices du consentement civil inspirent souvent le raisonnement suivi, sans qu'ils soient même cités (violence surtout). Les parties estiment que leur comportement n'est pas autonome, car vicié par la subordination, et non fautif, car justifié par des excuses absolutoires. Bien que l'approche des vices du consentement soit différente de celle des excuses en droit pénal, en pratique, les résultats sont identiques quant aux cas d'exonération finale des comportements anticoncurrentiels, extrêmement rares.

• La contrainte

La contrainte exercée par une partie sur une autre n'exonère le comportement de celui qui la subit que si elle est irrésistible.

Ainsi que le Tribunal de première instance des communautés européennes l'a rappelé dans un arrêt Cascades du 14 mai 1998 : « *Une entreprise ne pourrait échapper à l'application de l'article 85 au motif qu'elle a agi sous la contrainte que si ce comportement était indispensable pour écarter un péril dont l'entreprise était menacée, si les menaces étaient directes, si le péril était imminent et si aucune autre voie légale ne permettait d'y parer* » (§ 101).

De graves menaces revêtant le caractère de force majeure, c'est-à-dire d'irrésistibilité et imprévisibilité, peuvent parfois exonérer une entreprise de sa

30. Commission, 2 avril 2003, affaire COMP/C. 38 279/F3 – Viandes bovines françaises, § 152.

31. TPICE, 13 décembre 2006, FNCBV, T-217/03 et T-245/03, § 92.

responsabilité. Dans un arrêt du 9 novembre 1989, société BP France, la cour d'appel de Paris a estimé qu'un opérateur contraint de s'aligner sur les prix résultant d'une entente ne peut avoir consenti librement à celle-ci et ne peut donc être sanctionné pour avoir participé à l'entente : « *La société Esso justifie par les pièces versées aux débats, qu'elle n'a consenti à aligner ses prix que sous la pression de graves menaces ; que si elle montre le caractère illécite des comportements parallèles observés, une telle circonstance établit toutefois que cette société ne s'y est résolue que sous l'empire de contraintes individuelles lui imposant un mode de fixation de ses prix, exclusif de tout accord de volontés à une quelconque action concertée.* »

Mais cette jurisprudence ancienne n'est plus appliquée.

En général, les pressions économiques, même violentes, exercées par une partie sur une autre, ne vicent pas l'intégrité du consentement de cette partie. Elles sont, en revanche, parfois prises en compte dans le calcul des sanctions ³².

Dans la décision COMAREG du 9 octobre 1990, le Conseil a considéré qu'« *une menace de boycottage qui n'était pas irrésistible compte tenu de la part relativement modeste des annonces des concessionnaires dans le chiffre d'affaires de la société éditrice, ne saurait exonérer la société COMAREG du grief de participation de cette dernière à une entente* » (90-D-35, rapport d'activité 1990, p. 104 ³³).

Dans l'affaire des viandes bovines françaises, une fédération soulignait que l'accord anticoncurrentiel avait été conclu sous la contrainte exercée par des éleveurs, ce qui constituait une cause de nullité en droit civil français et donc une cause d'irresponsabilité. La Commission écarte cet argument, soulignant que « *pour qu'un engagement soit qualifié d'accord au sens de l'article 81, il n'est pas nécessaire qu'il constitue un contrat obligatoire et valide selon le droit national* » ; elle ajoute qu'« *il résulte d'une jurisprudence constante qu'une entreprise [...] partie à un accord au sens de l'article 81 du traité ne peut se prévaloir du fait qu'elle y participerait sous la contrainte des autres participants. En effet, plutôt que de participer à cet accord, elle pourrait dénoncer les pressions dont elle fait l'objet aux autorités compétentes et introduire auprès de la Commission une plainte [...]* ³⁴ ».

Si les violences et voies de fait ne constituent pas une cause d'exonération, *a fortiori* en est-il ainsi des pressions exercées dans les limites des pratiques habituelles du commerce qui, par nature, et surtout dans les relations verticales, impliquent toujours l'usage de pouvoir de pression entre parties inégales.

La Cour de justice des communautés européennes, dans un arrêt BMW Belgium du 12 juillet 1989, a estimé que les concessionnaires BMW, sommés par le fabricant de ne pas vendre à des revendeurs non agréés, bien que

³². Dans un arrêt du 4 juillet 1996 (FNIH), la cour d'appel de Paris a approuvé le Conseil d'avoir reconnu responsable, mais exonéré de sanction, la société Coca Cola qui « *n'avait consenti à une entente anticoncurrentielle sur les prix* (des distributeurs de boissons) *que sous la pression exercée par la FNIH et divers syndicats professionnels locaux* (menaces et mots d'ordre de boycott, menaces de destruction d'appareils) ».

³³. Voir dans le même sens Odoncia (93-D-49).

³⁴. Commission, 2 avril 2003, affaire COMP/C. 38 279/F3 – Viandes bovines françaises, § 121.

soumis à des « *liens de dépendance économique [...] (qui) pouvaient conditionner leur liberté de décision pouvaient refuser de consentir à l'accord qui leur était proposé* ». L'argument de « *résistibilité* » a été retenu. Toutefois, l'amende a été réduite en conséquence.

De la même façon, la police des prix exercée par un fabricant sur son réseau de distribution afin que celui-ci respecte les prix imposés, n'est pas une cause d'exonération.

Dans un arrêt du 7 juin 1990, Nike France, la cour d'appel de Paris a approuvé le Conseil d'avoir sanctionné une entente entre Adidas et « *certaines de ses détaillants agréés* » au terme de laquelle Adidas leur imposait un coefficient multiplicateur à appliquer à leur prix d'achat pour calculer leur prix de vente, sous peine de voir non renouvelé leur agrément.

La cour a estimé que « *le seul désir d'être intégré ou maintenu dans un réseau de distribution ne peut être assimilé à une contrainte exclusive d'un consentement réciproque* ». Dans le même arrêt, la cour précise que la police des prix assurée par Reebok sur ses distributeurs agréés afin qu'ils respectent les prix, allant jusqu'à la cessation des relations commerciales, ne peut s'assimiler à « *une contrainte physique les empêchant de donner un libre consentement* » et que la pratique constituait donc une entente.

La position restrictive des autorités de concurrence est conforme à celle du juge des contrats. Celui-ci admet difficilement les arguments tirés de la violence économique dans les relations contractuelles entre professionnels (Cour de cassation, 20 mai 1980). « *La violence n'est susceptible de vicier le consentement que s'il a été donné dans des circonstances de fait impliquant une contrainte injuste ou illicite, laquelle ne peut résulter de l'usage par une société de sa force économique dans ses rapports avec des dirigeants d'entreprises rompus aux affaires* » (cour d'appel de Paris, 28 février 1992, époux Jonville).

Dans la plupart des cas, le Conseil prend en compte l'état de subordination des distributeurs en ne les attirant pas dans la procédure. Cela ne revient pas à admettre que l'accord de volontés n'est pas constitué, mais à ne sanctionner que le fabricant pour cette entente.

- **La nécessité de se défendre contre des pratiques illicites ne vaut pas excuse absolue**

La nécessité de mettre un terme à une situation illicite n'autorise pas les entreprises à s'entendre³⁵. Elles ne peuvent se faire justice elles-mêmes.

35. Dans un arrêt du 12 juillet 1962, Acciaierie ferriere, la Cour de justice a ainsi défini la légitime défense : « [...] attendu que la légitime défense présuppose un acte indispensable pour écarter un péril dont l'auteur du fait se trouve menacé et qu'elle exige que les menaces soient directes, que le péril soit imminent et qu'aucune autre voie légale ne permettait d'y parer, ce qui n'est pas le cas en l'occurrence ; que d'ailleurs il n'est ni établi ni offert en preuve soit qu'un danger imminent menaçait la SA Modena soit que la seule violation de la loi communautaire lui eut permis de surmonter des difficultés conjoncturelles inhérentes à toute entreprise industrielle dans des périodes données. Qu'il n'y a donc pas lieu d'admettre dans ce chef l'existence d'un fait justificatif » (voir aussi TPI, 10 mars 1992, Hüls, T-9/89, §365 et 366).

Le Tribunal de première instance a ainsi rappelé dans un arrêt du 15 mars 2000 (cimenterie CBR SA e.a. contre Commission des communautés européennes, T-25/95, points 1855 et 1865) : « *Des entreprises ne sauraient justifier une infraction aux règles de la concurrence en prétextant qu'elles y ont été poussées par le comportement d'autres opérateurs économiques.* »

Dans un arrêt du 18 mars 2003 (Lamy), la cour d'appel de Paris a considéré, comme le Conseil, que le caractère éventuellement illicite des pratiques commerciales d'un *discount* dans le secteur des opticiens ne pouvait faire disparaître le caractère prohibé de la réunion au cours de laquelle ceux-ci avaient décidé d'exclure le *discount* du marché et qu'il appartenait aux opticiens qui s'estimaient lésés par les choix commerciaux de ce *discount* d'exercer toutes voies de droit pour les faire cesser et les sanctionner.

Si les faits justificatifs du droit pénal ou les vices du consentement en droit civil ne constituent pas, dans la généralité des cas, une cause d'exonération des pratiques anticoncurrentielles, *a fortiori*, les conditions de commission des faits qui ne seraient pas des faits justificatifs en droit pénal, telles la complicité ou la tenue d'un rôle passif dans une entente, n'exonèrent pas leurs auteurs. Ainsi, dans une entente sur appel d'offres, « *la compromission des maîtres de l'ouvrage avec les entreprises [...] ne fait pas échec à l'application des textes invoqués* » (Cour de cassation, 6 octobre 1992, SA entreprise Jean Lefèbre et autres ; 12 janvier 1993, Sogéa).

Dans l'arrêt Inéo du 7 mars 2006, la cour d'appel de Paris a confirmé la décision 05-D-19 relative aux marchés de construction d'ouvrages d'art sur l'autoroute A84, dite « *Route des estuaires* », dans le département de la Manche. Le Conseil avait sanctionné 21 entreprises qui avaient participé à une concertation générale portant sur la dévolution d'une cinquantaine de marchés. Elle a considéré que le fait que certaines sociétés ayant participé à l'entente aient pu obtenir des informations détenues par la DDE à la suite de fuites, voire d'une collusion, ne pouvait constituer pour elles une cause d'exonération.

Enfin, le rôle passif d'une entreprise ne peut éventuellement être retenu que comme circonstance atténuante (TPI, 6 décembre 2005, Brouwerij Haacht NV/T 48/02, § 75).

Signalons pour mémoire que les conditions d'exonération du § 3 de l'article 81 du traité ou du 2^e alinéa de l'article L. 420-4 du Code de commerce ne sont pas des faits justificatifs, mais une cause d'exonération des accords basée sur leur contribution au progrès économique. Les restrictions de concurrence peuvent être exemptées sur le fondement de l'article 81 § 3 du traité et du 2^e alinéa de l'article L. 420-4 du Code de commerce. Il appartient aux parties en cause de se défendre sur ce point, la charge de la preuve reposant sur elles³⁶. Généralement, ces justifications sont fondées sur un bilan coûts-avantages pour l'économie de la pratique incriminée. Elles relèvent donc

36. Il faut démontrer que les restrictions sont indispensables au progrès économique, qu'une partie équitable du profit est réservée aux consommateurs et enfin qu'il n'existe pas de moyens moins restrictifs de concurrence pour atteindre le même but.

d'une appréciation au fond des pratiques qui ne ressort pas du champ de la présente étude, basée sur l'accord de volontés^{37 38}.

L'existence d'un concours de volontés

Comme il a été dit plus haut, les articles d'incrimination ne donnent pas de définition de l'entente, mais se limitent à une énumération non limitative des formes que peut revêtir le concours de volontés : accords, pratiques concertées, associations d'entreprises en droit communautaire, actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions en droit national. L'ancien article 50 de l'ordonnance du 30 juin 1945 renvoyait quant à lui à une formule très large, puisqu'il visait « *les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalition sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit* ».

Le législateur n'a pas voulu restreindre *a priori* le champ d'action des autorités de concurrence. La jurisprudence communautaire et nationale a d'ailleurs admis la grande liberté des autorités de concurrence dans le choix des formules choisies pour qualifier une entente.

Ainsi que la Cour de justice l'a rappelé dans un arrêt du 23 novembre 2006, Asnef-Equifax, C-238/05 : « [...] si [l'article 81 § 1, CE] *distingue la notion de "pratique concertée" de celle d'"accords entre entreprises" ou de "décisions d'associations d'entreprises", c'est dans le dessein d'appréhender, sous les interdictions de cette disposition, différentes formes de coordination et de collusion entre entreprises [...]* » (§ 32).

De même, en droit national, la cour d'appel de Paris a admis que, pour qualifier les pratiques, les autorités de concurrence puissent se référer aux différentes notions d'accords et de pratiques concertées. Ainsi, dans l'arrêt Bouygues Télécom du 12 décembre 2006, la décision du Conseil a été pleinement approuvée s'agissant de la condamnation d'une entente de répartition de marchés entre les trois opérateurs de téléphonie mobile. La cour a estimé qu'aucune confusion ne résultait, dans la rédaction du grief ou de la décision du Conseil, de l'utilisation des notions de « *pratique concertée* », d'« *accord* », de « *gel de parts de marché* » ou de « *stabilisation des parts de marché* ».

En dehors de toute définition légale, c'est donc la jurisprudence qui fournit une définition du concours de volontés constitutif d'entente. La jurisprudence nationale qualifie le concours de volontés d'« *action concertée* », de « *concertation prohibée* », de « *volonté commune de s'entendre* », ou

37. Il en est de même de la jurisprudence Wouters du 19 février 2002, selon laquelle les accords entre entreprises n'enfreignent pas nécessairement l'article 81 § 1 du traité dans la mesure où la réglementation professionnelle en cause s'avère nécessaire au bon exercice de la profession. Cette jurisprudence a été étendue aux règles édictées par les fédérations sportives (Tribunal de première instance, 30 septembre 2004, T-313/02).

38. Dans l'affaire des viandes bovines, la Commission a précisé que l'existence d'une crise du marché pouvait être invoquée sur le fondement de l'article 81 § 3 (cf. CJCE, 16 octobre 2002, LVM/Commission, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, points 487 et 488), même si la Commission précise qu'à supposer une notification effectuée, l'exonération n'aurait sans doute pas été accordée en l'espèce, les quatre conditions cumulatives n'étant pas réunies. Les conditions posées par la jurisprudence pour reconnaître l'état de nécessité en font une cause d'exonération impossible à démontrer.

encore de « *volonté commune de restreindre la concurrence* ». Certaines formules sont plus développées, telles la « *volonté commune des entreprises de se comporter d'une manière déterminée sur le marché considéré* ».

Trois formules récentes permettent de mieux cerner la notion d'accord, de concours de volontés.

Les deux premières insistent sur la libre expression de volonté : selon un arrêt du 11 janvier 2005 de la cour d'appel de Paris (Ordre des architectes d'Aquitaine), il faut que les entreprises aient « *librement exprimé leur volonté commune de se comporter d'une manière déterminée sur le marché* ». La cour d'appel précise, dans un arrêt du 2 juillet 2003 (Gan Eurocourtage), que cette libre expression doit être constatée par les autorités de concurrence : « *Le comportement unilatéral d'un opérateur économique n'entre pas dans les prévisions [de l'article L. 420-1] lequel implique que soit constatée l'expression de la volonté commune des entreprises en cause de se comporter d'une manière déterminée sur le marché considéré* ».

Dans la troisième formule, utilisée dans un arrêt du 18 décembre 2001 (Bajus), la cour d'appel de Paris insiste davantage sur la volonté de s'entendre : « *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 en était l'objet ou l'effet.

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. En ce sens, une simple intention de s'entendre n'est pas répréhensible (tentative non punissable) ; l'expression de la volonté, une certaine extériorité du comportement sont requis.

L'entente se manifeste par l'accord de volontés, par le but recherché ou le résultat obtenu et le lien entre l'accord et ce but ou ce résultat. La jurisprudence exige non seulement que soit démontré l'élément subjectif de la faute, c'est-à-dire la conscience de participer à un accord, mais aussi que soit démontrée la conscience de ses conséquences prévisibles.

Toutefois, la preuve de l'intention de violer le droit de la concurrence n'est pas requise. Une entreprise ne peut exciper de son ignorance du droit de la concurrence pour se voir absoute de la participation à une entente sur les prix, dès lors qu'elle savait qu'elle s'entendait avec ses concurrents sur les prix. Sa participation à l'entente suffit à caractériser l'infraction : point n'est besoin de démontrer son intention de violer le droit de la concurrence ³⁹.

39. Sur la distinction entre l'intention de porter atteinte à la concurrence et l'intention de s'entendre (voir étude thématique du rapport annuel 2003 précitée, pp. 73-75) ; en matière d'entente comme en matière d'infractions pénales de police ou délits correctionnels, l'élément moral est présumé à partir de la preuve de l'élément matériel : « *La chose renferme en elle-même le dol* » (« *res in se ipsa dolum habet* »).

La rencontre de volontés se manifeste de plusieurs façons, selon qu'on est en présence d'un accord ou d'une pratique concertée, mais une identité de comportement des entreprises (parallélisme de comportement) ne nécessite pas toujours le concours de leurs volontés ; l'adhésion, la participation de chaque entreprise à ce nœud de volonté doit être démontrée. Enfin, dans un cas, des ententes anticoncurrentielles peuvent être caractérisées sans aucun concours de volontés : c'est l'effet cumulatif des contrats.

L'objet du concours de volontés

L'objet du concours de volontés recouvre en réalité deux cas de figure qui peuvent largement se recouper avec les notions d'accord et de pratique concertée en droit 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 ⁴⁰.

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

Selon la Commission européenne, il y a « accord » « lorsque les parties s'entendent sur un plan commun qui limite ou est susceptible de limiter leur comportement commercial respectif en déterminant les lignes de leur action ou abstention réciproque sur le marché » (Commission, 11 décembre 2001, phosphate de zinc ⁴¹).

Par la conclusion d'un accord, les parties expriment leur volonté commune de se comporter d'une manière déterminée ⁴².

Cela ne signifie pas qu'elles s'engagent fermement à se comporter d'une manière déterminée, car leur accord de volontés peut ne pas comporter de force obligatoire : les *gentlemen agreements* constituent des accords. En cela, l'accord se distingue du contrat civil, qui a force de loi entre les parties.

Le plan commun d'action anticoncurrentiel fixe une stratégie commune : l'accord a un objet précis, par exemple se partager le marché ou encore fixer des prix à un certain niveau. En s'accordant sur les termes de ce plan, les entreprises savent qu'elles s'entendent et que cette entente aura des conséquences (sur les prix, sur les quantités).

⁴⁰. Voir la thèse de Catherine Vincent : *Comportement unilatéral et concours de volontés en droit de la concurrence*, juillet 1997, université Panthéon-Assas (Paris II), p. 24.

⁴¹. « Un accord restreignant la concurrence [...] existe lorsque les parties parviennent à un concours de volontés qui limite ou est de nature à limiter leur liberté commerciale en déterminant les lignes de leur action mutuelle sur le marché ou de leur abstention d'action » (Commission, Tabac brut d'Espagne, 20 octobre 2004).

⁴². Il y a accord quand il y a « expression de leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée » (CJCE, 8 juillet 1999, Anic, 49/92 P).

Le plan a souvent pour support la conclusion (signature) d'accords exprès, qu'ils s'insèrent dans des structures juridiques existantes (SA, coopératives, SEP, GIE...) ou non (accords ponctuels entre entreprises indépendantes).

Mais l'entente n'exige pas toujours un plan commun d'action. Il peut par exemple s'agir d'une simple concertation, de la divulgation d'une information par un concurrent à un autre de ses intentions ou de son comportement futur, sollicitée ou acceptée par ce dernier. Une déclaration d'intention qui réduit les incertitudes peut suffire à caractériser l'entente : il n'est pas besoin d'un engagement ferme de conduite (TPI, 15 mars 2000, cimenterie CBR SA, T-25/95). Le plus souvent, ce cas de figure concerne le partage d'informations entre concurrents.

● **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'agira 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 accords de volontés qui ne sont pas noués autour d'un projet d'action précis.

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

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

Dès ses arrêts ICI et Sandoz du 14 juillet 1972 (48/69 et 53/69), la Cour de justice des communautés européennes précisait : « *Par sa nature même, la pratique concertée ne réunit pas tous les éléments d'un accord, mais peut notamment résulter d'une coordination qui s'extériorise par le comportement des participants.* »

Il s'agit d'une pratique *sui generis* qui suppose un concours de volontés qui se situe en deçà de l'accord.

Ainsi que l'a défini la Cour de justice des communautés européennes, dans un arrêt Suiker Unie du 16 décembre 1975 : « *La notion de "pratique*

concertée” vise une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu’à la réalisation d’une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence, coopération aboutissant à des conditions de concurrence qui ne correspondent pas aux conditions normales du marché [...] ».

Le contenu de la concertation réside dans l’élimination de toute incertitude sur le comportement des concurrents :

« Les critères de coordination et de coopération retenus par la jurisprudence de la Cour, loin d’exiger l’élaboration d’un véritable “plan”, doivent être compris à la lumière de la conception inhérente aux dispositions du traité relatives à la concurrence et selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu’il entend suivre sur le marché commun, y compris le choix des destinataires de ses offres et de ses ventes » (§ 173).

« [...] s’il est exact que cette exigence d’autonomie n’exclut pas le droit des opérateurs économiques de s’adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents, elle s’oppose cependant rigoureusement à toute prise de contact directe ou indirecte entre de tels opérateurs⁴³, ayant pour objet ou pour effet, soit d’influencer le comportement sur le marché d’un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l’on est décidé à, ou que l’on envisage de, tenir soi-même sur le marché » (§ 174).

En droit communautaire, la notion de pratique concertée prohibée s’applique à toute action de coordination sciemment conduite par des entreprises, qui sans avoir été poussée jusqu’à la conclusion d’une convention proprement dite, aboutit à des conditions de concurrence qui ne correspondent pas aux conditions normales de marché, compte tenu de la nature des produits, de l’importance et du nombre des entreprises ainsi que du volume et du caractère dudit marché.

En droit national, les pratiques concertées sont visées sous le terme d’actions concertées ou de concertations ou collusions, dont la Commission de la concurrence a donné une définition très proche de la définition communautaire : pour elle, il s’agit de termes généraux qui permettent « d’appréhender, à la limite, certaines formes de coordination ou de parallélisme de comportement entre des entreprises qui, sans avoir conclu entre elles une convention ou passé un accord », substituent sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence, « selon l’expression employée par la Cour de justice des communautés européennes⁴⁴ ».

L’objet de la pratique concertée constitue donc une « forme atténuée de concours de volontés⁴⁵ » qui se traduit par une certaine « concordance des comportements »⁴⁶.

43. C’est nous qui soulignons.

44. Voir rapport annuel de la Commission de la concurrence pour 1981, pp. 25-26.

45. Louis Vogel, « Définition et preuve de l’entente en droit français de la concurrence – Étude de la jurisprudence récente », *La Semaine juridique*, éd. E, n° 48, p. 494.

46. Thèse précitée de Catherine Vincent.

« *Du point de vue subjectif, [les notions d'accord et de pratique concertée] appréhendent des formes de collusion qui partagent la même nature et ne se distinguent que par leur intensité et par les formes dans lesquelles elles se manifestent* » (CJCE, 8 juillet 1999, Commission/Anic Partecipazioni C-49/92 P ; § 131).

L'adhésion de chacun se manifeste par l'acceptation volontaire d'une perte d'autonomie entre concurrents. Selon la formule d'E. Claudel, en droit de la concurrence, il y a « *volition sans projet* ⁴⁷ », ce qui est très différent du droit civil où les obligations ont toujours un objet précis et déterminé. Les entreprises ne prennent aucun engagement ; on verra plus loin que la preuve de leur comportement suspect, après l'échange d'informations, n'a pas à être recueillie.

Par ailleurs, la rencontre des volontés est ici moins évidente que pour les accords (cf. article E. Claudel), car il n'y a pas véritablement échange de consentements, comme en matière de contrat, mais juxtaposition de consentements à partager des informations, à dévoiler son attitude sur un marché, à réduire le niveau d'incertitude. Il y a « *consentement sans l'échange* ⁴⁸ », alors qu'ainsi que le rappelle Emmanuelle Claudel, reprenant une citation du précis Dalloz sur les obligations : « *Dans la conception française, le contrat naît non de la juxtaposition de deux déclarations dont chacune serait isolément obligatoire, mais de la rencontre de volontés qui fait naître une volonté nouvelle, celle de réaliser une opération commune qui est l'objet du contrat. C'est le nœud des volontés, le courant de confiance qui passe entre les parties qui forme le contrat* ⁴⁹ ».

Dans son rapport annuel pour 1988, le Conseil distinguait trois catégories de pratiques d'entente anticoncurrentielle : « *la détermination ou la mise en œuvre de stratégies communes à plusieurs opérateurs par voie d'entente explicite ou tacite, qui viole la condition d'autonomie des décisions* », ce qui recouvre la notion d'accord ; « *l'échange d'informations sur les stratégies que chacun des opérateurs est susceptible de mettre en œuvre, qui viole la condition d'incertitude* », ce qui vise les « *pratiques concertées* ⁵⁰ » ; enfin,

47. Emmanuelle Claudel, *Le droit civil des affaires. Rôle et place des mécanismes fondamentaux du droit civil en droit des affaires. Le consentement en droit de la concurrence, consécration ou sacrifice*, RTD Com, 1999.

48. B. Oppetit, « Le consentement sans l'échange : le concours des consentements, le concours implicite », *Rev. jur. com.*, novembre 1995, numéro spécial, *L'échange des consentements*, p. 69, cité dans la thèse précitée de Catherine Vincent.

49. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, précis Dalloz 1996, § 85, p. 79, cité dans Emmanuelle Claudel, RTD Com 1999, p. 291.

