

# Rapport d'activité

<b>Titre I - Le Conseil de la concurrence</b> .....	13
<b>Chapitre I - Organisation et fonctionnement</b> .....	13
Actualité du collège .....	13
Ressources humaines .....	13
Réforme du statut administratif du Conseil .....	13
Organisation des services .....	14
Budget .....	15
<b>Chapitre II - Activité du Conseil en 2002</b> .....	15
Flux et stock d'affaires .....	16
Affaires nouvelles .....	16
Affaires terminées .....	17
État du stock des affaires en instance .....	18
Activité du collège .....	20
Analyse des saisines .....	20
Affaires traitées .....	22
Résultats par secteurs économiques .....	23
Décisions de sanctions pécuniaires .....	24
Délibérations du Conseil .....	26
<b>Chapitre III - Activités communautaire et internationale</b> .....	26
Activité européenne .....	28
Règlement (CE) n° 1/2003 .....	28
Réforme des concentrations .....	32
Règlement (CE) n° 1400/2002 .....	35

Activités multilatérales . . . . .	36
Coopération au sein des institutions internationales . . . . .	36
Évolution des principaux thèmes fédérateurs . . . . .	39
Renforcement des relations bilatérales . . . . .	41

<b>Titre II - Les recours contre les décisions du Conseil de la concurrence . . . . .</b>	<b>43</b>
---	-----------

<b>Chapitre I - Jurisprudence de la cour d'appel . . . . .</b>	<b>43</b>
--	-----------

<b>Sur la procédure . . . . .</b>	<b>43</b>
<b>Sur la compétence du Conseil . . . . .</b>	<b>43</b>
<b>Sur l'établissement des procès-verbaux . . . . .</b>	<b>44</b>
<b>Sur les procédés utilisés lors de l'enquête . . . . .</b>	<b>45</b>
<b>Sur les opérations de visite et de saisie . . . . .</b>	<b>45</b>
<b>Sur la violation du principe d'instruction à charge et à décharge . . . . .</b>	<b>46</b>
<b>Sur la notification au «<i>ministre intéressé</i>» . . . . .</b>	<b>46</b>
<b>Sur les observations écrites du Conseil de la concurrence . . . . .</b>	<b>46</b>
<b>Sur les demandes de sursis à statuer pour complément d'information . . . . .</b>	<b>47</b>
<b>Sur le fond . . . . .</b>	<b>47</b>
<b>Décisions de confirmation . . . . .</b>	<b>47</b>
<b>Décisions d'annulation ou de réformation . . . . .</b>	<b>49</b>
<b>Sur les sanctions . . . . .</b>	<b>50</b>
<b>Sur la gravité des pratiques . . . . .</b>	<b>50</b>
<b>Sur le dommage à l'économie . . . . .</b>	<b>51</b>
<b>Sur le rôle du maître d'ouvrage dans la concertation . . . . .</b>	<b>51</b>
<b>Sur la prise en compte, des condamnations antérieures de la société absorbée . . . . .</b>	<b>51</b>
<b>Sur les mesures conservatoires . . . . .</b>	<b>51</b>
<b>Les conditions du prononcé d'une mesure conservatoire . . . . .</b>	<b>51</b>
<b>La commercialisation des packs ADSL . . . . .</b>	<b>52</b>
<b>L'affaire du GIE Sport libre . . . . .</b>	<b>52</b>
<b>Sur la nature des mesures conservatoires . . . . .</b>	<b>54</b>
<b>Sur l'application du droit communautaire . . . . .</b>	<b>55</b>

<b>Chapitre II - Jurisprudence de la cour de cassation . . .</b>	<b>56</b>
<b>Arrêts relatifs à des mesures conservatoires . . . . .</b>	<b>56</b>
Arrêt du 12 février 2002 . . . . .	56
Arrêt du 24 septembre 2002 . . . . .	57
<b>Jurisprudence relative à la procédure . . . . .</b>	<b>58</b>
<b>Sur les conséquences de la décision</b>	
<b>du Tribunal des conflits du 18 octobre 1999 . . . . .</b>	<b>58</b>
<b>Sur la prescription . . . . .</b>	<b>59</b>
<b>Sur le pouvoir d'évocation de la cour d'appel . . . . .</b>	<b>59</b>
<b>Sur la compétence du Conseil . . . . .</b>	<b>59</b>
<b>Jurisprudence relative au fond . . . . .</b>	<b>60</b>
Arrêt du 15 janvier 2002 . . . . .	60
Arrêt du 22 octobre 2002 . . . . .	60

# Rapport d'activité

## ■ Le Conseil de la concurrence

### ■ Organisation et fonctionnement

#### Actualité du collège

Au cours de l'année écoulée, plusieurs changements sont intervenus dans la composition du Conseil de la concurrence : M<sup>me</sup> Agnès Mouillard et M. Pierre Bague, respectivement conseiller référendaire et conseiller à la Cour de cassation, ont quitté leur fonction et ont été remplacés par M<sup>me</sup> Françoise Aubert, conseillère à la Cour de cassation et doyenne de la chambre commerciale et M<sup>me</sup> Marie-Madeleine Renard-Payen, conseillère à la Cour de cassation. M<sup>me</sup> Marie-Chantal Boutard-Labarde, professeur à l'université de Paris X a été remplacée par M<sup>me</sup> Martine Behar-Touchais, professeur à l'université de Paris V. Enfin, M<sup>me</sup> Élisabeth Flury-Hérard, nommée au titre des personnalités qualifiées, est devenue membre du Conseil supérieur de l'audiovisuel et a été remplacée par M. Bruno Flichy, ancien président du Crédit du Nord.

#### Ressources humaines

##### Réforme du statut administratif du Conseil

L'année 2001 avait vu la mise en place de la seconde étape visant à consolider l'autonomie de gestion dont dispose le Conseil. Jusqu'en 2001, le chapitre 37-05 de la loi de finances ne comportait que des crédits de fonctionnement. Par ailleurs, 16 emplois du ministère étaient identifiés comme des emplois de rapporteur (alors qu'en réalité, plus de 35 rapporteurs étaient en activité au Conseil). La loi de finances pour 2002 a achevé le processus d'inscription complète des emplois du Conseil sur son chapitre

budgétaire propre : le nombre d'emplois inscrit au chapitre 37-05 est passé en deux ans de 42 à 121, progression qui traduit la simple régularisation des emplois effectivement attribués à l'institution, sans création nette de poste.

Le budget 2003 a permis de réaliser une dernière clarification : la totalité des postes de rapporteurs ont été inscrits, dans les documents budgétaires, sous l'intitulé unique d'emplois contractuels. Cette modification conduit, désormais, à recruter et employer tous les rapporteurs, qu'ils soient fonctionnaires, ou non-titulaires issus du secteur privé, sous un statut unique de contractuels permanents de l'État.

Cette situation permet de mettre en conformité les règles de gestion de ces agents avec les dispositions de l'article 3 de la loi du 11 janvier 1984 et du décret du 14 juin 1984 qui prévoient que les rapporteurs et rapporteurs généraux du Conseil de la concurrence sont des contractuels à durée indéterminée.

Seuls échappent à cette règle, les quelques agents mis à disposition du Conseil par l'administration centrale du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie (Minéfi).

L'achèvement de la mise en place de l'autonomie administrative a été l'occasion pour le Conseil de signer une convention de gestion avec la direction du personnel et de la modernisation de l'administration (DPMA) du Minéfi. Cette démarche, qui consiste à décrire précisément dans une convention les différents rôles qui, dans la gestion des personnels, incombent au Conseil et à la DPMA, est assez originale puisque le Conseil de la concurrence est la première autorité administrative indépendante à s'y engager et doit permettre d'optimiser les ressources dont il dispose.

## Organisation des services

Trois nominations sont intervenues en 2002 dans l'organigramme de direction des services. M. Patrick Hubert, rapporteur général depuis 1999 a quitté ses fonctions en mai 2002 et a été remplacé en août 2002 par M. Thierry Dahan, conseiller référendaire à la Cour des comptes.

M<sup>me</sup> Michèle Litvak, secrétaire générale, a été remplacée en juillet 2002 par M<sup>me</sup> Marie-Hélène Mathonnière, précédemment chef du service de communication et de formation, laquelle a été remplacée à ce poste par M<sup>me</sup> Virginie Guin.

Indépendamment de ces nominations individuelles, le Conseil a traduit l'ensemble des réorganisations intervenues depuis deux ans dans un nouvel organigramme qui distingue le collège, les services d'instruction et les services d'appui (administration, communication, international). Conformément aux dispositions de l'article 26 du décret du 30 avril 2002, la Présidente a officialisé, par une décision du 30 décembre 2002, cette nouvelle organisation.

Enfin, le Conseil de la concurrence s'est doté, en 2002, d'un véritable organe de dialogue social. Un décret du 7 décembre 2001 a institué un comité technique paritaire propre au Conseil de la concurrence. Des élections se

sont tenues au mois de juin 2002 et le CTP a pu se réunir à deux reprises, en octobre et décembre 2002, notamment pour examiner les réformes d'organisation de l'institution.

## Budget

Les crédits de fonctionnement du Conseil sont passés de 2,5 M€ en 2001 à 2,9 M€ en 2002, soit une augmentation de 15 %. Cette augmentation exceptionnelle a été accordée pour assurer le financement du colloque international qui s'est déroulé le 13 février 2002. Il s'agissait de la première opération de cette envergure depuis la création du Conseil en 1986. Ce colloque, qui avait pour thème «*l'efficacité de la politique de la concurrence*», a réuni à Paris une centaine de délégations étrangères, ainsi que l'essentiel des organismes et des professionnels qui, en France, s'intéressent au droit de la concurrence. Les travaux du colloque ont été publiés dans la revue *La Gazette du Palais* (n°26-28 et 29-30). Il convient de souligner que la loi de finances rectificative pour 2002 a amputé le budget du Conseil de 0,25 M€ dans le cadre des mesures générales de régulation.

Les crédits de personnel se sont élevés à 5,7 M€ en 2002, soit un doublement par rapport à 2001. Cette très forte progression n'a pas grande signification, puisqu'elle ne fait que traduire la mise en place de l'autonomie de gestion budgétaire, qui conduit à transférer au Conseil des crédits auparavant gérés par la direction du personnel du Minéfi.

Au total, le budget global du Conseil s'élève à 8,6 M€. A titre d'information, on peut mettre ce chiffre en regard du montant des sanctions pécuniaires prononcées par le Conseil qui s'élève en moyenne à 60 M€ par an pour les cinq dernières années, le taux de recouvrement de ces sanctions étant supérieur à 90 %.

## ■ Activité du Conseil en 2002

La présentation des statistiques d'activité du Conseil a été modifiée par rapport à l'année dernière, afin de distinguer plus clairement les indicateurs de flux et de stock de l'institution et les indicateurs d'activité du collège.

En effet, bien qu'ils soient étroitement liés, puisque l'activité du collège détermine largement le flux de traitement des dossiers, ces deux modes de comptage ne se recouvrent pas :

- toutes les affaires ne sont pas terminées par une décision du collège, certaines étant classées par la présidente lorsqu'elle prend acte d'un désistement ;
- certaines délibérations du Conseil ne conduisent pas à terminer une affaire, c'est le cas des sursis à statuer. C'est aussi le cas, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001, dite loi NRE, des décisions ouvrant une procédure de clémence, en application de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

- certaines décisions du Conseil terminent plusieurs affaires, c'est le cas lorsque le collège rejette, dans une même décision, une saisine au fond et la demande de mesures conservatoires qui l'accompagne ; c'est aussi le cas lorsque le Conseil examine des affaires jointes : une même décision peut ainsi clore entre deux et une demi-douzaine de saisines, voire plus.

Il est, dès lors, nécessaire de tenir une comptabilité précise des affaires terminées, indépendamment de la comptabilité des délibérations du collège.

Cette séparation doit permettre de vérifier chaque année, pour les saisines, la relation :

affaires nouvelles – affaires terminées = variation du stock

## Flux et stock d'affaires

### Affaires nouvelles

En 2002, le Conseil a enregistré 108 affaires nouvelles, dont 82 saisines contentieuses et 26 demandes d'avis. Ce chiffre marque une baisse sensible, par rapport aux années précédentes, comme on peut le voir dans le tableau suivant qui retrace l'évolution du nombre des saisines contentieuses et demandes d'avis depuis 1993.

**Tableau 1 : Saisines nouvelles**

	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
<b>Saisines contentieuses</b>	103	114	130	115	93	135	109	109	102	82
<b>Demandes d'avis</b>	23	27	19	27	27	29	27	35	25	26
<b>Total</b>	126	141	149	142	120	164	136	144	127	108

Comme en 2001, on observe surtout une forte diminution des saisines contentieuses, qui se situent à un niveau historiquement bas, puisqu'il faut remonter aux premières années de fonctionnement du Conseil (1987-1990) pour retrouver des chiffres comparables. En revanche, les demandes d'avis restent dans la moyenne des dix dernières années.

Une analyse de longue période montre que le niveau très élevé des saisines contentieuses entre 1994 et 1999 (en moyenne 123 par an sur une période de 6 ans) résulte pour partie de l'inflation des saisines ministérielles et a constitué un phénomène transitoire qui explique très largement l'état actuel du stock des affaires en instance. Entre 1987 et 1993, la moyenne était de 105 par an, et sur les trois années 2000-2002, la moyenne annuelle est revenue à 97.

## Affaires terminées

En 2002, 154 dossiers ont été terminés, soit un nombre assez proche de celui de 2001 et sensiblement plus élevé que celui connu entre 1998 et 2000.

**Tableau 2 : Affaires terminées**

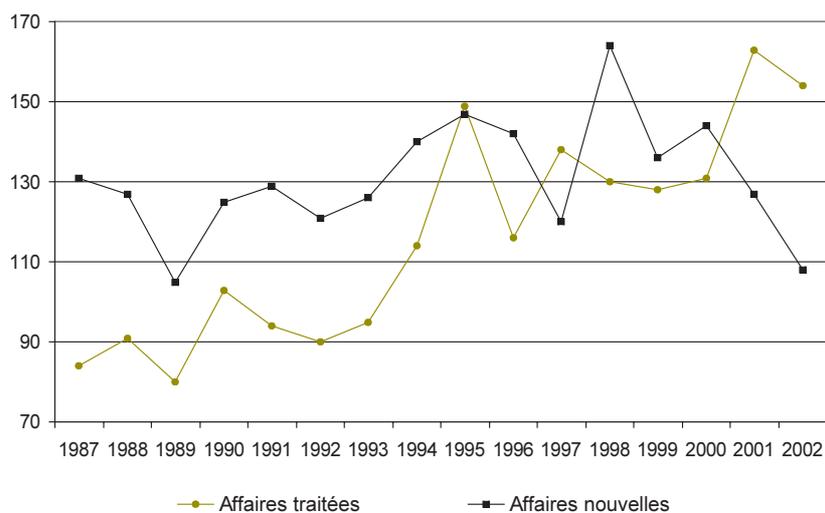
	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
<b>Saisines contentieuses</b>	76	83	130	98	111	108	106	96	138	130
<b>Demandes d'avis</b>	19	31	19	18	27	22	22	35	25	24
<b>Total</b>	95	114	149	116	138	130	128	131	163	154

Le nombre important d'affaires terminées en 2002, bien qu'inférieur à celui, il est vrai exceptionnel de 2001, est sensiblement au-dessus de la moyenne des dix dernières années, qui se situe autour de 133.

Il est d'autant plus notable, qu'il a été obtenu essentiellement grâce à un nombre important de décisions sur les affaires contentieuses, alors que le nombre d'avis rendus se situe plutôt dans la moyenne observée depuis 10 ans.

Sur longue période, comme le montre le graphique ci-après, on observe les progrès de productivité du Conseil depuis 10 ans : le nombre d'affaires traitées, inférieur à 100 jusqu'au début des années 90, s'est stabilisé autour de 130 jusqu'en 2000, puis est devenu supérieur à 150 ces deux dernières années. Cette évolution traduit aussi l'augmentation des moyens, qui ont été obtenus progressivement pendant ces périodes.

Cet effort permet au Conseil de bénéficier à plein du retournement de tendance sur l'inflation des saisines après les niveaux très élevés connus à partir de 1994.



