

... Rapport d'activité

Rapport d'activité

Titre I – Actualité législative du droit de la concurrence . . .	11
Chapitre I – L’ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004	11
Chapitre II – La loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit	14
Titre II – Le Conseil de la concurrence	16
Chapitre I – Activité du Conseil en 2004	16
Flux et stock d'affaires	16
Saisines nouvelles	16
Affaires terminées	17
État du stock des affaires en instance	17
Délibérations du Conseil	20
Activité du collège	21
Analyse des saisines	21
Affaires traitées	22
Décisions de sanctions pécuniaires	24
Bilan des recours contre les décisions du Conseil de la concurrence	26
Taux de recours	26
Bilan qualitatif	26
Les sanctions « <i>ex post</i> »	27
Chapitre II – Organisation et fonctionnement	28
L’actualité du collège	28
Les effectifs	28
La répartition des effectifs	28
Mouvement de rapporteurs	28
Budget	30

Chapitre III – Avis et décisions les plus notables	30
Principaux avis rendus en 2004	30
Décisions contentieuses notables	42
Chapitre IV – Activité communautaire et internationale	56
Europe	56
Un sujet d'actualité communautaire : le projet de modernisation de l'article 82 CE	56
L'activité communautaire du Conseil	58
International	71
Les débats actuels relatifs aux actions privées en matière de droit de la concurrence	71
Les activités multilatérales et internationales	74

Rapport d'activité

Actualité législative du droit de la concurrence

■ L'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 portant adaptation de certaines dispositions du Code de commerce au droit communautaire de la concurrence

La loi n° 2004-237 du 18 mars 2004 a autorisé le Gouvernement à prendre, par voie d'ordonnance, les dispositions législatives requises pour l'application, par les autorités nationales de concurrence et les juridictions nationales, du règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

L'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 vise notamment à doter le Conseil de la concurrence de nouveaux pouvoirs, afin que ceux-ci soient alignés sur les pouvoirs décisionnels des autres autorités de concurrence nationales et communautaire du réseau.

Article 1 : Spécialisation en matière de concurrence de certaines juridictions judiciaires

Si la spécialisation des juridictions judiciaires en matière de concurrence avait été prévue par la loi NRE de 2001, l'article 1 de l'ordonnance modifie l'article L. 420-7 du Code de commerce sur deux points : d'une part, il permet de spécialiser aussi les cours d'appel (et non plus seulement les juridictions de première instance) et, d'autre part, il étend cette spécialisation aux articles 81 et 82 du traité (alors qu'avant, seul le droit national était concerné).

Article 2 : Enquête simple

Cet article prévoit que le ministre peut autoriser des agents d'une autre autorité nationale de concurrence qui demande l'assistance des autorités françaises (DGCCRF ou Conseil) à assister l'agent de la DGCCRF ou le rapporteur du Conseil dans ce cadre.

Article 3 : Enquête lourde

Ce nouvel article permet d'adapter le Code de commerce aux nouveaux pouvoirs d'enquête de la Commission européenne en prévoyant notamment qu'elle peut, avec l'autorisation du juge, procéder à des inspections dans des locaux autres que professionnels. Il donne également aux enquêteurs nationaux, à l'instar de la Commission, le pouvoir d'apposer des scellés sur tous locaux commerciaux, documents et supports d'information.

Article 4 : Avis rendu par le Conseil de la concurrence à la demande d'une juridiction

Cet article étend la possibilité pour les juridictions de consulter le Conseil de la concurrence sur les pratiques anticoncurrentielles définies aux articles 81 et 82 du traité (et non plus seulement aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 du Code de commerce).

12

Article 5 : Nouveaux actes interruptifs de prescription

Pour tenir compte du travail en réseau des autorités de concurrence, cet article introduit de nouveaux actes interruptifs de prescription de la procédure suivie devant le Conseil. Il s'agit des actes tendant à la recherche, la constatation ou la sanction des faits visés dans la saisine par la Commission ou une autorité nationale de concurrence d'un autre État membre.

Article 6 : Allongement du délai de prescription

La prescription des faits dont le Conseil est saisi passe de trois à cinq ans, qui constitue la durée de la prescription communautaire.

Article 7 : Nouvelles décisions de rejet ou de clôture de cas

Pour tenir compte du fonctionnement en réseau des autorités de concurrence, le Conseil peut prononcer quatre catégories de nouvelles décisions :

- le Conseil peut rejeter une saisine au motif qu'une autre autorité nationale de concurrence ou la Commission a déjà traité le cas ;
- le Conseil peut rejeter ou suspendre une saisine au motif qu'une autre autorité nationale de concurrence traite également le cas ;

- le Conseil peut clore une affaire pour laquelle il s’était saisi d’office et ce quelle qu’en soit la raison ;
- le président du Conseil donne acte des dessaisissements effectués par la Commission (sur la base de l’article 11, paragraphe 6, du règlement n° 1/2003).