50. Derrière la notion juridique de « *pratique concertée* », c'est la pratique couramment visée sous la dénomination d'« *échanges d'informations* » qui est visée. Ainsi que l'a énoncé le Tribunal de première instance des communautés européennes, dans un arrêt Ciment (15 mars 2000, cimenterie CBR 25/95, point 1852) : la pratique concertée consiste dans « *toute prise de contact directe ou indirecte de nature à dévoiler à un concurrent le comportement que l'on est décidé, ou que l'on envisage de tenir soi-même sur le marché, lorsqu'une telle prise de contact a pour objet ou pour effet d'aboutir à des conditions de concurrence qui ne correspondraient pas aux conditions normales du marché. Pour établir une pratique concertée, il n'est donc pas nécessaire de démontrer qu'un opérateur économique s'est formellement engagé, à l'égard d'un ou de plusieurs autres, à adopter tel ou autre comportement ou que les concurrents ont fixé en commun leur comportement sur le marché. Il suffit que, à travers sa déclaration d'intention, l'opérateur économique ait éliminé, ou à tout le moins substantiellement réduit, l'incertitude quant au comportement à attendre de sa part sur le marché* ».

« les pratiques d'exclusion qui limitent ou interdisent l'entrée sur le marché considéré ».

Cette distinction souligne que la notion de pratique concertée, ou, en droit national, de coalitions, concertations, collusions, s'applique dans le domaine des échanges d'informations entre concurrents. En matière d'entente verticale, un échange d'informations entre opérateurs situés à des niveaux différents de la chaîne économique n'est pas en soi nuisible à la concurrence et ne constitue pas en soi une infraction alors qu'entre concurrents, dans certaines configurations de marchés, il a pour effet de porter atteinte à la concurrence. Les preuves de ces échanges d'informations sont le plus souvent des preuves comportementales, comme on le verra plus loin (participation à des réunions...).

Les marchés publics constituent le domaine privilégié d'application de cette notion. En matière de marchés publics, en effet, si l'entente peut porter sur un accord de partage de marchés ou sur le montant des soumissions, elle peut aussi consister en échanges d'informations avant le dépôt des offres, quelle que soit leur nature, dont les autorités de concurrence considèrent qu'elles ont nécessairement vicié les réponses des entreprises ou leur abstention, en affectant leur autonomie.

Le Conseil rappelle, dans tous ses rapports annuels et dans ses décisions, le principe selon lequel, *« en matière de marchés publics ou privés sur appel d'offres, une entente anticoncurrentielle peut prendre la forme, notamment, d'une coordination des offres ou d'échanges d'informations entre entreprises, antérieure à une date où le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être. Ces informations peuvent concerner l'existence de compétiteurs mais également, leur nom, leur importance, leur disponibilité en personnel et en matériel, leur intérêt ou leur absence d'intérêt pour le marché considéré ou enfin, les prix qu'ils envisagent de proposer. Ces pratiques altèrent le jeu de la concurrence, en ce qu'elles ont pour effet de supprimer la concurrence entre les entreprises soumissionnaires en limitant l'indépendance des offres, de tromper le maître d'ouvrage sur la réalité et l'étendue de la concurrence sur le marché en cause et de provoquer ainsi une hausse artificielle des prix ».*

Les échanges d'informations sur les prix sont toujours sanctionnés ; les autres échanges d'informations constituent des infractions autonomes ou des pratiques accessoires à d'autres comportements anticoncurrentiels. Ils ne constituent des infractions autonomes que sur des marchés oligopolistiques où la concurrence est déjà naturellement restreinte et où tout accroissement artificiel supplémentaire de la transparence permet une coordination des comportements, dans les conditions prévues dans la jurisprudence dite des *« tracteurs anglais »* (CJCE, 28 mai 1998, John Deere).

Ainsi que l'a souligné le Conseil de la concurrence dans une décision 05-D-64, s'agissant d'informations échangées entre les palaces parisiens : *« La jurisprudence communautaire considère que, sur un marché oligopolistique concentré, un accord prévoyant un système d'échanges d'informations entre les entreprises de ce marché, de nature à atténuer le degré d'incertitude sur le fonctionnement de ce dernier, altère la concurrence entre les opérateurs économiques, dès lors que les informations échangées,*

selon une périodicité rapprochée et de manière systématique, sont des secrets d'affaires présentant un caractère sensible et précis, et qu'elles sont échangées seulement entre concurrents, sans être mises à disposition des clients. Un tel accord est jugé contraire aux stipulations de l'article 81 du traité ».

Dans cette décision 05-D-64 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces parisiens, confirmée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 26 septembre 2006, le Conseil a sanctionné six établissements hôteliers parisiens de luxe (le Bristol, le Crillon, le George V, le Meurice, le Plaza Athénée et le Ritz) qui, de 1999 à 2001, avaient échangé régulièrement des informations, à la fois confidentielles et stratégiques, sur leurs activités et leurs résultats respectifs. Le caractère nominatif, non public, confidentiel et stratégique des données échangées (qui portaient notamment sur le taux d'occupation des palaces, le prix moyen par chambre louée et sur le revenu moyen par chambre disponible), ainsi que le caractère systématique, régulier et rapproché des échanges a été souligné. La cour a conclu que « *la mise en commun de ces données non publiques [avait] assuré une transparence artificielle des paramètres du marché, dès lors caractérisé par un équilibre collusif* ». Elle a souligné l'existence des effets anticoncurrentiels réels qui avaient été révélés par l'instruction, s'agissant de la convergence des évolutions du prix moyen des établissements au cours de la période considérée.

De même, dans sa décision 05-D-65, confirmée par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 12 décembre 2006 (Bouygues Télécom), le Conseil a sanctionné les trois opérateurs mobiles (Orange France, SFR et Bouygues Télécom) pour avoir échangé régulièrement des informations confidentielles et stratégiques portant notamment sur leurs volumes de ventes brutes, de résiliations et de ventes nettes de 1997 à 2003 et sur les nouveaux abonnements et les résiliations enregistrés par les opérateurs entre 2000 et 2002.

Dans un arrêt du 12 juillet 2001, Tate et Lyle British Sugar (T-202/98, T-204/98 et T-207/98), le TPICE a estimé que la circonstance que les prix échangés au cours d'une réunion à objet anticoncurrentiel étaient connus de certains avant la réunion anticoncurrentielle, est sans incidence sur la qualification de la pratique, car « *l'organisation des réunions litigieuses permettait aux participants d'avoir connaissance de ces informations de façon plus simple, rapide et directe que par le biais du marché* » et créait un climat de certitude mutuelle quant à la politique de prix future de chaque entreprise.

Les effets des pratiques concertées

Dans un arrêt du 8 juillet 1999 (Commission/Anic Partecipazioni C-49/92 P), la Cour de justice des communautés européennes a rappelé que « *la notion de pratique concertée implique, outre la concertation entre les entreprises, un comportement sur le marché faisant suite à cette concertation et un lien de cause à effet entre ces deux éléments* » (§ 118). Cette notion n'implique pas nécessairement que « *ce comportement produise l'effet concret de restreindre, d'empêcher ou de fausser la concurrence* » (§ 124). Cet effet est donc présumé dès lors que l'entreprise reste active sur le marché : « *Il y a lieu de présumer, sous réserve de la preuve contraire qu'il incombe aux opérateurs intéressés de rapporter, que les entreprises participant à la concertation et qui demeurent actives sur le marché tiennent compte des informations*

échangées avec leurs concurrents pour déterminer leur comportement sur ce marché. Il en sera d'autant plus ainsi lorsque la concertation a lieu sur une base régulière au cours d'une longue période, comme c'était le cas en l'espèce, selon les constatations effectuées par le Tribunal » (§ 121).

Les entreprises ne peuvent renverser cette présomption qu'en démontrant qu'elles ne sont plus actives sur le marché.

En matière d'échanges d'informations dans les marchés publics, on admet aussi que l'autorité de concurrence n'ait pas à rapporter la preuve de la façon concrète dont les entreprises en cause se sont comportées lorsqu'elles ont soumissionné ; le simple fait d'échanger des informations suffit à faire présumer que la consultation a été faussée ⁵¹.

Une volonté commune d'échanger des informations n'exige pas la réciprocité

La réciprocité dans la communication d'informations n'est pas exigée : une communication unilatérale d'informations suffit.

Dans le domaine des marchés publics, la solution est déjà acquise. Dans un arrêt du 15 juin 1999 (SOLATRAG), la cour d'appel a approuvé le Conseil d'avoir sanctionné pour entente une entreprise qui avait, avant le dépôt des offres, communiqué à ses concurrentes des devis estimatifs largement repris par celles-ci dans leur soumission. Cette entreprise qui n'avait pas obtenu le marché, alléguait que « *cette simple communication unilatérale d'informations chiffrées* » ne pouvait « *constituer, à défaut de réciprocité, un échange d'informations anticoncurrentiel* ». La cour a précisé qu'« *il importe peu que l'échange d'informations auquel a procédé la société [...] n'ait pas été réciproque* ».

En droit communautaire aussi, il est désormais acquis que la seule réception d'informations relatives au comportement futur des concurrents, au cours de réunions par exemple, suffit à caractériser la participation à la concertation. L'entreprise a « *dû nécessairement prendre en compte, directement ou indirectement, les informations obtenues au cours de ces réunions pour déterminer la politique qu'elle entendait suivre sur le marché* » (TPICE, 12 juillet 2001, Tate et Lyle, British Sugar et Napier Brown, 202, 204 et 207/98). La réciprocité n'est pas une condition de qualification des pratiques,

⁵¹. Signalons que la cour d'appel de Paris n'applique pas cette jurisprudence, dans le domaine des bordereaux de prix unitaires (dits BPU), mais il est vrai que ces échanges d'informations n'ont pas lieu sur des marchés oligopolistiques. Le Conseil avait estimé que les échanges d'informations intervenus entre des entreprises d'électrification pour formuler des propositions au maître d'ouvrage en vue de réactualiser un bordereau de prix unitaire avaient nécessairement faussé leur réponse aux appels d'offres pour des marchés d'électrification rurale passés sous la forme de marchés à bons de commande (pour lesquels les propositions des soumissionnaires devaient être formulées sous forme de rabais ou de majoration par rapport aux prix du bordereau unitaire) qui avaient lieu sept mois plus tard, nonobstant la circonstance que leur proposition n'avait pas été reprise dans le BPU réactualisé par le syndicat. En effet, elles avaient nécessairement échangé entre elles, sept mois avant les appels d'offres, des informations (échanges approfondis) sur leurs coûts, et déterminé des prix moyens de main d'œuvre et de fourniture ; « [...] *ces échanges leur donnaient la possibilité d'avoir une meilleure connaissance des marchés, des concurrents, du coût de réalisation de leurs chantiers et pouvaient les influencer dans la détermination de leurs propres offres* ». Dans un arrêt du 12 février 2002, la cour d'appel de Paris a réformé cette décision, exigeant que soit rapportée la preuve que ces échanges avaient influencé les entreprises dans la détermination de leurs offres (dans le même sens, voir aussi l'arrêt du 21 septembre 2004, dans le domaine des marchés publics d'électrification rurale de Charente-Maritime).

même si la notion même d'« *échange d'informations* » pourrait donner à penser le contraire ⁵².

Cette position, qui incrimine une entreprise qui a reçu une information au cours d'une réunion à objet anticoncurrentiel, semble condamner une pratique qui pourrait paraître, à première vue, purement unilatérale. Signalons cependant que la pratique décisionnelle du Conseil préserve davantage le consentement des parties, en exigeant, dans certains cas, que l'adhésion à l'objet anticoncurrentiel se manifeste par la réitération de la volonté infractionnelle après la première réunion à objet anticoncurrentiel ⁵³.

La jurisprudence sur les pratiques concertées est maintenant bien fixée. En droit communautaire, les débats portent surtout sur le montant des sanctions, la plupart des cartels sanctionnés sur ce fondement étant révélés à la suite de demandes de clémence ⁵⁴.

Enfin, la pratique concertée dissimule parfois un accord en bonne et due forme, par définition caché.

Il a été rappelé que l'objet du concours de volontés peut résulter d'un accord ou de pratiques concertées. La notion d'association d'entreprises en droit communautaire constitue la troisième catégorie de pratiques.

La notion d'entente complexe utilisée dans les dernières affaires de cartel de la Commission (affaire polypropylène par exemple) permet de fusionner, sous une seule infraction « *commune continue ayant un seul et unique objectif global* », les deux notions d'accord et de pratique concertée ⁵⁵. Cette notion est critiquée par la doctrine ⁵⁶ car une entreprise peut être déclarée responsable de cette infraction complexe, alors même qu'elle n'a pas participé à toutes les manifestations de l'entente, mais à un seul de ses éléments constitutifs ⁵⁷ (CJCE, 7 janvier 2004, Aalborg).

• Le parallélisme de comportement

Il peut se trouver que des entreprises, du fait de leurs caractéristiques propres et des circonstances spécifiques au marché concerné, adoptent des comportements parallèles qui les conduisent à se comporter comme si elles ne formaient qu'une seule entreprise, sans que cette identité de comportement nécessite le concours de leurs volontés. Il s'agit de situations connues sous les qualificatifs de « dominance collective » ou d'« oligopole non collusif ». Lorsque certaines conditions « *relatives au fonctionnement des marchés, à*

52. L'avocat général Darmon, dans ses conclusions sur l'affaire « *Pâtes de bois* » II (C 89, 104, 116, 117, 125 à 129/85), avait estimé que la concertation requérait « *par définition une réciprocité de communications entre concurrents* ».

53. Cf. *infra* la présomption tirée de la participation à une réunion à objet anticoncurrentiel.

54. Signalons cependant que dans trois arrêts récents de la Cour de justice du 2 octobre 2003 (Eurofer ASBL, Thyssen, Stahl et Corus (poutrelles) points 47, 81 et 111), il semble admis que la notion de pratique concertée s'applique aussi en dehors des marchés d'oligopoles étroits, « *le seul principe général retenu en matière de structure de marché étant que l'offre ne doit pas avoir un caractère atomisé* » (point 86 de l'arrêt Thyssen).

55. CJCE, 8 juillet 1999, Anic, 49/92 P.

56. Catherine Grynfolgel, « Le concours de volontés entre entreprises, une notion protéiforme en droit communautaire des ententes », *RJDA*, 2005, p. 551.

57. Cette circonstance est uniquement prise en compte dans le calcul de la sanction.

*l'information accessible aux agents et à la rationalité qui inspire leurs décisions*⁵⁸ » sont réunies, les entreprises n'ont pas besoin de s'entendre, de conclure des accords ou d'adopter des pratiques concertées pour se comporter de façon identique, et notamment fixer leurs prix à des niveaux supra-concurrentiels⁵⁹ ; elles se conforment individuellement à une règle tacite commune, sans qu'aucune concertation relevant d'un accord de volontés ne soit nécessaire entre elles ; dès lors, l'alignement de leur comportement peut s'expliquer par ces conditions. Dans ces configurations de marché, toutes les entreprises ont intérêt à fixer leurs prix à des niveaux proches des prix de monopole plutôt qu'à se livrer à une guerre des prix qui amènerait ceux-ci à un niveau concurrentiel. Chacune anticipe que toute action de baisse des prix qu'elle mènerait entraînerait la réaction des concurrents qui, en baissant à leur tour leurs prix, réduiraient à néant le gain espéré.

Même si ce comportement d'alignement peut avoir le même objet ou effet restrictif de concurrence qu'une entente, le concours de volontés dont il a été souligné qu'il constituait un élément constitutif de l'infraction d'entente anti-concurrentielle, fait défaut. L'infraction n'est donc pas caractérisée. Les oligopoles ne constituent pas en eux-mêmes des atteintes à la concurrence⁶⁰.

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché du transport public urbain de voyageurs (05-D-38), le Conseil a rappelé les trois conditions qui peuvent expliquer que les entreprises alignent leur comportement sans avoir à se concerter :

- « *en premier lieu, chaque membre de l'oligopole a connaissance du comportement des autres membres du fait d'un degré de transparence suffisant du marché, et la répétition de ce comportement sur des marchés successifs permet d'identifier la règle commune à laquelle il obéit, au point que le comportement de chacun est déterminé, sans ambiguïté, par cette règle, et que ce comportement devient prévisible et vérifiable par tous les autres ;*
- *en deuxième lieu, des mécanismes crédibles de représailles existent à un degré suffisant pour inciter les membres de l'oligopole à ne pas s'écarter de la règle de comportement commune, ces représailles pouvant être exercées sur le même marché lorsqu'il donne lieu à des attributions répétitives ou sur des marchés connexes lorsque les mêmes entreprises y sont présentes et vulnérables ;*
- *en troisième lieu, ni le pouvoir de marché des demandeurs, ni l'offre des "francs-tireurs" (mavericks) n'est en état de faire dévier la coordination ».*

⁵⁸. Anne Perrot et Louis Vogel, « Entente tacite, oligopole et parallélisme de comportement », *La Semaine juridique*, Éd. E, n° 48.

⁵⁹. Au-dessus du niveau de prix qui résulterait d'un fonctionnement concurrentiel du marché.

⁶⁰. Conclusions de l'avocat général Mayras dans l'affaire des matières colorantes (48/60) : « *Les oligopoles ne sont pas, en eux-mêmes, prohibés par le traité et l'article 85 ne doit pas conduire à imposer aux entreprises, dont l'activité s'exerce sur les marchés de cette nature, des obligations telles qu'elles interdiraient leur activité ou risqueraient de conduire à une transformation complète des structures de la profession.* »

La participation circonstanciée de chaque entreprise doit être démontrée

• Participation directe

Le Conseil a rappelé, dans une décision 97-D-52, que « *l'entente au sens de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 résulte d'un concours de volontés qui n'exige pas nécessairement une convention au sens du droit des obligations, ni une décision prise en commun ; [...] il suffit d'une adhésion consciente à un comportement collectif* » ; « *[...] dès lors, la preuve de l'adhésion peut être rapportée par tout moyen* ».

Les personnes susceptibles de se voir reprocher la participation à une entente sont, au premier chef, celles qui collaborent directement à leur conception. Mais le fait d'adhérer en connaissance de cause à une pratique élaborée par d'autres ou d'y prêter son concours peut aussi être sanctionné.

• L'adhésion

Comme le rappelait le Conseil dans une décision 88-D-01 : « *Constitue une participation à une [...] action concertée l'adhésion aux termes de l'accord sous la forme d'une application des décisions arrêtées.* »

L'adhésion à une entente suppose d'abord la connaissance de l'entente, car l'adhésion doit être consciente, puis doit se manifester par un comportement extérieur positif⁶¹.

L'adhésion doit être consciente ; pour qu'une entreprise soit partie à l'entente, il faut montrer, par le comportement d'alignement de cette entreprise, qu'après avoir eu connaissance de l'entente, elle en a suivi les commandements, en connaissance de cause.

Le comportement extérieur manifestant l'adhésion peut résulter de la signature d'un contrat (preuve documentaire) ou du comportement de l'entreprise qui manifeste son adhésion, sans aucune ambiguïté possible⁶² (preuve comportementale).

La preuve de l'adhésion d'une entreprise à une pratique concertée horizontale est beaucoup plus aisée à rapporter que la preuve de l'adhésion à un

⁶¹. La preuve de cette conscience peut être présumée. Ainsi le Conseil a-t-il estimé que le fait, pour une compagnie pétrolière de s'être systématiquement alignée sur des prix dont elle ne pouvait ignorer qu'ils résultaient d'une entente était assimilable à une adhésion à cette entente (décision 89-D-14). Cette jurisprudence a été très critiquée et est restée à ce jour sans postérité. En effet, il était présumé que les compagnies pétrolières savaient que les prix identiques pratiqués par certains distributeurs de carburants résultaient, compte tenu des caractéristiques du marché, d'une entente et non d'un parallélisme de comportement et il leur était reproché un alignement sur les prix de cette entente, ce qui revenait *contrario* à leur imposer une obligation positive de faire éclater l'entente constituée.

⁶². Dans un arrêt SEE Camille Bayol du 9 novembre 2004, la cour d'appel de Paris a censuré l'analyse du Conseil qui avait considéré qu'en tant que mandataire du groupement et signataire de l'étude de prix transmise au maître d'œuvre, cette société « *ne pouvait ignorer* » que ces estimations avaient été utilisées par un autre groupement pour établir une offre de couverture. La cour, après avoir rappelé que l'entente anticoncurrentielle suppose une participation libre, volontaire et consciente à l'action concertée, a estimé qu'en l'espèce, la participation de la société Bayol n'était pas établie. Elle a relevé que l'offre présentée par le groupement dont elle était membre avait été établie à partir d'une étude commandée par l'autre entreprise membre du groupement, seule à avoir eu un rôle actif dans son élaboration, et que le seul fait que la société Bayol ait signé l'estimation adressée au maître d'œuvre ne suffisait pas à caractériser sa volonté de participer à la collusion.

accord vertical, mise à part bien sûr l'hypothèse où celle-ci se manifeste par la signature d'un contrat. Ces points seront développés plus amplement dans la suite de l'exposé. Il convient à ce stade de comparer schématiquement les deux situations.

Dans des situations de pratiques concertées entre concurrents, la preuve de la connaissance de l'entente résulte de la participation à une réunion à objet anticoncurrentiel ou de contacts avec les participants à cette réunion (envoi de courriers, fax, contacts téléphoniques). L'adhésion à l'entente résultera de la participation à cette réunion ou d'un comportement d'alignement sur la ligne commune.

Dans un arrêt du 18 mars 2003 (Lamy), la cour d'appel de Paris, à propos d'un boycott concerté de fournisseurs décidé entre opticiens au cours d'une réunion, a retenu la participation à l'action concertée d'opticiens qui n'avaient pas participé à la réunion à l'origine de l'action concertée. Elle rappelle que « *l'adhésion à une entente peut se déduire de la mise en œuvre par une entreprise du comportement anticoncurrentiel collectivement décidé* [par d'autres] » et retient, par conséquent, le grief à l'égard d'une société dont la participation à la réunion n'était pas établie, dès lors qu'elle avait été informée des actions qui y avaient été décidées et qu'elle avait manifesté sa solidarité avec les participants à la réunion en appliquant les consignes qui avaient été adoptées ⁶³.

S'agissant des relations entre un fournisseur et ses distributeurs, la simple connaissance d'une pratique, même suivie d'un comportement d'alignement, ne suffit pas. La jurisprudence la plus récente exige que la rencontre des volontés se concrétise, à savoir d'une part que le fournisseur exprime sa demande clairement, ce qui permet aux distributeurs de pouvoir adhérer en connaissance de cause au comportement anticoncurrentiel et, d'autre part, que l'adhésion des distributeurs se manifeste de façon explicite.

Dans un arrêt du 15 février 2000 (Société ploërmelaise de friction industrielle), la cour d'appel de Paris a approuvé le Conseil d'avoir estimé que la transmission par un fabricant de garnitures de frein à douze de ses revendeurs et à certains clients d'une marque concurrente, de documents de nature à discréditer cette marque concurrente, constitue une pratique unilatérale de dénigrement du fournisseur, et non d'entente, bien qu'un de ces revendeurs ait répercuté ces informations à ses clients après avoir reçu lesdits documents accompagnés de la recommandation du fournisseur d'en faire « *le meilleur usage* ».

63. Mais elle a aussi jugé qu'avaient participé à la concertation deux opticiens qui n'étaient pas présents à la réunion, pour lesquels le Conseil ne disposait d'aucune preuve qu'ils aient été informés de la teneur de la réunion, mais qui avaient, pour l'un, téléphoné aux fournisseurs et, pour l'autre, envoyé un courrier aux fournisseurs qui différerait des formulations décidées collectivement. La connaissance, par les distributeurs en question, de la ligne d'action commune n'était pas démontrée, mais leurs comportements révélaient, selon la cour, cette connaissance et l'adhésion à l'entente. La cour a relevé que les fournisseurs avaient répondu à ces opticiens dans les mêmes termes que ceux utilisés pour répondre aux opticiens qui avaient adressé le courrier type proposé lors de la réunion, ce qui démontrait, selon la cour, « *que dans l'esprit du fournisseur le comportement de la société [...] s'inscrivait dans la pratique collective incriminée [...]* ». Dans cet arrêt, la cour a donc tenu compte, à titre d'indice de l'implication de ces opticiens dans l'entente, de la perception qu'en ont eue les fournisseurs victimes.

En effet, la volonté du fournisseur d'inciter ses distributeurs à ne pas acheter les produits concurrents ne ressortait pas des preuves du dossier. La cour relève que la formule employée ne constitue pas une consigne du fabricant et que celui-ci « *a pu de manière unilatérale communiquer ces renseignements à ses commerciaux et à ses clients, indépendamment du comportement que l'un d'entre eux pouvait adopter* ». Le revendeur qui a répercuté les informations dispensées par le fabricant à ses clients avait un intérêt propre à répercuter ces informations, distinct de celui du fabricant ; « *la simple convergence des intérêts particuliers des deux entreprises qui étaient dans des situations objectives différentes, n'est pas un élément de preuve suffisant d'une pratique concertée destinée à fausser le jeu de la concurrence* ».

L'exception à l'accord de volontés : l'effet cumulatif des contrats

Dans le cas de l'application de l'effet cumulatif des contrats, les pratiques anticoncurrentielles ne résultent pas d'un accord de volontés de plusieurs concurrents visant à s'entendre, mais de la mise en œuvre indépendante de plusieurs contrats identiques passés entre chacun d'entre eux et leurs distributeurs et dont l'effet cumulatif est restrictif de concurrence.

Dans un arrêt du 7 mai 2002, Masterfood, la cour d'appel de Paris a appliqué les critères de la jurisprudence communautaire (TPI, 28 février 1991, Delimitis, et 5 juillet 2001, Colin Arthur Roberts et Valerie Ann Roberts) et a mesuré l'effet de forclusion résultant d'un ensemble de contrats de prêt de congélateurs à titre gratuit conclus entre les principaux fabricants de glace et les détaillants, en contrepartie de l'engagement de ces détaillants de n'y exposer que des glaces du producteur en question. Les parts de marché de ces fabricants s'élevant à plus de 65 %, elle énonce 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 de 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, le degré de saturation de ce marché, la fidélité de la clientèle aux marques existantes* ⁶⁴ ».

En l'espèce, ces conditions n'étaient pas réunies.