### État du stock des affaires en instance

Comme en 2001, le nombre d'affaires terminées a donc été sensiblement plus élevé que celui des affaires nouvelles, ce qui a entraîné une nouvelle baisse du stock.

**Tableau 3 : Évolution du stock**

	Nombre d'affaires en cours au 31/12/2001	2002		Nombre d'affaires en cours au 31/12/2002
		Affaires nouvelles	Affaires closes	
Saisines au fond	348	58	102	304
Mesures conservatoires	8	24	27	5
Respect d'injonction	4	0	1	3
Avis	21	26	24	23
<b>Total</b>	<b>381</b>	<b>108</b>	<b>154</b>	<b>335</b>

La base de calcul de cet indicateur de stock correspond à l'année 1993, dernière année où l'état du stock au 31 décembre a pu être vérifié par comptage manuel (tableau 4).

**Tableau 4**

	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
<b>Stock au 1er janvier</b>	249	280	307	307	333	315	377	404	417	381
<b>Affaires nouvelles</b>	126	141	149	142	120	192	155	144	127	108
<b>Affaires terminées</b>	95	114	149	116	138	130	128	131	163	154
<b>Variation du stock</b>	+ 31	+ 27	0	+ 26	- 18	+ 62	+ 27	+ 13	- 36	- 46
<b>Stock au 31 décembre</b>	280	307	307	333	315	377	404	417	381	335

Cette reconstitution, encore incomplète, d'une série longue pour cet indicateur de stock, permet de mettre en évidence une inflexion très nette de la situation depuis l'année 2000.

Alors que le Conseil avait connu, à la fin des années 1990, une situation très défavorable avec un nombre de saisines qui excédait largement ses capacités de traitement des dossiers, ce qui avait entraîné une augmentation de + 33 % du stock des affaires en instance entre fin 1997 et fin 2000, les deux derniers exercices, 2001 et 2002, ont été marqués par une décreue du stock.

La situation est toutefois très contrastée suivant le type de dossier. Pour les saisines au fond, le stock représente environ trois ans d'activité, alors que pour les demandes d'avis, le stock ne représente qu'une année d'activité.

Les mesures conservatoires constituent une catégorie à part, puisque le Conseil respecte un délai moyen de traitement de deux mois, si bien qu'il n'y a pas vraiment de stock mais un simple décalage entre flux d'entrée et

flux de sortie arrêté au 31 décembre. Ce décalage est de quelques unités et n'évolue quasiment pas d'une année à l'autre.

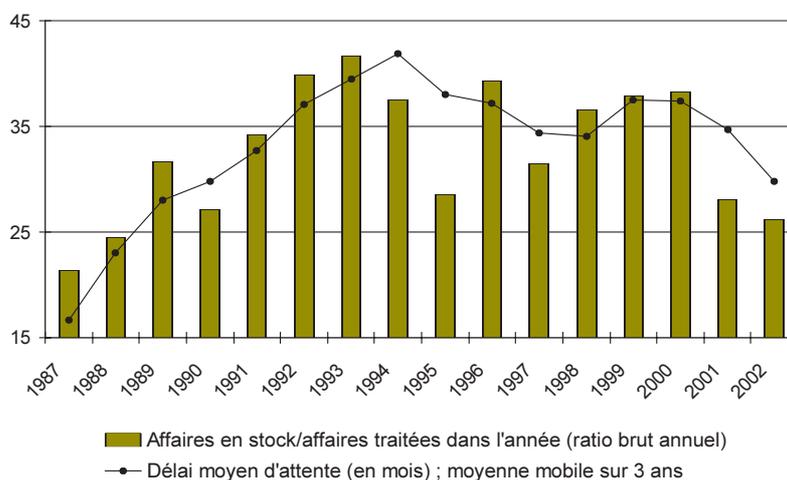
### Indicateur d'évolution du stock

Un moyen classique de mesurer l'encombrement d'une juridiction ou d'une autorité administrative indépendante est de calculer le ratio «*affaires en stock/affaires traitées dans l'année*» qui donne un délai théorique d'écoulement du stock ou délai théorique d'attente pour les nouveaux dossiers. Il s'agit d'un indicateur «*prospectif*» et non d'un indicateur de délai réellement constaté pour les affaires passées. Lorsqu'il se dégrade, il est un signal d'alerte pour une dégradation future des délais. Lorsqu'il s'améliore, il peut annoncer un raccourcissement du délai de traitement des dossiers.

Cet indicateur brut est toutefois très sensible aux variations annuelles d'activité et peut amplifier artificiellement des tendances passagères. Pour donner une indication plus fiable sur l'évolution du délai d'attente attendu, on peut lisser les écarts annuels par un calcul de type «*moyenne mobile*», dans lequel la productivité du Conseil (nombre d'affaires terminées dans l'année) est prise en moyenne mobile sur 3 ans.

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

On note que l'évolution est favorable depuis 2000, même si le délai moyen d'attente de 30 mois reste élevé. Ce délai prévisionnel retrouve néanmoins le niveau de 1990, effaçant enfin la période de grave dégradation du stock connue au début des années 90.



La diminution du stock qui est constatée depuis deux ans ne doit pas cacher la situation préoccupante des dossiers contentieux de fond. Certes, les sorties, dans cette catégorie, ont été nettement supérieures aux entrées

(102 contre 56), mais elles bénéficient de la clôture d'un certain nombre d'affaires regroupant des saisines multiples et de plusieurs décisions de non-lieu sur des affaires prescrites.

Le bon résultat des deux derniers exercices est donc fragile et doit être consolidé par la poursuite résolue du déstockage dans les prochaines années.

Inversement, ce délai d'attente global ne rend pas compte des délais réels respectés par le Conseil pour les demandes de mesures conservatoires qui sont, en général, examinées dans un délai de deux mois.

Le Conseil prépare la publication d'autres indicateurs de résultats, qui donneront un tableau plus précis des évolutions pluriannuelles des durées de traitement des dossiers, pour chaque catégorie de saisine.

## Activité du collège

L'ensemble des statistiques de cette seconde partie porte sur l'analyse qualitative des saisines et des décisions du collège. S'agissant de l'activité proprement dite, la base de référence est constituée par les décisions elles-mêmes, sans considération du nombre de saisines terminées à l'occasion du prononcé de ces décisions.

20

### Analyse des saisines

#### *Nature des saisines contentieuses*

Le tableau suivant présente le nombre et l'origine des saisines contentieuses de fond du Conseil depuis cinq ans :

**Tableau 5 : Origine des saisines**

	1998	1999	2000	2001	2002
<b>Ministre chargé de l'économie</b>	30	24	20	16	11
<b>Entreprises</b>	61	44	43	41	34
<b>Organisations professionnelles</b>	11	11	11	3	4
<b>Associations de consommateurs</b>	1	1	3	5	4
<b>Collectivités territoriales</b>	1	1	4	2	0
<b>Autres (y compris saisines de particuliers, irrecevables)</b>	2	2	7	8	0
<b>Saisines d'office</b>	3	7	5	6	5
<b>Respect d'injonction</b>	0	0	0	4	0
<b>Total</b>	109	90	93	85	58

Le nombre de saisines contentieuses, qui s'était érodé sur la période 1999 et 2001, connaît une forte chute en 2002, qu'il faut toutefois nuancer au regard de la disparition des saisines de particuliers (- 8) qui ne constituaient pas une part normale de l'activité du Conseil, puisqu'elles aboutissaient, par nature, à des décisions d'irrecevabilité, le saisissant n'ayant pas qualité pour agir.

Hors cette correction, qui constitue plutôt une amélioration, on constate que le nombre des saisines ministérielles baisse de nouveau très sensiblement en 2002, alors que les saisines des entreprises continuent de s'éroder. Ainsi, alors que l'on comptait, au milieu des années 1990, deux saisines d'entreprises pour une saisine ministérielle, la proportion a été, en 2002, de trois saisines d'entreprises pour une saisine ministérielle.

### *Demandes de mesures conservatoires*

**Tableau 6**

	1998	1999	2000	2001	2002
<b>Demandes de mesures conservatoires</b>	28	21	23	17	24

Ces demandes sont relativement stables sur longue période et ont été, en 2002, présentées principalement par des entreprises.

### *Demandes d'avis*

26 demandes d'avis ont été adressées au Conseil :

- six sur le fondement de l'article L. 462-2 du code de commerce, qui prévoit que le Conseil est obligatoirement consulté sur les projets de textes restreignant la concurrence.
- quinze sur le fondement des dispositions de l'article L. 462-1 du code de commerce, qui prévoit que le Conseil peut être consulté sur toute question de concurrence par le Gouvernement, les commissions parlementaires, les collectivités territoriales, les organisations professionnelles, syndicales, de consommateurs. Parmi ces demandes, trois émanaient du ministre chargé de l'économie.
- trois sur le fondement de l'article L. 430-5 du code de commerce qui prévoit que le ministre chargé de l'économie consulte le Conseil, s'il estime qu'une opération de concentration est de nature à porter atteinte à la concurrence.
- deux demandes ont été adressées au Conseil par des personnes ou organismes n'ayant pas qualité pour le faire et ont été jugées irrecevables.

## Affaires traitées

### Catégories de décisions

Le nombre total de décisions rendues en 2002 s'est élevé à 107.

Le tableau suivant retrace l'évolution du nombre des décisions contentieuses depuis 1998, avec leur répartition par catégories :

**Tableau 7**

	1998	1999	2000	2001	2002
<b>Affaires instruites au fond :</b>	60	49	53	56	47
- décisions de sanctions (pécuniaires et autres)	34	27	36	30	13
- décisions prononçant un non-lieu	26	22	17	26	34
<b>Mesures conservatoires</b>	17	12	18	8	9
<b>Décisions d'irrecevabilité et de rejet</b>	7	25	19	23	28
<b>Décisions de classement/désistement</b>	21	17	15	20	10
<b>Sursis à statuer</b>	3	6	7	10	6
<b>Autres</b>					7
<b>Total</b>	108	109	112	117	107

Globalement, sur une période de cinq ans, le nombre de décisions est en légère baisse, mais reste supérieur à la centaine. La baisse de 2002 par rapport à 2001 s'explique principalement par une forte diminution des décisions de classement prenant acte des désistements des plaignants, sur lesquels le Conseil n'a pas de prise.

Elle provient également d'une baisse du nombre des décisions de fond, notamment des décisions de sanction. On note toutefois que la baisse du nombre des sanctions pécuniaires infligées n'a pas eu d'influence sur leur montant global, qui est en augmentation de + 25 % par rapport à 2001 (cf. *infra*).

En sens contraire, on remarque un nouvel accroissement des décisions de rejet et d'irrecevabilité. Cette évolution est probablement la conséquence d'une politique de détection précoce et de traitement plus systématique de ce type de dossiers par les services d'instruction depuis 1999. Il n'est pas certain que ce phénomène se prolonge, dès lors que les saisines de particuliers, source importante de décisions d'irrecevabilité, se tarissent.

La comptabilisation des décisions relatives aux demandes de mesures conservatoires est assez complexe et mérite d'être explicitée.

Lorsqu'une saisine au fond, accompagnée d'une demande de mesures conservatoires, est déclarée irrecevable, la même décision prononce à la fois l'irrecevabilité de la saisine au fond et le rejet de la demande de mesures

conservatoires. Cette décision est comptabilisée dans la rubrique «*décisions d'irrecevabilité et de rejet*» (tableau 7). En 2002, dix demandes de mesures conservatoires ont été rejetées en même temps que la saisine au fond.

En revanche, lorsque la demande de mesures conservatoires est examinée, et quel que soit le sens de la décision (injonction ou rejet), elle donne lieu à une décision intitulée «*MC*» comptabilisée dans la rubrique «*mesures conservatoires*». En 2002, des mesures conservatoires ont été accordées à trois reprises, six autres ont été rejetées.

### Avis

Le Conseil a rendu quinze avis en 2002 qui se répartissent de la manière suivante : quatre portent sur des questions de concentration (article L. 430-5), quatre sur des questions générales de concurrence (L. 462-1), quatre ont trait à des projets de textes législatifs ou réglementaires (L. 462-2 et L.410-2). Deux avis ont été rendus à la demande de l'Autorité de régulation des télécommunications et un à la demande de la Commission de Régulation de l'Électricité. Toutes les demandes d'avis ne conduisent pas le Conseil à rendre un avis et celui-ci a rendu, comme les années précédentes, plusieurs décisions prononçant l'irrecevabilité de demandes d'avis au motif que les personnes ou organismes saisissants n'avaient pas qualité pour saisir le Conseil.

### Résultats par secteurs économiques

Comme l'année précédente, l'index des décisions et avis du Conseil par secteurs d'activité a été confectionné à partir de la nomenclature NAF de l'Insee et figure dans le tome des annexes. Cette méthode permet de regrouper plus facilement et de repérer d'une façon plus scientifique les secteurs économiques dans lesquels le Conseil est intervenu au cours de l'année.

Il s'agit d'une présentation purement quantitative qui ne préjuge pas de l'importance des décisions ou des avis en terme d'apport jurisprudentiel ou de montant des sanctions.

Ainsi, les secteurs économiques dans lesquels le Conseil est intervenu, à la fois au titre de son activité contentieuse et de son activité consultative, se répartissent de la façon suivante, dans un ordre décroissant. Seuls les secteurs dans lesquels le Conseil est intervenu au moins trois fois ont été retenus.

Tableau 8

Secteurs économiques	Nombre de décisions et avis
Postes et télécommunications	14
Construction	11
Transports terrestres	8
Commerce de gros et intermédiaires de commerce	7
Activités récréatives, culturelles et sportives	6
Production et distribution d'électricité, de gaz et de chaleur	5
Services fournis principalement aux entreprises	5
Commerce de détail et réparation d'articles domestiques	5
Santé et action sociale	4
Édition, imprimerie, reproduction	3
Industrie chimique	3
Captage, traitement et distribution d'eau	3

### Décisions de sanctions pécuniaires

#### Montant des sanctions

Le Conseil prononce deux catégories de sanctions : les sanctions pécuniaires et les injonctions/publications des décisions. En 2002, douze décisions ont donné lieu à des sanctions pécuniaires, pour un montant total de 64 838 757 €.

Le tableau suivant présente les principales indications relatives aux sanctions prononcées par le Conseil au cours des cinq dernières années :

Tableau 9

	1998	1999	2000	2001	2002
Nombre de décisions prononçant des sanctions pécuniaires	32	13	28	30	12
Nombre d'entreprises ou groupes d'entreprises sanctionnés	76	58	67	116	103
Montant des sanctions	13,73 M€	9,26 M€	14,64 M€ <sup>1</sup> 189 M€ <sup>2</sup>	51,15 M€	64,32 M€
Nombre d'organisations professionnelles sanctionnées	14	8	4	3	8
Montant des sanctions	0,48 M€	0,1 M€	0,06 M€	0,03 M€	0,5 M€
Montant total des sanctions	14,2 M€	9,36 M€	189,1 M€	51,2 M€	64,8 M€

<sup>1</sup> Sans compter le montant des sanctions prononcées par la décision 00-D-28 relative à la situation de la concurrence dans le secteur du crédit immobilier.

<sup>2</sup> Avec les sanctions prononcées par la décision 00-D-28 relative à la situation de la concurrence dans le secteur du crédit immobilier.

L'année 2002 se caractérise par une concentration des décisions de sanctions, puisqu'un nombre faible de décisions, 12 seulement, a conduit à sanctionner 103 entreprises et 8 organisations professionnelles, soit un nombre équivalent à celui de 2001, obtenu avec trois fois plus de décisions.

Le montant global des sanctions pécuniaires est également en augmentation de 25 % par rapport à 2001 et atteint un niveau historiquement élevé si l'on fait abstraction de l'affaires des banques en 2000.

L'évolution du montant moyen des sanctions pour les entreprises traduit aussi la même tendance (ratio montant des sanctions infligées aux entreprises sur le nombre d'entreprises sanctionnées). Ces appréciations devront être nuancées, dans un commentaire futur, au vu des arrêts que rendra la cour d'appel sur les décisions dont elle a été saisie.