Depuis cette décision, le Conseil n'a sanctionné qu'une seule fois des contrats dont l'effet cumulatif était restrictif de concurrence, en 2005 (voir rapport annuel). Dans la décision 05-D-49 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location entretien des machines d'affranchissement postal, le Conseil a considéré que les clauses de tacite reconduction, les clauses pénales et les clauses concernant les modalités de résiliation des contrats, insérées dans les contrats conclus entre les trois principaux opérateurs en place et les utilisateurs de machines à affranchir avaient verrouillé le marché et empêché les utilisateurs de changer de prestataires de service.

⁶⁴. Voir aussi TPI, 21 mars 2002, M. H Shaw et T. J Falla, T 131/99 ; TPI, 21 mars 2002, Colin Joynson, T 231/99.

Ces pratiques verticales avaient produit des effets d'éviction et de cloisonnement et n'étaient pas exemptables sur le fondement du règlement 2790/1999 du 22 décembre 1999, chacun des trois opérateurs détenant plus de 30 % de parts de marché.

Les preuves

L'administration de la preuve

Ce sujet recouvre la charge de la preuve et les modes d'administration de la preuve.

La charge de la preuve

Les preuves des ententes, comme celles de toutes les pratiques anticoncurrentielles, incombent à l'autorité de concurrence. Dans un arrêt de sa chambre commerciale du 12 octobre 1993, la Cour de cassation a rappelé le principe applicable en ce qui concerne la charge de la preuve : « *La preuve des pratiques anticoncurrentielles entrant dans le champ d'application des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 [...] incombe à celui qui s'en prétend victime ou aux autorités administratives dans le cadre des enquêtes [...]* ».

En cas de saisine directe, il appartient à la partie saisissante, non de supporter l'intégralité de la charge de la preuve, mais du moins d'apporter au Conseil tout document utile venant à l'appui de ses prétentions et pouvant être utilisé à titre de preuve, de commencement de preuve ou de présomptions. À défaut, la partie saisissante s'expose à un rejet de sa plainte pour défaut d'éléments suffisamment probants. Le Conseil de la concurrence, dans sa décision 04-D-48 du 14 octobre 2004 (point 133), a rappelé : « *Aucun texte ni principe ne fait obligation à la partie saisissante d'apporter au Conseil de la concurrence la preuve des agissements qu'elle dénonce. Dans le cas de saisines provenant d'entreprises, de collectivités ou d'organisations, comme en l'espèce, la saisissante se trouve généralement dans l'incapacité de fournir des éléments permettant, à eux seuls, de caractériser de façon certaine une pratique mise en œuvre par une autre entreprise, dès lors qu'elle n'a pas accès aux informations internes de celle-ci. C'est pourquoi le titre V du livre IV du Code de commerce confère aux rapporteurs du Conseil des pouvoirs d'enquête dont l'exercice garantit la possibilité, pour celui-ci, de se prononcer sur la base de faits proprement établis. En revanche, il appartient à la partie saisissante d'assortir ses déclarations d'indices crédibles permettant de présumer l'existence de pratiques illicites, ce que fait l'association ETNA France dans sa saisine.* »

Les parties peuvent critiquer les modes de preuve retenus par le Conseil devant la cour d'appel (Cour de cassation, 27 mars 2001, Philips). La Cour de cassation a rappelé que l'analyse *in concreto* de la portée des éléments de preuve relevait de l'appréciation souveraine du Conseil et de la cour d'appel (Cour de cassation, 8 décembre 1992).

Les modes d'administration de la preuve

Contrairement au droit civil pour lequel c'est la loi qui détermine les modes de preuve admissibles et leur valeur probatoire (articles 1341 et suivants ⁶⁵), la preuve est libre en droit de la concurrence comme en droit pénal (article 427 du CPP).

L'article 427 du Code de procédure pénale – qui s'applique au procès pénal mais aussi aux autorités administratives indépendantes qui, comme le Conseil de la concurrence, statuent sur des griefs assimilés à des « *accusations pénales* » et sanctionnent des comportements d'entreprises – énonce le principe de la liberté de la preuve : « *Hors le cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction. Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui* ».

En droit de la concurrence comme en droit pénal, il ne s'agit pas de prouver un acte juridique, mais un fait matériel.

La pluralité des preuves n'est pas requise : compte tenu de la vraisemblance de l'information qui y est contenue, de l'origine du document et des circonstances de son élaboration, une seule preuve peut se suffire à elle-même. Ainsi que le soulignait la Cour de cassation dans un arrêt du 25 avril 2001 (Laurent Bouillé) : « *La variété des indices qui doivent être retenus pour présumer l'existence d'une entente anticoncurrentielle n'impose pas la diversité de leur source* ». De même, le Tribunal de première instance a-t-il rappelé, dans un arrêt du 15 mars 2000 (cimenterie CBR SA e. a. contre Commission des communautés européennes, T-25/95, point 1531) : « *Aucun principe de droit communautaire ne s'oppose à ce que la Commission, pour conclure à l'existence d'une infraction à l'article 85 § 1 du traité se fonde sur une seule pièce, pourvu que la valeur probante de celle-ci ne fasse pas de doute et pour autant que, à elle seule, ladite pièce atteste de manière certaine l'existence de l'infraction en question.* »

Si, en raison de son pouvoir de sanction qui le conduit à statuer sur des griefs assimilés à des accusations pénales au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, le Conseil de la concurrence se voit appliquer certains principes du droit à un procès équitable rappelés par cette Convention (respect des droits de la défense, contradiction, impartialité, indépendance), la Cour européenne des droits de l'homme considère que la Convention « *ne régleme pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telle, matière qui dès lors relève au premier chef du droit interne* » (CEDH, 25 mars 1999, Pélissier et Sassi c/ France ; CEDH, 8 février 2005). Il revient donc aux juridictions nationales et aux autorités de concurrence d'apprécier les éléments de preuve recueillis par elles, au regard notamment des articles 2 et 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

⁶⁵. On distingue généralement les preuves littérales ou par écrit, les preuves testimoniales, les preuves par présomption et l'aveu.

Faute de texte spécifique régissant l'administration de la preuve devant le Conseil, celle-ci peut être établie par tous les moyens. Le plus souvent, celle-ci résulte d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants. Tous les modes de preuves sont admis (écrits, témoignages, aveux) ; l'origine des preuves (enquête de concurrence, enquête pénale, autres autorités de concurrence, documents apportés par les parties) et leur support sont libres (enregistrements⁶⁶, photographies, écrits).

L'appréciation de leur valeur probatoire dépend, comme dans le domaine répressif, de l'intime conviction des autorités de concurrence. Il va toutefois sans dire que des preuves documentaires ou testimoniales ont une valeur plus grande que les preuves par présomption dont on verra plus loin que les autorités de concurrence font parfois usage, mais toujours avec une grande circonspection. Par exception au principe de l'intime conviction, c'est le Code de commerce qui détermine la valeur probatoire des procès-verbaux établis par la DGCCRF qui retracent des déclarations de témoins ou de personnes mises en cause⁶⁷ : en vertu de l'article L. 450-2 du Code de commerce, ces procès-verbaux font foi jusqu'à preuve contraire rapportée par écrit ou par témoignage.

L'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales pose les deux principes d'égalité des armes et de respect du contradictoire. Sous le contrôle de la cour d'appel de Paris⁶⁸, le Conseil veille strictement à ce que, lors du déroulement des enquêtes ou de l'instruction, ni les enquêteurs ni les rapporteurs n'utilisent des procédés déloyaux⁶⁹ et à ce que les preuves aient été soumises au contradictoire.

Les différentes preuves des ententes

La présomption d'innocence définie à l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme garantit à tout individu qu'il ne peut être traité comme coupable d'une infraction avant qu'un tribunal compétent n'ait établi sa culpabilité selon la loi (cour d'appel de Paris, 15 juin 1999, SA Canal Plus).

Dans un arrêt du 25 octobre 2005 (groupe Danone, T 38/02), le Tribunal de première instance de communautés européennes a rappelé qu'« [...] *eu égard à la nature des infractions en cause ainsi qu'à la nature et au degré de sévérité des sanctions qui s'y rattachent, le principe de la présomption d'innocence s'applique notamment aux procédures relatives à des violations des règles de concurrence applicables aux entreprises susceptibles d'aboutir à la prononciation d'amendes ou d'astreintes* » (voir arrêts de la

66. Dans la décision 05-D-66 relative à la saisine de la SARL Avantage à l'encontre de pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'électronique grand public, le Conseil a admis la recevabilité comme preuve d'enregistrements sonores de conversations téléphoniques.

67. Contrairement aux officiers de police judiciaire, ils n'interviennent pas pour constater eux-mêmes les faits, par définition complexes et cachés qui constituent une entente (les ententes sont rarement constatées en flagrant délit !).

68. Voir CA de Paris, 8 avril 1994, Hyperallye.

69. Décision 97-D-40 : retrait de procès-verbaux de déclarations de personnes interrogées par des enquêteurs qui, s'étant fait passer pour des clients, n'avaient pas fait connaître l'objet de l'enquête ; décision 04-D-07 : vérification que les enregistrements d'interventions orales avaient été communiqués aux enquêteurs dans des conditions régulières.

Cour du 8 juillet 1999, Hüls/Commission, C-199/92 P, Rec. p. I-4287, points 149 et 150, et Montecatini/Commission, C-235/92 P, Rec. p. I-4539, points 175 et 176 ; § 216).

« Ainsi, il est nécessaire que la Commission fasse état de preuves précises et concordantes pour fonder la ferme conviction que l'infraction a été commise » (voir arrêt Volkswagen/Commission, point 99 *supra*, points 43 et 72, et la jurisprudence citée ; § 217).

La preuve des pratiques anticoncurrentielles peut résulter, soit de preuves se suffisant à elles-mêmes, soit d'un faisceau d'indices constitué par le rapprochement de divers éléments recueillis en cours d'instruction qui peuvent être tirés d'un ou plusieurs documents ou déclarations et qui, pris isolément, peuvent ne pas avoir un caractère probant (décision 01-D-13 du 19 avril 2001). « La preuve de l'existence de telles pratiques [...] peut résulter en particulier d'un faisceau d'indices constitué par le rapprochement de diverses pièces [...] même si chacune de ces pièces prise isolément n'a pas un caractère suffisamment probant » (décision 89-D-42).

La cour d'appel de Paris et la Cour de cassation (8 décembre 1992) ont admis ce mode de preuve : « À l'évidence l'existence et l'effectivité d'une entente [...] ne sont normalement pas établies par des documents formalisés, datés et signés, émanant des entreprises auxquelles ils sont opposés [...]. La preuve ne peut résulter que d'indices variés dans la mesure où, après recoupement, ils constituent un ensemble de présomptions suffisamment graves, précises et concordantes » (cour d'appel de Paris, 19 septembre 1990).

L'entente peut s'appuyer sur une structure juridique (constitution de SEP, de groupement, de GIE ⁷⁰...) ou sur un contrat isolé ⁷¹.

En dehors des preuves contractuelles, les ententes peuvent être prouvées par d'autres preuves directes emportant conviction par elles-mêmes, telles des déclarations, des aveux. L'absence de preuve directe oblige à « faire appel à un raisonnement logique déductif ⁷² », par confrontation de pièces, de déclarations...

L'accord de volontés peut être démontré par des présomptions, à savoir des preuves indirectes reposant sur une démarche intellectuelle établissant la vérité d'un fait par une conséquence tirée d'un autre fait : on infère alors la participation à l'entente du comportement des entreprises (continuité des relations commerciales, participation à des réunions à objet anticoncurrentiel, alignement des comportements).

⁷⁰. La constitution d'un GIE entre entreprises indépendantes, par lequel elles mettent en commun certains éléments de leur politique commerciale, constitue en soi un accord de volontés, donc une entente. Si l'objet en est anticoncurrentiel, elle sera prohibée (cour d'appel de Paris, 9 décembre 1990, Fédération nationale d'horticulture).

⁷¹. Les pratiques non détachables de contrats comportant l'usage de prérogatives de puissance publique et pour l'exécution d'une mission de service public ne relèvent pas de la compétence du Conseil ; de même, les conventions collectives sont-elles exclues du champ des ententes anticoncurrentielles, car si elles traduisent un concours de volontés, elles comportent également une dimension de commandement, sous réserve des stipulations allant au-delà du but de la convention.

⁷². Laurent Dupont, « La preuve des pratiques anticoncurrentielles en droit français », *Revue de la concurrence*, n° 74, juillet-août 1993.

L'article 1349 du Code civil dispose que « *les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu.* » En droit de la concurrence, il n'existe pas de présomption établie par la loi ; elles présentent donc les caractéristiques mentionnées à l'article 1353 du Code civil : « *Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol.* »

Ces preuves sont délicates de maniement et réfragables, c'est-à-dire qu'elles peuvent être renversées par des preuves contraires.

On verra que l'évolution du droit de la concurrence va dans le sens d'une plus grande protection des parties.

La place grandissante du consentement des parties dans la preuve des accords verticaux va de pair avec une utilisation prudente des présomptions tenant à des participations à des réunions anticoncurrentielles ainsi que des présomptions tirées des comportements parallèles des entreprises.

La place grandissante du consentement dans la preuve des accords verticaux

• Accords verticaux

Historiquement, les ententes horizontales ont été sanctionnées avant les ententes verticales. La notion d'accord de volontés en matière d'accords verticaux n'allait pas de soi, les distributeurs alléguant que les politiques de distribution sélective ou exclusive des fournisseurs résultaient d'un choix unilatéral des fournisseurs.

La Cour de justice a posé le principe que « *l'article 85, se référant de façon générale à tous les accords qui faussent la concurrence à l'intérieur du marché commun, n'établit aucune distinction entre ces accords, selon qu'ils sont passés entre opérateurs concurrents au même stade ou entre opérateurs non concurrents situés à des stades différents* » (13 juillet 1966, Grundig-Consten, 56 et 58/64⁷³). C'est ainsi que, comme l'a souligné la cour d'appel de Paris, « *l'agrément par les fabricants des distributeurs [...] se fonde sur l'acceptation expresse ou tacite, de la part des contractants, de la politique poursuivie par les fabricants [...]* » ; cet agrément (d'apparence unilatérale) est donc de nature contractuelle (arrêt du 28 janvier 1988, conseil de l'Ordre des pharmaciens).

La démonstration d'une entente suppose d'abord la démonstration d'un accord de volontés entre deux ou plusieurs entreprises. Mais la démonstration de l'accord de volontés constitutif d'une entente n'est pas la même selon que l'on se situe dans un accord horizontal ou dans un accord vertical. La jurisprudence relative aux pratiques verticales est plus exigeante sur le standard des preuves que celle relative aux pratiques horizontales. Cette différence s'explique aisément : en effet, les opérateurs situés à des niveaux

73. Voir aussi CJCE, AEG Téléfunken, 25 octobre 1983.

différents de la chaîne économique peuvent avoir des intérêts divergents et les rapports verticaux sont le plus souvent entachés d'inégalité dans les rapports de force. Dès lors, la recevabilité des preuves d'acquiescement tacite sera plus étroite que pour les pratiques horizontales.

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. Les accords de volontés qui peuvent se manifester dans les types d'accords énumérés aux articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 du traité CE se divisent en deux catégories :

- soit les accords de volontés sont matérialisés dans une relation contractuelle : les preuves de ces accords résultent généralement, directement, de la signature d'un contrat ;
- soit les accords de volontés sont tacites : il faut alors démontrer la volonté de chaque participant à l'entente de commettre une pratique anticoncurrentielle ; les preuves, indirectes, de nature variée, sont généralement tirées du comportement des entreprises.

La volonté commune de s'entendre dans les relations verticales entre un fournisseur et ses distributeurs est aisée à démontrer si un contrat à objet anticoncurrentiel est signé par les revendeurs (Cour de cassation, 18 mai 1993, Salomon)

116

Mais les preuves directes ne sont pas les plus fréquentes.

La pratique décisionnelle du Conseil montre, au cours des dernières années, un certain nombre d'exemples d'ententes anticoncurrentielles qui trouvent directement leur source dans des dispositions contractuelles⁷⁴. Ces dispositions illicites peuvent être diverses :

- dans la décision 05-D-07 relative à des pratiques mises en œuvre sur les marchés des armes et des munitions civiles, le Conseil a considéré que la société Browning Winchester avait imposé des prix de vente aux membres de son réseau de distribution. Un article du contrat d'armurier pilote demandait aux revendeurs pilotes de s'engager à respecter la politique commerciale de Browning Winchester, notamment en matière de politique tarifaire et à s'abstenir de toute publicité centrée sur la possibilité d'acquérir des produits Browning et Winchester à des conditions incompatibles avec les prestations de conseil et de service à la clientèle auxquelles le revendeur pilote est tenu. Le Conseil a considéré que cet article exprimait la volonté du fournisseur de maîtriser son réseau de distribution en imposant un prix au revendeur pilote et que l'accord de volontés des membres de ce réseau avait résulté de la signature réitérée chaque année et pendant cinq ans de ce contrat de revendeur pilote. Enfin, Browning Winchester avait diffusé dans son réseau des tarifs de vente. Ces agissements avaient constitué un faisceau d'indices concordants d'entente sur les prix, malgré l'absence d'un relevé exhaustif des prix pratiqués par les

⁷⁴. Voir rapports annuels du Conseil, partie commentaire de jurisprudence sur les ententes verticales.

- distributeurs, d'autant plus que ce faisceau était étayé par des indices supplémentaires (intimidation de deux armuriers qui n'avaient pas adhéré aux pratiques, présentation dans les catalogues des deux principales entreprises de vente par correspondance des gammes Winchester et Browning à des prix publics très proches des tarifs de Browning Winchester) ;
- dans une décision 05-D-66 relative à la saisine de la SARL Avantage à l'encontre de pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'électronique grand public, le Conseil a rappelé que l'entente entre un fabricant et ses distributeurs peut être démontrée s'il « *existe un contrat prévoyant que le distributeur s'engage à respecter la politique commerciale de son cocontractant en matière de politique tarifaire ou permettant au fabricant de contrôler la publicité sur les prix faite par le distributeur [...]* ». Dans ce cas, l'accord de volontés des distributeurs qui peut, par ailleurs, être démontré par leur respect des prix « *conseillés* » par le fabricant, résulte de la signature de ce contrat ⁷⁵ ;
 - dans une décision 07-D-06 du 28 février 2007, le Conseil a sanctionné Sony Computer Entertainment France (SCEF) pour avoir convenu, avec ses distributeurs, de vendre la console PS2 à un prix unique lors de son lancement en France. Les distributeurs avaient signé une charte (§ 102) contenant une clause explicite selon laquelle ils s'interdisaient de communiquer sur un autre prix que celui indiqué par SCEF.

Le Conseil a aussi relevé le caractère anticoncurrentiel de clauses d'exclusivité (d'approvisionnement, de clientèle ⁷⁶) instaurant des pratiques discriminatoires, de clauses de remises, de clauses d'interdiction de rétrocession, d'interdiction d'exporter ⁷⁷, d'interdiction de vente par internet au sein d'un réseau et d'interdiction de vente passive en dehors du réseau ⁷⁸.

La preuve comportementale

Le plus souvent, il n'existe aucune preuve directe de l'entente résultant de l'existence de clauses contractuelles anticoncurrentielles signées par les

75. Le Conseil a précisé que « *dans les deux cas, l'entente est démontrée sans qu'il soit nécessaire d'avoir mis en cause chacun des distributeurs au stade de la notification de griefs, les fournisseurs prenant une part prépondérante dans la constitution de l'entente en diffusant des prix minimum conseillés et en veillant à ce qu'ils soient respectés par ces distributeurs* ». Les revendeurs des produits Philips et Sony avaient signé une charte selon laquelle ils devaient respecter la politique de communication des fabricants à travers leurs annonces de prix dans les publicités. Cette signature venait encore renforcer l'entente sur les prix qui résultait de la diffusion de prix de détail imposés, lesquels avaient été appliqués par les revendeurs, du fait notamment d'une véritable police des prix exercée par les fabricants (voir aussi décision 06-D-37 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des cycles et produits pour cyclistes, dans laquelle le Conseil a sanctionné plusieurs fabricants de cycles pour avoir inséré dans leurs contrats de distribution des clauses imposant aux revendeurs de respecter les prix de vente conseillés).

76. Dans la décision relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché du chou-fleur de Bretagne, l'analyse des contrats « *Industrie* » mis en place par le comité économique agricole de la région Bretagne a fait apparaître une clause d'exclusivité anticoncurrentielle (05-D-10) (voir aussi décision 05-D-32 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Royal Canin et son réseau de distribution, confirmée pour l'essentiel par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 4 avril 2006 (société Établissements horticoles Georges Truffaut) ; voir aussi 06-D-22 ; 06-D-26 ; 06-D-03 *bis*).

77. Voir, par exemple, décision 06-D-37 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des cycles et produits pour cyclistes.

78. Décision 06-D-24 relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France et une décision 06-D-28 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels Hi-Fi et Home cinéma.

parties. Il faut alors, pour caractériser la pratique, démontrer l'accord de volontés des deux parties à l'entente. En l'absence de contrat à objet anticoncurrentiel dont la signature, par les entreprises en cause, suffit à démontrer leur accord de volontés, cet accord peut résulter d'un ensemble de circonstances factuelles, comme, par exemple, l'application, par une entreprise, des termes d'une décision prise par une autre.

Les accords verticaux tacites nécessitent toutefois la démonstration de l'accord de volontés, ce qui implique que chacune des parties (fabricant/distributeurs) ait manifesté (extériorisé) sa volonté de façon claire, l'accord des parties supposant que chacun ait pu connaître la volonté de l'autre : l'invitation (offre) du fabricant, tête de réseau, doit être claire, précise et complète et l'acquiescement de ses distributeurs (acceptation de l'offre) doit porter sur l'objet de l'offre, à savoir la pratique anticoncurrentielle. En l'absence de ces conditions, on est en présence d'un acte unilatéral du fabricant, non répréhensible sous la qualification d'entente.

La preuve du concours de volontés est délicate lorsque le fabricant met en œuvre une politique contraire aux dispositions du contrat ou contraire aux intérêts du distributeur. Dans une affaire Sony, il était reproché à Sony d'accorder une remise de 5 % à des distributeurs ne remplissant pas les conditions prévues au contrat pour en bénéficier (à savoir fournir un suivi d'assistance technique aux consommateurs). Le Conseil, puis la cour d'appel de Paris avaient sanctionné Sony pour entente (voir arrêt du 8 juillet 1994). La Cour de cassation a annulé l'arrêt de la cour, faute de démonstration de la preuve que les distributeurs avaient contribué à la mise en œuvre de cette politique (Cour de cassation, 29 octobre 1996). La preuve comportementale est donc requise en ce cas.

Dans un arrêt du 15 mars 2000, SA cimenterie CBR, le Tribunal de première instance a estimé que le simple fait qu'un producteur d'un État membre ait su que les achats effectués auprès de lui par d'autres producteurs avaient pour finalité de faire cesser ou de réduire ses ventes directes sur le marché européen, ne permet pas de le considérer comme partie à une entente contraire à l'article 81 : son adhésion à la pratique anticoncurrentielle, qui est contraire à son intérêt, ne peut résulter du seul fait qu'il ait vendu sa production en connaissance de cause ; une adhésion plus explicite à la pratique est requise, comme par exemple une interdiction d'exporter.

Ainsi que l'a rappelé le Tribunal de première instance, dans un arrêt du 21 octobre 2003 General Motors Nederlands § 58 : « *En l'absence d'accords entre entreprises, un comportement unilatéral d'une entreprise, sans la participation expresse ou tacite d'une autre entreprise, ne relève pas de l'article 81, paragraphe 1, CE (arrêt de la Cour du 30 juin 1966, Société technique minière, 56/65, Rec. p. 337, 358 ; du 25 octobre 1983, AEG/Commission, 107/82, Rec. p. 3151, point 38, et du 17 septembre 1985, Ford/Commission, 25/84 et 26/84, Rec. p. 2725, point 21)* ».

Au plan communautaire, les règles relatives à l'administration de la preuve du concours de volontés en matière d'ententes verticales ont été fixées, pour l'essentiel, par les jurisprudences Bayer (TPICE, 26 octobre 2000, affaire T-41/96 ; CJCE, 6 janvier 2004, C-2/01 P et C-3/01 P) et Volkswagen (TPICE, 3 décembre 2003, affaire T-208/01 ; CJCE, 13 juillet 2006, affaire C-74/04 P). À l'occasion de ces deux affaires, les juges communautaires ont consacré une

conception restrictive de la notion d'« accord » au sens de l'article 81 § 1 du TCE, beaucoup plus étroite que celle adoptée, au cours des années précédentes, par la Commission européenne :

- les juges communautaires ont mis fin à l'interprétation très large faite par la Commission européenne de la jurisprudence antérieure en matière de réseaux de distribution contractuellement structurés, visant à ce que des mesures unilatérales prises par des fournisseurs soient considérées comme s'insérant automatiquement dans le cadre des relations commerciales continues de ce fournisseur avec ses distributeurs, et soient ainsi, *de facto*, susceptibles d'être qualifiées d'entente ;
- ils ont par ailleurs réaffirmé qu'une mesure unilatérale ne saurait être qualifiée d'« entente » au seul motif que le partenaire auquel est imposée ladite mesure poursuit ses relations commerciales avec auteur et qu'il convient, pour chaque mesure en cause, de prouver qu'elle a fait spécifiquement l'objet d'une concordance de volontés, cette dernière ne pouvant être globale et générale, ou présumée.

En matière d'accords verticaux, il faut distinguer les situations dans lesquelles les relations fournisseurs/distributeurs s'insèrent dans le cadre de relations contractuelles suivies et habituelles, des situations dans lesquelles les relations sont ponctuelles et interviennent hors de tout contrat de distribution ou de concession : la jurisprudence Volkswagen s'applique au premier cas, tandis que la jurisprudence Bayer s'applique au second.

- *Les pratiques ne résultant pas directement d'un contrat mais s'inscrivant dans des relations contractuelles suivies entre un fournisseur et ses distributeurs*

L'affaire Volkswagen concerne des pratiques s'inscrivant dans le cadre de relations commerciales continues entre le fournisseur et ses distributeurs, régies par un accord général préétabli.

- Dans une décision du 29 juin 2001, la Commission européenne avait estimé que le constructeur Volkswagen avait commis une infraction aux dispositions de l'article 81 § 1 du traité CE en ce qu'il avait fixé les prix de vente d'un de ses modèles en exigeant de ses concessionnaires allemands, auxquels il avait adressé à cette fin une circulaire, de ne pas consentir de remises aux clients ou de ne leur consentir que des remises restreintes lors de la vente de ce modèle. Alors que le contrat de concession conclu avec les revendeurs prévoyait que Volkswagen faisait des « *recommandations de prix non contraignantes pour le prix final et les remises* », disposition qui n'était pas contraire au droit de la concurrence, le constructeur avait adressé des circulaires et des courriers à ses concessionnaires allemands, exigeant de ces derniers qu'ils ne consentent pas de remises aux clients ou seulement des remises restreintes sur le modèle « Passat ». Les invitations litigieuses n'avaient pas été mises en œuvre. La Commission avait néanmoins estimé que la politique de distribution litigieuse du constructeur avait été acceptée tacitement par les concessionnaires lors de la signature du contrat de concession : « *Des invitations adressées par un constructeur automobile à ses concessionnaires sous contrat constituent un accord lorsqu'elles [visent] [...] à influencer les concessionnaires [...] dans l'exécution de leur contrat avec [le constructeur ou l'importateur]* ». Ainsi, selon la Commission, les concessionnaires signataires du contrat de concession (conforme au droit de la concurrence) étaient censés avoir, lors de et par leur signature, accepté

d'avance une évolution ultérieure illégale du même contrat, alors même que, en raison précisément de sa conformité au droit de la concurrence, ledit contrat ne pouvait permettre au concessionnaire de prévoir une telle évolution.

Cette position trouvait notamment son origine dans une décision Peugeot du 4 décembre 1991 (CE, n° 92/154/CEE) dans laquelle la Commission avait estimé qu'une circulaire adressée par ce constructeur à son réseau, les invitant à cesser toutes ventes à un acheteur intermédiaire, n'était pas une mesure unilatérale, mais venait s'insérer « automatiquement » dans les relations commerciales entre Peugeot et ses distributeurs, régies par un contrat type signé par l'ensemble des distributeurs.

- Pour le Tribunal, cette thèse ne devait pas prospérer. Dans un arrêt du 3 décembre 2003 (T-208/01), celui-ci a jugé que la seule signature préalable du contrat ne suffisait pas à démontrer l'acquiescement des distributeurs. Une preuve comportementale devait être apportée.

Le Tribunal a observé que l'analyse de la Commission était en contradiction avec une jurisprudence constante, celle-là même invoquée par la Commission, selon laquelle il est nécessaire, pour pouvoir constater l'existence d'un accord de volontés au sens de l'article 81 § 1 du traité, de rapporter la preuve, y compris dans le cadre de réseaux de distribution contractuellement structurés, d'un « *concours de volontés* » devant « *porter sur un comportement déterminé, lequel doit, alors, être connu des parties lorsqu'elles l'acceptent* » (CJCE, 12 juillet 1979, BMW Belgium et 11 janvier 1990, Sandor Prodotti Farmaceutici ; TPICE, 26 octobre 2000 Bayer T-41/96).

Le Tribunal ajoute qu'il ne peut être considéré que l'élément déterminant de l'insertion d'une invitation dans un contrat est que cette invitation vise à influencer le concessionnaire dans l'exécution dudit contrat. Si tel était le cas, la transmission par le concédant d'une invitation à ses concessionnaires aboutirait, en effet, systématiquement, à la constatation d'un accord, dès lors que, par définition, une telle invitation vise à influencer ses concessionnaires dans l'exécution de leur contrat. En revanche, une invitation s'insère dans un contrat préexistant, c'est-à-dire devient partie intégrante dudit contrat, « *dès lors, certes, que cette invitation vise à influencer les concessionnaires dans l'exécution du contrat, mais, surtout, dès lors que cette invitation est, d'une manière ou d'une autre, effectivement acceptée par les concessionnaires* ».

- Dans un arrêt du 13 juillet 2006, la Cour de justice a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt du Tribunal par la Commission européenne.

La Cour a jugé que, contrairement à la thèse défendue par la Commission, toute invitation adressée par un constructeur à des concessionnaires ne constitue pas nécessairement un accord au sens de l'article 81 § 1 et ne dispense pas de démontrer l'existence d'un concours de volontés des parties au contrat de concession dans chaque cas particulier.

La Cour a estimé que le Tribunal avait justement relevé que, pour constituer un accord au sens de l'article 81 § 1, CE, « *il suffit qu'un acte ou un comportement apparemment unilatéral soit l'expression de la volonté concordante de deux parties au moins, la forme selon laquelle se manifeste cette concordance n'étant pas déterminante par elle-même* ».

Elle a précisé que la volonté des parties peut résulter tant des clauses du contrat de concession en question que du comportement des parties et,

notamment, de l'existence éventuelle d'un acquiescement tacite des concessionnaires à l'invitation du constructeur (en ce sens, voir arrêt CJCE du 18 septembre 2003, Volkswagen/Commission, C-338/00 P).

S'agissant du premier cas de figure (volonté des parties résultant des clauses du contrat), la Cour a estimé que le Tribunal avait entaché son arrêt d'une erreur de droit en jugeant que des clauses conformes aux règles de la concurrence ne pouvaient être considérées comme autorisant des invitations contraires à ces règles⁷⁹. Pour la Cour, il ne peut être exclu, en effet, qu'une invitation contraire aux règles de la concurrence soit considérée comme autorisée par des clauses apparemment neutres d'un contrat de concession. La Cour cite à cet égard sa propre jurisprudence⁸⁰.

Dans ce cas de figure, il convient donc de s'attacher à examiner si les invitations litigieuses faites par le constructeur automobile sont explicitement contenues dans le contrat de concession ou, à tout le moins, si les clauses de celui-ci autorisent le constructeur automobile à faire usage de telles invitations. La Cour a rejeté la thèse de la Commission selon laquelle, en signant un contrat de concession, le concessionnaire donne son consentement *a priori* à toutes les mesures adoptées par le constructeur dans le cadre de cette relation contractuelle, de sorte que toute invitation adressée par un constructeur à ses concessionnaires constituerait un accord au sens de l'article 81 § 1 du traité. Une telle position instituerait ainsi une présomption systématique de l'existence d'un concours de volontés des parties au contrat de concession aboutissant à un renversement de la charge de la preuve.

La Cour réaffirme la spécificité de la situation dans laquelle les entreprises mises en cause entretiennent des relations commerciales continues régies par un contrat-cadre, dès lors qu'il s'agit de prouver l'existence d'un accord au sens de l'article 81 du traité. Elle précise que l'examen des invitations litigieuses faites par le constructeur automobile au regard des stipulations du contrat-cadre de concession doit être réalisé *in concreto*, en tenant compte des buts poursuivis par ce contrat en tant que tel, à la lumière du contexte économique et juridique au regard duquel il a été conclu. Un contrat de distribution en tous points conforme au droit de la concurrence, et notamment au règlement d'exemption par catégorie des accords automobiles, peut être à la source des invitations litigieuses en ce qu'il autorise le constructeur à faire usage de telles invitations. En pareil cas, mais seulement dans cette hypothèse, l'acquiescement des concessionnaires à l'invitation du constructeur peut être déduit de la signature du contrat-cadre.

79. Thèse du Tribunal : dès lors que le contrat lui-même est conforme au droit de la concurrence, il ne peut pas prévoir des applications contraires au droit de la concurrence.

80. Arrêt Ford du 17 septembre 1985, 25/84 et 26/84 : la Cour estime que des circulaires adressées par Ford à ses concessionnaires allemands interdisant de vendre en Allemagne des véhicules conduite à droite, se rattachent à une annexe du contrat de concession prévoyant que les gammes de véhicules peuvent être complétées par le fabricant. Arrêt Volkswagen du 18 septembre 2003, C-338/00 : la Cour approuve le Tribunal d'avoir jugé que des mesures prises par Volkswagen en vue de limiter les livraisons de véhicules aux concessionnaires italiens, mises en œuvre, dans le but explicite d'entraver les réexportations à partir de l'Italie, s'inséraient dans les relations commerciales continues des parties au contrat de concession, le Tribunal ayant relevé notamment que le contrat de concession prévoyait la possibilité de limiter de telles livraisons.

Par conséquent, en l'espèce, selon la Cour, le Tribunal aurait dû « *examiner au cas par cas les clauses du contrat de concession en tenant compte, le cas échéant, de tous les autres facteurs pertinents, tels que les buts poursuivis par ce contrat à la lumière du contexte économique et juridique au regard duquel celui-ci a été conclu* ».

Dans le second cas de figure (absence de dispositions contractuelles pertinentes), l'existence d'un accord au sens de l'article 81 § 1 suppose l'acquiescement, explicite ou tacite, de la part des concessionnaires à la mesure adoptée par le constructeur automobile (voir en ce sens, notamment, arrêt CJCE du 12 juillet 1979, *BMW Belgium e.a. / Commission*, 32/78, 36/78 à 82/78). Ce cas de figure n'avait pas d'intérêt en l'espèce dans la mesure où la Commission n'avait pas évoqué ou recherché un acquiescement explicite ou tacite des concessionnaires.

En conséquence, pour déterminer si les invitations litigieuses s'étaient insérées dans l'ensemble des relations commerciales de Volkswagen avec ses concessionnaires, « *le Tribunal aurait dû examiner si elles étaient prévues ou autorisées par les clauses du contrat de concession, en tenant compte des buts poursuivis par ce contrat en tant que tel, à la lumière du contexte économique et juridique au regard duquel il a été conclu* ». En l'espèce, la Cour estime que les clauses du contrat de concession, et notamment la clause prévoyant que le constructeur faisait des recommandations de prix non contraignantes pour le prix final et les remises, ne pouvaient être regardées comme ayant autorisé Volkswagen à adresser des recommandations contraignantes aux concessionnaires en ce qui concerne le prix des véhicules neufs. Les invitations litigieuses ne constituaient donc pas un accord au sens de l'article 81 § 1 du traité.

Cette jurisprudence se situe dans la continuité d'un autre arrêt de la Cour de justice des communautés européennes. Celle-ci avait jugé, dans un arrêt du 11 janvier 1990 (*Sandoz Prodotti Farmaceutici S. p. A. c/Commission*, C-277/87), qu'en présence d'une interdiction claire faite par un fournisseur à ses distributeurs d'exporter, cette interdiction figurant sur chaque facture, et de l'acquiescement réitéré des distributeurs qui avaient continué à acheter sans protester les produits du fournisseur, l'existence d'un accord de volontés était bien caractérisée : « *Constitue un accord interdit par l'article 85, paragraphe 1, du traité, et non pas un comportement unilatéral, l'envoi systématique par un fournisseur à ses clients de factures comportant la mention "exportation interdite", lorsque celui-ci s'insère dans un ensemble de relations commerciales continues régies par un accord général préétabli, découlant de l'agrément donné par le fournisseur à l'établissement de relations commerciales avec chaque client, préalablement à toute livraison, et de l'acceptation tacite par les clients de la ligne de conduite adoptée par le fournisseur à leur égard, acceptation attestée par des commandes renouvelées passées sans protestation à des conditions identiques* ». Dans le même arrêt, la Cour de justice a précisé que pour « *être constitutive d'un accord au sens de l'article 85 du traité, il suffit qu'une stipulation soit l'expression de la volonté des parties [...] sans qu'il soit nécessaire qu'elle constitue un contrat obligatoire et valide selon le droit national* ».

En matière d'ententes verticales sur les prix, le Conseil a eu à se prononcer sur les preuves requises au sein de réseaux de distributeurs, en l'absence de dispositions contractuelles.

Pour que l'entente soit constituée, le Conseil exige que soit démontré l'accord des volontés entre le fournisseur et les distributeurs, sur la politique de prix imposés.

En l'absence de preuves établissant directement la volonté du fournisseur d'imposer des prix (clauses de prix imposés, déclarations établissant cette volonté ou témoignages de tiers), la preuve de cette volonté nécessite : en premier lieu, la preuve d'une communication des prix par le fournisseur à ses distributeurs (au cours d'une réunion commerciale avec les distributeurs par exemple), car en l'absence d'extériorisation du comportement, il ne peut y avoir accord de volontés ; en second lieu, la preuve que ces prix communiqués sont, en réalité, dans l'esprit du fournisseur, des prix imposés ; cette preuve peut résulter d'un système de contrôle des prix mis en place par le fournisseur.

La preuve du consentement des distributeurs, en l'absence de preuves directes (signature de clauses de prix par exemple ou déclarations), résultera quant à elle de la mise en œuvre de ces prix par les distributeurs.

Ces trois éléments du « faisceau » d'indices ont été pour la première fois théorisés par le Conseil dans une décision 02-D-42 (Akaï), mais ils ne sont que la formalisation des preuves de l'accord de volontés énoncées plus haut, lorsque les preuves de cet accord sont purement comportementales. Il en ressort logiquement qu'aucun de ces éléments n'est absolument requis dans tous les cas, lorsque certaines preuves directes viennent aider à démontrer l'accord de volontés.

La décision 06-D-04 du Conseil relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe (contre laquelle un recours est pendant devant la cour d'appel de Paris) est venue encore clarifier les preuves requises pour démontrer une entente verticale sur les prix, lorsqu'il n'existe pas de preuve directe de l'entente, résultant par exemple de clauses contractuelles anticoncurrentielles signées par les parties.

Le Conseil considère qu'il faut établir les trois points suivants :

- le premier critère, à savoir l'évocation des prix avec les distributeurs, peut être démontré « à partir de tout procédé par lequel un fabricant fait connaître à ses distributeurs le prix auquel il entend que ses produits soient vendus au public. La notion d'évocation n'implique pas que les prix aient été négociés avec les distributeurs, ni même discutés oralement. L'élaboration par un fabricant, et la diffusion à ses distributeurs, d'un document général décrivant les prix de base, les prix de vente conseillés au détail, et la date présente ou future de la disponibilité des produits, par exemple sous la forme d'un catalogue des tarifs, caractérise l'existence d'une politique générale de diffusion de prix conseillés consistant en une "évocation des prix de revente entre le fournisseur et ses distributeurs à l'occasion de négociations commerciales", sans qu'il soit nécessaire de démontrer que les négociations commerciales entre le fournisseur et ses distributeurs ont porté sur l'élaboration de ces prix. Au demeurant et à elle seule, la diffusion de prix conseillés ne constitue pas une pratique anticoncurrentielle ».

- le deuxième « exige [...] que soit prouvée la mise en place d'une police des prix fondée sur un système de contrôle par le fournisseur, les représailles ne constituant qu'une catégorie extrême dans les actes de cette police, parmi un large éventail allant des simples contrôles de prix, aux pressions, menaces de rétorsions et représailles effectives. De fait, si le présent dossier évoque fréquemment la possibilité de représailles, il n'en retrace pas directement l'effectivité. À l'inverse, il abonde en faits témoignant de l'existence de contrôles, pressions et menaces. En outre, l'existence de remises de fin d'année (RFA) qui récompensaient le respect de la politique tarifaire des marques, permettait, dans de nombreux cas, de ne pas recourir directement à l'arme des représailles, le non-versement de ces remises équivalant, dans les faits, à des sanctions de nature financière ». Le Conseil explique que « la police des prix n'est [...] en rien, antinomique de l'accord de volontés » et qu'« elle est son nécessaire complément pour garantir que quelques déviants ne viennent pas compromettre le fonctionnement de l'entente ».
- le troisième critère du faisceau d'indices peut être démontré par la signature d'un contrat de coopération commerciale impliquant le respect de la politique commerciale ou de la politique de communication du fabricant par les revendeurs (ou prohibant certaines techniques de vente telles que prix barrés, soldes, prix « discriminatoires ») mais aussi par l'acceptation de la part de ces distributeurs de remises conditionnées au respect des prix, ou encore par la démonstration du respect effectif de ces prix par les distributeurs.

S'agissant du respect de ces prix, il faut apporter la preuve d'une application significative, au niveau des ventes au détail, des prix conseillés. « Cette preuve peut être apportée par les déclarations du distributeur ou par des pièces établissant sans conteste cette application. En l'absence de ces éléments, l'observation directe des prix de détail et l'accumulation de ces prix au voisinage des prix conseillés apportent la preuve recherchée ».

En l'espèce, le Conseil a utilisé les relevés de prix effectués par la DGCCRF dans 74 points de vente sur 59 produits de parfums et cosmétiques de 31 marques différentes, soit au total plus de 4 300 relevés. Le Conseil a constaté que ces relevés montraient que les prix publics indicatifs préconisés par les fournisseurs étaient respectés à un taux remarquablement élevé. Le Conseil a répondu aux parties qui contestaient la représentativité de l'échantillon, qu'il n'était pas question d'élaborer un échantillon répondant parfaitement aux règles formelles de la statistique, mais d'élaborer un échantillon sérieux, portant sur un nombre de relevés significatif, effectués dans toutes les zones de chalandise, sur un panel de produits tenant compte des parts de marché de chaque marque et reflétant la répartition de la distribution à l'époque des faits.

La preuve de l'acquiescement des distributeurs à la pratique nationale de prix imposés du fabricant n'exige pas que soit démontré l'acquiescement de chaque distributeur, mais l'acquiescement d'une « part importante » de distributeurs, « d'un nombre de points de vente suffisant », ou encore d'un nombre « suffisant », « significatif » de distributeurs (cour d'appel de Paris, 7 juin 1990, Nike – Reebok).

Le Conseil est en cela parfaitement en accord avec la jurisprudence de la cour d'appel qui n'a jamais exigé, pour retenir des pratiques d'entente

verticale entre fournisseurs et distributeurs, que soit rapportée la preuve que tous les distributeurs avaient donné leur accord : dans l'arrêt du 22 novembre 2005 (Dexxon Data Media), la cour d'appel a ainsi confirmé la condamnation des pratiques des sociétés Noblet et Texas Instruments pour entente verticale sur les prix des calculatrices, sans avoir exigé une telle preuve ; de même, la cour d'appel a-t-elle confirmé la condamnation de la société Royal Canin pour avoir mis en place une entente sur les prix de détail des croquettes haut de gamme, sans exiger la preuve de l'acquiescement de chaque distributeur (4 avril 2006, Truffaut).

La jurisprudence communautaire n'exige pas davantage la preuve de l'acquiescement de tous les distributeurs, mais d'une grande partie de ceux-ci. Ainsi, dans un arrêt du 21 octobre 2003, General Motors BV (T-368/00), le Tribunal a-t-il confirmé la décision de la Commission réprimant une entente entre General Motors et ses concessionnaires (décision de ne plus leur accorder de primes à l'exportation), après avoir relevé que neuf concessionnaires sur 20 avaient acquiescé à l'entente en supprimant leurs exportations, ces neuf concessionnaires représentant environ 65 % de toutes les exportations effectuées ⁸¹.

Dans cette même décision 06-D-04, le Conseil a souligné que chaque distributeur d'un réseau de distribution n'a pas à être mis en cause dans l'entente, si l'autorité de concurrence le décide. De même, dans une décision relative à la saisine de la SARL Avantage à l'encontre de pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'électronique grand public (05-D-66), le Conseil a précisé que « *dans les deux cas, l'entente est démontrée sans qu'il soit nécessaire d'avoir mis en cause chacun des distributeurs au stade de la notification de griefs, les fournisseurs prenant une part prépondérante dans la constitution de l'entente en diffusant des prix minimums conseillés et en veillant à ce qu'ils soient respectés par ces distributeurs* ».

– *Les pratiques s'inscrivant dans le cadre de relations ponctuelles entre un fournisseur et ses distributeurs*

Les principes s'appliquant dans cette configuration ont été posés par les juridictions communautaires dans l'affaire Bayer et ont reçu application dans la pratique décisionnelle du Conseil.

- L'affaire Bayer (TPICE, 26 octobre 2000, affaire T-41/96 ; CJCE, 6 janvier 2004, C-2/01 P et C-3/01 P) concerne des pratiques s'inscrivant dans le cadre de relations ponctuelles et intervenant hors tout contrat de distribution ou de

⁸¹. Le Tribunal souligne l'absence de preuves à l'encontre des autres concessionnaires (pas d'éléments de rattachement au contrat de concession et pas de preuve d'un acquiescement comportemental). « *Il importe encore de souligner que la décision attaquée ne contient pas de preuves du fait que, hormis les neufs concessionnaires cités, d'autres concessionnaires aient exprimé le même engagement. La thèse de la Commission selon laquelle il ne s'agit pas uniquement des neuf concessionnaires pour lesquels il existe la preuve d'un engagement exprès, mais de la totalité des 20 concessionnaires identifiés comme exportateurs, ne peut donc être retenue* » (§ 151). Mais, sur la pratique d'entente, le Tribunal conclut : « *Toutefois, selon les chiffres de la Commission, mentionnés au considérant 99 de la décision attaquée, les neufs concessionnaires en cause représentaient, à la fin du mois de juin 1996, environ 65 % de toutes les exportations effectuées. Ces chiffres ne sont pas contestés. La Commission en a déduit à juste titre qu'Opel Nederland était assurée, grâce à ces seuls engagements, d'obtenir une réduction considérable du volume des exportations* » (§ 152). (C'est nous qui soulignons).

concession (Bayer ne distribuait pas ses médicaments par le biais d'un réseau contractuellement structuré).

Les prix de l'Adalat, médicament destiné à soigner les maladies cardio-vasculaires, produit et commercialisé par Bayer AG, étaient en France et en Espagne en moyenne inférieurs de 40 % à ceux appliqués au Royaume-Uni, de 1989 à 1993. En raison de ces différences de prix, des grossistes établis en Espagne et en France avaient, dès 1989 ou 1991, entrepris l'exportation d'Adalat vers le Royaume-Uni. Face à cette situation, le groupe Bayer avait commencé à ne plus honorer l'intégralité des commandes passées par les grossistes établis en France et en Espagne. La pratique qui était reprochée à Bayer par la Commission consistait dans un refus de vente aux grossistes au-delà du volume qui leur était nécessaire pour approvisionner leur marché national plus 10 %, ce qui aboutissait à leur interdire d'exporter dans les faits.

La Commission, dans une décision du 10 janvier 1996, avait condamné le laboratoire Bayer pour entente contraire à l'article 81 § 1 du traité au motif que ce laboratoire, en refusant de vendre aux grossistes au-delà de certaines quantités censées correspondre à la demande du marché national, s'était entendu avec ses grossistes pour restreindre les importations parallèles de son produit Adalat. Le laboratoire soutenait que sa décision avait été adoptée et mise en œuvre unilatéralement et imposée aux distributeurs, ce qui la faisait échapper à l'application de l'article 81 § 1 du traité. La Commission avait toutefois constaté que les grossistes avaient poursuivi leurs relations commerciales avec le laboratoire et qualifié cette poursuite des relations commerciales d'« *acquiescement* », alors même que les grossistes s'étaient plaints de la politique restrictive mise en place par Bayer et avaient tenté d'échapper aux mesures prises par Bayer en modifiant leur mode de commande afin de tromper le laboratoire sur l'étendue réelle de leurs besoins.

Dans un arrêt Bayer AG contre CE du 26 octobre 2000 (T-41/96), le Tribunal a annulé cette décision, estimant que la Commission n'avait pas prouvé qu'il existait un « *accord* » au sens de l'article 81 § 1 entre Bayer et ses grossistes pour limiter les exportations parallèles de l'Adalat. Ni le comportement du groupe Bayer, ni les attitudes des grossistes ne représentaient, selon le Tribunal, des éléments constitutifs d'un accord entre entreprises. Aucun des documents présentés par la Commission ne contenait d'indice prouvant la volonté de Bayer d'imposer une interdiction d'exporter à ses grossistes et que les livraisons étaient subordonnées au respect de cette prétendue interdiction. La Commission ne démontrait pas non plus que les grossistes avaient adhéré à cette politique, leur réaction dénotant, au contraire, une attitude opposée. Ainsi, la Commission n'avait pas prouvé l'existence d'un acquiescement, exprès ou tacite, des grossistes à l'attitude adoptée par le fabricant. Enfin, le Tribunal a rejeté la thèse de la Commission selon laquelle il était suffisant, pour prouver l'existence d'un accord, de constater que les parties continuaient à entretenir leurs relations commerciales et a rappelé que la notion même d'accord repose sur une concordance de volontés entre les opérateurs économiques.

Dans un arrêt du 6 janvier 2004 (C-2/01 P et C-3/01 P), la Cour de justice a estimé, à la suite du Tribunal, que le refus opposé par Bayer d'approvisionner en Adalat les grossistes établis en Espagne et en France (qui exportaient

ses produits au Royaume-Uni) ne constituait pas une entente entre ces opérateurs, car ce refus de Bayer ne constituait pas une « invitation » claire aux grossistes à la réalisation d'une pratique commune : « *Toutefois, un tel accord ne peut se fonder sur ce qui n'est que l'expression d'une politique unilatérale de l'une des parties contractantes, qui peut être exécutée sans l'assistance d'autrui. En effet, considérer qu'un accord interdit par l'article 85, paragraphe 1, du traité peut être établi sur la seule base de l'expression d'une politique unilatérale visant à empêcher les importations parallèles aurait pour effet de confondre le champ d'application de cette disposition avec celui de l'article 86 du traité* » (§ 101). « *Pour qu'un accord au sens de l'article 85 [devenu 81], paragraphe 1, du traité puisse être réputé conclu au moyen d'une acceptation tacite, il est nécessaire que la manifestation de volonté de l'une des parties contractantes visant un but anticoncurrentiel constitue une invitation à l'autre partie, qu'elle soit expresse ou implicite, à la réalisation commune d'un tel but, et ce d'autant plus qu'un tel accord n'est pas, comme en l'espèce, à première vue, dans l'intérêt de l'autre partie, à savoir les grossistes* » (§ 102).

Partant, c'était à bon droit que le Tribunal avait recherché si le comportement de Bayer permettait de conclure que le laboratoire avait exigé des grossistes, comme condition de leurs futures relations contractuelles, qu'ils se conforment à sa nouvelle politique commerciale. Or, le seul fait qu'il existe une entrave aux importations parallèles ne suffit pas à démontrer que Bayer avait imposé une interdiction d'exporter aux grossistes.