**Tableau 10**

	1998	1999	2000	2001	2002
<b>Taux moyen (en M€)</b>	0,18	0,16	0,22 (hors banque) 2,82 (avec banque)	0,44	0,62

Le ministre de l'économie, est chargé du recouvrement des sanctions et de la surveillance du respect des injonctions décidées par le Conseil. Le niveau de recouvrement des sanctions prononcées est très satisfaisant (voir le rapport du ministre au Conseil, quatrième partie).

### *Pratiques sanctionnées*

Le tableau suivant présente les pratiques sanctionnées par le Conseil en 2002, en fonction d'une typologie communément admise pour les ententes : soumissions concertées, obstacles à l'accès au marché, répartition de marché, ententes de prix. À la différence des ententes, le nombre de dossiers d'abus de position dominante (deux) ne permet pas de procéder à une ventilation.

Il est précisé que le nombre de pratiques ne correspond pas au nombre de décisions, une même décision pouvant sanctionner plusieurs catégories de pratiques.

**Tableau 11**

Catégories	Nombre de pratiques
<b>Abus de position dominante</b>	2
<b>Ententes</b>	21
- soumissions concertées	3
- obstacle à l'accès au marché	3
- répartition de marché	3
- ententes de prix	12
- restrictions verticales	0

## Délibérations du Conseil

L'activité globale du Conseil est restée de l'ordre de la centaine de séances en 2002, soit un chiffre très satisfaisant sur longue période qui confirme le haut niveau d'activité de 2000 et 2001. Le tableau suivant retrace le nombre des séances tenues par le Conseil dans ses différentes formations depuis les cinq dernières années.

**Tableau 12**

	1998	1999	2000	2001	2002
<b>Séances</b>	89	83	109	106	100

En 2002, la répartition des séances entre les différentes formations s'est faite de la façon suivante : soixante réunions en sections et quarante en commission permanente.

## ■ Activités communautaire et internationale

26

Tant au plan de l'Union européenne qu'au plan international, une réalité s'impose : de nouvelles modalités de travail s'imposent aux autorités nationales de la concurrence pour faire face aux défis posés par l'internationalisation des marchés nationaux.

Cette internationalisation résulte de plusieurs facteurs. Dans l'Union européenne, le programme d'unification du marché, mis en œuvre dans le courant des années 1990, a contribué à développer les échanges commerciaux entre les pays membres. Même si l'on ne peut parler de marché unique dans tous les secteurs d'activité, la marche vers l'intégration des économies des pays membres de l'Union européenne est spectaculaire. Au plan international, plusieurs facteurs ont, dans les années récentes, contribué à une plus grande intégration des économies nationales. Les cycles successifs de négociations commerciales au plan multilatéral (d'abord dans le cadre du GATT puis dans celui de l'OMC), le vaste mouvement de dérégulation des économies nationales, l'ouverture à la concurrence de secteurs comme les télécommunications, l'énergie, le transport et, enfin la convergence des technologies dans le domaine de la société de l'information ont contribué à rendre plus poreuses les frontières nationales.

L'élargissement géographique des marchés pertinents pose problème pour les autorités de concurrence dont les pouvoirs restent géographiquement limités et qui ont, par voie de conséquence, des difficultés pour traiter des pratiques ou transactions transnationales. Dans les années récentes, un très grand nombre d'initiatives ont visé à trouver des solutions à ce problème.

Au plan européen, l'existence d'un droit supranational se superposant aux droits nationaux des membres de l'Union mis en œuvre par la Commission, lui permet d'exercer un contrôle sur les pratiques et les transactions anti-

concurrentielles transnationales. La solution supranationale n'est cependant pas facilement généralisable au reste du monde car elle suppose une intégration des économies très profonde. Une telle intégration, si elle est possible entre des pays dont les tailles et les puissances économiques sont relativement comparables, serait très difficile à réaliser entre des pays ayant des stades de développement très différents les uns des autres.

Renforcer l'efficacité globale du droit communautaire de la concurrence, tout en permettant à la Commission de concentrer ses moyens sur les seules affaires d'une importance particulière, sont les préoccupations qui sont au cœur du débat qui s'est ouvert sur la modernisation du droit communautaire de la concurrence avec la réforme du règlement 17. Mais la décentralisation de l'application du droit communautaire, souhaitable à bien des égards, suppose la mise en œuvre de moyens de coopération entre les autorités nationales, d'une part, et de moyens de coopération entre ces autorités et la Commission, d'autre part. Cette coopération doit être organisée dans le cadre d'un réseau dont les principes de fonctionnement seront définis dans le courant de 2003.

Au plan international, la solution supranationale ne peut être envisagée, mais la convergence entre les droits nationaux est utile pour assurer la cohérence des décisions d'un pays à l'autre. Une partie très importante de l'activité internationale de ces dernières années et de l'année 2002 a eu pour objet de favoriser la convergence des droits nationaux.

La réflexion des autorités de Bruxelles sur la révision du règlement communautaire concernant le contrôle de la concentration et la mise en œuvre de ce contrôle est clairement influencée par les controverses auxquelles certaines affaires transnationales ont donné lieu dans les années récentes et qui ont opposé la Commission aux autorités américaines de concurrence, ainsi que par le souci de rendre le droit européen plus pertinent. A cet égard, au-delà des textes, la création d'un groupe de travail entre la Commission et les autorités antitrust des États-Unis est à l'évidence de nature à favoriser la convergence des analyses entre les autorités américaines et européennes.

Mais le souci de convergence des droits nationaux s'exprime également dans d'autres enceintes. Pour une large part, c'est l'une des activités importantes du Comité de la concurrence de l'OCDE. De nombreuses recommandations aux autorités de la concurrence, mais également des rapports ou des compte-rendus de table-rondes sur des sujets précis de droit de la concurrence sont les moyens par lesquels cette institution essaie de définir des bonnes pratiques dans le domaine de la conception et de la mise en œuvre du droit de la concurrence. L'exemple le plus frappant, dans les années récentes, d'une telle convergence facilitée par les débats de l'OCDE a été l'adoption, par nombre de pays européens, de mesures de «clémence», pour les auteurs de pratiques collectives anticoncurrentielles qui dénoncent leurs propres pratiques et s'engagent à y renoncer. De telles mesures ont été initialement adoptées aux États-Unis et, leur efficacité étant démontrée, promptement adoptées dans d'autres pays.

C'est aussi la promotion de la convergence entre les droits nationaux, principalement dans le domaine du contrôle de la concentration, que vise

l'International Competition Network (ICN), nouvellement créé, en émettant des principes et des recommandations qui, s'ils n'engagent pas les États souverains, reflètent le consensus des praticiens que sont les autorités de concurrence.

Enfin, la CNUCED joue également un rôle particulièrement important, depuis de très nombreuses années, dans le dialogue Nord-Sud pour faire en sorte que la prolifération des droits nationaux de la concurrence se fasse, sinon de façon coordonnée, du moins avec le plus haut degré possible de cohérence, tout en préservant la diversité des situations nationales. A cet égard, l'ensemble de principes et de règles préconisés par les Nations Unies pour la répression des pratiques anticoncurrentielles (élaboré au sein de la CNUCED en 1980) a véritablement été le premier instrument de convergence des droits de la concurrence au plan mondial. Depuis le début de 2002, la CNUCED est en train d'actualiser ces règles.

Même si tous les pays avaient des droits identiques (ce qui n'est pas le cas et ne le sera pas dans un avenir proche, car la convergence des droits entre pays très différents les uns des autres juridiquement, économiquement et socialement, ne peut être totale), il serait nécessaire que les autorités de concurrence s'entraident pour pouvoir, dans les faits, appliquer leur droit national aux pratiques ou transactions transnationales. Ainsi des protocoles de coopération entre autorités nationales sont-ils élaborés au niveau bilatéral, mais aussi au plan régional (par exemple entre les pays du CARICOM dans les Caraïbes, entre les pays andins, entre les pays du MERCOSUR ou ceux de COMESA en Afrique). Une réflexion approfondie est engagée depuis plusieurs années au sein de l'Organisation mondiale du commerce pour savoir si un cadre de coopération multilatéral, complémentaire des accords bilatéraux ou régionaux, devrait être négocié au sein du cycle de négociation de Doha. Pendant l'année 2002, cette réflexion a surtout porté sur les éléments qui pourraient faire partie d'un tel accord. Les ministres du commerce des pays membres de l'OMC doivent décider, lors de la conférence ministérielle de Cancun en septembre 2003, s'il y a lieu d'ouvrir des négociations sur ce sujet.

L'activité européenne et internationale pour 2002 a donc été particulièrement riche.

## Activité européenne

### Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité de Rome

Par l'adoption de ce règlement, applicable au 1<sup>er</sup> mai 2004, qui se substitue à l'ancien règlement 17/62, la Commission a engagé une opération de modernisation du droit de la concurrence en Europe.

## Grands principes

### ● Passage d'un régime d'autorisation à un régime d'exception légale et décentralisation de l'application du droit communautaire

Le règlement fait passer les accords entre entreprises d'un régime d'autorisation préalable (dont la logique veut que les accords soient nuls tant qu'ils n'ont pas été autorisés) à un régime d'exception légale (qui veut que les accords remplissant les conditions légales sont présumés valides dès le début ; le contrôle ne s'exerce qu'*a posteriori* lorsqu'une exception d'illégalité est soulevée par une partie contre cet accord ; c'est le système en vigueur en France pour l'application du droit national des ententes). En vertu de l'article 3 du nouveau règlement, les accords qui ne sont pas contraires à l'article 81§1 ou qui remplissent les conditions mentionnées à l'article 81§3, sont automatiquement réputés licites, et les accords qui sont contraires à l'article 81§1 ou ne remplissent pas les conditions de l'article 81§3 sont réputés illicites.

Cette réforme implique la suppression du système de notification, préalable et obligatoire, et d'autorisation prévu par le règlement 17 et renforce la responsabilité des autorités nationales de concurrence et des juridictions nationales en ce qui concerne l'application des articles 81 et 82. Désormais, non seulement l'article 81§1 et l'article 82 sont d'application directe, mais aussi l'article 81§3. Les autorités nationales de concurrence et les juridictions pourront désormais appliquer les dispositions du paragraphe 3 de l'article 81, aux termes desquelles les ententes qui contribuent au progrès économique peuvent être exemptées, alors que la Commission était jusqu'à la seule habilitée à appliquer cette disposition (compétence exclusive aussi appelée «*monopole de l'exemption*»).

Les entreprises devront elles-mêmes apprécier si leurs accords sont ou non anticoncurrentiels. Elle ne pourront plus se prévaloir d'une autorisation, créatrice de droits. La Commission garde cependant le pouvoir d'adopter d'office des décisions déclaratoires constatant que les prohibitions des articles 81 ou 82 ne s'appliquent pas «*lorsque l'intérêt public communautaire l'exige*», afin d'assurer une application uniforme de la loi au regard de nouveaux types d'accords non encore évalués par la jurisprudence (article 10, considérant 13). Mais les entreprises ne peuvent demander ces décisions déclaratoires, qui ne sont, de toute façon, pas créatrices de droits.

### ● Compétence parallèle des autorités nationales de concurrence et de la Commission pour appliquer le droit communautaire de l'antitrust

Dans ce système de compétence parallèle, les plaignants auront le choix entre plusieurs guichets pour faire appliquer le droit de la concurrence communautaire : la Commission et les autorités nationales. Une communication devrait être rédigée à leur intention pour qu'ils sachent, en cas de pratiques affectant la concurrence dans d'autres États-membres, à quelles autorités de concurrence s'adresser pour que leur plainte soit traitée au mieux.

Les autorités nationales doivent appliquer cumulativement leur droit national et le droit communautaire à des pratiques relevant des articles 81 et 82 du traité (article 3.1), sous certaines réserves, tenant à la primauté du droit

communautaire (article 3.2) : l'application simultanée du droit national et du droit communautaire doit donner des solutions homogènes et concordantes. L'autorité nationale de compétence ne pourra rendre, sur la base de son droit national, une décision contraire à la solution retenue en droit communautaire, sauf la possibilité d'être plus sévère que le droit communautaire en matière de comportements unilatéraux (abus, pratiques restrictives).

### **Fonctionnement du réseau**

#### **● Réseau des autorités de concurrence**

L'article 11 du nouveau règlement dispose que la Commission et les autorités des États-membres appliquent les règles de concurrence en étroite collaboration. Pour assurer la bonne cohérence du nouveau dispositif, les autorités nationales constituent un réseau avec la Commission, dont les modalités de fonctionnement seront déterminées en accord avec les États-membres, selon le considérant 14. Ce réseau a été baptisé «*European Competition Network*» (ou «*ECN*»).

Beaucoup de points laissés en suspens par le règlement vont être réglés par des communications adoptées en concertation avec les autorités de concurrence, puis soumises à consultation des États-membres en comités consultatifs. La première communication, dont l'examen a commencé en 2002, porte sur la coopération au sein du réseau. Elle constitue le premier texte du «*paquet modernisation*» qui doit accompagner la mise en œuvre du nouveau règlement 1/2003 et qui comprend sept projets, dont un règlement d'application du règlement 1/2003 et cinq autres communications portant sur la coopération avec les juridictions, l'application des critères d'exemption de l'article 81§3, la notion d'affectation des échanges intracommunautaires, les avis aux entreprises et le traitement des plaintes.

Les différents points, qui devront être réglés pour l'application du règlement 1/2003, concernent essentiellement l'attribution des cas, la cohérence dans l'application des règles de concurrence et le fonctionnement du comité consultatif.

#### **● Information réciproque sur l'ouverture des procédures communautaires**

Les autorités nationales de concurrence et la Commission doivent s'informer réciproquement sur le réseau, de l'ouverture des procédures sur le fondement des articles 81 et 82 du traité, ainsi que du traitement réservé aux cas concernés. Les règles concernant l'information mutuelle de la Commission et des autorités nationales de concurrence sont les seules obligations de fonctionnement du réseau, les autres règles reposant sur la bonne volonté des autorités nationales.

#### **● Allocation des cas**

La même pratique peut être pendante devant plusieurs autorités de concurrence, que celles-ci se soient saisies d'office, aient été saisies par des

plaignants différents ou les mêmes plaignants. Le règlement semble attribuer une compétence universelle à toutes les autorités nationales et à la Commission, pour appliquer le droit communautaire *antitrust*. La communication en cours de discussion vise à établir des critères pour déterminer l'autorité de concurrence «*la mieux placée pour traiter l'affaire*», la volonté de la Commission étant de privilégier le guichet unique, mais en tenant compte de l'efficacité des poursuites menées par chaque autorité nationale, l'antériorité de la saisine étant un élément naturellement pris en compte.

#### ● **Pouvoirs d'évocation de la Commission**

En vertu de l'alinéa 6 de l'article 11 du règlement, l'ouverture par la Commission d'une procédure en vue de l'adoption d'une décision, prive les autorités de concurrence de leur compétence pour appliquer les articles 81 et 82.

Conformément à l'article 35 du règlement, cet alinéa ne s'applique qu'aux autorités de concurrence (désignées par l'État) qui prennent les décisions de l'article 5 du règlement, à savoir des décisions d'injonction, de mesures provisoires, de transaction et de sanctions.

#### ● **Conséquences des règlements de compétence**

Lorsque plusieurs autorités de concurrence sont saisies d'une même affaire (sur plainte ou sur saisine d'office), «*le fait qu'une autorité traite l'affaire constitue pour les autres un motif suffisant pour suspendre leur procédure ou rejeter la plainte*» (article 13§1). La Commission peut faire de même si elle est saisie parallèlement. Si l'affaire a déjà été traitée par une autre autorité de concurrence, l'autorité la dernière saisie peut rejeter la plainte sur cette base. La recommandation (§24) limite l'application de cet article aux cas dans lesquels la même pratique, concernant les mêmes parties et le même marché, est pendante devant plusieurs autorités. La partie plaignante ou l'entreprise en cause n'a aucun rôle dans ces procédures de dessaisissement ; les renvois peuvent être effectués sans leur accord et ils sont démunis de voies de recours contre ces décisions des autorités de concurrence. Le règlement ne traite par ailleurs pas des conflits de compétence, positifs ou négatifs.