La Cour confirme la position du Tribunal en ce qu'il avait estimé que la « *volonté réelle* » des grossistes était de « *continuer à effectuer des commandes de médicaments pour l'exportation et pour les besoins du marché national* », et de faire croire à Bayer, au moyen d'une répartition des commandes destinées à l'exportation entre les différentes agences, que les besoins nationaux avaient augmenté : « *Loin d'établir l'existence d'une concordance de volontés, cette stratégie ne constituait qu'une tentative des grossistes pour tourner à leur avantage l'application de la politique unilatérale de Bayer, dont la mise en œuvre ne dépendait pas de leur coopération* » (§ 123).

La Cour retient qu'en l'absence de contrat-cadre de distribution, « *le seul fait qu'il existe concomitamment un accord, neutre en soi, et une mesure restrictive de la concurrence imposée de manière unilatérale n'équivaut pas à un accord interdit par ladite disposition. Partant, le seul fait qu'une mesure adoptée par un fabricant, qui a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence, s'inscrit dans le cadre de relations commerciales continues entre ce dernier et ses grossistes, ne saurait être suffisant pour conclure à l'existence d'un tel accord* ».

La Cour a donc pleinement confirmé la position du Tribunal selon laquelle une entente ne saurait être présumée sur la base de la seule poursuite des relations commerciales. Notamment, les évolutions non prévues au contrat ne sont pas censées avoir été acceptées par les distributeurs, surtout quand elles ne vont pas dans le sens de leur intérêt. Il incombe à la Commission de prouver que chaque mesure dont elle allègue le caractère illicite, a fait l'objet d'une réelle concordance de volontés entre les entreprises concernées.

Comme a pu le souligner la doctrine ⁸², « *les jurisprudences Bayer et Volkswagen recentrent ainsi la jurisprudence communautaire en matière d'entente autour de [...] la rencontre de deux volontés dans un but commun (pré) défini* » : selon la formule utilisée par la Cour et le Tribunal de première instance, « *pour qu'il y ait accord au sens de l'article 81, paragraphe 1 du traité, il suffit que les entreprises en cause aient exprimé leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée* ».

- La jurisprudence Bayer a trouvé application dans la pratique décisionnelle du Conseil :

Dans la décision 05-D-72 relative à des pratiques mises en œuvre par divers laboratoires dans le secteur des exportations parallèles de médicaments ⁸³, le Conseil a jugé, en effet, qu'une entente entre les laboratoires et les grossistes-répartiteurs visant à exclure les exportateurs du marché en contingentant les produits, n'était pas établie. Le Conseil a constaté qu'en l'espèce, aucun élément du dossier ne démontrait que les grossistes-répartiteurs appartenaient à des réseaux de distribution sélective organisés par les laboratoires. Par ailleurs, il a estimé qu'il ne résultait « *pas non plus des éléments recueillis, notamment auprès des différents interlocuteurs des laboratoires, qu'une interdiction d'exporter ait été demandée par aucun des 21 laboratoires visés par les parties plaignantes et a fortiori que les grossistes-répartiteurs aient pu répondre favorablement à une telle invitation* ». L'accord de volontés visant à exclure les exportateurs du marché n'était donc pas démontré.

Cette décision a été confirmée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt rendu le 23 janvier 2007 (société Pharmalab). La cour a retenu notamment que « *le seul fait qu'un distributeur restreigne ses commandes dans la limite des quotas imposés par son fournisseur ne caractérise pas une entente entre ces entreprises lorsque, comme en l'espèce, cette situation résulte d'une décision, unilatérale, imposée par le fournisseur, la commande passée par le distributeur dans de telles conditions ne valant pas acquiescement aux restrictions en cause ; [...] au demeurant, les multiples plaintes déposées par les exportateurs démontrant le contraire, s'il en était besoin* ».

La participation à des réunions à objet anticoncurrentiel : la présomption d'adhésion à la pratique concertée

Les accords ou pratiques concertées se nouent souvent au cours de réunions auxquelles participent les entreprises membres de l'entente.

En droit communautaire, la participation à une réunion ou à plusieurs réunions à objet anticoncurrentiel (accord ou pratique concertée) instaure une présomption réfragable d'adhésion de l'entreprise à cet objet et démontre donc sa participation à l'entente, en l'absence de toute autre preuve.

⁸². M. Thill-Tayara et F. Herrenschildt « Jurisprudence communautaire récente en matière d'entraves : la fin des ententes présumées ? », *Revue Lamy Droit des affaires* – Chronique, février 2004.

⁸³. Décision confirmée par la cour d'appel de Paris, 23 janvier 2007, Pharma Lab ; voir dans le même sens l'arrêt précité de la Cour de cassation (29 octobre 1996, Sony) et l'arrêt du 15 mars 2000 (SA cimenterie CBR) du TPICE.

La participation d'une entreprise à une réunion au cours de laquelle un accord portant sur les prix ou sur les quantités a été adopté, laisse présumer que l'entreprise a bien adhéré à l'accord en question. Il en est de même de la participation à « *une ou plusieurs réunions au cours desquelles un concours de volontés s'est manifesté* ». Dans un arrêt Ciment du 15 mars 2000, le Tribunal réaffirme cette présomption : « *Dès lors qu'une entreprise ou une association d'entreprises a participé, même sans y jouer un rôle actif, à une ou plusieurs réunions au cours desquelles un concours de volontés s'est manifesté ou réaffirmé sur le principe de comportements anticoncurrentiels et qu'elle a, par sa présence, souscrit ou à tout le moins, donné à penser aux autres participants qu'elle souscrivait au contenu de l'accord anticoncurrentiel, conclu puis confirmé au cours desdites réunions, elle doit [...] être considérée comme ayant participé audit accord* » (§ 15).

Cette présomption est une présomption réfragable, comme le rappelle la Cour de justice dans son arrêt Aalborg : « *Lorsque la participation à de telles réunions a été établie, il incombe à cette entreprise d'avancer des indices de nature à prouver que sa participation auxdites réunions était dépourvue de tout esprit anticoncurrentiel, en démontrant qu'elle avait indiqué à ses concurrents qu'elle participait à ces réunions dans une optique différente de la leur* » (7 janvier 2004, Aalborg Portland e. a. / 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, § 81).

Cette présomption a été fortement critiquée par la doctrine, d'autant qu'elle s'applique quel qu'ait été le rôle de cette entreprise au cours de la réunion.

Le fait que l'entreprise ait tenu un rôle purement passif, se bornant à écouter les autres, ne l'exonère pas de sa participation à l'entente, sauf à ce qu'elle démontre que sa participation à la réunion était dépourvue de nature anticoncurrentielle.

Dans un arrêt du 5 décembre 2006 (Westfalen Gassen Nederland BV ; T-303/02), le Tribunal précise : « [...] *le silence observé par un opérateur dans une réunion au cours de laquelle une concertation illicite a lieu sur une question précise touchant à la politique des prix ne peut être assimilée à l'expression d'une désapprobation ferme et claire. Au contraire, selon la jurisprudence, l'approbation tacite d'une initiative illicite, sans se distancier publiquement de son contenu ou la dénoncer aux entités administratives, a pour effet d'encourager la continuation de l'infraction et compromet sa découverte. Cette complicité constitue un mode passif de participation à l'infraction qui est donc de nature à engager la responsabilité de l'entreprise [...]* » (§ 124⁸⁴).

Dans un arrêt du 12 juillet 2001 (Tate et Lyle British Sugar, T-202/98, T-204/98 et T-207/98), le Tribunal de première instance des communautés européennes a admis que « [...] *le seul fait d'avoir reçu lors de ces réunions des informations concernant des concurrentes, informations qu'un opérateur indépendant préserve comme secrets d'affaires, suffit à manifester l'existence chez elle d'un esprit anticoncurrentiel* » (§ 66). « [...] *grâce à la seule participation auxdites réunions, chaque participant a nécessairement pris*

84. Voir aussi TPICE, 16 novembre 2006, Peroxidos Organicos, T-120/04, § 68.

en compte, directement ou indirectement, les informations obtenues au cours de ces réunions pour déterminer la politique qu'il entendait suivre sur le marché » (§ 67).

La circonstance qu'un seul participant à la réunion ait dévoilé ses intentions au cours de la réunion, les autres restant taisants, n'exclut pas la qualification d'entente : « *Le fait que seul un des participants aux réunions litigieuses dévoile ses intentions ne suffit pas à exclure l'existence d'une entente* » (TPICE, 12 juillet 2001, Tate et Lyle British Sugar, T-202/98, T-204/98 et T-207/98 ; § 54).

Ainsi que le rappelle le Tribunal, dans l'arrêt Enichem du 17 décembre 1991 (T-6/89), l'entreprise qui a participé à une réunion à objet anticoncurrentiel « *a nécessairement dû prendre en compte, directement ou indirectement, les informations obtenues au cours de ces réunions pour déterminer la politique qu'elle entendait suivre sur le marché [...]* » (§ 201). Le comportement subséquent de l'entreprise est donc, lui aussi, présumé⁸⁵.

Le comportement d'apparence purement unilatéral d'une entreprise peut donc être qualifié d'entente, sa seule participation, même passive, à une seule réunion, suffisant à démontrer son adhésion à la volonté commune. Ce renversement de la charge de la preuve va d'autant plus loin que, ainsi que la Cour de justice l'a rappelé dans l'arrêt Anic, l'entreprise ne peut rapporter la preuve qu'elle n'a pas souscrit aux pratiques anticoncurrentielles en n'appliquant pas les mesures décidées en commun.

130

Dans un arrêt du 16 novembre 2000 (C-291/98 P Sarrío SA), la Cour de justice a confirmé l'arrêt du Tribunal de première instance (arrêt du 14 mai 1998, Sarrío/Commission, T-334/94), aux termes duquel le comportement effectif de l'entreprise importe peu dès lors qu'elle s'est rendue coupable de collusion, et notamment peu importe qu'elle n'ait pas suivi la ligne définie en commun : « *[...] il est de jurisprudence constante que le fait qu'une entreprise ne se plie pas aux résultats des réunions ayant un objet manifestement anticoncurrentiel n'est pas de nature à la priver de sa pleine responsabilité du fait de sa participation à l'entente, dès lors qu'elle ne s'est pas distanciée publiquement du contenu des réunions (voir, par exemple, arrêt du Tribunal du 6 avril 1995, Tréfileurope/Commission, T-141/89, point 85). À supposer même que le comportement sur le marché de la requérante n'ait pas été conforme au comportement convenu, cela n'affecte donc en rien sa responsabilité du chef d'une violation de l'article 85, paragraphe 1, du traité* » (§ 118 de l'arrêt du Tribunal cité au § 8 de l'arrêt de la Cour).

La Cour confirme cette appréciation en ces termes : « *Il convient d'admettre, ainsi que l'a fait le Tribunal, que la participation d'une entreprise à des réunions ayant un objet anticoncurrentiel a objectivement pour effet de créer ou de renforcer une entente et que la circonstance qu'une entreprise ne donne pas suite aux résultats de ces réunions n'est pas de nature à écarter sa responsabilité du fait de sa participation à l'entente, à moins qu'elle se soit distanciée publiquement de leur contenu. Or [tel n'est pas le cas en l'espèce]... » (§ 50).*

⁸⁵. Voir ce qui a été dit *supra* sur les pratiques concertées.

Dans un arrêt du 5 décembre 2006 (Westfalen Gassen Nederland BV ; T-303/02), le Tribunal de première instance souligne que les entreprises peuvent avoir intérêt à ne pas se soumettre à la collusion : « *La requérante pouvait également avoir tout intérêt à ce que les fournisseurs de gaz respectent les accords conclus et croient qu'elle s'y conformerait aussi, alors que, sans en avertir ces entreprises, elle pratiquait des prix un peu inférieurs à ceux convenus de façon à accroître ses marges et sa part de marché. Il convient de rappeler, à cet égard, que, selon la jurisprudence, le fait que le comportement sur le marché des entreprises concernées n'est pas conforme aux »règles du jeu« convenues n'affecte en rien leur responsabilité du chef de leur participation à un accord anticoncurrentiel [...]. »*

Le Conseil de la concurrence et, à sa suite, ses juridictions de contrôle, sont plus exigeants quant à la preuve de l'adhésion de l'entreprise à l'entente, du moins s'agissant de réunions tenues dans le cadre statutaire d'une organisation professionnelle ⁸⁶.

Dans ce cas de figure, la participation d'une entreprise à une seule réunion à objet anticoncurrentiel ne suffit pas, à elle seule, à caractériser sa participation à une entente. Son adhésion doit être corroborée par la réitération de sa volonté infractionnelle, comme par exemple un comportement d'alignement sur la ligne décidée en commun ou la participation à une autre réunion à objet anticoncurrentiel ⁸⁷.

Dans la décision 06-D-03 *bis* du 9 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie et climatisation, le Conseil a rappelé que « [...] *l'accord de volontés est démontré dans deux hypothèses :*

- *si l'entreprise n'a participé qu'à une seule réunion ayant un objet anticoncurrentiel dès lors qu'il est également établi qu'elle a adhéré à cet objet, notamment par la diffusion des consignes adoptées ou encore par l'application des mesures décidées au cours de cette réunion ;*
- *si l'entreprise a participé à plusieurs réunions ayant le même objet anticoncurrentiel » (§ 687).*

En l'espèce, le Conseil a retenu la participation à l'entente des entreprises qui avaient participé à plusieurs réunions dont l'objet était de « *mettre en place des stratégies communes entre les grossistes présents afin d'évincer deux circuits de distribution, les grandes surfaces de bricolage et les coopératives d'installateurs, des marchés de l'approvisionnement en produits de chauffage et sanitaire et de boycotter les fabricants livrant directement ces circuits* » (§ 700). S'agissant des entreprises pour lesquelles n'était démontrée que la participation à une seule réunion à objet anticoncurrentiel, le Conseil a recherché si d'autres indices confirmaient leur adhésion à l'objet de l'entente, comme par exemple, la mise en œuvre de décisions prises lors de cette réunion.

⁸⁶. Le Conseil a précisé dans sa décision 06-D-03 *bis* que « *la solution pouvait être différente pour les réunions occultes ou secrètes entre concurrents* », § 683.

⁸⁷. Décision 94-D-16.

De même, dans un arrêt du 26 octobre 2004, la cour d'appel de Paris a estimé qu'était démontrée la participation consciente et volontaire des boulangers à une entente syndicale sur le prix de la baguette, qui n'avaient pas tous assisté à la réunion où elle avait été décidée, mais qui avaient au moins appliqué la consigne, quand ils n'avaient pas, en qualité de délégués syndicaux de secteur, activement contribué à sa mise en œuvre en la diffusant auprès des boulangers du département (décision 04-D-07).

• Le caractère réfragable de la présomption : la distanciation publique

C'est à l'entreprise ayant participé à une réunion anticoncurrentielle qu'il appartient de démontrer qu'elle n'aurait pas souscrit aux initiatives anticoncurrentielles (CJCE, 8 juillet 1999, Commission/Anic Partecipazioni, C-49/92 P ; § 96).

L'entreprise pourra s'exonérer en démontrant, conformément à la jurisprudence communautaire, qu'elle s'est distanciée publiquement de l'objet de l'entente.

Dans l'arrêt du 5 décembre 2006 précité (Westfalen Gassen Nederland BV, T-303/02), le Tribunal de première instance a précisé les conditions dans lesquelles une entreprise peut renverser la présomption de participation à une entente anticoncurrentielle qui pèse sur elle quand elle a participé à une ou plusieurs réunions où a été discutée cette pratique.

Au § 103, le Tribunal rappelle que « *la notion de distanciation publique en tant qu'élément d'exonération de la responsabilité doit être interprétée de manière restrictive* ».

Un écrit envoyé aux concurrents peut prouver la distanciation de l'entreprise. En l'espèce, souligne-t-il, « *si la requérante avait effectivement voulu se dissocier des discussions collusoires, elle aurait pu aisément indiquer par écrit à ses concurrents et au secrétaire de la VFIG, après la réunion du 14 octobre 1994, qu'elle ne voulait en aucun cas être considérée comme un membre de l'entente et participer à des réunions d'une association professionnelle servant de cadre occulte à des concertations illicites* (en ce sens, voir arrêt du Tribunal du 11 décembre 2003, Adriatica di Navigazione/Commission, T-61/99, Rec. p. II-5349, point 138) ».

La distanciation publique doit être claire : l'entreprise doit clairement faire savoir aux autres entreprises qu'elle prend ses distances vis-à-vis de l'objet de la réunion.

« *Les seules affirmations de la requérante quant au caractère plausible d'une telle distanciation au regard de sa position d'opérateur récent et dynamique sur le marché en cause ne sont pas de nature à satisfaire à la charge de la preuve qui lui incombe* » (§ 96).

Le rôle purement passif de l'entreprise, l'assiduité plus ou moins grande de l'entreprise aux réunions, la mise en œuvre plus ou moins complète des mesures convenues et l'effet anticoncurrentiel des décisions prises ne seront pris en compte que pour apprécier le niveau de la sanction.

La dénonciation de l'entente aux autorités publiques, après la réunion à objet anticoncurrentiel, paraît être la seule forme imparable de la distanciation de l'entreprise.

Le parallélisme de comportement

Comme il a été vu plus haut, dans certaines configurations de marché, les entreprises peuvent adopter des comportements identiques sans que cette identité de comportement nécessite un concours de volontés. Il s'agit des situations de dominance collective ou d'oligopole non collusif.

En revanche, sur des marchés où ces conditions ne seraient pas réunies, le parallélisme de comportement revêtira une toute autre signification. Il ne pourra s'expliquer que par une concertation entre les opérateurs, concertation tacite, qui sera alors présumée.

La constatation d'un parallélisme de comportement, associée à la démonstration négative de l'absence d'autres explications plausibles à ce parallélisme que celle de l'existence d'une entente tacite, pourrait donc rapporter la preuve de l'existence d'une entente tacite. Il faut donc rapporter la preuve que le comportement ne s'explique ni par les conditions de fonctionnement du marché, ni par la poursuite de l'intérêt individuel des entreprises⁸⁸.

C'est la solution qui semble avoir été retenue dans plusieurs arrêts de la Cour de justice, dans une décision de la Commission de la concurrence et dans une décision du Conseil de la concurrence.

La Cour de justice des communautés européennes a estimé que la preuve de l'entente tacite était rapportée, lorsqu'à la constatation d'un parallélisme de comportements s'ajoutait la preuve négative de l'absence d'explication plausible. Dans un arrêt du 14 juillet 1972 (Farbenfabriken Bayer contre Commission), elle a sanctionné les principaux producteurs européens de matières colorantes qui avaient procédé à trois augmentations uniformes des prix de matières colorantes en 1964, 1965 et 1967, après avoir annoncé publiquement ces hausses. En l'espèce, il y avait identité des taux appliqués par les différents producteurs lors de chaque hausse, identité des matières colorantes concernées par les hausses et quasi-identité de la date de leur mise en application.

La requérante exposait que la Commission n'avait pas prouvé l'existence de pratiques concertées : il y aurait eu, en réalité, « *comportement sciemment parallèle des participants à un oligopole, [...] dû à des décisions autonomes de chaque entreprise, déterminées par des nécessités économiques objectives, et notamment par l'exigence de redresser le niveau insatisfaisant de rentabilité de la production des matières colorantes* ». Les prix auraient manifesté une tendance à la baisse (vive concurrence) ; selon la requérante, « *compte tenu de ces caractéristiques du marché et eu égard au phénomène généralisé d'érosion continue des prix, chaque membre de l'oligopole ayant décidé de procéder à une hausse de ses prix pouvait raisonnablement s'attendre à être suivi par ses concurrents qui avaient les mêmes problèmes de rentabilité* ».

La Cour expose que, compte tenu des caractéristiques oligopolistiques du marché des colorants (80 % du marché sont répartis entre dix producteurs ;

⁸⁸. Démonstration que les conditions dites de l'équilibre « *non collusif* » mentionnées plus haut ne sont pas réunies.

ces fabricants ont des structures de production et, dès lors, de coûts, très différents, rendant malaisée la connaissance des coûts des producteurs concurrents ; le nombre total des matières colorantes est très élevé) et compte tenu des hausses constatées (trois hausses consécutives), les annonces de prix des fabricants précédant les hausses effectives de prix rendaient le marché transparent.

« [...] dès lors, par leur façon d'agir, les entreprises en cause ont, en ce qui concerne les prix, temporairement éliminé certaines des conditions de concurrence sur le marché, qui faisait obstacle à la réalisation d'un comportement parallèle uniforme ».

La Cour relève ensuite « que l'absence de spontanéité des comportements est corroborée par l'examen d'autres éléments du marché », et notamment la circonstance que « [...] si un parallélisme des comportements en matière de prix pouvait pour les entreprises concernées constituer un objectif attractif et dépourvu de risques, la réalisation spontanée d'un tel parallélisme quant au moment, quant aux marchés nationaux et quant à l'assortiment de produits concernés est difficilement concevable ».

Suivant le même raisonnement, la Commission de la concurrence française a, dans un avis du 24 mars 1983, considéré que constituait une entente le fait, pour les producteurs de tuiles et briques dans la région Midi-Pyrénées, d'avoir, en 1983, pratiqué des hausses simultanées et de même ampleur de prix. Ce parallélisme de comportement ne pouvait s'expliquer autrement que par des échanges d'informations et des actions concertées entre ces entreprises. La part des coûts du gaz et des salaires dans le coût total de production des tuiles était variable selon les producteurs de tuile ; l'augmentation de ces coûts ne pouvait donc les avoir affectés de la même façon, les structures des entreprises n'étant, au surplus, pas identiques (taille et organisation de production différentes).

Ainsi que le soulignait le Conseil dans son premier rapport d'activité (rapport d'activité du Conseil, 1987, p. XIV), « en l'absence de preuves formelles, la constatation d'un parallélisme de comportement n'est pas en elle-même suffisante pour établir ou même présumer l'existence d'une pratique prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance. Encore faut-il que ce parallélisme ne puisse s'expliquer par des considérations autres qu'une entente tacite, telles, par exemple, que l'intérêt individuel de chacune des entreprises considérées à mettre en œuvre le comportement observé indépendamment de ce que faisaient les autres entreprises ».

La fragilité de cette preuve négative d'absence d'explication économique plausible a été mise en évidence par les divergences d'appréciation entre la Commission européenne et la Cour de justice des communautés européennes, dans l'affaire Pâtes de bois (arrêt du 31 mars 1993, C-89/85, 114/85, 116/85).

Alors que la Commission avait estimé que seule une concertation pouvait expliquer la simultanéité des annonces de prix et l'identité des prix annoncés par les principaux producteurs de pâtes de bois américains, canadiens et finlandais, la Cour a considéré que le parallélisme de comportement pouvait s'expliquer par d'autres raisons : « [...] tout d'abord, le système des annonces de prix peut être considéré comme apportant une réponse rationnelle au

fait que le marché de la pâte constituait un marché à long terme et au besoin qu'éprouvaient à la fois les acheteurs et les vendeurs de réduire les risques commerciaux. Ensuite, les analogies des dates d'annonces de prix peuvent être regardées comme une conséquence directe de la forte transparence du marché, laquelle ne doit pas être qualifiée d'artificielle. Enfin, le parallélisme des prix et leur évolution trouvent une explication satisfaisante dans les tendances oligopolistiques du marché ainsi que dans les circonstances particulières à certaines périodes. Dans ces conditions, le parallélisme de comportement constaté par la Commission ne saurait apporter la preuve de la concertation » (§ 126).

La preuve négative de l'absence d'explication plausible est contestée sur le plan économique et juridique. En effet, on a vu que l'interdépendance des entreprises peut résulter de comportements individuels et qu'il est difficile d'appréhender ce qu'il faut entendre par comportement rationnel sur un marché. La doctrine a souligné que « *les marchés ne sont que tendanciellement oligopolistiques ou non oligopolistiques et, [qu'] à la marge, les interprétations divergent d'autant plus qu'elles sont présentées dans le cadre d'un débat contradictoire* ⁸⁹ ». L'analyse des conditions de l'équilibre non collusif mentionnées plus haut prête à discussion, et à interprétations parfois divergentes, comme l'affaire Pâtes de bois l'a illustré. Par ailleurs, les preuves négatives sont mal considérées, au plan juridique, en vertu de l'adage « *Factum negantis probatio nulla est* » (« *Il n'y a pas de preuve d'un fait négatif* ») et surtout, ce système aboutit à renverser la charge de la preuve, car le concours de volontés étant présumé, c'est aux entreprises de démontrer qu'aucune collusion n'a existé, ce qui s'avère être une tâche impossible, s'agissant d'une preuve négative.

C'est la raison pour laquelle, sur les marchés caractérisés par une transparence naturelle, il est difficile de démontrer une entente sur la seule base du parallélisme de comportement, corroboré par la preuve négative de l'absence d'autres explications plausibles. Les autorités de concurrence et les juridictions ont, jusqu'à aujourd'hui, exigé des preuves distinctes de comportements volontaires des entreprises, des indices positifs de concertation, tels des contacts entre entreprises et ne se sont pas satisfaites de la preuve négative.

Le parallélisme de comportement assorti du défaut de causes justificatives de celui-ci n'est donc retenu que comme indice, lequel doit être corroboré par d'autres indices.

La Cour de cassation a ainsi rappelé, dans un arrêt du 27 novembre 2001, Caisse nationale du Crédit agricole, que « *si la constatation d'un parallélisme de comportement ne suffit pas à elle seule à démontrer l'existence d'une entente anticoncurrentielle, une telle attitude pouvant résulter de décisions prises par des entreprises qui s'adaptent de façon autonome au contexte du marché, l'existence d'une entente peut être établie dès lors que des éléments autres que la constatation du seul parallélisme de comportement s'ajoutent à celui-ci pour constituer un faisceau d'indices graves, précis et concordants* ».

89. Anne Perrot, Louis Vogel, *op. cit.*

L'affaire de la levure de panification illustre bien les réticences des juridictions à retenir le parallélisme de comportement comme seul indice, dès le début des années quatre-vingt.

Dans la décision 89-D-08, le Conseil de la concurrence avait sanctionné plusieurs fabricants de levure de panification (Cour de cassation, 14 janvier 1992), pour avoir mis en œuvre quatre hausses successives du prix départusine de la levure vendue aux négociants, à des dates identiques et pour des montants rigoureusement similaires (au centime près). Aucune preuve directe ne démontrait qu'elles s'étaient entendues sur les tarifs. La société Gist-Brocades annonçait ses hausses de prix après que deux des trois sociétés du groupe Lesaffre aient annoncé les leurs mais avant que la dernière société du groupe n'annonce ses hausses. Cette société exposait qu'elle s'était alignée sur les prix de ses concurrents, ce qu'elle pouvait licitement faire. Le Conseil a expliqué que la concurrence par les prix pouvait jouer sur ce marché (importations en développement), que Gist-Brocades avait la capacité de mettre en œuvre une politique tarifaire différente de celle du groupe Lesaffre, et que le comportement de cette entreprise ne pouvait résulter de la seule poursuite de son intérêt individuel en dehors de toute entente. En effet, en l'absence d'entente, elle prenait le risque, en s'alignant sur les prix des sociétés du groupe Lesaffre, que la dernière société, qui n'avait pas encore annoncé ses prix, décide de pratiquer une augmentation inférieure à la sienne. Sa stratégie ne pouvait correspondre à son intérêt que si elle était sûre du comportement de cette dernière société et s'il y avait eu une entente entre les deux groupes. Il n'y avait pas d'autres explications plausibles à cette identité de comportement, leurs coûts n'étant pas identiques, et la structure du marché n'expliquant pas ce phénomène.

La cour d'appel de Paris a confirmé cette analyse, mais en s'appuyant sur des éléments établissant une entente explicite. Les enquêteurs avaient saisi des procès-verbaux de réunions syndicales dans lesquels on avait trouvé la mention « *ont décidé de rester fermes sur les prix* ». D'autres indices figuraient au dossier, et notamment des pièces attestant des échanges d'informations sur les politiques de prix des fabricants à l'égard des négociants.

La Cour de cassation s'est, de même, appuyée sur la stratégie commune résultant des comptes rendus de réunions, pour étayer le parallélisme de comportement, dans un arrêt du 14 janvier 1992.

Dans une récente affaire concernant les marchés publics de transports scolaires de la ville de Grasse, le Conseil a constaté que les mêmes entreprises étaient systématiquement reconduites sur les marchés 1999-2000, 2000-2001 et 2001-2002. Le Conseil disposait de preuves documentaires (déclarations, notes manuscrites) établissant que des échanges d'informations avaient eu lieu avant la soumission pour le marché 2000-2001. Pour établir que l'entente avait aussi porté sur les marchés 1999-2000 et 2001-2002, le Conseil ne disposait pas de preuves documentaires. Il s'est appuyé sur le parallélisme de comportement des entreprises (identité des attributions des marchés de 1999-2000 et 2001-2002 avec l'attribution collusive de 2000-2001 ; parallélisme des hausses de prix entre les marchés 2000-2001 et 2001-2002) et sur d'autres indices extrinsèques.

Le Conseil a rappelé que la stabilité dans la reconduction des lots peut résulter naturellement d'une situation d'équilibre non collusif⁹⁰.

Or, dans cette affaire, les conditions d'un équilibre non collusif n'étaient plus réunies durant la période litigieuse, la durée et la nature des marchés, le nombre des lots et les tarifs de certaines sociétés ayant changé. Le Conseil en a déduit que pour les marchés 1999-2000 et 2001-2002, pour lesquels il ne disposait pas de preuves documentaires, la stabilité dans l'attribution des lots (le parallélisme de comportement) ne pouvait résulter que d'une entente.

Mais le Conseil a pris soin de conforter cette analyse en énumérant les trois autres indices extrinsèques dont il disposait pour démontrer l'existence d'une concertation entre les entreprises :

- l'existence de contacts réguliers entre les dirigeants en cause ;
- le fait que la meilleure offre de chacune des entreprises attributaires n'ait jamais coïncidé avec la meilleure offre d'une autre entreprise (le caractère régulier de cet élément excluant l'effet du hasard) ;
- la stabilité des attributions dans le temps qui a abouti à une répartition harmonieuse des lots de marchés dans le temps (ce qui a été considéré comme contraire au principe d'imprévisibilité des appels d'offres publics).

Au total, le Conseil a considéré que la nature et la convergence de ces indices constituaient un faisceau d'indices graves, précis et concordants permettant d'établir la preuve des pratiques anticoncurrentielles sur toute la période, de 1999 à 2002 (04-D-43⁹¹).

90. Il a défini un tel équilibre comme un équilibre qui s'établit au sein d'un oligopole lorsque chacun de ses membres peut adopter une ligne de conduite qui maximise son profit par une anticipation correcte du comportement des autres, équilibre qui peut se maintenir si aucun des acteurs n'a intérêt à changer unilatéralement sa stratégie. Mais cet équilibre ne peut s'établir et perdurer que si le marché fonctionne sur un mode suffisamment stable et transparent pour que chaque opérateur puisse correctement prévoir le comportement de ses concurrents et vérifier la validité de sa prévision. Dans le cas contraire, avec une information imparfaite et une modification des règles du jeu, les concurrents doivent échanger des informations pour pouvoir choisir la bonne stratégie. L'équilibre devient alors collusif. Autrement dit, la stabilité dans la reconduction des lots ne peut plus s'expliquer que par une entente entre les soumissionnaires.

91. Dans le domaine des marchés publics, le Conseil s'appuie parfois sur des preuves dites « intellectuelles ». Ces preuves « intellectuelles » s'opposent aux preuves documentaires et sont constituées par des comportements qui ne peuvent s'expliquer autrement que par des échanges d'informations entre entreprises. Il en est ainsi par exemple de preuves tirées d'anomalies dans les offres (différences de prix entre les diverses soumissions qui ne reposent que sur un chiffre ; variations de prix de postes ; identité de certains postes ; anomalies dans les prix unitaires) ou encore de l'existence de nombreuses offres irrecevables à cause de pièces manquantes. Le Conseil admet la valeur probatoire de ces preuves intellectuelles, en étant toutefois plus exigeant sur le nombre d'indices requis. Il faut qu'ils soient suffisamment nombreux de telle sorte qu'ils ne puissent résulter du simple hasard ou encore qu'ils soient corroborés par d'autres catégories d'indices. C'est ainsi que dans une décision 04-D-03 du 18 février 2004 le Conseil a retenu quatre indices pour démontrer l'existence d'un échange d'informations, dont trois constituaient des indices « intellectuels » tirés de la structure identique des offres, d'ajouts et d'erreurs identiques figurant dans plusieurs offres et un indice extérieur tiré d'une circonstance factuelle, l'absence de visites des lieux avant la soumission.

Conclusion

Mis à part les cas où il est matérialisé dans un contrat, l'accord de volontés, qui constitue un des éléments constitutifs de l'entente, est souvent plus difficile à démontrer que la restriction de concurrence elle-même. C'est la raison pour laquelle, dans le but de protéger l'ordre public économique, le droit de la concurrence permet de sanctionner des formes de concertation atténuées (pratiques concertées). La nécessité pratique de remédier aux atteintes sur le marché conduit à apprécier les conditions de rencontre des volontés de façon différente de celle dont celles-ci sont appréhendées en droit civil. Par ailleurs, elle autorise l'usage de preuves par présomption, mais dans les limites qui ont été rappelées. En effet, les pratiques d'entente, le plus souvent occultes, sont rarement établies par des preuves directes.

On constate par ailleurs, dans la pratique décisionnelle du Conseil et de la Commission européenne, une tendance forte au renforcement des exigences en matière de preuves des ententes. Cette tendance ne s'est pas démentie depuis plusieurs années, le Conseil ayant, dans de récentes décisions, fait œuvre de pédagogie, en décrivant avec beaucoup de minutie les preuves exigées en matière d'ententes verticales et horizontales. Cette pratique semble aujourd'hui stabilisée, offrant aux opérateurs économiques toute la sécurité juridique qu'ils sont en droit d'attendre.

■ Les barrières à l'entrée

Les barrières à l'entrée et à l'expansion sur un marché sont les facteurs qui s'opposent aux efforts de concurrents efficaces tendant à pénétrer le marché et à acquérir une dimension suffisante pour exercer une pression concurrentielle significative sur la ou les entreprises en place. Cette notion est omniprésente dans les analyses menées par le Conseil, que ce soit dans les affaires contentieuses ou en contrôle des concentrations. Elle est utilisée pour estimer le degré de contestabilité des marchés, qui est une caractéristique primordiale de l'environnement concurrentiel.

Les barrières à l'entrée jouent un rôle central dans les affaires d'abus de position dominante. Lorsqu'il apprécie la dominance, le Conseil, après avoir considéré les parts de marché de l'opérateur et de ses principaux concurrents, intègre presque toujours dans son analyse d'autres éléments, parmi lesquels les barrières à l'entrée figurent en bonne place. En effet, des barrières élevées procurent à l'opérateur en place une position protégée à partir de laquelle il peut, le cas échéant, mettre en place des stratégies anticoncurrentielles. Ces stratégies peuvent notamment consister à ériger des barrières artificielles à l'entrée, qui renforcent celles qui existent naturellement. La présente étude donne quelques exemples de barrières comportementales, mais se concentre, pour l'essentiel, sur les barrières structurelles.

Les barrières à l'entrée interviennent également dans les affaires d'entente, notamment pour apprécier le dommage à l'économie. En effet, l'impact d'un cartel sur les prix est d'autant plus important que le marché concerné est peu contestable, car une hausse des prix est alors moins susceptible de provoquer l'arrivée de nouveaux entrants ; les participants à l'entente peuvent profiter de la rente indûment acquise sans être inquiétés par la concurrence potentielle.

Enfin, les barrières à l'entrée font l'objet d'une étude systématique dans les affaires de concentration. Comme l'indiquent les lignes directrices de la Commission sur les concentrations horizontales⁹² : « *Lorsque l'entrée sur un marché est relativement aisée, il est peu probable qu'une concentration soulève d'importants problèmes de concurrence. L'analyse des barrières à l'entrée constitue donc un élément clé de l'appréciation concurrentielle. Pour que l'entrée de nouveaux concurrents puisse être considérée comme une contrainte concurrentielle suffisante sur les parties à la concentration, il faut démontrer que cette entrée est probable, qu'elle interviendra en temps utile et sera suffisante pour prévenir ou contrecarrer les effets anticoncurrentiels potentiels de l'opération.* »

Au-delà des débats académiques sur les définitions⁹³, la présente étude expose l'usage concret que le Conseil de la concurrence fait des barrières à

92. Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 2004/C 31/03, JOCE du 5 février 2004.

93. Le document de l'OCDE daté du 6 mars 2006 et intitulé « *Barriers to Entry* » DAF/COMP (2005) 42, qui rend compte de la controverse théorique sur la notion de barrière à l'entrée, recense huit définitions différentes.

l'entrée dans ses avis et décisions. La première partie présente une typologie des barrières les plus couramment rencontrées dans la jurisprudence du Conseil. La deuxième partie décrit leurs principales utilisations, en particulier l'appréciation du pouvoir de marché, qui peut être rétrospective (dossiers d'abus de position dominante) ou prospective (cas du contrôle des concentrations). D'autres applications des barrières à l'entrée sont mentionnées, notamment l'appréciation de la gravité des ententes. La troisième partie traite de l'activité consultative du Conseil, dans laquelle celui-ci cherche à prévenir, autant que possible, l'apparition des barrières à l'entrée, en particulier réglementaires, ou à en limiter les effets. La conclusion de l'étude rappelle quelques principes généraux qui guident l'analyse des barrières à l'entrée en pratique, en particulier la nécessité de prendre en compte la dynamique des marchés.

Typologie des barrières à l'entrée

Les barrières à l'entrée peuvent prendre des formes très diverses, dont l'analyse relève du cas par cas. On peut néanmoins, dans un but pédagogique, tenter d'organiser les barrières « *naturelles* » en quelques grandes catégories : barrières réglementaires ; barrières liées à la fonction de production et à la technologie en général ; barrières non technologiques (notoriété, coûts de sortie, effets de réseau).

Barrières réglementaires, licences, brevets

Cette première rubrique regroupe des barrières objectives qui s'imposent mécaniquement et bloquent directement l'accès au marché. Ces contraintes, relevant du domaine réglementaire ou du droit de la propriété industrielle, ne sont pas, au moins en théorie, susceptibles d'être compensées ou contournées.

Le secteur de la distribution est caractérisé en France par l'existence de nombreuses barrières réglementaires, comme le Conseil l'a rappelé dans plusieurs avis (97-A-04, 00-A-06, 04-A-18). Ainsi, dans l'avis 97-A-04 du 21 janvier 1997, le Conseil, répondant à diverses questions posées par le ministre de l'Économie à propos de la concentration dans le secteur de la distribution, rappelait que la législation en matière d'implantation, d'horaires d'ouverture, de droit du travail, crée de nombreuses barrières à l'entrée dans ce secteur. Il indiquait notamment que la réglementation sur les implantations peut offrir un avantage aux opérateurs en place : « *Indépendamment des coûts financiers d'accès au marché (location, construction), la distribution de détail est l'objet d'une réglementation spécifique prévue par la loi du 27 décembre 1973 qui subordonne à une autorisation administrative préalable l'ouverture de toute nouvelle surface de vente au-delà d'un certain seuil. Ce seuil a été abaissé à 300 m² par la loi du 5 juillet 1996 qui a par ailleurs étendu la procédure de l'autorisation préalable à de nouveaux cas. Ce dispositif peut constituer une barrière à l'entrée de nouveaux concurrents et conférer aux opérateurs en place un avantage appréciable. La réduction des possibilités d'extension des surfaces commerciales introduit en effet une rigidité dans la capacité des entreprises à adapter leur offre au développement de la demande, à accroître leur clientèle ou à répondre aux pratiques*

d'un distributeur plus puissant qui pourrait profiter d'une position renforcée sur un marché. »

À plusieurs occasions, le Conseil s'est intéressé à des secteurs où l'entrée sur le marché est subordonnée à la détention d'une licence ou d'une autorisation administrative, tant dans des dossiers contentieux (par exemple dans l'affaire des taxis marseillais, *cf. infra*) qu'en contrôle des concentrations. Ainsi, dans son avis 06-A-20 du 20 octobre 2006 relatif à l'acquisition de la société Marine Harvest NV par la société Pan Fish ASA dans le secteur de la production, de la transformation et de la vente du saumon, le Conseil soulignait : « *Dans un second temps, l'élevage de saumon est encadré par l'octroi des licences délivrées par les autorités nationales, voire régionales limitant la biomasse, correspondant au poids total des saumons en cours d'élevage. Seul l'octroi de licences supplémentaires est en mesure de desserrer cette contrainte. Compte tenu du caractère polluant de cette industrie, les autorités norvégiennes accordent très peu de nouvelles licences chaque année et le prix de cession des licences entre producteurs est très élevé* ». Dans cette affaire, le Conseil, après avoir relevé les diverses autres barrières à l'œuvre, dues aux certifications, aux investissements, au besoin en fonds de roulement et aux risques financiers liés à l'activité, concluait : « *L'ensemble de ces barrières à l'entrée et notamment les barrières à l'entrée légales rendent peu vraisemblable l'entrée de nouveaux producteurs et sont susceptibles de limiter l'expansion des producteurs présents sur le marché.* »

L'avis 05-A-01 du 7 janvier 2005 relatif à l'acquisition de la société Laboratoires Dolisos par la société Boiron dans le secteur des médicaments homéopathiques fournit un autre exemple intéressant de barrières réglementaires. La principale barrière à l'entrée sur le marché des médicaments « *en nom commun* » (MNC) était la fixation réglementaire des prix à un niveau très bas : « *La faiblesse du prix fixé par les pouvoirs publics pour les MNC remboursables (plus de 90 % du marché des SNC⁹⁴ en valeur) à 1,81 € et inchangé depuis 1988 (soit une baisse de 27 % en termes réels) constitue par elle-même une importante barrière à l'entrée. En effet, comme l'indiquent les comptes d'exploitation des parties à l'opération, il semble que l'activité SNC soit à peine rentable, et ce même pour Boiron qui représente presque 70 % du marché en valeur. Dolisos dont l'activité principale est la production et la commercialisation de SNC (90 % du CA) affiche un résultat d'exploitation négatif depuis 1999.* » Pour pouvoir conclure sur les effets vraisemblables de l'opération et, le cas échéant, suggérer des remèdes utiles, le Conseil a dû considérer deux scénarios alternatifs, en fonction de l'évolution du cadre réglementaire. Dans l'hypothèse où celui-ci resterait inchangé, la concurrence en prix resterait impossible et le Conseil a considéré que le bilan de l'opération serait neutre, sous certaines réserves relatives à la commercialisation et à la distribution des médicaments. En revanche, s'agissant du second scénario, il a indiqué qu'« *une évolution de la réglementation qui libérerait les prix supprimerait les principales barrières à l'entrée sur ce marché, sous réserve qu'elle conduise également à l'allègement des coûts d'enregistrement et que les parties s'engagent à ne pas subordonner l'octroi*

94. Souche en nom commun.

d'avantages aux officines à un engagement d'approvisionnement exclusif en SNC ». Cette assertion comportait, outre une proposition d'engagement qui s'appliquait aux parties, un message à l'attention des pouvoirs publics : le Conseil les invitait, dans l'hypothèse où ils mettraient fin à l'encadrement des prix des MNC (permettant ainsi à la nouvelle entité d'augmenter ses tarifs), à réduire de manière concomitante les coûts administratifs d'entrée, de manière à rendre le marché plus contestable.

Dans le secteur pharmaceutique, où le Conseil a également traité de nombreux cas contentieux, les barrières prennent souvent la forme de brevets, qui protègent leur titulaire de toute concurrence, parfois pendant de longues durées. Ainsi, la décision 96-D-12 du 5 mars 1996 relative aux pratiques mises en œuvre par la société Lilly France dans le secteur des spécialités pharmaceutiques destinées aux hôpitaux indique : « *Une spécialité pharmaceutique ne bénéficie pas de régime dérogatoire au droit commun de la propriété industrielle. En particulier, les brevets d'invention confèrent à leur titulaire un droit exclusif d'exploitation vis-à-vis des tiers pendant 20 ans. Dans la pratique, la durée de la protection d'une spécialité pharmaceutique est diminuée du temps nécessaire à l'obtention de l'autorisation de mise sur le marché délivrée par le ministre chargé de la Santé publique (pour une période de cinq ans renouvelable) à laquelle est subordonnée toute commercialisation de médicament. En moyenne, un laboratoire, titulaire d'un brevet d'invention, bénéficie d'un monopole d'exploitation de sa spécialité pharmaceutique pendant une durée de dix ans.* »

Économies d'échelle et autres facteurs de coûts

L'entrée sur un marché implique en général de supporter des coûts irrécupérables : promotions pour attirer les consommateurs vers le nouveau produit, dépenses de recherche et développement spécifiques au marché (sans usage alternatif), inefficacités du processus de production liées à des quantités produites trop faibles, coûts d'enregistrement et coûts administratifs divers, etc. Il existe à cet égard une asymétrie temporelle fondamentale entre les opérateurs en place et les entrants : les premiers ont déjà subi ces coûts alors que les seconds conservent la possibilité de les éviter en renonçant à l'entrée (ou en la différant). La littérature économique a mis en évidence la valeur d'engagement des coûts irrécupérables et l'avantage stratégique qu'ils confèrent au premier entré : la décision de supporter des coûts dont une partie ne pourra jamais être récupérée en cas de sortie, par son caractère irréversible, signale aux concurrents potentiels que l'opérateur en place répondra agressivement à toute tentative d'entrée ⁹⁵.

⁹⁵. La littérature économique a mis en évidence des situations dans lesquelles l'engagement d'agressivité est crédible et peut, ainsi, dissuader l'entrée (cf. Jean Tirole, « Théorie de l'organisation industrielle », *Economica*, 1993, chapitres 8 et 9). Lorsqu'on apprécie la difficulté de l'entrée, il serait donc souhaitable, en théorie, de tenir compte, non pas du niveau actuel des prix, mais du niveau qui prévaudrait après que l'entrée ait eu lieu ; le prix « *post entrée* » dépend des quantités qui seront mises sur le marché par l'entrant et de la possible réaction stratégique de l'entreprise en place (cf. les § 38 et 39 du projet de lignes directrices de la Commission européenne sur l'application de l'article 82).

En pratique, les autorités de concurrence adoptent la perspective des concurrents potentiels, en cherchant à apprécier la difficulté et le risque de l'entrée, au regard des caractéristiques des entreprises concernées (taille, surface financière, etc.). Le risque associé à l'entrée croît avec la part des coûts engagés qui ne pourra pas être récupérée en cas d'échec. Toutefois, cette part étant difficile à apprécier⁹⁶, on est souvent conduit à raisonner sur l'intégralité des coûts fixes d'entrée : on évalue le montant de l'investissement initial et les conditions dans lesquelles il peut être récupéré, en particulier le temps nécessaire à cette récupération.

Ainsi, dans son avis 03-A-15 relatif à l'acquisition de la société Atos par la société Experian, le Conseil a estimé que l'investissement nécessaire pour entrer sur le marché du traitement des chèques était relativement mineur au regard des marchés concernés : « *Tant la société Experian, que son principal concurrent, la société Safig, estiment la taille minimale d'un centre de traitement de chèques compétitif à environ 100 000/150 000 chèques par jour, soit, sur 250 jours, 0,74 % à 1,11 % des volumes traités sur ce marché en 2002. Malgré de légères divergences d'appréciation sur le coût d'achat des matériels dans le secteur du traitement des chèques (entre 20 000 et 150 000 euros selon la capacité des lecteurs trieurs notamment), les opérateurs se rejoignent pour estimer que l'investissement initial nécessaire pour un centre de cette capacité peut être amorti sur un seul contrat de trois ans dans des conditions normales d'activité. Les coûts fixes sont en effet relativement peu importants, le traitement de chèques étant essentiellement une activité de main-d'œuvre (70 % des coûts totaux) »*. Le Conseil a par ailleurs tenu compte, dans son analyse prospective des marchés, de l'évolution technologique majeure en cours dans le secteur : la dématérialisation des opérations de compensation de chèques apparue avec la mise en place de l'Échange image chèque (EIC). Il a estimé que cette évolution avait deux effets : d'une part, elle rend de moins en moins nécessaire la proximité géographique entre les centres de traitement et les agences bancaires et réduit l'intérêt d'une couverture nationale. D'autre part, elle entraîne une diminution des investissements nécessaires à l'installation d'un centre (en rendant les trieuses inutiles). Le Conseil a conclu qu'au total, « *si les contraintes liées à la taille d'un opérateur compétitif constituent l'un des facteurs explicatifs de la concentration, elles ne constituent pas pour autant un obstacle dirimant à l'accès au marché »*.

Cette affaire a par ailleurs permis au Conseil de mentionner un point général intéressant : la constatation de l'absence d'entrée ne suffit pas à établir l'existence de barrières : « *L'absence d'entrée récente sur le marché, soulignée par le commissaire du Gouvernement dans ses observations, n'est pas, en l'absence d'éléments objectifs indiquant l'existence de barrières à l'entrée, de nature à démontrer à elle seule que l'entrée sur le marché est impossible, dans la mesure où cette absence d'entrée peut être due à de nombreux autres facteurs. Au cas d'espèces, le marché du traitement de chèques a*

⁹⁶. S'agissant par exemple du capital physique (machine), cela demanderait une étude détaillée du marché de l'occasion. Cela demanderait aussi de déterminer si les entrants peuvent utiliser des contrats de court terme (de location, par exemple) qui leur permettraient de se désengager rapidement et de limiter les pertes en cas d'échec.

connu, du fait de la mise en place de l'EIC, des mutations qui ont généré des coûts d'adaptation pour les opérateurs et ont, de plus, entraîné une baisse du nombre d'opérations de traitement susceptibles d'être rémunérées (disparition du tri retour) et donc des chiffres d'affaires ⁹⁷. » Cette affaire a été aussi l'occasion de rappeler que les clients peuvent parfois susciter de nouvelles entrées ou décider d'intervenir eux-mêmes sur le marché (en l'espèce en réinternalisant le traitement d'une partie de leurs chèques), ce qui peut équilibrer l'existence d'éventuelles barrières.

Lorsque la production implique d'importants coûts fixes, l'entrée sur le marché, pour être rentable, doit se faire à grande échelle, ce qui accroît d'autant le risque encouru en cas d'échec. L'industrie audiovisuelle illustre bien cette problématique. Ainsi que le rappelle l'avis 06-A-13 du 13 juillet 2006 relatif à l'acquisition des sociétés TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus, la forte concentration du secteur résulte, notamment, de l'importance des coûts fixes. En l'espèce, la discussion a porté sur la question de savoir si, comme le soutenaient les parties à la concentration, les opérateurs de télécommunications, qui détiennent des ressources financières importantes et ont la capacité d'investir de plus en plus dans les contenus premium, constituent véritablement une concurrence potentielle capable d'exercer, à court ou moyen terme, une pression significative sur la nouvelle entité. Sur ce point, le Conseil a constaté que « *pour entrer sur les marchés des droits de diffusion, sur la télévision, des films américains à succès récents, les nouveaux entrants devront au préalable créer leur propre chaîne thématique cinéma. Or, cette activité fait face à de nombreuses barrières à l'entrée, notamment techniques (savoir-faire), économiques (importance des coûts fixes et incertitude quant à la rentabilité) et surtout temporelles (temps nécessaire pour construire la notoriété d'une chaîne et pour stabiliser ses parts d'audience)* ».