#### **Comités consultatifs**

Le Comité consultatif donne son avis sur l'avant-projet de décision de la Commission, au cours d'une réunion à laquelle sont convoquées les autorités de concurrence des États-membres. Cet avis peut être motivé, à la demande d'un ou plusieurs États-membres. Il est joint au projet de décision. Si le comité consultatif recommande sa publication, la Commission le publie. Dans tous les cas, la Commission «*tient le plus grand compte de l'avis émis par le comité consultatif*» et informe le comité de la façon dont elle l'a pris en compte.

Cette disposition, indispensable pour donner un dynamisme au fonctionnement du réseau, est importante. Les comités consultatifs peuvent aussi servir de forum de discussion :

- à la demande d'un État-membre à propos d'une affaire pour laquelle la Commission entend faire valoir son pouvoir d'évocation ;
- à la demande d'un État, ou d'office par la Commission, sur des affaires traitées par l'autorité de concurrence d'un État-membre (information préalable de l'autorité de l'État concerné) ;
- le comité peut aussi discuter de questions générales du droit communautaire, mais à la seule initiative de la Commission, semble-t-il.

### *Observations et consultations*

Les autorités nationales de concurrence (et la Commission) peuvent présenter des observations écrites devant les juridictions saisies sur la base des articles 81 ou 82 ; elles peuvent également formuler des observations orales avec la permission des juridictions en question (article 15 du règlement). Les autorités nationales peuvent consulter la Commission sur tous les cas impliquant l'application du droit communautaire (article 11§5).

Par ailleurs, les pouvoirs d'enquête de la Commission sont considérablement renforcés, avec notamment l'instauration d'un pouvoir d'inspection au domicile des chefs d'entreprise concernés.

### *Groupes de travail*

Lors de la réunion constitutive du groupe de travail ECN, le 29 octobre 2002, la création de quatre sous-groupes de travail a été décidée. Ces sous-groupes ont pour objet de discuter et clarifier certains points demeurant encore à détailler dans la version finale de la communication et auront en outre à concevoir les modalités concrètes de fonctionnement de la coopération au sein du réseau ECN.

- la DGCCRF co-préside le sous-groupe «*enquêtes communes*» ;
- le Conseil de la concurrence participe au sous-groupe «*attribution des cas*» ;
- le Conseil et la DGCCRF participent conjointement au sous-groupe «*clémence*».

### *L'association des autorités européennes de concurrence (ECA)*

Parallèlement aux travaux menés avec la Commission pour la mise en place de ce réseau, les autorités européennes de concurrence se sont constituées en association (ECA) à laquelle participe également la Commission. Au cours de l'année 2001, cette association s'est réunie à deux reprises, à Athènes et à Stockholm. Au cours de ces réunions, ont été notamment évoqués les problèmes communs rencontrés par les autorités, les possibilités d'échanges et de formation pour les cadres de ces organismes, ou encore des sujets d'étude d'intérêt commun. Un groupe de travail a été constitué qui a étudié, en 2002, la problématique du transport aérien du point de vue du droit de la concurrence.

### *Réforme des concentrations*

La DG COMP a procédé à une vaste consultation sur le Livre vert sur la révision du Règlement 4064/89 du Conseil, adopté le 11 décembre 2001.

Le 11 décembre 2002, le collège des commissaires a adopté la proposition de règlement relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

Par ailleurs, un projet de communication de la Commission sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil sur le contrôle des concentrations et un code des bonnes pratiques sur la conduite des enquêtes sont en ligne jusqu'à la fin mars et ouvertes aux observations des États.

### Projet de règlement

#### ● Test de dominance

Le test actuel prévu à l'article 2 du règlement concerne la création ou le renforcement de la position dominante.

La plupart des experts s'accordent à reconnaître que le test de création ou de renforcement de la position dominante ne recouvre pas les situations d'oligopoles non collusifs. Dans l'arrêt *Airtours*, le TPI a, en effet, limité l'application du test de dominance aux oligopoles collusifs, par le biais de la notion de position dominante collective. Cette notion ne recouvre pas le cas où la coopération, collusion ou coordination entre entreprises, ne résulte pas de contacts explicites ni d'accords établis, mais est le fait de comportements unilatéraux individuels, dictés par la structure du marché et ses caractéristiques. Dans le cas des oligopoles non collusifs, l'accroissement des prix n'est pas le résultat d'une coordination entre les oligopolistes, mais résulte du fait que la concentration diminue la pression concurrentielle à laquelle chaque partie était soumise avant la concentration.

La Commission propose une clarification de l'article 2, en ajoutant un alinéa 2, dont l'objectif affiché est de couvrir explicitement les cas d'oligopoles non collusifs, en élargissant encore la notion de position dominante.

#### ● Répartition des cas

La Commission européenne détient une compétence exclusive pour apprécier les concentrations dites de «*dimension communautaire*», c'est-à-dire, dépassant les seuils de l'article 1 du Règlement 4064/89 sur les concentrations. Or, le Livre vert sur la révision du Règlement 4064/89 du Conseil, adopté le 11 décembre 2001, a relevé que certaines opérations de concentration qui ne remplissent pas les critères relatifs aux seuils de l'article 1 peuvent être d'intérêt communautaire et qu'inversement, toutes les opérations dites de dimension communautaire n'ont pas forcément un «*intérêt communautaire*». L'application des critères peut donc conduire, dans certains cas, à une mauvaise allocation des affaires. Par ailleurs, les notifications multiples sont sources de coûts, de perte de temps et d'incertitude juridique (appréciation des marchés). Enfin, elles ont tendance à augmenter graduellement (perspectives de l'élargissement de la Communauté).

Dans la perspective d'une amélioration du partage des compétences entre la Commission et les autorités de concurrence des États-membres et afin d'éviter les notifications multiples, dans la mesure du possible en faisant prévaloir le principe du guichet unique («*one-stop-shop*»), la Commission

avait déjà essayé en 1996, sans succès, d'étendre sa juridiction aux concentrations ne remplissant pas les critères de chiffres d'affaires de l'article 1, mais devant faire l'objet d'une notification dans au moins trois États-membres (règle dite des «trois plus»). Le Conseil de l'Union avait refusé, estimant préférable de revoir les seuils à la baisse. Le Livre vert soumis à consultation des États-membres reprenait cette disposition. A l'issue de la consultation, la Commission a choisi un autre dispositif pour régler le partage des compétences.

La Commission propose aujourd'hui de ne pas changer les critères quantitatifs de l'article 1, mais de «rationaliser» les mécanismes de renvoi existant entre la Commission et les États-membres, grâce à une modification des articles 9 et 22 du Règlement et en habilitant les parties aux opérations de concentrations à demander à la Commission et aux États-membres les renvois prévus par ces articles, avant même la notification de l'opération. Elle réintroduit à l'article 22 une règle des «trois plus», mais fondée sur le consentement des États-membres. Un État-membre pourrait demander à la Commission d'examiner une concentration qui, bien que n'ayant pas une dimension communautaire, affecte significativement la concurrence à l'intérieur du territoire de cet État-membre et affecte le commerce entre les États-membres. La Commission informerait sans délai les autorités compétentes des autres États-membres de cette requête ; ceux-ci pourraient se joindre à cette requête ; si trois États ou plus effectuent cette demande, la Commission est exclusivement compétente pour apprécier l'affaire et dispose de tous les pouvoirs prévus par le Règlement.

La Commission peut aussi informer les États-membres qu'elle considère qu'une opération, bien que n'ayant pas une dimension communautaire, a des effets transfrontaliers significatifs. Dans ce cas, elle «invite» les États-membres concernés à effectuer une demande de renvoi.

#### ● Autres dispositions du projet de règlement

Les parties pourraient demander des délais supplémentaires, durant la phase 2 d'examen des concentrations, après la proposition de remèdes ou pour permettre un approfondissement de l'enquête dans les cas les plus difficiles.

Les pouvoirs d'enquête de la Commission seraient alignés sur ses pouvoirs en matière d'*antitrust*, à l'exception des pouvoirs de perquisition aux domiciles privés.

Enfin, la publication de l'avis des États-membres lors des comités consultatifs est prévue (cf. art. 19).

#### Autres textes

La notice sur les concentrations horizontales éclaire le raisonnement suivi par la Commission dans l'examen de ces affaires. Le processus de décision de la Commission, critiqué pour son opacité, est revu par un projet de code des bonnes pratiques. Il est prévu notamment d'améliorer les compétences en économie de la Direction générale de la concurrence, par la création d'un

poste de chef économiste, doté d'un service propre, la création d'un «*peer panel review*» durant la phase 2 du contrôle (un panel d'agents de la DG COMP, expérimentés et indépendants de la *Merger task force*, devrait passer au crible le raisonnement de l'équipe de la *Task force* et donner son avis aux stades cruciaux de la procédure). La réforme a aussi pour but d'améliorer les droits de la défense grâce à des réunions de prénotification, à l'accès plus précoce des parties au dossier immédiatement après l'ouverture de la phase 2, à l'accès *ad hoc* des parties, durant l'enquête, aux arguments présentés par les tiers, à des réunions triangulaires réunissant les tiers et les parties à la concentration. Des réunions de bilan ou états des lieux auraient lieu à des moments décisifs de la procédure. Au moins cinq réunions sont envisagées à différents stades :

- au terme de la phase 1 ;
- deux semaines après le passage en phase 2 ;
- avant la communication des griefs ;
- à la suite de la réponse des parties à la notification de griefs ;
- avant la saisine du Comité consultatif.

Il est également prévu de renforcer le rôle des conseillers-auditeurs (*hearing officers*).

### Règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81§3 du traité de Rome à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile

Sont exemptés les accords verticaux d'achat ou de vente de véhicules neufs, de pièces de rechange et de services de réparation et d'entretien, pour lesquels la part de marché du fournisseur ne dépasse pas certains taux :

- 30 % pour les véhicules automobiles non distribués dans des réseaux de distribution sélective et pour les pièces de rechange ;
- 40 % pour les véhicules automobiles distribués dans des réseaux de distribution sélective quantitative ;
- pour les réparateurs lorsque le réseau des réparateurs agréés du fournisseur en cause détient une part de marché ne dépassant pas 30 % ;
- pour les véhicules distribués dans des réseaux de distribution sélective qualitative, sans condition de plafond.

Toutefois, sont toujours écartées de l'exemption, sans condition de seuils, les accords verticaux contenant les restrictions suivantes :

- imposition de prix de vente minimal ou d'un prix de vente fixe ;
- restrictions relatives au territoire ou à la clientèle, sur lequel ou à laquelle, un distributeur ou un réparateur peut vendre les biens ou services contractuels.

Le constructeur automobile doit désormais choisir entre la distribution sélective et la distribution exclusive.

Le «*multimarquisme*» est encouragé car l'exemption ne s'applique pas aux obligations de non concurrence (obligations imposant à l'acheteur d'acquiescer

après du fournisseur plus de 30 % de ses achats totaux) ou aux obligations empêchant les membres d'un système de distribution, de vendre des véhicules ou des pièces de rechange de fournisseurs concurrents ou de fournir des services de réparation et d'entretien pour les véhicules automobiles de fournisseurs concurrents.

De même, ne sont pas exemptés les contrats liant vente et service après-vente : le distributeur peut désormais assurer lui-même ce service ou le sous-traiter à des opérateurs agréées. Les clauses de localisation par lesquelles le constructeur impose au distributeur l'emplacement où il peut établir ses points de vente ou de livraison dans le marché commun sont illicites.

Ce règlement est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2002. Toutefois, les accords déjà en vigueur au 30 septembre et exonérés sur le fondement de l'ancien règlement, continuent à bénéficier de cette exemption jusqu'au 30 septembre 2003. Par ailleurs, l'interdiction des clauses de localisation n'est applicable qu'à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2005.

## Activités multilatérales

En 2002, les activités multilatérales en matière de droit et politique de la concurrence ont poursuivi la tendance observée ces dernières années visant au resserrement des relations entre autorités de concurrence au sein du réseau constitué dans chaque pays pour répondre aux défis de la «*globalisation*». La coopération au sein des organisations internationales se confirme, tandis que se poursuivent, au plan international, les débats sur les divers thèmes fédérateurs du droit de la concurrence.

### Coopération au sein des institutions internationales

#### *Organismes intergouvernementaux*

Trois organisations internationales permettent aux autorités nationales de concurrence de traiter de manière complémentaire des problèmes posés par des pratiques anticoncurrentielles susceptibles d'affecter à des degrés divers les échanges et le commerce international : l'Organisation de coopération et développement économique (OCDE), l'Organisation des Nations Unies (ONU) et l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Par ailleurs, l'association internationale des autorités de concurrence (ICN), organisation à caractère non inter-étatique, a été lancée à Naples, à l'automne 2002.

A l'OCDE, organisation réunissant l'ensemble des pays les plus développés, ainsi que quelques observateurs des pays en développement (Brésil, Argentine), le Comité du droit et de la politique de la concurrence est présidé par M. Frédéric Jenny, vice-président du Conseil de la concurrence. Cette organisation constitue un forum d'échanges d'informations sur les développements des politiques de concurrence mises en œuvre par les États-membres de cette organisation ainsi qu'un laboratoire de recherche et de réflexion sur l'application de ces politiques. En 2002, le Comité de la

concurrence ainsi que ses groupes de travail sur la régulation et la coopération internationale ont accentué leurs réflexions sur les aspects internationaux de la politique de la concurrence, confirmant en particulier l'importance et l'utilité du développement d'une coopération internationale active dans le domaine du contrôle des concentrations.

Deux axes ont été privilégiés : d'une part, les problèmes soulevés par l'examen des concentrations internationales dans les marchés émergents ou innovants, d'autre part, l'application de la politique de la concurrence aux ententes injustifiables («*hard core cartels*»). Dans ce cadre, des tables-rondes ont été organisées, auxquelles des représentants du monde des affaires ont été conviés. L'examen de la réforme réglementaire s'est poursuivi et a concerné, en 2002, la Turquie et la Finlande. De même, de nombreux programmes relatifs aux activités extérieures de l'OCDE ont été mis en place et ont concerné des pays non-membres. Ces programmes visent à assister le développement des activités des autorités nationales de concurrence de ces pays et en particulier de la Chine. Dans le même esprit, l'OCDE a poursuivi, en 2002, le cycle de «*Forums globaux*» inaugurés en 2001 dans l'ensemble des matières sur lesquelles travaillent chacun de ses grands comités. C'est ainsi que s'est tenu le second Forum global sur la concurrence en février 2002 en vue de permettre de créer un dialogue régulier et une confrontation d'expériences entre pays de l'OCDE et pays non-membres, permettant ainsi de prolonger et d'amplifier les réflexions menées au sein du groupe conjoint sur les Échanges internationaux et la concurrence de cette même Organisation. Ce second Forum global a réuni une quarantaine de pays en développement de quatre continents (au lieu de seize pays seulement en 2001). Cette forte participation a été rendue possible par une étroite coopération entre le Conseil de la concurrence et le secrétariat de l'OCDE, à l'occasion de l'organisation de la journée internationale célébrant le quinzième anniversaire du Conseil de la concurrence.

Dans le cadre de l'ONU, les autorités de concurrence des pays de l'OCDE font l'objet d'une coordination souple, placée sous la présidence d'un chargé de mission du Conseil de la concurrence à l'occasion des sessions annuelles du Groupe intergouvernemental d'experts (GIE) sur la concurrence de la Conférence des Nations unies pour la coopération et le développement (CNUCED). La CNUCED et son secrétariat disposent d'un degré élevé de confiance de la part des pays en développement et c'est la raison pour laquelle le Conseil de la concurrence (tout comme les autorités de concurrence équivalentes des pays les plus importants de l'OCDE) veille à irriguer aussi régulièrement et concrètement que possible de ses expériences les travaux du Groupe de la CNUCED. A l'occasion de la session du GIE de juillet 2002, les réunions formelles ont donné principalement l'occasion aux pays en développement de présenter les modifications et innovations relatives à leurs droits nationaux.