Comme le rappelle l'avis 06-A-13, les barrières à l'entrée dans le secteur audiovisuel concernent la fonction de production des entreprises en un sens plus large que les seuls coûts fixes ; elles comprennent aussi le savoir-faire et l'expérience, l'avance technologique des opérateurs en place et l'accès privilégié, voire exclusif, à des facteurs de production déterminants. Tous ces éléments conditionnent l'efficacité avec laquelle un entrant peut pénétrer sur les différents marchés identifiés. Ainsi, le Conseil souligne l'importance du savoir-faire pour l'activité d'éditeur de chaînes : « *En ce qui concerne l'édition de chaînes, la première barrière est technique et liée au savoir-faire nécessaire à l'édition d'une chaîne : le métier d'éditeur de chaînes consiste à acheter des contenus sur le marché de l'acquisition des droits de diffusion, ou bien à commander ou à produire des contenus spécifiques, et d'agréger ces contenus pour bâtir une offre de programmes, commercialisée comme une chaîne. [...] De manière générale, l'édition audiovisuelle est un métier dans lequel l'expérience donne un avantage et l'absence d'expérience constitue un handicap et donc une barrière à l'entrée technique* ». Le Conseil

⁹⁷. A contrario, la constatation d'entrées passées suggère que les éventuelles barrières ne sont pas infranchissables : « *De plus, le secteur est encore en forte expansion et le développement rapide de nouveaux entrants et de certains concurrents comme 9Télécom, Alice ADSL (filiale de Télécom Italia), CEGETEL et Télé2 France, laisse penser qu'il n'existe pas de barrières insurmontables à l'entrée sur le marché de l'accès à internet* » (décision 04-D-17 du 11 mai 2004).

insiste sur les barrières contractuelles liées à l'accès au contenu. Les entrants ayant par définition moins d'abonnés risquent d'avoir accès aux contenus attractifs dans des conditions moins favorables, ou même de ne pas y avoir accès du tout, ce qui les handicape fortement dans la concurrence avec l'opérateur en place : « *Ainsi que le relève l'ARCEP, l'acquisition de droits audiovisuels sera rendue difficile, au-delà des coûts, pour un nouvel entrant compte tenu de la différence de base installée entre un nouvel entrant et l'entité fusionnée, s'agissant notamment des droits sportifs pour lesquels une certaine visibilité est essentielle* ». De plus, des contrats exclusifs de longue durée bloquent complètement l'accès à certains contenus premium : « *[...] de nombreux contenus incontournables ne sont pas disponibles en raison de droits exclusifs. Ainsi, pour créer une chaîne thématique de cinéma, un nouvel entrant a besoin d'acquérir du contenu, c'est-à-dire des droits de télévision payante qui portent à la fois sur des films américains et français récents et sur des films catalogues. Or, les contrats-cadres avec les studios américains sont tous détenus par les parties pour de longues durées* ». Le Conseil souligne aussi l'avance technologique des opérateurs en place en matière de distribution : « *L'importance des charges de distribution, relatives notamment à la sélection des chaînes, à la conception et diffusion des matériels de décodage et à la relation commerciale avec l'abonné ou le téléspectateur, impliquant d'assumer une partie de ce coût fixe dans une logique de promotion, s'ajoute à ces coûts fixes et la conception, la diffusion du matériel de décodage et sa propriété renforcent la position de quelques grands acteurs : ces technologies sont développées pour l'essentiel par des sociétés liées aux grands groupes, disposant ainsi d'une avance technologique certaine. Les droits de propriété intellectuelle renforcent, en outre, les barrières à l'entrée* ».

Autres avantages des opérateurs en place

Cette dernière rubrique regroupe les avantages de l'opérateur en place qui ne relèvent pas directement de ses coûts ou de sa technologie au sens large, notamment la notoriété, les coûts de sortie et les effets de réseau. Le Conseil a évoqué les deux premiers types de barrières dans l'avis qu'il a rendu sur l'acquisition de la société CCMX holding par la société CEGID (05-A-24 du 14 décembre 2005). Le secteur concerné est celui des progiciels de gestion à destination de la profession comptable. Les deux principales barrières à l'entrée identifiées par le Conseil sont les coûts de changements d'opérateurs (« *switching costs* ») et la notoriété des fournisseurs.

S'agissant d'abord des coûts liés aux changements, le Conseil relève que « *l'achat d'une licence portant sur un progiciel pour expert-comptable est amorti au bout de trois à quatre ans et ce n'est donc qu'à partir de la cinquième année que le cabinet s'interrogera éventuellement sur l'opportunité de changer sa solution informatique. Les coûts de changement sont significatifs puisque au-delà du coût direct du logiciel, il faut prendre en compte la nécessité de former du personnel ainsi que le coût et le risque attachés au transfert des dossiers dans un nouveau système. La société CEGID expose que les éditeurs ont mis au point des solutions permettant la migration rapide et sans risque des données d'un système à l'autre. Ce progrès*

n'annule toutefois pas les coûts de changement, notamment en termes de risques pris par le cabinet qui passe d'une solution éprouvée à une solution qu'il ne connaît pas. De fait, une grande partie des clients interrogés se considèrent comme étant captifs de leur prestataire. L'importance de ces coûts explique que les cabinets hésitent à changer de logiciel, et qu'ils ont recours aux mises à jour effectuées par leur prestataire pour adapter leur logiciel ». Toutefois, les clients doivent adopter de nouvelles générations de logiciels lorsque se produit une rupture technologique ; lors de tels renouvellements de produits, les clients mettent les éditeurs en concurrence. Le Conseil note ainsi : « *Cependant, un changement de logiciel devient attractif, voire s'impose, lorsque le logiciel en place repose sur une technologie dépassée. Dans ces circonstances, les coûts supportés par le cabinet d'experts-comptables sont presque équivalents, qu'il opte pour une nouvelle gamme éditée par le même prestataire ou pour la gamme d'un autre éditeur.* » La dynamique du secteur, fondée sur l'innovation, neutralise l'effet des coûts de sortie et remet les différents acteurs à égalité d'armes dans le jeu de la concurrence. Le Conseil a considéré que le marché était, au moment de la concentration envisagée, en train de connaître une rupture technologique de nature à remettre en cause les positions des acteurs sur le marché : « *Aujourd'hui, la généralisation de l'usage d'internet a entraîné l'apparition d'un nouveau mode de gestion informatique, l'ASP [...]. Cette nouvelle technologie introduit un important facteur d'incertitude sur l'évolution à terme des positions des opérateurs installés sur le marché, qui pourraient être ainsi remises en cause.* »

Cet avis mentionne aussi les effets de réputation. En l'espèce, la notoriété des fournisseurs garantit, aux yeux des clients, la pérennité et la qualité du produit acheté : « *Lorsqu'un changement d'opérateur est envisagé, la notoriété fait alors partie des critères principaux de choix du prestataire informatique. La qualité des produits vendus par les éditeurs se mesure en termes de performance du logiciel et aussi de fiabilité des services d'assistance et de maintenance. Les clients apprécient cette qualité essentiellement en fonction de la notoriété et de l'antériorité des éditeurs. Les experts-comptables soulignent également l'importance de la pérennité d'un éditeur : la disparition, ou même le simple rachat d'un éditeur, fait en effet peser un risque sur le suivi de la gamme et le maintien des prestations de maintenance et d'assistance. La disparition ou le rachat des éditeurs peut cependant être difficile à anticiper et il s'agit donc d'un facteur de qualité peu transparent pour la clientèle.* » En l'espèce, l'importance de la notoriété est toutefois compensée par l'essaimage de cadres appartenant à des entreprises présentes sur le marché : « *L'importance de ce critère de notoriété n'a toutefois, par le passé, pas été un obstacle à l'entrée sur le marché de nouveaux éditeurs, dans la mesure où il s'agissait de structures créées par d'anciens collaborateurs issus des éditeurs déjà présents sur le marché. Ainsi, la société Coala a été créée par d'anciens salariés de CEGID, et le logiciel d'Ibiza a été mis au point par un ancien collaborateur de la société Sage et se trouve commercialisé par un ancien salarié de CCMX. Les ruptures technologiques décrites ci-dessus ont favorisé ces créations par essaimage. Les structures existantes hésitent à innover de sorte que les opportunités sont alors saisies par d'anciens salariés qui créent leur propre entreprise pour développer l'innovation en cause.* »

Enfin, la présence d'effets de réseau peut constituer un avantage important pour le ou les opérateurs en place. Un marché de produits présente des effets de réseau lorsque l'utilité globale du produit pour les consommateurs qui l'utilisent dépend non seulement de l'usage personnel qu'ils en font, mais également du nombre des autres consommateurs utilisant ce produit. Un tel effet de réseau est un effet de réseau direct. Il y a effet de réseau indirect lorsque la valeur d'un bien pour un utilisateur augmente à mesure que le nombre et la variété des produits complémentaires augmentent. Dans sa décision 06-D-18 du 28 juin 2006, le Conseil a constaté la présence d'un effet de réseau indirect sur le marché de la régie publicitaire cinématographique nationale : « *L'intérêt de la demande finale, celle des annonceurs, est de pouvoir accéder à un réseau de salles le plus important possible. Il existe, dès lors, une externalité indirecte de réseau : chaque exploitant a un intérêt indirect à ce que le réseau de cinémas auquel il adhère soit le plus grand possible, afin qu'un maximum d'annonceurs importants soit attiré par celui-ci.* » De même, le Conseil a évoqué la présence de tels effets sur le marché du téléchargement payant de musique en ligne (décision 04-D-54 du 9 novembre 2004), les deux biens complémentaires étant, en l'espèce, le lecteur portable et le contenu musical : « *De plus, Apple bénéficie certainement d'un effet de réseau indirect, au sens où les possesseurs d'iPod sont, toutes choses égales par ailleurs, incités à télécharger sur la plate-forme d'Apple.* »

La décision du 24 mars 2004 de la Commission européenne relative à des pratiques mises en œuvre par la société Microsoft (COMP/C-3/37 792) met en évidence le mécanisme par lequel les effets de réseau peuvent créer de fortes barrières à l'entrée. En l'espèce, il s'agissait, sur les deux principaux marchés en cause, celui des lecteurs multimédia et celui des systèmes d'exploitation, d'effets de réseau indirects : « *Les effets de réseau qui caractérisent les marchés du logiciel multimédia [...] se traduisent également par des barrières à l'entrée pour les nouveaux arrivants. Un lecteur multimédia permettant la réception en continu n'aurait pas beaucoup de succès auprès des consommateurs s'il n'y avait pas ou s'il y avait peu de contenus numériques correspondants que ce lecteur soit capable de lire. C'est ainsi que l'entité T9 déclare que : "Il y a d'importants effets de réseau sur ce marché. Personne n'investira dans une technologie s'il n'est pas assuré que d'autres l'utiliseront, ce qui implique que la technologie soit déjà utilisée par de nombreuses personnes. Ces effets de réseau rendent les choses encore plus difficiles pour les nouveaux arrivants, qui devraient trouver un moyen de mettre leurs produits dans les mains de millions d'utilisateurs en même temps"* ». De même, il existe de forts effets de réseau indirects sur le marché des systèmes d'exploitation : « *L'utilisation quotidienne d'un ordinateur implique l'utilisation d'applications exécutées sur le système d'exploitation. L'utilité globale d'un système d'exploitation pour un consommateur dépend donc des applications que celui-ci peut utiliser avec ce système et qu'il pense pouvoir utiliser à l'avenir. Pour leur part, les éditeurs de logiciels indépendants créent des applications pour les systèmes d'exploitation pour PC clients qui sont les plus populaires chez les utilisateurs. En d'autres termes, plus un système d'exploitation est populaire, plus il y aura d'applications créées pour lui, et plus il y a d'applications créées pour un système d'exploitation, plus celui-ci sera populaire chez les utilisateurs.* » Le mécanisme ainsi décrit est connu sous le nom de « *barrière à l'entrée des applications* ».

Les effets de réseau naturellement présents sur les marchés peuvent être renforcés par les pratiques prohibées. C'était le cas, dans l'affaire Microsoft, de la vente liée du lecteur Windows Media Player et du système d'exploitation Windows : « *La vente liée du lecteur WMP renforce la barrière à l'entrée liée aux applications, qui protège Windows, et facilitera l'apparition d'une barrière à l'entrée analogue en faveur du lecteur WMP. Une position de force acquise sur un marché caractérisé par des effets de réseau – comme c'est le cas du marché des lecteurs multimédias – est durable dans la mesure où, dès que les effets de réseau favorisent une entreprise ayant connu une montée en puissance déterminante, ils constituent des barrières à l'entrée élevées pour les concurrents potentiels.* » On entre ici dans le domaine des barrières stratégiques.

Exemples de barrières comportementales

Les pratiques unilatérales prohibées par l'article L. 420-2 en droit interne et l'article 82 en droit communautaire peuvent, dans de nombreux cas, s'interpréter comme l'érection de barrières artificielles à l'entrée ou le renforcement de barrières existantes, comme on vient de le voir dans le cas Microsoft. L'objet de la présente étude n'est pas d'étudier en détail les barrières comportementales, ce qui amènerait à considérer une grande partie des pratiques anticoncurrentielles d'éviction. On peut néanmoins citer deux cas récents particulièrement illustratifs de ce type de barrières.

148

L'affaire de la commune Bouc-Bel-Air (décision 06-MC-02 du 27 juin 2006) est exemplaire de l'utilisation de la position d'opérateur en place pour ériger des barrières visant à consolider cette position. En l'espèce, l'association Les Bouc'Choux était l'unique opérateur présent sur l'activité de gestion des crèches de Bouc-Bel-Air. Les représentants de la mairie ayant informé l'association de leur décision d'ouvrir à la concurrence le marché de service de la gestion des trois structures multi-accueil de la petite enfance, l'association avait introduit un avenant dans le contrat de travail de 33 de ses salariés. Cet avenant prévoyait, d'une part, une compensation de 100 000 € à chacun des salariés dès lors que l'effectif de son employeur dépassait 60 personnes et, d'autre part, une clause limitant aux structures de l'association implantées sur la seule commune de Bouc-Bel-Air la mobilité de son personnel. Or, l'article L. 122-12 du Code du travail oblige le nouvel attributaire à reprendre les contrats en cours. Cet avenant n'avait pas vocation à s'appliquer à l'association car celle-ci pouvait répondre à l'appel d'offres avec un effectif inférieur à 60 salariés et les rigidités à l'emploi ne la concernaient pas puisqu'elle exerçait ses activités sur la seule commune de Bouc-Bel-Air. L'objet anticoncurrentiel de l'avenant était donc clair : il s'agissait de pénaliser les autres participants aux futurs appels. Ainsi, « *seule parmi les compétiteurs aux futurs appels d'offres, l'association Les Bouc'Choux avait pouvoir de proposer à ses salariés des modifications à leur contrat de travail, en tant que monopoleur sur l'activité en cours de gestion des crèches. Mais l'article 122-12 du Code du travail transfère automatiquement au futur employeur de ses salariés les conséquences de ces modifications. Or, dans le cas d'une prestation de service pour laquelle les coûts salariaux sont la charge d'exploitation principale, cette particularité donne à l'employeur "sortant" la*

possibilité de modifier les conditions économiques des offres de ses concurrents, en surenchérissant artificiellement leurs coûts, créant une barrière à l'entrée des concurrents sur les marchés soumis à appels d'offres ».

Dans sa décision 04-MC-02 du 9 décembre 2004, le Conseil a considéré que le contrat d'exclusivité conclu entre Orange Caraïbes et CETELEC Caraïbes, seul réparateur de terminaux mobiles dans les Caraïbes agréé par les constructeurs de ces terminaux, élevait une barrière artificielle à l'entrée, en accroissant les coûts que devrait supporter un nouvel entrant : *« Toutefois, le développement d'une activité de réparation des terminaux mobiles génère des coûts fixes importants, constitués notamment par le recrutement et la formation d'un personnel qualifié, l'obtention d'agrément auprès des constructeurs de terminaux, l'acquisition d'un matériel spécifique et d'un stock de terminaux destinés à être prêtés pendant la durée de la réparation. Dès lors, l'obligation de mettre en place un centre de réparation dédié, qui pèse sur le nouvel opérateur entrant du fait des clauses d'exclusivité, est de nature à constituer une barrière à l'entrée en augmentant artificiellement le coût de l'entrée : face au quasi-monopole du premier opérateur, l'entrant doit amortir ce centre dédié sur une part de marché nécessairement très faible lors de son entrée. »* Le Conseil a enjoint à Orange Caraïbes, à titre conservatoire et dans l'attente d'une décision au fond, *« de supprimer l'ensemble des obligations d'exclusivité qu'elle impose à CETELEC Caraïbes ».*

L'utilisation des barrières à l'entrée en contentieux et en contrôle des concentrations

149

L'application la plus courante de la notion de barrière à l'entrée est l'appréciation du pouvoir de marché d'une ou de plusieurs entreprises. Mais la notion est également utile dans le contexte du droit des ententes, notamment pour apprécier l'importance du dommage à l'économie.

L'appréciation du pouvoir de marché d'une entreprise

Dans leur utilisation la plus courante, les barrières à l'entrée interviennent pour apprécier la mesure dans laquelle la menace d'entrée sur un marché contraint, ou non, le comportement d'une entreprise en place. Cette problématique intervient tant en contrôle des concentrations que dans les affaires d'abus de position dominante. Dans les deux cas, les barrières ne sont pas étudiées au stade de la délimitation du marché pertinent : en contrôle des concentrations, cette étude est incluse dans le bilan concurrentiel de l'opération ; en contentieux, elle intervient à l'étape de l'appréciation de la dominance.

S'agissant de la délimitation du marché pertinent, l'étude thématique du rapport annuel de 2001 rappelait que le critère prépondérant est celui de la substituabilité de la demande, celle de l'offre n'étant utilisée, le cas échéant, qu'à titre complémentaire. Rappelons que la substituabilité de l'offre renvoie à la possibilité que des opérateurs présents sur des marchés voisins décident d'entrer sur le marché en réponse à une hausse de prix, faible mais significative (de l'ordre de 5 à 10 %), et non transitoire (de l'ordre d'un an). Les entrées de ce type sont rapides et impliquent des coûts faibles, tant au

moment de l'entrée elle-même qu'en cas de sortie éventuelle ; il est donc naturel de les prendre en compte au stade de la délimitation du marché pertinent. Dans son acception initiale, le terme de « *contestabilité* » désignait spécifiquement les entrées de ce type, dites « *Hit and Run* »⁹⁸. Dans la présente étude, ce terme est employé dans un sens plus large, pour qualifier des marchés où les barrières sont peu élevées.

La présence de barrières à l'entrée permet d'autant plus facilement de caractériser la dominance que les barrières sont élevées. C'est particulièrement clair lorsqu'il existe un monopole protégé, par exemple par un brevet ou un droit exclusif. Ainsi, dans la décision 03-D-35 du 24 juillet 2003, relative à des pratiques mises en œuvre par les laboratoires Sandoz sur le marché de certaines spécialités pharmaceutiques destinées aux hôpitaux, le Conseil a conclu : « *Il résulte de ces éléments que le Sandimmun et le Néoral ne sont substituables à aucun autre médicament. Il existe bien, dans ces conditions, au sens des dispositions du Code de commerce, un marché pour ces deux spécialités sur lequel se rencontrent les acheteurs de celles-ci, qui sont tenus de les acheter, et la société Novartis Pharma, qui est la seule entreprise, en France, à les offrir. Sur ce marché, la société Novartis Pharma dispose d'un droit exclusif de distribution, assuré par le dépôt d'un brevet et par une autorisation de mise sur le marché (AMM) délivrée par le ministère de la Santé. Dans ces conditions, cette société Novartis Pharma détient une position dominante, en France, sur le marché de ces deux médicaments.* »

En l'absence de protection absolue conférée par un droit exclusif, le Conseil prend en compte la part de marché de l'entreprise, ainsi que celles de ses concurrents (un écart important entre la principale entreprise et son poursuivant immédiat suggérant l'existence d'un pouvoir de marché). Le Conseil accorde une attention particulière à la dynamique des parts de marché, les conclusions pouvant être différentes si la part de marché de l'opérateur en place est stable ou si elle décroît rapidement au cours du temps. Cette analyse des parts de marché est fréquemment complétée par l'étude des barrières à l'entrée.

Ainsi, dans l'affaire du Roquefort (décision 04-D-13 du 8 avril 2004), le Conseil a constaté que la part de marché de la société incriminée était supérieure à 70 %. Mais il a également relevé que « *la Société des Caves bénéficiaire, en outre, d'une barrière à l'entrée de type réglementaire en raison de l'obligation faite aux producteurs de n'utiliser, pour la fabrication du roquefort, que du lait de brebis provenant exclusivement du « rayon roquefort » et de l'affiner dans les caves du village de Roquefort dont elle est le principal propriétaire* ». Le Conseil a conclu que la position dominante de l'entreprise était établie.

⁹⁸. William Baumol, John Panzar et Robert Willig, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, Harcourt Brace, Jovanovich, N.Y., 1982. Pour ces auteurs, un marché parfaitement contestable se caractérise par deux propriétés : (i) les entrées et les sorties peuvent se faire instantanément et n'impliquent aucun coût ; (ii) le monopole en place ne peut pas réagir immédiatement aux entrées (ses prix sont rigides). Dans ces circonstances, Baumol et al. montrent que le monopole est discipliné par la concurrence potentielle. Toutefois, ces hypothèses sont très rarement réunies en pratique. Le « modèle » de la contestabilité parfaite n'est donc, tout au plus, qu'un cadre de référence théorique.

Dans l'affaire Microsoft précitée, la Commission européenne n'a pas manqué de relever les barrières à l'entrée sur les différents marchés concernés⁹⁹ et de les rappeler au moment de conclure sur la question de la dominance : « *La nature des barrières à l'entrée sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC clients ne fait que corroborer la conclusion selon laquelle Microsoft détient une position dominante sur ce marché. Ces barrières à l'entrée sont dues aux effets de réseau qui caractérisent ce marché. [...] Il est établi dans la présente décision que Microsoft possède une position dominante sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC clients, avec une part de marché qui est actuellement nettement supérieure à 90 %. Le marché des systèmes d'exploitation pour PC clients, comme les deux autres marchés pertinents identifiés dans la présente affaire, sont caractérisés par de forts effets de réseau directs et/ou indirects* ».

En matière de concentrations, l'étude des barrières à l'entrée permet d'apprécier, dans le cas où une fusion réduit significativement l'intensité de la concurrence entre les entreprises présentes sur le marché, si l'arrivée de nouveaux acteurs est de nature à compenser l'effet négatif de l'opération. Cette appréciation repose sur trois critères : la vraisemblance des entrées, le délai prévisible dans lequel elles pourraient se produire, et la capacité des nouveaux entrants à créer une véritable pression concurrentielle sur la nouvelle entité. La dimension temporelle est un élément essentiel de l'analyse. Ainsi, les lignes directrices précitées de la Commission indiquent que celle-ci « *examine si l'entrée de nouveaux concurrents serait suffisamment rapide et durable pour dissuader ou contrecarrer l'exercice d'un pouvoir de marché. Le moment précis auquel cette entrée doit intervenir dépend des caractéristiques et de la dynamique du marché, ainsi que des capacités spécifiques des entrants potentiels. Cependant, l'entrée sur le marché n'est normalement considérée comme intervenant en temps utile que si elle s'effectue dans un délai de deux ans* ». Par exemple, dans l'avis précité sur la concentration entre Canal Plus et TPS, le Conseil a pris position sur la question, centrale dans le dossier, de savoir si les opérateurs de télécommunications étaient susceptibles, à court terme, d'exercer une pression concurrentielle sur la nouvelle entité. Il a considéré « *qu'il existe des barrières liées aux effets verticaux de l'opération, notamment sur l'accès aux contenus et aux chaînes les plus attractifs rendant hypothétique l'existence d'une concurrence potentielle, notamment de la part des opérateurs de communications électroniques, à court, voire moyen terme* ». Le Conseil a donc estimé que « *durant cette période transitoire, l'opération soulève des problèmes de concurrence sur le marché de la télévision à accès payant* ». Il a suggéré des engagements visant à remédier aux barrières verticales, consistant notamment à interdire certains contrats d'exclusivité ou à en limiter la durée.