Les débats ont porté sur trois thèmes : le contrôle des concentrations à exercer à la lumière des critères du développement, les relations entre autorités de concurrence et autorités réglementaires, et enfin l'assistance technique et les programmes de travail de formation en matière de concurrence. Ce dernier thème a pris une importance d'autant plus accentuée cette année que l'Agenda Post-Doha a placé les questions de renforcement des capacités

des pays en développement («*capacity building*») au centre des préoccupations de la société internationale, en incluant dans ce renforcement l'expertise sur les «*nouveaux sujets*» dont la concurrence. Un exposé du gestionnaire du programme «*Trainfortrade*» au sein du secrétariat de la CNUCED a reçu un accueil très favorable de la part des pays en développement et de certains pays développés, en raison de la qualité des services désormais offerts par la CNUCED en matière de formation et d'assistance technique dans le domaine de la concurrence.

Au sein de l'OMC, le groupe de travail sur l'interaction du commerce international et de la politique de la concurrence, présidé par M. Frédéric Jenny, vice-président du Conseil de la concurrence, a tenu trois réunions formelles en 2002. Au cours de ces réunions, le groupe a poursuivi son travail d'inventaire sur la pertinence, pour la politique de la concurrence, des principes fondamentaux de l'OMC, ainsi que des principes de traitement national, de transparence et de traitement de la nation la plus favorisée et sur les moyens de promouvoir la coopération entre les pays membres de cette organisation dotés ou non d'autorités de concurrence. Ce groupe a permis de préparer la conférence de Doha qui a décidé, le 14 novembre 2001, d'approfondir et de clarifier la réflexion conduite sur ces différents sujets, en tenant tout spécialement compte des besoins des pays en développement, notamment en matière de flexibilité, en vue de futures négociations sur les thèmes suivants : «*Principes fondamentaux en matière de concurrence, y compris transparence, non-discrimination et équité au plan de la procédure, dispositions relatives aux ententes injustifiables, modalités d'une coopération volontaire, soutien en faveur du renforcement progressif des institutions chargées de la concurrence dans les pays en développement au moyen du renforcement des capacités*».

#### **Constitution des autorités nationales de concurrence en réseau**

Le Réseau international de la concurrence (ICN en anglais) a tenu sa première réunion annuelle à Naples en Italie les 28 et 29 septembre 2002.

Le Réseau international de la concurrence est une organisation non gouvernementale, créée en octobre 2001, réunissant les autorités de concurrence de près de 75 pays et travaillant avec des représentants du secteur privé, des universitaires et des organisations internationales. Le Conseil de la concurrence est membre du réseau et l'un des vice-présidents fait partie de son comité directeur. Les délibérations du réseau, qui sont non contraignantes, sont adoptées par consensus.

L'objet du Réseau international de la concurrence est de promouvoir, au plan pratique, la convergence entre les droits nationaux et la coopération entre les autorités nationales de la concurrence afin d'améliorer l'efficacité de la mise en œuvre du droit de la concurrence au plan international.

Lors de sa réunion de Naples, le Réseau international de la concurrence s'est particulièrement intéressé aux problèmes posés par le contrôle des concentrations transfrontalières et à la faculté pour les autorités de concurrence d'assurer un rôle de conseil auprès des autorités publiques en émettant des avis sur des sujets généraux de concurrence. Le Réseau interna-

tional de concurrence a adopté huit principes directeurs concernant le contrôle des concentrations lors de sa conférence initiale ainsi qu'un ensemble de pratiques recommandées en matière de procédures de notification. Les principes concernent la souveraineté nationale des autorités de concurrence, la transparence du contrôle de la concentration, la coordination entre autorités nationales, la convergence des analyses, la durée des procédures et les problèmes de confidentialité des informations. Les pratiques recommandées concernent la définition et le caractère objectif des seuils de notification, le moment de la notification, etc.

La prochaine réunion du Réseau international de la concurrence (ICN) aura lieu au Mexique en juin 2003. Outre l'approfondissement des thèmes déjà mentionnés, le Réseau étudiera les questions liées à l'assistance technique et au développement des capacités d'analyse pour les pays qui n'ont pas encore une longue expérience dans le domaine de la mise en œuvre du droit de la concurrence.

### Évolution des principaux thèmes fédérateurs du droit et de la politique de la concurrence

Les activités de ces diverses organisations mettent en évidence plusieurs thèmes fédérateurs qui viennent structurer les débats internationaux en matière de concurrence et qui permettent à l'Union européenne et ses États-membres d'avancer une série de propositions concrètes en vue de futures négociations en matière de concurrence à l'OMC.

#### *Contribution du droit et de la politique de la concurrence au développement économique et lutte contre les cartels internationaux*

Avec les résultats de la Conférence de Doha, la thématique de la contribution du droit de la concurrence au développement économique est devenue une préoccupation centrale, tant à l'OCDE qu'à l'OMC ou à la CNUCED : comment veiller à ce que le droit de la concurrence et les institutions destinées à sa mise en œuvre exercent une influence vertueuse, en particulier dans les pays en développement (PVD) et notamment dans les pays les moins avancés ? L'intérêt des PVD pour le sujet de la concurrence à l'OMC a progressivement émergé au cours des deux dernières années, notamment à la suite d'un effort d'explication et de la réduction des prétentions initiales de l'Union européenne (qui n'en est plus à souhaiter la création d'un «*Conseil mondial de la concurrence*» doté de pouvoirs supranationaux sur le modèle de ceux confiés à la Commission européenne) mais aussi d'un renforcement du processus de travail en commun entre les secrétariats de l'OMC et de la CNUCED rejoints par celui de l'OCDE. Les PVD comme les pays développés commencent à identifier assez précisément les dommages causés au développement et aux consommateurs par des pratiques anticoncurrentielles internationales.

Pour ne retenir que la catégorie la mieux identifiée des pratiques anticoncurrentielles, et celle sur laquelle il existe le plus d'informations claires, les enquêtes des autorités de concurrence dans le monde ont mis au jour

trente-neuf cartels durant les années 1990 (dont cinq font encore l'objet d'enquêtes). Ces cartels, étudiés par l'OMC, la CNUCED, l'OCDE et la Banque mondiale, ont produit des effets négatifs sur au moins trente-et-un pays, tandis que vingt-quatre cartels ont opéré, pendant au moins 4 ans, dans des secteurs d'activité des plus diversifiés (aluminium, vitamines, produits pharmaceutiques, gros équipement électrique etc.). L'effet de seize de ces cartels sur les importations de pays en développement dépassent 81,10 milliards d'euros (chiffre minimal). Le dommage net à l'économie peut être estimé à hauteur de 20 à 40 % de la valeur de ces importations, soit 16 à 32 milliards d'euros. Ce montant est à rapprocher du total des aides bilatérales et multilatérales diverses reçues par les PVD durant les années 1990, soit 50 milliards d'euros. Une étude de la Banque mondiale a montré que le calcul du dommage à l'économie provoqué par les seuls cartels clairement identifiés, représente donc au minimum le tiers du volume des aides perçues par les PVD. Pour mémoire, sur la période 1990-1999, le seul cartel des vitamines a prélevé indûment 183 millions de dollars US sur le Brésil, 77,61 sur la Chine, mais 178,48 sur Hong-Kong et 245,22 sur Singapour. Ces chiffres sont à rapprocher des 147,64 millions de dollars prélevés par le même cartel sur le Royaume-Uni et 153,78 sur l'Italie. Une ONG indienne influente dans les milieux politiques et très active au plan international (association de consommateurs) a résumé comme suit une position de plus en plus répandue dans les PVD : *«Que doivent faire les États ? Adopter une loi sur la concurrence ; placer le consommateur au centre de leur objectif ; inclure des organismes représentant de consommateurs dans les conseils dirigeant les autorités de concurrence ; et permettre aux associations de consommateurs de poursuivre des firmes engagées dans des pratiques anticoncurrentielles»*.

### ***Donner un sens aux engagements négociés d'ouverture des marchés notamment dans les pays en développement***

L'accès au marché dans de nombreux pays qui ne disposent pas d'un droit effectif de la concurrence, est entravé par les pratiques anticoncurrentielles d'importateurs ou de distributeurs locaux : monopolisation des importations par quelques entreprises de commerce, relations verticales restrictives de concurrence, par exemple dans le cas du Japon (cf. l'affaire Kodak Fuji), abus de position dominante et cartels mis en œuvre par des entreprises locales visant à exclure les importateurs, etc. De la part des pays tolérant ou favorisant de telles pratiques, des concessions en matière d'élimination des barrières douanières, voire des barrières non tarifaires, sont souvent illusoire, si elles ne s'accompagnent pas d'engagements sur le fonctionnement concurrentiel effectif des marchés permettant un accès réel des importateurs à ces marchés.

Les négociateurs de l'*Uruguay Round* avaient d'ailleurs craint que les concessions en matière d'ouverture des marchés de télécommunications ne restent lettre morte si les monopoles ou entreprises dominantes locales mettaient en œuvre des pratiques anticoncurrentielles visant à protéger leurs marchés. Aussi, des dispositions en matière de concurrence ont-elles été intégrées aux accords GATT, sans toutefois prévoir de mécanismes de

mise en œuvre appropriés pour ces dispositions. Malheureusement, il n'existe rien pour les autres secteurs, en dépit du fait que les mêmes problèmes se posent dans nombre d'entre eux. La réflexion menée à l'OMC en matière de concurrence pourrait faire apparaître l'utilité d'un éventuel accord dans cette enceinte afin d'assurer une réelle mise en œuvre des dispositions relatives à la concurrence dans les accords de libéralisation des services prévus par le GATT.

### ***Dissuader les pays membres de l'OMC d'utiliser le droit de la concurrence comme une arme stratégique pour protéger leurs marchés***

Une prolifération très rapide des droits de la concurrence nationaux peut être observée. Plus de cent pays ont, d'ores et déjà, ce type d'instrument et une vingtaine d'autres sont en train d'élaborer de telles législations (dont la Chine, l'Inde, le Nigéria et un certain nombre de pays latino-américains). Dans certains pays, malheureusement, ce droit est conçu ou appliqué de façon stratégique pour protéger des entreprises locales ou augmenter les coûts d'entrée sur le marché des entreprises étrangères, d'une manière assez similaire à l'application qui peut être faite dans certains pays avec les instruments de défense commerciale (instruments *antidumping* par exemple).

Pour éviter de tels effets, et compte tenu du fait que la prolifération des droits de la concurrence est due pour une large part à la dérégulation, laquelle va se poursuivre, il est important de veiller à ce que les pays membres de l'OMC aient des droits nationaux de concurrence non discriminatoires, transparents et qui respectent les droits de la défense des entreprises.

### **Renforcement des relations bilatérales avec certains pays ou groupes de pays**

En 2002, le Conseil de la concurrence a renforcé significativement ses relations avec certains pays ou groupes de pays.

#### ***Visite d'une délégation en Chine***

Pour la première fois, une délégation du Conseil de la concurrence dirigée par la présidente du Conseil de la concurrence, Mme Marie-Dominique Hagelsteen, s'est rendue en Chine pour y rencontrer les responsables de la préparation du nouveau droit de la concurrence chinois. Cette visite a été complétée par plusieurs missions du vice-président Frédéric Jenny et d'un rapporteur du Conseil en Chine tout au long de l'année 2002. Au terme d'un an d'adhésion de la Chine à l'OMC, le premier bilan que l'on peut dresser est que ce pays a entrepris une très grande partie des démarches juridiques internes rendues indispensables du fait de son statut de membre de l'OMC, même si de nombreux problèmes subsistent, notamment dans les domaines de la distribution et des services financiers.

Au cours de multiples rencontres, les délégations du Conseil de la concurrence ont présenté le système communautaire en matière de concurrence

et son articulation avec les droits nationaux. De plus, les représentants du Conseil ont insisté sur l'importance de lutter contre le système de monopole administratif, qui va à l'encontre de l'intérêt des consommateurs chinois et freine l'efficacité du marché en général. Il est, en effet, indispensable que la Chine recherche la sécurité juridique, par l'instauration d'un principe de transparence et de non-discrimination des mesures administratives.

#### *Visite d'une délégation au Vietnam*

Dans la perspective de son adhésion prochaine à l'OMC, le Vietnam a entrepris de se doter d'une loi sur la concurrence. C'est donc tout naturellement que, dans le cadre de la coopération entre la France et le Vietnam et avec le soutien logistique de la Maison du droit vietnamo-française, institution bilatérale de coopération juridique siégeant à Hanoï, l'expertise du Conseil a été sollicitée.

Les premiers échanges et réunions de travail ont eu lieu à l'automne 2000. Un nouveau séminaire s'est déroulé en mai 2002, sous la direction de M<sup>me</sup> Micheline Pasturel, vice-présidente du Conseil de la concurrence. Le vice-ministre du commerce vietnamien a participé en personne à toutes les réunions qui se sont tenues dans le cadre de ce séminaire.

Le projet de loi vietnamien traite non seulement des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations mais aussi de la concurrence déloyale. Certains points de ce projet ont donné lieu à des discussions approfondies, notamment en ce qui concerne les abus de position dominante et les concentrations. La connaissance des dossiers, dans toutes les matières traitées par la loi, est attribuée, de manière homogène, à l'Autorité de concurrence dont la création est prévue et qui sera dotée de très larges pouvoirs. Les représentants du Conseil de la concurrence ont souligné l'intérêt qui s'attache, tant sur le plan du fonctionnement interne de la concurrence que sur le plan du crédit international des décisions de la future autorité, à ce que l'Autorité de concurrence comprenne quelques experts et jouisse de toute l'indépendance nécessaire au bon accomplissement de sa mission.

#### *Participation à des séminaires de formation en Russie*

Deux rapporteurs du Conseil de la concurrence se sont rendus, à la demande du ministère anti-monopole russe, à des séminaires régionaux organisés à Irkoutsk (Sibérie) et Khabarovsk (Sibérie orientale). Il s'agissait, dans le cadre d'un projet de la Commission européenne, de procéder à des échanges avec les autorités régionales de concurrence afin de faciliter la convergence des droits et des pratiques de la Russie et de l'Union européenne. Ces échanges devraient être poursuivis, notamment par l'accueil de fonctionnaires russes en France.

#### *Relations avec les pays de la Ligue arabe et les pays de l'Afrique*

Le Conseil de la concurrence a eu l'occasion, au cours de l'année 2002, de participer à divers séminaires relatifs à la politique de la concurrence, organisés par l'OMC et la CNUCED, en matière, notamment, de télécommunications.

Plusieurs délégations se sont rendues dans différents pays arabes (Maroc, Égypte, Tunisie, Qatar, Bahrein), au siège de la Ligue arabe, ainsi que dans les pays anglo-saxons ou francophones d'Afrique (Afrique du Sud, Kenya, Zimbabwe, Île Maurice et Gabon) pour exposer le rôle de la concurrence et ses enjeux, dans une perspective de coopération et d'intégration économique régionale. La Ligue arabe est en cours d'adoption de règles et principes en matière de concurrence, susceptibles de renforcer les conditions d'association de certains de ces pays à l'Union européenne dans le cadre du Partenariat euro-méditerranéen.

#### *Accueil de délégations étrangères*

Le Conseil a, enfin, comme les années précédentes, reçu plusieurs délégations étrangères, notamment, de Russie, de Bulgarie, de Roumanie et de Pologne.

## Les recours contre les décisions du Conseil de la concurrence

### ■ Jurisprudence de la cour d'appel

Au cours de l'année 2002, la cour d'appel de Paris a statué sur vingt-sept recours exercés contre les décisions du Conseil et a rendu vingt-trois arrêts statuant au fond. Dans seize cas, la cour a confirmé les décisions du Conseil. Dans trois affaires, elle a partiellement réformé la décision du Conseil : dans un cas, elle a réduit les sanctions prononcées ; dans le deuxième cas, elle a modifié la formulation de la mesure conservatoire prononcée ; dans le troisième cas, elle a confirmé le rejet de la demande de mesures conservatoires mais réformé la décision en ce que celle-ci avait rejeté la saisine, et renvoyé l'affaire devant le Conseil pour instruction de la saisine au fond. La cour a réformé totalement deux décisions et en a annulé deux, dont une partiellement. Elle a prononcé une décision de sursis à statuer et a rendu trois décisions de dessaisissement à la suite du désistement des requérants.

### Sur la procédure

#### *Sur la compétence du Conseil*

Dans un arrêt rendu le 13 novembre 2002, la cour d'appel a rejeté le déclinaoire de compétence présenté par le préfet et a sursis à statuer jusqu'à l'expiration du délai imparti au préfet pour saisir le Tribunal des conflits et, le cas échéant, jusqu'à la décision de cette juridiction.

La cour était saisie d'un recours formé contre la décision 02-D-14, par laquelle le Conseil avait condamné le Conseil supérieur de l'ordre des géomètres-experts et plusieurs conseils régionaux de cet ordre pour avoir organisé une entente visant, au moyen notamment d'une note proposant une interprétation fallacieuse d'un texte de loi, à inciter des élus et des maîtres d'ouvrages à confier aux seuls géomètres-experts tous les travaux de topographie, y compris ceux dépourvus d'incidence foncière, pour lesquels ces derniers ne bénéficient pas d'un monopole légal et se trouvent en concurrence avec les géomètres-topographes.

Le Conseil avait retenu sa compétence, qui était contestée, estimant qu'en diffusant à des tiers une note contenant une interprétation erronée d'un texte de loi et restrictive de concurrence (puisqu'elle visait à étendre le monopole des géomètres-experts), le Conseil supérieur de l'Ordre était sorti de sa mission de service public et était intervenu dans le cadre d'une pure activité de services, au sens de l'article L. 410-1 du code de commerce. Ce faisant, le Conseil s'était conformé à la jurisprudence de la Cour de cassation, résultant, notamment, d'un arrêt du 16 mai 2000 (Ordre national des pharmaciens).

Le préfet soutenait que le seul commentaire de dispositions légales, par le représentant d'un Ordre, chargé d'assurer le respect des lois et règlements qui régissent l'exercice de la profession, ne saurait constituer une activité de services par laquelle le Conseil supérieur se serait livré à une pratique étrangère à sa mission de service public.

La cour a jugé que le Conseil n'avait pas outrepassé les limites de sa compétence. Elle a retenu que la note ne se bornait pas à un simple rappel de la législation, mais qu'elle constituait, en réalité, un argumentaire destiné à être diffusé auprès de décideurs publics afin de les contraindre à réserver aux géomètres-experts le monopole de l'ensemble des travaux topographiques. Dès lors, cette note ne constituait pas une décision par laquelle l'ordre assurait, auprès de ses membres, au moyen de prérogatives de puissance publique, la mission de service public qui lui était dévolue par la loi, mais entraînait bien dans le champ d'application de l'article L. 410-1 du code de commerce.

### Sur l'établissement des procès-verbaux

La cour d'appel, dans un arrêt du 9 avril 2002 (Bloc matériaux), a validé le procédé de rédaction d'un procès-verbal d'audition, par itérations successives. A la suite d'une audition, un projet de procès-verbal non signé avait été envoyé pour observations à la personne entendue, laquelle avait demandé que des modifications y soient apportées. Figuraient au dossier du Conseil, non seulement le procès-verbal définitif, mais également le projet de procès-verbal non signé comportant les observations manuscrites de la personne entendue, un bordereau de remise de pièces non mentionné dans le projet de procès-verbal, ainsi qu'une correspondance échangée entre le service d'enquête et l'intéressée. La cour constate que les modalités de rédaction du procès-verbal définitif, qui ont permis de prendre en considération les commentaires de la personne entendue, ne font pas grief aux

requérantes, d'autant que le Conseil ne s'est fondé que sur les seules énonciations du procès-verbal définitif et non sur les documents intermédiaires.

Par ailleurs, dans un arrêt du 7 mai 2002 (Masterfoods), la cour d'appel a réintégré dans la procédure du Conseil de la concurrence, les procès-verbaux d'audition qui avaient été écartés par celui-ci aux motifs, notamment, qu'ils ne comportaient pas la mention de l'objet de l'enquête ni l'indication que cet objet avait été indiqué aux intéressés et qu'ainsi, il n'avait pas été satisfait à l'obligation de loyauté dans la recherche des preuves. La cour estime que *«la mention pré-imprimée sur les procès-verbaux selon laquelle l'objet de l'enquête a été porté à la connaissance de la personne entendue suffit à justifier de l'indication de cet objet jusqu'à preuve contraire, laquelle n'est pas rapportée en l'espèce»*. L'arrêt de la cour d'appel fait suite à l'arrêt de la Cour de cassation du 20 novembre 2001 (Bec frères), survenu postérieurement à la décision du Conseil, dans lequel a été reconnue la valeur probatoire, jusqu'à preuve contraire, de la mention pré-imprimée de l'objet de l'enquête sur les procès-verbaux. Ainsi, lorsque l'objet de l'enquête est indiqué sur le procès-verbal au moyen d'une mention pré-imprimée, c'est donc à la partie qui prétend avoir été abusée qu'il incombe de démontrer que l'administration a usé de manœuvres déloyales dans le recueil des preuves.

### Sur les procédés utilisés lors de l'enquête

Dans l'arrêt précité du 9 avril 2002, la cour d'appel estime que le fait, pour les enquêteurs, de conseiller à une société de demander à son fournisseur la communication de ses tarifs par écrit, alors que cette société aurait utilisé le refus du fournisseur pour étayer ses allégations de pratiques anti-concurrentielles, ne constitue nullement un procédé déloyal d'enquête dès lors que l'article L. 441-6 du code de commerce prévoit que tout producteur doit communiquer ses tarifs et conditions de vente à l'acheteur qui les lui demande.

### Sur les opérations de visite et de saisie

Dans un arrêt du 22 janvier 2002, relatif aux répartiteurs pharmaceutiques, la cour d'appel, répondant au moyen de nullité des opérations de visite et de saisie soulevé par le défendeur en raison de l'absence, sur les lieux, du mandataire social de l'entreprise ou de son représentant, a précisé que l'article L. 450-4 du code de commerce exige la présence de l'occupant des lieux ou de son représentant lors du déroulement des opérations de saisie et perquisition mais *«n'impose nullement la présence d'une personne ayant le pouvoir de diriger, gérer ou le pouvoir d'engager à titre habituel l'entreprise»*.

La cour d'appel a jugé, dans l'arrêt précité du 9 avril 2002 (Bloc matériaux), qu'aucune prescription légale n'exige que les procès-verbaux soient signés par toutes les parties ayant assisté aux opérations de visite et de saisie.

### Sur la violation du principe d'instruction à charge et à décharge

Dans l'arrêt du 22 janvier 2002, relatif aux répartiteurs pharmaceutiques, la cour d'appel rappelle que le rapporteur qui, «aux termes de l'article L. 450-6 du code de commerce, définit les orientations de l'enquête», est «seul compétent pour apprécier l'utilité d'une enquête supplémentaire» ; que non lié par les qualifications proposées par la saisine, il «instruit à charge et à décharge» et «qu'à ce titre, il apprécie librement les enquêtes qui lui paraissent utiles, sans être tenu par les propositions éventuellement formulées par les mis en cause».

### Sur la notification au «ministre intéressé»

Dans l'arrêt du 22 janvier 2002, relatif aux répartiteurs pharmaceutiques, la cour d'appel reprend une jurisprudence déjà adoptée dans un arrêt du 29 juin 2000 (Ligue nationale de football), selon laquelle le ministre intéressé au sens de l'article L. 463-2 du code de commerce, est le ministre qui est intervenu pour «apprécier, favoriser ou condamner les pratiques examinées par le Conseil». En l'espèce, le ministre du travail et des affaires sociales avait adressé un courrier à la Chambre syndicale de la répartition pharmaceutique, dans lequel il avait procédé à un rappel de l'application des dispositions de l'article L. 138-9 du code de la sécurité sociale sur le plafonnement des remises consenties aux laboratoires et aux grossistes-répartiteurs et fait part à son correspondant de son intention de rappeler la réglementation aux professions concernées. La cour estime que, ne s'étant donc pas prononcé, dans ces conditions, sur les pratiques examinées par le Conseil, ce ministre ne pouvait être qualifié de ministre intéressé.

### Sur les observations écrites du Conseil de la concurrence devant la cour d'appel

Dans un arrêt du 9 avril 2002 (SA Geodis Overseas France), la cour d'appel a annulé à la fois la procédure de recours et la décision du Conseil 01-D-63, en raison des observations déposées par ce dernier devant elle. La cour relève que le Conseil a développé, dans ses observations écrites, des éléments nouveaux qui ne figuraient pas dans la décision déférée. Elle ajoute que l'égalité des armes a été rompue dans la mesure où les requérantes se sont trouvées confrontées devant la cour, non seulement au ministre chargé de l'économie, saisissant, mais aussi au Conseil qui, ayant infligé des sanctions, a aggravé, par ses observations, les données retenues dans sa décision. La cour estime que le fait que les requérantes aient pu répliquer aux observations du Conseil ne suffit pas à rétablir l'équilibre entre les parties et que, si elle se bornait à écarter les observations du Conseil, l'éventualité qu'elle ait pu être influencée par celles-ci ne pourrait être écartée avec certitude. Considérant que la procédure de recours est «irréremédiablement viciée» et doit donc être annulée, la cour en déduit que les requérantes se trouvent privées de la faculté d'introduire un nouveau recours contre la décision du Conseil qu'elle estime par conséquent devoir annuler également.

Cet arrêt est demeuré isolé à ce jour et fait l'objet d'un recours en cassation. Le principe du dépôt des observations du Conseil devant la cour est prévu par l'article 9 du décret n° 87-849 du 19 octobre 1987 (et existe pour toutes les autres autorités administratives indépendantes).

En outre, on relèvera que la Cour européenne des droits de l'homme a elle-même estimé, dans un arrêt du 27 janvier 1997 (Nideröst-Huber), que la faculté pour un tribunal cantonal suisse de présenter des observations devant la juridiction d'appel, à savoir le tribunal fédéral, au soutien de sa décision, ne se heurtait pas à l'exigence du procès équitable, dans la mesure où ces observations étaient présentées aux parties au litige dans un délai raisonnable (§22 et 31).

### Sur les demandes de sursis à statuer pour complément d'information

La cour d'appel a jugé, dans un arrêt du 7 mai 2002 (Benetton France Trading) que le Conseil de la concurrence n'était tenu de procéder à un supplément d'information qu'en présence d'indices sérieux de pratiques anticoncurrentielles qui auraient été négligées dans l'instruction de l'affaire.

## Sur le fond

### Décisions de confirmation

Statuant sur le fond, la cour d'appel a confirmé la plupart des décisions du Conseil. Les arrêts de confirmation les plus marquants portent :

#### *Sur les répartitions de parts de marché et l'éviction concertée d'un concurrent*

Dans l'arrêt du 22 janvier 2002, relatif aux répartiteurs pharmaceutiques, la cour d'appel a confirmé l'analyse du Conseil selon laquelle l'accord entre les grossistes-répartiteurs de la région Nord prévoyant une répartition du marché entre eux, avec une tolérance de glissement de parts de marché de 0,10 %, et prévoyant, lorsque les limites de ces fourchettes étaient dépassées, un mécanisme compensatoire de restitution de chiffre d'affaires, constituait une entente anticoncurrentielle (01-D-07). Dans le même arrêt, la cour d'appel approuve le Conseil d'avoir décidé de sanctionner le refus discriminatoire des grossistes répartiteurs de livrer les pharmacies ayant choisi la société ORP comme grossiste-répartiteur, dans les conditions habituelles de livraison (pratiques de refus ou limitations des livraisons, de sur-enchère commerciale au moyen, notamment, de remises et de cadeaux divers). Ces pratiques, qui visaient à empêcher l'implantation d'ORP dans la région Nord et en Seine Maritime (et partant, à l'éliminer du marché) et qui ont pu avoir pour effet de limiter son expansion, sont anticoncurrentielles.

La cour estime qu'*«un accord visant à stabiliser des parts de marché au plan national [a] en lui-même pour objet ou [peut] avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché»*, même si les parts de marché ont évolué en dépit de l'entente.

### *Sur les échanges d'informations avant les soumissions aux appels d'offre*

Dans un arrêt du 29 janvier 2002 (SA Appia), la cour d'appel confirme l'appréciation du Conseil (01-D-14) sur l'existence d'une entente généralisée entre entreprises à l'occasion d'un appel d'offres relatif à un marché d'enrobés bitumineux, démontrée par l'existence d'un faisceau d'indices, parmi lesquels ont été relevés la similarité des entreprises attributaires pour les marchés de 1989 et de 1994, les similarités dans le montant des soumissions, les échanges d'informations entre soumissionnaires, des répartitions entre entreprises des revenus des travaux effectivement réalisés par rapport à des quotas convenus *a priori*, et enfin, des concertations sur les prix (les prix moyens des offres les moins disantes étant supérieurs de 14 % aux prix moyens des marchés emportés par les mêmes entreprises au cours de la même période).

### *Sur les contrats de concession*

Dans un arrêt du 29 janvier 2002 (Saturg), la cour d'appel a confirmé l'analyse du Conseil dans sa décision 01-D-16 et a considéré que *«le contrat de concession est un contrat de gré à gré, librement négocié par la collectivité publique avec la personne physique ou morale de son choix ; que, dès lors, l'engagement de pourparlers entre la collectivité publique concédante et un groupement de sociétés pressenti pour être concessionnaire, de même que les réunions entre entreprises membres du groupement afin de préparer une offre destinée à la collectivité publique, ne constituent pas en elles-mêmes des ententes anticoncurrentielles, en l'absence d'éléments de preuve établissant que ces sociétés se sont regroupées pour porter atteinte à la concurrence»*. Par ailleurs, la cour note qu'aucun élément du dossier n'a permis de démontrer que la constitution de ce groupement était anticoncurrentielle en soi, ni qu'elle avait asséché le marché en faisant disparaître la concurrence. Il n'est pas établi, notamment, que la constitution de ce groupement aurait mis l'autorité concédante dans l'impossibilité de demander des propositions alternatives.

### *Sur l'effet cumulatif des contrats*

Dans un arrêt du 7 mai 2002 (Masterfoods), la cour d'appel a confirmé la décision 00-D-82 du Conseil, dans laquelle celui-ci avait écarté l'application de la théorie de l'effet cumulatif des contrats dans l'appréciation de la pratique consistant, pour les producteurs de glace, à prêter gratuitement des congélateurs aux détaillants, en contrepartie de l'engagement de ces derniers de n'y exposer, en exclusivité, que les glaces desdits producteurs.

Le Conseil avait, en effet, estimé que n'était pas caractérisée la première condition permettant l'application de l'effet cumulatif des contrats, soit une part de marché importante, la part de marché détenue par l'ensemble des fabricants de glace en cause étant, en l'espèce, inférieure à 47 %. La cour d'appel ayant réintégré dans la procédure des procès-verbaux écartés par le Conseil, la part de marché cumulée à prendre en considération était désormais de 65,9 %. La cour a par conséquent été conduite à examiner les autres critères définis habituellement par la jurisprudence communautaire

pour établir l'effet cumulatif (arrêt Délimitis du 28 février 1991). Elle énonce ainsi que *«l'effet restrictif de concurrence résultant d'un ensemble d'accords de distribution doit s'apprécier au regard de la nature et de l'importance des contrats sur le marché en cause, de l'existence de possibilités réelles et concrètes pour un nouveau concurrent de s'infiltrer dans le faisceau des contrats, et des conditions dans lesquelles s'accomplit le jeu de la concurrence sur le marché de référence, à savoir, notamment, le nombre et la taille des producteurs présents sur le marché, le degré de saturation de ce marché, la fidélité de la clientèle aux marques existantes»*. En l'espèce, l'arrêt relève que de nouvelles sociétés sont entrées sur le marché, que les contrats peuvent être résiliés avec un bref préavis de 15 jours, que les meubles sont restitués à hauteur de 20 % chaque année, ce qui témoigne d'une certaine fluidité du marché, que 27 % des distributeurs sont propriétaires de leurs meubles, que 52,3 % d'entre eux ont la faculté de placer plusieurs meubles dans leurs locaux, que le marché ne semble pas arrivé à saturation et enfin que la coexistence de sociétés de tailles diverses permet de maintenir un degré élevé de concurrence. En conclusion, la cour d'appel estime qu'il n'est pas établi que l'effet cumulatif des contrats parallèles de prêt de meubles, assortis d'une clause d'exclusivité de marque, aurait eu, pour la période considérée, des effets anticoncurrentiels.