L'appréciation du pouvoir de marché de plusieurs entreprises

La contestabilité du marché est l'un des éléments pris en compte dans la caractérisation des positions dominantes collectives. Ainsi, dans l'affaire des

99. Cf. *supra*.

filiales communes dans le secteur de l'eau potable et de l'assainissement (décision 02-D-44 du 11 juillet 2002), le Conseil a tenu compte de la faible contestabilité du marché, parmi plusieurs autres facteurs, pour caractériser la dominance collective : « *Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la CGE et la SLDE sont, à l'époque des faits, les deux premiers éléments d'un oligopole restreint en détenant 85 % des marchés ; qu'elles sont unies par des liens structurels ; que le produit «eau» qu'elles commercialisent est homogène et sa demande inélastique à son prix ; qu'elles opèrent sur un marché faiblement contestable ; que leurs comportements sont parallèles et prévisibles dans les zones où elles possèdent des entreprises communes ; que la CGE et la SLDE détiennent, à l'époque des faits, une position dominante collective sur le marché national de la gestion déléguée du service de distribution d'eau et sur le marché national de la gestion déléguée de l'assainissement.* »

Comme le rappellent les décisions 06-D-02 du 20 février 2006 (enrobés bitumineux) et 06-D-18 du 28 juin 2006 (publicité cinématographique), l'existence de liens structurels n'est pas nécessaire à la caractérisation d'une position dominante collective, pourvu que d'autres conditions soient vérifiées, parmi lesquelles figure la non-contestabilité du marché : « *En l'absence de liens [structurels entre les entreprises], la seule structure du marché peut permettre de mettre en évidence une position dominante collective, si les critères cumulatifs dégagés par le Tribunal de première instance dans son arrêt Airtours du 6 juin 2002 (affaire T-342/99) sont réunis, à savoir la structure oligopolistique et la transparence du marché concerné, la possibilité d'exercer des représailles sur les entreprises déviant de la ligne d'action commune et enfin la non-contestabilité du marché ou l'absence de compétition potentielle.* »

Ces conditions ont pu être vérifiées dans ces deux affaires. Ainsi, dans le cas des enrobés bitumineux, le Conseil constatait : « *Compte tenu des barrières à l'entrée existant sur ce marché, tenant d'une part à l'affectio societatis propre aux sociétés communes et d'autre part aux difficultés administratives liées à la création d'une centrale nouvelle, aucune entreprise n'est en mesure de venir contrebalancer la puissance des quatre routières* » et concluait que « *les sociétés routières associées dans les trois centrales ardennaises peuvent être regardées comme disposant d'une position dominante collective sur le marché de la fabrication des enrobés dans les Ardenes* ». Dans l'affaire de la publicité cinématographique, le Conseil a également pu établir la dominance collective des deux opérateurs Mediavision et Circuit A, mais n'a pas pu établir l'existence d'une stratégie d'éviction anticoncurrentielle. En effet, les barrières à l'entrée étaient telles que la clause contractuelle incriminée ne semblait pas avoir pour objet d'évincer les opérateurs locaux (ceux-ci n'avaient de toute façon pas accès au marché national à cause des effets de réseau ¹⁰⁰) : « *Il résulte ainsi des déclarations de l'ensemble des parties que les sociétés Mediavision et Circuit A/Screenvision ne peuvent redouter une entrée sur le marché de la régie publicitaire cinématographique nationale à partir d'une position forte acquise par un opérateur sur le marché de la régie publicitaire cinématographique locale,*

100. Cf. *supra*.

circonstance qui aurait pu expliquer leur volonté d'évincer tout concurrent présent sur le marché de la régie publicitaire cinématographique locale, compte tenu des importantes barrières à l'entrée sur le marché de la régie publicitaire cinématographique nationale. »

Enfin, une opération de concentration peut réduire l'intensité de la concurrence sur des marchés présentant de fortes barrières à l'entrée, sans que cette réduction passe par le canal des effets unilatéraux. Ainsi, l'avis 00-A-06 du 3 mai 2000 relatif à l'acquisition par la société Carrefour de la société Promodès indiquait : « *Considérant, enfin et de façon générale, que lorsque l'opération a pour conséquence de ne laisser subsister dans une zone de chalandise que deux enseignes nationales de même format, offrant pour l'essentiel des produits identiques ou largement substituables, les risques d'une entente tacite ayant pour effet de restreindre la concurrence sont, en principe, élevés ; qu'en effet, dans ce cas, aucun des deux compétiteurs en présence n'a, objectivement, intérêt à mettre en œuvre une politique concurrente active, en baissant ses prix ou en diversifiant son offre ou en multipliant les opérations promotionnelles, pour augmenter le volume de ses ventes, dès lors qu'il sait que son concurrent, pour préserver sa part de marché s'alignerait nécessairement sur ses pratiques et que la mise en œuvre d'une telle politique aurait pour seul effet de réduire simultanément les marges des deux compétiteurs ; que ce comportement est encouragé par la législation sur l'urbanisme commercial qui protège les opérateurs en place de l'entrée d'un nouvel opérateur sur le marché et rend improbable l'obtention d'une autorisation d'extension des surfaces de vente exploitées ; qu'ainsi, lorsque cette situation se présente, il convient d'en faire un examen particulièrement attentif.* » En présence de barrières à l'entrée réglementaires, la fusion risque de conduire à un équilibre avec des prix supraconcurrentiels, sans qu'aucune concertation entre les entreprises ne soit nécessaire (chacune agissant indépendamment, en fonction de son seul intérêt individuel).

Les barrières à l'entrée dans le traitement des ententes

Dans la jurisprudence du Conseil de la concurrence sur les ententes, les barrières à l'entrée interviennent à deux titres : pour apprécier le dommage à l'économie et, dans le cas particulier des échanges d'informations, pour caractériser l'infraction.

Les barrières à l'entrée accroissent à la fois la probabilité de succès et les effets des ententes. Comme l'expliquent M. Levenstein et V. Suslow ¹⁰¹ : « *Upon its creation, a cartel immediately faces three key problems : coordination, cheating, and entry. [...] Cartels know that entry will undermine their attempts to increase profits. [...] Similarly, Symeonidis (2003) ¹⁰² finds that the probability of collusion increases with capital intensity, which he interprets as a proxy for high barriers to entry. [...] Overall, the most frequent causes of cartel failure*

¹⁰¹. Margaret C. Levenstein et Valerie Y. Suslow, « *What Determines Cartel Success ?* », *Journal of Economic Literature*, vol. XLIV, mars 2006, pp. 43-95.

¹⁰². George Symeonidis, « *In Which Industries Is Collusion More Likely ? Evidence from the UK* », *Journal of Industrial Economics*, 51 (1), 2003, pp. 45-74.

are entry and bargaining problems. » Sur un marché faiblement contestable, les participants à une entente n'ont pas à redouter la concurrence potentielle et peuvent donc profiter pleinement des effets de la collusion.

Le Conseil tient compte des barrières à l'entrée pour apprécier le dommage causé par les ententes. Ainsi, dans l'affaire de la téléphonie mobile (décision 05-D-65 du 30 novembre 2005) : « *Le dommage à l'économie doit être apprécié au regard de la durée des pratiques, soit trois ans et de la taille très importante du marché concerné. [...] Il y a lieu de relever également que l'entente a impliqué les trois seuls opérateurs proposant des services de téléphonie mobile sur un marché fermé, l'activité d'opérateur mobile étant soumise à l'obtention d'une licence et aucun MVNO n'ayant eu accès au réseau des opérateurs sur la période en cause. Or ces trois sociétés ont été choisies par l'État, lors de l'attribution de leur licence, non seulement en raison de leur capacité à construire et à financer des réseaux ayant justifié des investissements très importants – ce qu'elles ont démontré – mais aussi de leur aptitude à animer le marché par une concurrence durable et bénéfique au consommateur, objectif que l'entente a volontairement contrarié.* »

La décision 06-D-30 du 18 octobre 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des taxis à Marseille mentionne également des barrières à l'entrée légales : pour exploiter un taxi, il faut en particulier être titulaire d'une « *autorisation de stationnement* » (ou licence) délivrée par les autorités administratives. En l'espèce, le Conseil a sanctionné une entente qui consistait à fixer un prix unique de revente des licences de taxis en établissant une liste unique des licences mises en vente. Dans cette affaire, le lien entre les barrières à l'entrée (licences) et le dommage à l'économie est décrit de la manière suivante : « *Le Conseil constate que l'entente, qui a eu pour effet d'augmenter artificiellement le prix des licences, a rendu de ce fait moins accessible la profession de chauffeur de taxi, en particulier aux jeunes titulaires du certificat de capacité professionnelle des conducteurs de taxi.* »

Les cartels, pour se protéger contre des entrées et tirer le meilleur parti de l'entente, cherchent fréquemment à ériger des barrières artificielles ou à renforcer celles qui existent naturellement. Comme le mentionne l'article précité de Levenstein et Suslow (2006) : « *The most successful cartels do not simply treat barriers to entry as exogenous ; they actively try to create them.* »

Ainsi, dans l'affaire des taxis, on peut penser que les exploitants qui ont acquis leur licence à des prix élevés cherchent à sécuriser leurs revenus et à se protéger contre des entrées futures : « *Les nouveaux acquéreurs de licence ont dû payer un prix supérieur à celui qui aurait découlé du libre jeu du marché, ce qui a eu pour effet de déséquilibrer dès l'origine leur bilan financier et a créé une double incitation, d'une part, à obtenir une augmentation de leurs revenus et, d'autre part, à demander une garantie sur le prix de revente futur de leur licence. Ces contraintes financières artificielles les conduisent à concentrer leurs activités sur les courses les plus rentables en négligeant une partie de la demande et à faire pression sur le pouvoir réglementaire pour que celui-ci, d'une part, augmente le tarif des courses chaque année en arguant du prix élevé d'achat de leurs licences et, d'autre part, ne délivre pas de nouvelles autorisations à titre gratuit. De fait, dans une télécopie adressée au Conseil le 23 mars 2006, la direction du contrôle des voitures publiques de la*

ville de Marseille a déclaré : "Le maire a décidé, le nombre d'autorisations étant suffisant, de ne pas créer de nouvelles autorisations, et ce depuis 1998". Pourtant, la situation économique de Marseille depuis 1998, comme cela a été précédemment exposé aux points 10 à 12 de la présente décision, n'a cessé de jouer en faveur de l'activité des taxis, ce qui aurait dû, au contraire, conduire à la création de nouvelles licences afin de faire face à la demande accrue de taxis. » Autrement dit, l'entente, dont le mécanisme repose sur l'existence de barrières réglementaires, a pour effet d'exercer une pression en faveur de l'élévation de ces barrières, ou, à tout le moins, de leur maintien.

Enfin, dans le cas particulier des échanges d'informations, le Conseil utilise la notion de barrière à l'entrée pour caractériser l'infraction. Lorsqu'il applique la jurisprudence des tracteurs anglais sur les échanges d'informations (arrêt John Deere Ltd T35/92 du 27 octobre 1994 du Tribunal de première instance des communautés européennes, confirmé par la Cour de justice des communautés européennes le 28 mai 1998), il prend soin de démontrer le caractère oligopolistique du marché, et porte une attention particulière aux barrières à l'entrée. Par exemple, dans l'affaire des palaces parisiens (05-D-64 du 25 novembre 2005), il écrit : « *Les barrières à l'entrée sur ce marché sont élevées non seulement à cause du coût de l'achat et de l'entretien d'un hôtel de prestige comportant des prestations luxueuses au cœur de Paris, mais aussi parce que la construction d'une image de marque est lente et exigeante. Pour la période concernée par les pratiques d'échanges d'informations, le Conseil relève que ce marché n'a pas connu d'entrées nouvelles.* » La même logique est suivie dans la décision 05-D-65 du 30 novembre 2005 relative à l'entente dans le secteur de la téléphonie mobile. Le Conseil rappelle le raisonnement suivi par le TPICE dans John Deere : « *Les critères qui fondent l'analyse du juge communautaire sont donc ceux d'un oligopole fermé, en raison de l'existence d'importantes barrières à l'entrée, sur lequel les positions des entreprises sont relativement stabilisées.* » Le Conseil explique qu'en l'espèce : « *Les barrières à l'entrée sur le marché sont très fortes, compte tenu de la rareté des fréquences, de l'obligation d'obtenir une licence qui en découle et des coûts fixes extrêmement importants liés au déploiement.* » La cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 12 décembre 2006, a confirmé l'analyse du Conseil et précisé les conditions dans lesquelles les échanges d'informations sont illicites : « *Considérant que si la transparence entre les acteurs économiques n'est pas susceptible, sur un marché concurrentiel, de restreindre l'autonomie de décision et par suite la concurrence entre les offreurs au sens de l'article L. 420-1 du Code de commerce compte tenu du caractère atomisé de l'offre et de l'incertitude subsistant pour chacun des opérateurs économiques quant au caractère prévisible du comportement de ses concurrents, il en va autrement sur un marché oligopolistique fortement concentré où l'échange régulier entre les acteurs assurant la totalité de l'offre, selon une périodicité rapprochée et systématique, d'informations précises et non publiques sur le marché est de nature à altérer sensiblement la concurrence qui subsiste entre les opérateurs économiques dès lors que cette mise en commun régulière et rapprochée d'informations a pour effet de révéler périodiquement à l'ensemble des concurrents les positions sur le marché et les stratégies de chacun d'eux.* » La cour confirme le caractère oligopolistique du marché en relevant en particulier les fortes barrières à l'entrée : « *Qu'il ne peut être*

contesté que le marché pertinent de la téléphonie mobile de détail est un marché oligopolistique fortement concentré, constitué de trois opérateurs assurant la totalité de l'offre, et à caractère fermé, en raison de fortes barrières à l'entrée dues à la rareté des fréquences, à l'obligation d'obtenir une licence qui en découle et aux coûts fixes extrêmement importants liés au déploiement d'un réseau couvrant l'ensemble du territoire. »

La prévention des barrières à l'entrée et de leurs effets

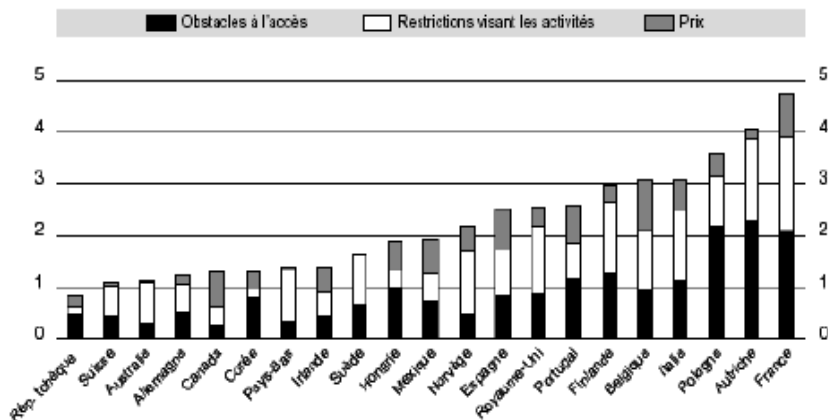
On a vu que l'analyse des barrières à l'entrée est importante dans les dossiers contentieux pour établir la dominance (simple ou collective) ou pour apprécier la gravité d'une entente. Les barrières sont également étudiées, dans une approche prospective, en contrôle des concentrations, pour évaluer si d'éventuels effets unilatéraux pourront être contrecarrés par l'entrée de concurrents potentiels ou si la fusion risque de faire basculer la concurrence vers un régime de collusion tacite. Mais l'action préventive du Conseil ne se limite pas au seul contrôle des concentrations. Le Conseil agit aussi, dans le cadre de son activité consultative, pour limiter l'apparition des barrières ou en prévenir les effets négatifs.

Ainsi, en application de l'article L. 462-2 du Code de commerce, « *le Conseil est obligatoirement consulté sur tout texte réglementaire instituant un régime ayant directement pour effet : 1° De soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives ; 2° D'établir des droits exclusifs dans certaines zones ; 3° D'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente* ». Les restrictions visées au point 1° peuvent s'interpréter comme des barrières réglementaires à l'entrée. D'une manière générale, les textes réglementaires qui créent des barrières à l'entrée ont des objectifs très variés : protection de la santé publique, du droit des marques, de l'environnement, du petit commerce dans les centres urbains, etc. Lorsqu'il donne un avis dans le cadre de l'article L. 462-2, le Conseil cherche à concilier au mieux ce type d'objectifs avec le maintien d'une concurrence aussi vivante que possible. Pour cela, il vérifie que les barrières à l'entrée mises en place sont proportionnées aux objectifs visés et que ces objectifs ne peuvent pas être atteints par des moyens qui pénaliseraient moins la concurrence.

L'importance de cette mission préventive du Conseil ne doit pas être sous-estimée, dans un contexte où les barrières réglementaires sont déjà nombreuses et peuvent avoir des effets non négligeables sur le fonctionnement général de l'économie. Ainsi, un rapport récent de P. Cahuc et F. Kramarz met en évidence les liens entre les rigidités observées sur les marchés de biens et de services et les difficultés d'emploi ¹⁰³. Ce rapport cite divers travaux basés sur des comparaisons internationales, qui mettent en évidence le niveau élevé de barrières réglementaires qui prévaut en France : « *Dans cette perspective, la France est dans une situation relativement défavorable puisque son indice de réglementation globale du marché des produits est élevé : selon des chiffres*

¹⁰³. P. Cahuc et F. Kramarz, *De la précarité à la mobilité : vers une Sécurité sociale professionnelle*, rapport au ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie et au ministre de l'Emploi, du Travail et de la Cohésion sociale, la Documentation française, juin 2005.

récents de l'OCDE, la France arrive en troisième position au sein des 18 pays de l'OCDE, derrière l'Italie et la Grèce, qui sont les seuls pays au sein desquels les barrières à la concurrence soient plus nombreuses ». Le rapport (p. 81) illustre cette problématique en citant l'exemple du commerce de détail pour lequel l'OCDE dispose de données précises sur la réglementation qui prévaut dans plusieurs pays. Les données de l'OCDE, décrites en détail par Boylaud et Nicoletti (2001)¹⁰⁴, rendent compte des barrières à l'entrée sur les marchés (formalités à remplir pour créer une entreprise, restrictions imposées aux grandes surfaces, autorisations requises pour vendre certains produits), des restrictions qui affectent les activités (heures d'ouverture des magasins, participation d'organismes professionnels, monopoles locaux légaux) et des mesures de contrôle des prix. Le graphique suivant présente les indices synthétiques élaborés par l'OCDE pour mesurer les obstacles à la concurrence induits par la réglementation dans ces trois dimensions en 1998. Il apparaît que la France est dans une situation extrême dans l'ensemble des pays pour lesquels des données sont disponibles.



1. Les indicateurs sont exprimés du degré le moins restrictif au degré le plus restrictif (échelle de 0 à 6).

Dans ce même secteur, le Conseil relevait dans l'avis 04-A-18 du 18 octobre 2004 portant sur la question des « marges arrières », l'importance des barrières et les distorsions qu'elles impliquent : « En second lieu, en instaurant des barrières à l'entrée institutionnelles à l'installation de nouvelles grandes surfaces et à l'extension de magasins existants, la loi limite l'offre de linéaire pour les produits. Le déséquilibre entre l'offre et la demande pour l'accès au linéaire renforce le pouvoir de négociation des distributeurs face à leurs fournisseurs. Sur ce point, le rapport du Conseil d'analyse économique (Régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs, de Patrick Rey et Jean Tirole, 2000) interprète la hausse, lors de l'annonce de la loi, des cours des actions des grands distributeurs cotés en bourse, comme un indice de la perception par le marché de la limitation de la concurrence entre les distributeurs en place ».

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

De même, dans l'avis 05-A-02 du 24 janvier 2005 sur la réglementation des tarifs des courses de taxi, le Conseil a évoqué le problème de la limitation du nombre de licences de taxis parisiens. « *Le Conseil considère, néanmoins, que cette réforme de la tarification ne suffira pas à régler le problème de la pénurie de taxis sur Paris et sa proche banlieue. Il insiste sur la nécessité d'agir sur l'ensemble des éléments d'équilibre de l'offre et de la demande, au premier rang desquels se trouve le numerus clausus. Il rappelle que seule une action développée dans plusieurs directions, portant conjointement sur tous les paramètres d'ajustement de l'offre et de la demande, sera de nature à rééquilibrer le marché considéré. S'agissant du numerus clausus, le Conseil note avec regret que l'objectif de créer, d'ici 2007, 1 500 autorisations de stationnement supplémentaires a pris du retard en dépit de la volonté affichée par les pouvoirs publics en ce sens. Le Conseil considère que le niveau des prix de revente des autorisations de stationnement des taxis parisiens qui est, à l'instar des prix pratiqués dans la commune de Cannes, le plus élevé de France avec des cessions à titre onéreux se négociant autour de 150 000 €, témoigne, à l'évidence, de l'insuffisance globale du nombre de taxis dans la région parisienne. [...] Le Conseil rappelle que le prix des licences sur le marché secondaire constitue un indicateur indirect de l'adéquation ou de l'inadéquation de l'offre à la demande. L'évolution à la hausse de ce prix révèle donc que les acteurs économiques reconnaissent une rentabilité élevée à l'activité de taxi dans la zone considérée, cette appréciation de rentabilité révélant, à Paris et dans sa proche banlieue, une rareté de l'offre qui permet une relative sélection des courses les plus rentables.* » Après avoir indiqué que la rareté des licences induit des comportements sous-optimaux, le Conseil étudie les modes de gestion efficaces du numerus clausus, et les questions que soulève l'attribution de nouvelles licences à titre gratuit.

L'avis 04-A-10 du 15 juin 2004 sur les importations de médicaments vétérinaires illustre la difficile conciliation entre des principes légitimes mais parfois contradictoires. En l'espèce, il s'agissait de concilier des impératifs de santé publique (et de protection des brevets et des marques) avec la libre concurrence dans l'Union européenne. Le texte en discussion instaurait un régime d'autorisation allégée pour les importations parallèles de médicaments ; on parle d'importation « *parallèle* » lorsque d'une part, le médicament importé dispose d'une autorisation de mise sur le marché dans un autre État membre et d'autre part, il existe un médicament « *semblable* » autorisé en France. Le débat portait sur le degré de similarité (entre le médicament importé et le médicament existant en France) requis par le texte pour pouvoir bénéficier du régime allégé. Était-il admis que l'excipient ou le dosage soit différent ? À qui revenait-il de prouver que les éventuelles différences n'avaient pas d'effet sur la santé ? Quel standard de preuve était exigé ? Le Conseil a considéré que le standard de preuve imposé par l'administration sanitaire au demandeur de l'autorisation était trop élevé : « *On ne saurait attendre d'un importateur qu'il apporte une preuve scientifique de l'absence d'effet de ces différences, d'autant qu'il ne dispose pas en général des informations nécessaires. C'est bien à l'autorité sanitaire, dans le cas où elle s'oppose à l'importation parallèle, de mettre en évidence les éventuels effets thérapeutiques (ou sur le temps d'attente) des différences de composition en excipients.* [...] *La rédaction actuelle du projet de texte (voir paragraphe 62 ci-dessus) doit donc être*

modifiée de manière à ne pas faire peser la charge de la preuve sur l'importateur. En tout état de cause, la procédure qui s'applique aux médicaments vétérinaires ne saurait être plus contraignante pour les importateurs que celle qui s'applique aux médicaments à usage humain ¹⁰⁵. » Le Conseil a entendu éviter qu'un standard de preuve trop élevé ne constitue une barrière à l'entrée infranchissable pour les importateurs.

Enfin, lorsque les barrières sont si élevées que des entrées sont extrêmement improbables à court et même à moyen terme, la question se pose de savoir s'il n'y a pas lieu de déroger au droit commun de la concurrence et d'instaurer (ou de maintenir) un dispositif de régulation spécifique. Ainsi, dans le secteur des télécommunications, l'article L. 37-1 du Code des postes et communications électroniques, dans sa rédaction issue de la loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle du 3 juin 2004, prévoit une procédure d'analyse des marchés *ex ante* : « L'Autorité de régulation des télécommunications détermine, au regard notamment des obstacles au développement d'une concurrence effective, et après avis du Conseil de la concurrence, les marchés du secteur des communications électroniques pertinents, en vue de l'application des articles L. 38, L. 38-1 et L. 38-2. Après avoir analysé l'état et l'évolution prévisible de la concurrence sur ces marchés, l'autorité établit, après avis du Conseil de la concurrence, la liste des opérateurs réputés exercer une influence significative sur chacun de ces marchés, au sens des dispositions de l'alinéa suivant. » Dans les différents avis qu'il a rendus à l'ARCEP concernant l'analyse de marchés potentiellement régulables, le Conseil de la concurrence a eu l'occasion de souligner les enjeux et les difficultés de cet exercice. Selon la recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003, « en identifiant les marchés conformément aux principes du droit de la concurrence, il convient d'utiliser les trois critères suivants. Le premier critère réside dans la présence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée, qu'elles soient de nature structurelle, légale ou réglementaire. Cependant, eu égard au caractère dynamique et au fonctionnement des marchés des communications électroniques, les possibilités de lever ces barrières dans un délai adéquat doivent également être prises en considération dans l'analyse prospective effectuée en vue de recenser les marchés pertinents susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante*. Par conséquent, le deuxième critère consiste à admettre uniquement les marchés dont la structure ne présage pas d'évolution vers une situation de concurrence effective. Il faut pour cela examiner quelle est la situation de la concurrence au-delà des barrières à l'entrée. Le troisième critère réside dans l'incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul à la ou aux défaillances concernées du marché ». L'analyse prospective des barrières à l'entrée et de leur dynamique joue donc un rôle crucial lorsqu'il s'agit de déterminer les limites des champs respectifs du droit de la concurrence et de la régulation sectorielle dans le secteur des communications électroniques.

¹⁰⁵. Cette exigence formulée par le Conseil a été respectée dans le texte final (article R. 5141-123-6 du Code de la santé publique).

Conclusion

Les barrières à l'entrée interviennent de manière récurrente dans les analyses concurrentielles menées par le Conseil, dans les dossiers contentieux (d'ententes et d'abus de position dominante) comme dans les affaires de concentration. Les exemples cités dans l'étude n'épuisent pas tous les cas de figure, mais mettent en évidence un certain nombre de caractéristiques que l'on retrouve dans les différents contextes d'utilisation et qui font l'unité de la notion de barrière à l'entrée.

En premier lieu, la notion de barrière n'est pas binaire (au sens où des barrières existeraient ou n'existeraient pas sur un marché), mais continue : la hauteur des barrières à l'entrée mesure le degré de contestabilité du marché, c'est-à-dire la difficulté pour de nouveaux entrants de pénétrer et de se développer sur le marché.

En second lieu, il ne s'agit pas d'une notion absolue, mais relative, au sens où elle s'apprécie au regard du contexte, notamment de la taille des concurrents présents ou potentiels. Outre les effets de taille, un autre facteur de l'environnement conditionne l'appréciation de la hauteur des barrières : le degré d'incertitude qui entoure la réussite d'une entrée. Les concurrents potentiels mesurent en effet les risques associés à l'entrée, leur degré d'aversion vis-à-vis de ce risque dépendant notamment de leur assise financière. Les montants absolus (de coûts fixes, d'investissements, etc.) ne sont donc pas significatifs en eux-mêmes.

En troisième lieu, le Conseil apprécie, dans chaque cas particulier, l'effet cumulatif des différentes barrières présentes sur la contestabilité du marché ; les barrières ne sont pas étudiées séparément les unes des autres.

Enfin, et surtout, la notion de barrière à l'entrée est fondamentalement dynamique. Pour une autorité de concurrence, la question intéressante n'est pas de savoir si les prix finiront par atteindre leur niveau concurrentiel, mais combien de temps va prendre le processus de retour à la concurrence. Ainsi que l'écrit l'économiste D. Carlton : « *What matters for antitrust and regulation is not what might happen in some year far off in the future, but what will actually happen now and in the near future. Rather than focusing on whether an entry barrier exists according to some definition, analysts should explain how the industry will behave over the next several years* ¹⁰⁶. » C'est en effet le surplus des consommateurs aujourd'hui (ou à court terme) qui importe ; à cet égard, les entrées qui se produiront à long terme sont de moindre intérêt. Les entrées doivent se produire en temps utile pour contrecarrer les effets d'une pratique anticoncurrentielle ou l'accroissement de pouvoir de marché consécutif à une opération de fusion. Lorsqu'il apprécie la contestabilité d'un marché, le Conseil accorde toujours une attention particulière à la perspective temporelle, son objectif étant le maintien de la concurrence ou son rétablissement dans les meilleurs délais.

¹⁰⁶. Dennis Carlton, « Why Barriers to Entry Are Barriers to Understanding », *American Economic Review*, Papers and Proceedings, 94 (2), mai 2004.