### Décisions d'annulation ou de réformation

Statuant sur le fond, la cour d'appel de Paris n'a réformé ou annulé totalement que trois décisions du Conseil : la décision 01-D-31 (arrêt du 12 février 2002), la décision 98-D-61 (arrêt du 12 mars 2002 sur renvoi après cassation), la décision 01-D-63 (arrêt du 9 avril 2002). Cette dernière annulation était motivée par le contenu des observations écrites du Conseil, présentées dans le cadre du recours devant la cour (voir *supra*).

#### *Sur les bordereaux des prix unitaires (BPU)*

Dans son arrêt du 12 février 2002, la cour d'appel a réformé la décision du Conseil de la concurrence 01-D-31 du 5 juin 2001. Les pratiques sanctionnées étaient relatives à des échanges d'informations entre entreprises, avant le dépôt de leurs offres, lors de la soumission à des marchés d'électrification rurale et d'éclairage public, passés par le syndicat départemental d'énergie et d'équipement de la Vendée, selon la forme des marchés à bons de commande par appel d'offres restreint. Le syndicat avait organisé, en 1995, les procédures d'appel d'offres pour 40 marchés d'une durée maximale de trois ans et avait établi le bordereau des prix unitaires servant de base aux propositions des soumissionnaires, chaque offerant devant formuler ses propositions sous forme d'un rabais ou d'une majoration par rapport aux prix du bordereau unitaire. Ces échanges d'informations avaient eu lieu lors de réunions de travail, dont l'existence n'était pas contestée, qui visaient à réévaluer les chapitres de l'ancien bordereau de prix unitaire élaboré par le maître d'œuvre en 1991, pour les mêmes marchés qui venaient à expiration en 1995.

Le Conseil avait estimé que ces échanges d'informations nécessaires à cette actualisation, effectués par les entreprises en prévision des renouvel-

lements des marchés en question en 1995, à l'insu du maître d'ouvrage et des autres candidats, portaient nécessairement sur leurs structures de coûts, leurs capacités techniques et sur leurs prix, et avaient eu pour objet et pour effet potentiel de réduire l'indépendance de leurs offres, lors de leurs soumissions aux marchés d'électrification et d'éclairage de 1995.

Les entreprises contestaient devant la cour d'appel le lien de causalité entre le travail réalisé en commun sur le bordereau de prix unitaire de 1991 et la soumission de 1995, qui avait eu lieu sept mois plus tard.

La cour d'appel a accueilli leur moyen : la concertation entre entreprises n'a pu, selon l'arrêt, perturber de manière significative le jeu de la concurrence lors de la passation en 1995 des marchés d'électrification, pour trois raisons :

- les entreprises devaient formuler leurs offres en 1995 sur la base du BPU élaboré par le seul maître d'œuvre et aucun élément de preuve ne démontre qu'elles se seraient entendues sur le montant des rabais et majorations proposés par elles en réponse à la consultation de 1995 ;
- le BPU est élaboré à partir de données connues de tous, sans prise en compte de la situation individuelle de chaque entreprise ; le Conseil n'a pas démontré la corrélation nécessaire entre un échange d'informations sur les coûts de revient des entreprises, la structure de leurs prix ou leurs capacités techniques et la détermination de leurs soumissions en 1995 ;
- le Conseil n'a pas rapporté la preuve d'une entente générale de répartition de marché.

En conclusion, la cour a considéré que la concertation reprochée aux entreprises n'avait pu avoir qu'un effet négligeable sur les propositions qu'elles ont ensuite présentées à la suite du lancement des appels d'offres correspondant aux marchés litigieux.

#### *Sur la définition du marché pertinent*

Dans un arrêt du 12 mars 2002 (SA Routière de l'Est parisien), la cour d'appel a tiré les conséquences d'un arrêt de la Cour de cassation, en date du 22 mai 2001, contestant la définition du marché pertinent retenue par le Conseil. La cour d'appel a jugé, contrairement au Conseil, qu'il existait un marché du traitement des ordures ménagères, sans établir de distinction entre les techniques de traitement, puisque les collectivités demanderesse les considéraient toutes comme substituables pour satisfaire leurs besoins d'élimination des déchets. Le marché ainsi défini étant plus large que le marché retenu par le Conseil, la société mise en cause ne se trouvait plus en situation de position dominante.

## **Sur les sanctions**

### *Sur la gravité des pratiques*

La durée des pratiques, leur amplitude géographique (l'ensemble du territoire national étant, au cas d'espèce, concerné) et leur mise en œuvre par des entreprises bénéficiant d'une exclusivité légale sont des éléments pouvant

être pris en compte pour apprécier leur gravité (arrêt du 22 janvier 2002, relatif aux répartiteurs pharmaceutiques).

### Sur le dommage à l'économie

La cour prend en compte le fait que les médicaments sont des biens de première nécessité (même arrêt).

### Sur le rôle du maître d'ouvrage dans la concertation

La cour d'appel approuve le Conseil en ce qu'il a modéré la sanction encourue par des entreprises membres d'une entente sur les marchés publics, compte tenu du rôle actif du maître d'ouvrage dans la concertation (arrêt du 29 janvier 2002, SA Appia).

### Sur la prise en compte, au titre de la sanction appliquée à l'entreprise absorbante, des condamnations antérieures de la société absorbée

Après avoir constaté la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles par la société Gerland routes, absorbée depuis les faits par la société Appia, le Conseil avait, dans l'appréciation du montant de la sanction prononcée à l'encontre de la société Appia, tenu compte des antécédents de la société absorbée. La société Appia faisait valoir que n'exerçant pas de contrôle sur la société Gerland au moment des faits qui avait valu à cette dernière une condamnation, on ne pouvait aggraver sa peine au titre d'une réitération qui lui serait imputable. La cour qui choisit de réduire, pour d'autres motifs, la sanction prononcée par le Conseil, semble, en revanche, confirmer la solution adoptée par ce dernier : *«Mais considérant que la société Appia... assure la continuité juridique et fonctionnelle de la société Gerland routes par l'effet de la fusion-absorption...»* (arrêt du 29 janvier 2002, SA Appia).

### Sur les mesures conservatoires

#### Les conditions du prononcé d'une mesure conservatoire

Dans un arrêt du 21 mai 2002, rendu sur un recours formé contre la décision 02-MC-04, la cour d'appel a rappelé les principes énoncés par la Cour de cassation dans un arrêt du 18 avril 2000 NumériCâble, selon laquelle le prononcé de mesures conservatoires ne nécessite pas le constat préalable du caractère manifestement illicite des pratiques dénoncées mais seulement du lien de causalité entre ces pratiques et l'atteinte relevée : *«...Les pratiques dénoncées doivent être en relation directe et certaine avec une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante, sans qu'il soit besoin de démontrer, à ce stade, leur caractère manifestement illi-*

*cite*». Cet arrêt confirme, par ailleurs, l'appréciation du Conseil s'agissant de l'atteinte au secteur par les pratiques dénoncées. Il démontre que la cour est vigilante, comme le Conseil, à la situation des marchés innovants ou à la phase décisive de structuration de marchés nouveaux, pendant laquelle il faut éviter que l'opérateur dominant ne prenne une avance qui risque d'être irréversible sur ses concurrents (voir aussi les arrêts de la cour d'appel des 30 mars 2000 (SA France Télécom) et 9 avril 2002 (SA France Télécom) en ce qui concerne la fourniture d'accès à Internet haut débit).

### La commercialisation des packs ADSL

Dans l'arrêt France Télécom du 9 avril 2002, la cour d'appel a rejeté le recours de France Télécom contre la décision du Conseil de la concurrence 02-MC-03 du 27 février 2002.

La cour confirme l'analyse du Conseil sur le fond, s'agissant, d'une part, de la position dominante de France Télécom sur le réseau local de télécommunications et pour la fourniture de l'accès à Internet à haut débit et, d'autre part, de l'abus anticoncurrentiel consistant en une *«discrimination structurelle résultant des conditions opérationnelles de la commercialisation des packs ADSL»* en faveur de sa filiale Wanadoo. En effet, France Télécom, qui bénéficie du réseau de ses 750 agences, a mis en place, à partir de celles-ci, *«un système performant de vérification de l'éligibilité des lignes et de passation des commandes, pour la mise en service des connexions ADSL dans des délais compatibles avec une distribution de masse, service dont ne bénéficie pas, dans les mêmes conditions de fiabilité et de sécurité, et en l'absence d'une implantation territoriale comparable, la société T-Online»*. De fait, Wanadoo bénéficie pour la distribution de son pack ADSL eXtense du support des agences France Télécom, lesquelles orientent systématiquement la demande sur les produits Wanadoo, et est à même de fournir à ses abonnés des services de vérification d'éligibilité de leur ligne à l'ADSL et de passation des commandes, rapides et efficaces, les clients pouvant, dès lors, bénéficier d'une connexion dans un délai de quatre jours. Ses concurrents, en revanche, se voient imposer, pour les mêmes services, *«une procédure lourde et formaliste»* entraînant, outre des refus d'accès injustifiés, des délais de connexion plus longs.

L'atteinte grave et immédiate au secteur est d'autant plus constituée que celui-ci présente des tendances monopolistiques : *«Ces pratiques portent une atteinte grave à la concurrence en ce qu'elles renforcent les tendances monopolistiques des secteurs concernés et permettent à France Télécom de structurer le marché à sa guise»*, dans une période décisive de structuration du marché.

### L'affaire du GIE Sport libre

Dans un arrêt du 4 juin 2002 (GIE Sport libre), la cour d'appel a confirmé la décision 02-MC-06, rendue le 30 avril 2002, en matière de mesures conservatoires, par le Conseil de la concurrence.

Dans cette décision, le Conseil, saisi par la société RMC Info, avait prononcé une mesure conservatoire à l'encontre du GIE Sport libre, afin que ce dernier mette fin à des comportements susceptibles d'entraver l'exploitation par la société RMC Info de ses droits exclusifs de diffusion radiophonique de la coupe du monde de football.

La société RMC Info avait, en effet, conclu, le 4 décembre 2001, avec la société Kirchmédia (détentriche de droits radiophoniques exclusifs sur les matchs de la coupe du monde de football 2002, en vertu d'un accord avec la FIFA), un contrat lui assurant l'exclusivité de ces mêmes droits pour la diffusion radiophonique sur le territoire français. Ce contrat comportait l'obligation de chercher à couvrir toute l'étendue du territoire national. Les zones d'émission de RMC Info étant limitées à environ la moitié de la population française, la station avait cherché à passer avec d'autres radios des accords de sous-licence.

Au nom du pluralisme et du principe de liberté d'information, les principales radios généralistes avaient créé, le 17 décembre 2001, un GIE, dénommé Sport libre, auquel elles avaient confié l'exclusivité de leur politique d'achat de droits sportifs. RMC Info et le GIE n'étaient pas parvenus à négocier un accord de sous-licence. Se trouvant, par ailleurs, dans l'incapacité de négocier individuellement avec les adhérents du GIE (puisque les règles applicables au sein de ce dernier interdisaient toute négociation individuelle aux adhérents), RMC Info demandait au Conseil de la concurrence, compte tenu de l'imminence de la coupe du monde, de prendre des mesures d'urgence à l'encontre du GIE.

Le Conseil de la concurrence a enjoint au GIE Sport libre de suspendre, en ce qui concernait la retransmission radiophonique des matchs de la coupe du monde de football, les clauses de ses statuts et de son règlement intérieur qui limitaient strictement la capacité de ses membres à négocier ou conclure, à titre individuel, tout accord relatif à la retransmission d'événements sportifs.

La cour constate que le GIE regroupe les principales radios, et que ses clauses prévoient l'abandon du droit de négociation individuel de chacun des membres, ce qui peut comporter un effet restrictif de concurrence. Elle souligne que la revendication du droit à l'information n'autorise pas, en l'état de la législation qui n'interdit nullement la concession exclusive d'un droit de retransmission des événements sportifs, à se livrer à une pratique prohibée. Elle considère que le fait que le GIE ait été notifié à la Commission européenne n'empêche pas le Conseil *«de faire usage des pouvoirs conservatoires que lui confère l'article L. 464-1 du code de commerce afin de faire cesser une pratique antérieure à la notification pour laquelle il existe des indices très sérieux d'illégalité»*.

Elle relève que le GIE a été vraisemblablement conçu pour empêcher RMC de bénéficier de son contrat d'exclusivité, ce qu'attestent les déclarations publiques de son président, et souligne l'atteinte portée aux intérêts des consommateurs puisque, en raison des pratiques, les auditeurs demeurant dans la partie du territoire français non couverte par RMC, auraient été privés de retransmission des matchs de la coupe

du monde de football. Elle estime la mesure décidée par le Conseil, à la fois strictement proportionnée à ce qui est nécessaire à la cessation du trouble constaté ainsi qu'au rétablissement des conditions de la concurrence, et justifiée par l'urgence.

## Sur la nature des mesures conservatoires

### *Le degré de précision des injonctions prononcées par le Conseil*

Dans sa décision 02-MC-03 du 27 février 2002, le Conseil de la concurrence avait ordonné à France Télécom de mettre à la disposition de l'ensemble des fournisseurs d'accès à Internet, un serveur d'accès Extranet leur permettant d'accéder aux mêmes informations que celles dont disposait Wanadoo Interactive et de commander aux services spécialisés de France Télécom l'opération matérielle de la connexion ADSL, dans les mêmes conditions tarifaires et d'efficacité que celles accordées à Wanadoo Interactive. En outre, afin de pallier le désavantage structurel dont pâtissaient les FAI concurrents de Wanadoo, le Conseil avait exigé que ce dispositif autorise le traitement de masse en ligne. Dans cette attente, la commercialisation des packs était suspendue.

Les parties requérantes soutenaient, en se prévalant d'un arrêt de la cour d'appel du 26 février 2002 concernant l'ART, que les mesures étaient trop vaguement définies et insuffisamment motivées. La cour d'appel juge, dans son arrêt du 9 avril 2002, que les mesures étaient suffisamment motivées par l'analyse de la discrimination structurelle effectuée par le Conseil et par ailleurs, que *«le Conseil n'a pas à se substituer à France Télécom pour définir les éléments techniques de l'accès au serveur»*. La cour vérifie en outre que le délai dans lequel la mesure doit être mise en œuvre n'est pas indéterminé (en l'espèce, un délai de 4 mois avait été imparti à France Télécom).

### *L'orientation vers les coûts*

Le Conseil de la concurrence avait enjoint à la société TDF de communiquer à toute entreprise qui en faisait la demande, une offre de prestations d'accueil concernant, au moins, les sites de diffusion hertzienne installés sur les vingt-neuf premières zones de diffusion définies par le CSA dans sa décision du 24 juillet 2001, détaillée poste par poste, et intégrant des conditions tarifaires établies de manière objective, transparente et non discriminatoire, à un prix en rapport avec les coûts directs et indirects des prestations offertes, y compris une rémunération raisonnable du capital engagé (02-MC-04).

Dans un arrêt du 21 mai 2002, la cour d'appel confirme le pouvoir du Conseil de prendre toute décision en matière de mesures conservatoires *«de nature à prévenir ou à redresser les situations économique déviantes»*, même si ces mesures ne sont pas demandées par les parties, étant rappelé que *«l'énumération des mesures conservatoires figurant à l'article L. 464-1 du code de commerce n'est pas limitative»*.

La cour estime, en revanche, que la mesure excède ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence : *«(...) l'immédiateté et la gravité de l'atteinte*

*à la concurrence (...) n'imposent pas que le principe d'orientation vers les coûts (...) soit appliqué dans toute sa rigueur alors qu'en l'état de l'instruction, la qualification d'infrastructure essentielle des sites de TDF n'est pas avérée».*

La cour note la fragilité du secteur et souligne que l'orientation vers les coûts est de nature à pénaliser l'opérateur historique et à exercer un impact nocif sur la concurrence en décourageant l'investissement. Toutefois, elle insiste sur la nécessaire prise en considération des coûts pour s'assurer qu'ils sont en conformité avec les principes garantissant le libre jeu de la concurrence, *«c'est-à-dire, s'agissant d'une société en position dominante, proportionnels à la valeur du service».*

La cour reprend donc tous les éléments contenus dans l'injonction du Conseil, mais en supprimant la référence au concept d'orientation vers les coûts qu'elle remplace par *«un prix proportionné à la valeur du service»* proposé par TDF.

### Sur l'application du droit communautaire

Dans un arrêt du 26 juin 2002 (SA Pharma-Lab), la cour d'appel a statué sur un recours contre une décision du Conseil, rendue en matière de mesure conservatoire (02-MC-07), par laquelle avait été admise la *«recevabilité»* de la saisine, mais rejetée la demande de mesures conservatoires en l'absence d'atteinte grave et immédiate aux intérêts de l'entreprise, du secteur, de l'économie ou des consommateurs.

La cour rappelle que la voie du recours prévue par l'article L. 464-8 du code de commerce n'est pas ouverte à l'encontre des décisions par lesquelles le Conseil de la concurrence déclare une saisine au fond recevable.

Elle rappelle également le principe selon lequel une pratique anticoncurrentielle relève de l'application des articles 81 et 82 du traité, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter sensiblement les échanges intracommunautaires. Par ailleurs, la cour valide l'application du droit communautaire par le Conseil de la concurrence à des pratiques commises sur le territoire français, bien qu'elles ne produisent pas d'effet sur ce territoire dès lorsqu'elles sont susceptibles d'affecter de manière sensible le commerce entre États-membres.

La cour rappelle encore le principe d'application directe du droit communautaire, consacré en droit national, par l'article L. 470-6 du code de commerce : *«(...) pourvu que leur droit national leur ait conféré les pouvoirs nécessaires à cette fin, les autorités nationales de concurrence sont compétentes pour appliquer les dispositions d'effet direct des articles 81 (§1) et 82 du traité CE en tant que ces dispositions font partie intégrante de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des États-membres ; (...) l'habilitation des autorités françaises à mettre en œuvre les règles de concurrence communautaires résulte des dispositions de l'article L. 470-6 du code de commerce selon lesquelles, pour l'application des articles 81 à 83 du traité CE, le Conseil de la concurrence dispose des pouvoirs qui lui sont reconnus par les articles du livre quatrième du code de commerce, les règles de procédure prévues par ces textes étant applicables».*

Selon la cour d'appel, «*les critères d'appréciation du bien-fondé [des mesures conservatoires] sont ceux définis par le droit communautaire et [...] les dispositions de l'article L. 464-1 du code de commerce doivent, en tant que de besoin, être interprétées à la lumière de celui-ci*». Dans la mesure où la jurisprudence communautaire conditionne l'octroi d'une mesure provisoire à «*l'existence d'une présomption d'infraction raisonnablement forte*», la cour d'appel se démarque de l'analyse du Conseil en considérant que cette présomption ne résulte pas du dossier, s'agissant aussi bien de l'entente entre les laboratoires que de l'abus de position dominante. La cour rejette le recours de la société Pharma-Lab pour ce motif, qu'elle substitue à celui retenu par le Conseil, tenant à l'absence de préjudice.

Dans l'arrêt du 16 juillet 2002 (SA Pharmajet), la cour d'appel statuait sur le recours formé contre la décision du Conseil du 12 juin 2002 (02-MC-09), par laquelle avait été rejetée une demande de mesures conservatoires présentée par la société Pharmajet, grossiste exportateur en pharmacie, qui se plaignait de décisions de cessation de livraisons prises par plusieurs laboratoires. S'agissant des conditions d'octroi des mesures conservatoires, elle rappelle que «*[...] si l'autorité compétente pour prononcer des mesures conservatoires n'est pas tenue de constater une infraction aux règles de la concurrence présentant le même degré de certitude que celui requis pour la décision finale, elle doit néanmoins être convaincue de l'existence d'une présomption de manquement raisonnablement forte*». Dans ce cadre, la cour approuve le Conseil d'avoir tenu pour non établie l'existence d'une entente des laboratoires visant à contrarier l'exercice des activités de l'exportateur et écarte, au vu des pièces du dossier, un éventuel abus de position dominante des laboratoires mis en cause.

## ■ Jurisprudence de la Cour de cassation

En 2002, la Cour de cassation a rendu 8 arrêts sur des pourvois formés contre des arrêts de la cour d'appel de Paris, statuant sur des recours contre des décisions du Conseil.

### Arrêts relatifs à des mesures conservatoires

#### Arrêt du 12 février 2002 (société Scan Coupon)

Dans une décision 99-MC-07 du 13 octobre 1999, le Conseil de la concurrence avait estimé qu'il n'était pas exclu que la société Sogec gestion, opérateur dominant et historique sur le marché du traitement des coupons publicitaires de réduction, ait abusé de sa position dominante au détriment de la société Scan coupon, et avait prononcé des mesures conservatoires à son encontre.

Il était reproché à la société Sogec gestion d'avoir imposé aux annonceurs des contrats d'adhésion comprenant des clauses d'exclusivité de gestion

de l'ensemble des coupons de réduction émis, ne laissant d'autre choix à ces annonceurs que la résiliation totale du contrat. Il lui était reproché également d'avoir imposé des clauses de tacite reconduction, d'avoir mis des obstacles à l'exécution du contrat de Scan coupon avec l'enseigne Casino (en refusant d'envoyer à Scan coupon les coupons qu'elle devait traiter) et enfin, d'avoir installé gratuitement, sur les ordinateurs des distributeurs, son propre logiciel de traitement des coupons.

Le Conseil avait considéré que ces pratiques portaient une atteinte grave et immédiate au secteur concerné en empêchant l'émergence de toute concurrence, et avait enjoint à Sogec, notamment de suspendre l'application de la clause d'exclusivité contenue dans les contrats d'adhésion et de ne plus proposer de contrats comportant de telles clauses.

La cour d'appel, dans un arrêt du 16 décembre 1999, avait réformé la décision du Conseil et rejeté la demande de mesures conservatoires en relevant, d'une part, le caractère limité dans le temps de la clause d'exclusivité litigieuse et le fait que son caractère injustifié n'était pas démontré, d'autre part, l'apparition, sur le marché concerné, de plusieurs prestataires de service, dont Scan coupon, qui ne permettait pas de retenir une atteinte au secteur ou à l'intérêt des consommateurs.

La Cour de cassation casse l'arrêt déféré pour absence de motivation suffisante. Elle retient que la cour d'appel n'a pas démontré en quoi le comportement caractérisé par le Conseil ne serait pas abusif, ni en quoi l'existence d'opérateurs sur le marché contredirait l'analyse du Conseil sur l'atteinte grave au secteur. Elle retient encore que la cour d'appel ne pouvait infirmer l'analyse du Conseil, en s'abstenant, par ailleurs, de se livrer à une analyse concrète du marché (comparaison des parts de marché des opérateurs, analyse de leur capacité à répondre à la demande des fabricants ou distributeurs).

### Arrêt du 24 septembre 2002 (société Phototelem)

L'arrêt du 24 septembre 2002 traite pour l'essentiel de la procédure propre à l'examen des demandes de mesures conservatoires. La Cour de cassation rappelle que *«si, à l'occasion de l'examen de la recevabilité d'une saisine ou d'une demande de mesures conservatoires, un rapporteur (...) use de la faculté que lui confère l'article 15 du décret du 29 décembre 1986 de présenter des observations orales en séance, aucune violation du principe de la contradiction ni du principe de l'égalité des armes ne saurait résulter du défaut de communication préalable et écrite de ces observations aux parties, dès lors qu'elles sont présentées dans le cadre des débats contradictoires et que les parties disposent de la même faculté»*. Elle constate, par ailleurs, qu'aucun texte n'impose au Conseil la transcription des auditions de témoins auxquelles il procède en séance, aucune atteinte aux droits de la défense n'en résultant dès lors que ces auditions sont recueillies contradictoirement au cours des débats et que les parties qui forment un recours peuvent demander à la cour d'appel de les renouveler.

## Jurisprudence relative à la procédure

### Sur les conséquences de la décision du Tribunal des conflits du 18 octobre 1999 - Arrêt du 12 mars 2002

La cour d'appel de Paris avait été saisie d'un recours contre la décision 98-D-34 du 2 juin 1998, par laquelle le Conseil avait sanctionné Air France et Aéroports de Paris (ADP) pour entente anticoncurrentielle, et ADP pour abus de position dominante. Le Conseil avait considéré que le regroupement des activités du groupe Air France, autorisé par la direction générale de l'aviation civile, procédait d'une entente entre le groupe Air France et ADP et que la décision prise par cet établissement de refuser à TAT d'ouvrir à partir d'Orly-ouest de nouvelles liaisons, ainsi que l'obligation faite à TAT d'utiliser le personnel d'ADP pour les services d'assistance en escale, étaient des pratiques constitutives d'abus de position dominante. La cour d'appel avait rejeté le déclinatoire de compétence déposé par le préfet et sursis à statuer dans l'attente de la décision du Tribunal des conflits, saisi par le préfet.

Par une décision du 18 octobre 1999, le Tribunal des conflits avait considéré que les décisions d'ADP de regrouper les activités du groupe Air France à l'aérogare d'Orly-ouest et de refuser à la société TAT d'ouvrir de nouvelles lignes à partir de cet aérogare, se rattachaient à la gestion du domaine public aéroportuaire et à l'usage, par ADP, de prérogatives de puissance publique, et relevaient, par conséquent, de la seule compétence des autorités administratives. Le Tribunal des conflits avait cependant considéré que la pratique d'ADP, consistant à contraindre la compagnie TAT à recourir à ses services d'assistance en escale, était détachable de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif et susceptible de constituer un abus de position dominante et, par conséquent, d'être sanctionnée par le Conseil de la concurrence.

Dans un arrêt du 14 mars 2000 (Aéroports de Paris), la cour d'appel de Paris, avait néanmoins constaté que la décision du Conseil avait été annulée en toutes ses dispositions par la décision rendue par le Tribunal des conflits, tant à l'égard d'Air France que d'ADP. La cour n'avait pas distingué les deux pratiques d'abus de position dominante reprochées à ADP et n'avait pas davantage distingué les sanctions se rapportant à chacune d'elle.

En outre, la cour avait estimé que la décision du Tribunal des conflits emportait annulation de l'ensemble de la procédure d'enquête, ce qui l'empêchait par conséquent, de se substituer au Conseil pour rechercher si l'obligation faite à la TAT d'utiliser les services d'ADP était constitutive ou non d'un abus de position dominante.

La Cour de cassation censure cet arrêt au motif que l'un des deux chefs de sanction au titre de l'abus de position dominante n'avait pas été annulé, et que l'annulation de la procédure était seulement limitée aux pièces relatives à l'entente et à l'une des pratiques constitutives d'un abus de position dominante.

### Sur la prescription - Arrêt du 26 février 2002 (Compagnie nationale des experts)

Dans un arrêt du 26 février 2002 (Compagnie nationale des experts), la Cour de cassation confirme sa jurisprudence antérieure relative à la prescription, telle qu'elle résulte de son arrêt du 17 juillet 2001 (Thomson Multimédia Marketing France), en l'appliquant au cas où le ministre est partie saisissante. Elle censure, par conséquent, un arrêt de la cour d'appel qui avait admis que le délai de prescription devant le Conseil s'était trouvé suspendu à l'égard du ministre, lequel avait été mis dans l'impossibilité d'agir pour faire exécuter un acte interruptif dans la procédure en cours devant le Conseil. La Cour estime qu'en ajoutant ainsi à l'article 27 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 (devenu L. 462-7 du code de commerce), un cas de suspension de la prescription qu'il ne prévoit pas, la cour d'appel a violé ce texte.

### Sur le pouvoir d'évocation de la cour d'appel - Arrêt du 26 février 2002 (Compagnie nationale des experts)

Dans le même arrêt du 26 février 2002, la Cour de cassation confirmant sa jurisprudence antérieure (30 mai 2000, Canal Plus) décide, qu'après avoir annulé la procédure suivie devant le Conseil postérieurement à la notification du rapport et le dépôt des mémoires en réponse, la cour d'appel pouvait, en application des articles 15 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 (devenu l'article L. 464-8 du code de commerce) et 561 du nouveau code de procédure civile, juger l'affaire au fond en se prononçant sur les griefs notifiés et en substituant sa propre décision à celle du Conseil.

### Sur la compétence du Conseil – Arrêt du 19 novembre 2002

Dans un arrêt du 19 novembre 2002, la Cour de cassation avalise l'analyse selon laquelle «*la résiliation par un établissement public d'une convention d'occupation du domaine public à la suite du non paiement de redevances dont le taux est par ailleurs contesté ainsi que le refus opposé à une demande de concession, constituent des décisions par lesquelles une personne publique assure la mission de gestion du domaine public, qui lui est confiée, au moyen de prérogatives de puissance publique*» et que «*les conditions critiquées de fixation du niveau des redevances d'occupation temporaire du domaine public sont indissociables de la gestion de ce domaine*». La Cour confirme ainsi l'arrêt de la cour d'appel qui avait rejeté le recours formé contre la décision du 20 septembre 2000 (00-D-41), par laquelle le Conseil s'était déclaré incompétent pour connaître des pratiques dénoncées par la société Au Lys de France, liées à la fixation des redevances et aux procédures de sélection, mises en œuvre par les Aéroports de Paris lors de l'attribution de concessions situées dans l'aéroport de Roissy-Charles de Gaulle.

Cette décision de la Cour de cassation s'inscrit dans la ligne de son précédent arrêt du 16 mai 2000 (NAVSA) concernant des redevances exigées par la

société Semmaris de la part des entreprises gérant des distributeurs de boissons sur l'emprise du marché d'intérêt national de Rungis.

## Jurisprudence relative au fond

### Arrêt du 15 janvier 2002 (Société Les Meilleures Éditions)

Dans un arrêt du 29 février 2000 (Syndicat général du Livre et de la communication écrite), la cour d'appel avait annulé la décision (99-D-41) par laquelle le Conseil avait condamné quatre syndicats, réunis au sein du comité intersyndical du livre parisien (CILP), pour une pratique concertée visant à exercer diverses pressions sur la société Les Meilleures éditions, afin de l'empêcher de faire imprimer ses journaux à moindre coût dans une imprimerie de labeur. La cour d'appel avait jugé qu'il convenait de rechercher, pour caractériser une entente, *«si l'une au moins des parties à l'entente, peut être considérée comme acteur économique exerçant une activité sur le marché»*. Dans la mesure où le Conseil avait relevé que les syndicats en cause n'exerçaient pas d'activité économique et où la constatation d'une atteinte à la concurrence résultant d'une action ponctuelle de la part de ceux-ci ne pouvait suffire à leur conférer la qualité d'acteurs économiques, la cour a estimé que l'article 7 de l'ordonnance était inapplicable en l'espèce.

60

La société Les Meilleures éditions, demanderesse au pourvoi, soutenait que l'application de l'article 7 n'imposait pas que les pratiques revêtent un caractère habituel ou répétitif.

La Cour de cassation confirme l'analyse de la cour d'appel, au motif que celle-ci ne s'est pas fondée sur le caractère isolé des agissements, mais sur l'absence d'activité économique exercée par les syndicats poursuivis.

A cette occasion, la Cour de cassation réaffirme le principe de l'absence d'immunité syndicale 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»*.

### Arrêt du 22 octobre 2002 (société Vidal)

Dans un arrêt du 22 octobre 2002, la Cour de cassation a apporté des précisions sur la notion de boycott. Dans une décision du 9 novembre 1999 (99-D-68), le Conseil, saisi par la société Vidal qui s'estimait victime d'un boycott émanant de la Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA), avait prononcé un non-lieu à poursuivre la procédure, estimant qu'il n'était pas établi que la pratique dénoncée (envoi d'une lettre par la FFSA à ses adhérents pour leur demander de ne pas participer à un salon professionnel organisé par la société Vidal) ait eu un objet anticoncurrentiel ou un effet sensible sur la concurrence. Statuant sur le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel qui avait confirmé la décision du Conseil, la Cour de cassation énonce que *«le boycott constitue une action délibérée en vue*

*d'évincer un opérateur du marché»* et décide qu'ayant estimé que les pratiques arguées de boycott par la société Vidal ne pouvaient être ainsi qualifiées dès lors que la volonté d'éviction de la société Vidal par la FFSA n'était pas établie, la cour d'appel a statué à bon droit.