Article 8 : Compétence « internationale » du Conseil

Cet article modifie l’article L. 462-9 du Code de commerce car plusieurs de ses dispositions n’étaient pas conformes au règlement n° 1/2003. Plus précisément, les dispositions de l’article L. 462-9 (à l’exception du dernier alinéa qui permet au Conseil de conclure des conventions avec d’autres autorités de concurrence) sont écartées, quand les dispositions du règlement n° 1/2003 sont applicables.

Il précise également quels sont les documents que le Conseil doit transmettre à la Commission au titre de l’article 11, paragraphe 4, du règlement. Il s’agit d’un résumé de l’affaire ainsi qu’un document exposant l’orientation envisagée, qui peuvent être la notification de griefs ou le rapport mentionnés à l’article L. 463-2.

Article 9 : Secret des affaires

Cet article modifie les règles françaises sur la protection du secret des affaires afin de renforcer la protection desdits secrets tout en garantissant une pleine efficacité des procédures de concurrence.

Article 10 : Engagements et astreintes

Cet article introduit deux innovations importantes :

- en premier lieu, le Conseil obtient la possibilité d’adopter des décisions acceptant et rendant obligatoires des engagements proposés par les entreprises ;
- en second lieu, le Conseil obtient le pouvoir d’assortir ses décisions d’astreintes.

Article 11 : Respect des mesures conservatoires, des injonctions ou des engagements

Le Conseil obtient la possibilité de sanctionner le non-respect des mesures conservatoires, injonctions et engagements visés aux articles L. 464-1 et L. 464-2 du Code de commerce.

Article 12 : Recouvrement des astreintes

Cet article prévoit le mécanisme de recouvrement des astreintes (identique aux sanctions).

Article 13 : Protection du secret des affaires dans les publications de décisions

Dans le prolongement de l'article 9, le Conseil pourra prévoir une publication limitée de ses décisions pour tenir compte de l'intérêt légitime des parties à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués

Article 14 : Aménagement rédactionnel

Cet article complète l'article L. 470-6 du Code de commerce en prévoyant que pour la mise en œuvre des articles 81 à 83 du traité, les autorités nationales de concurrence disposent des pouvoirs qui leur sont reconnus par le règlement n° 1/2003.

■ La loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit

L'article 83 de cette loi introduit en droit français de la concurrence la notification de simples projets de concentration.

Le premier alinéa de l'article L. 430-3 du Code de commerce est ainsi rédigé : « *L'opération de concentration doit être notifiée au ministre chargé de l'Économie avant sa réalisation. La notification peut intervenir dès lors que la ou les parties concernées sont en mesure de présenter un projet suffisamment abouti pour permettre l'instruction du dossier et notamment lorsqu'elles ont conclu un accord de principe, signé une lettre d'intention ou dès l'annonce d'une offre publique. Le renvoi au ministre chargé de l'Économie de tout ou partie d'un cas de concentration notifié à la Commission européenne vaut notification au sens du présent article* ».

L'article 83 introduit également la possibilité, pour le ministre de l'Économie, de se pourvoir en cassation, même en l'absence de recours préalable devant la cour d'appel.

L'article L. 464-8 est complété par un alinéa ainsi rédigé : « *Le ministre chargé de l'Économie peut, dans tous les cas, former un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris* ».

Cette disposition vient remédier à une situation de blocage. Il convient en effet de rappeler que la jurisprudence de la Cour de cassation et de la cour d'appel de Paris conduisait le ministre, alors même qu'il approuvait en tous points la décision rendue par le Conseil, à former un recours devant la juridiction d'appel, afin de pouvoir ultérieurement se pourvoir en cassation. Dans un arrêt rendu le 19 juin 2001, *Seco Desquenne*, la Cour de cassation a subordonné la recevabilité du pourvoi du ministre à l'exercice préalable par ce dernier d'un recours devant la cour d'appel. L'usage s'était alors institué pour le ministre de former des recours incidents « *purement conservatoires* » par lesquels, afin de préserver son droit à agir ultérieurement devant la Cour de

cassation, il demandait la confirmation de la décision du Conseil. Après s'être prononcée en faveur de la recevabilité de tels recours incidents ¹, la cour d'appel a, par la suite, décidé qu'ils étaient irrecevables, en application combinée des dispositions de l'article L. 464-8 du Code de commerce et des articles 2 et 6 du décret du 19 octobre 1987, dès lors qu'ils ne tendaient pas à l'annulation ou à la réformation de la décision du Conseil mais à sa confirmation et au rejet du recours ². Depuis ce revirement jurisprudentiel, le ministre, alors même qu'il approuvait la décision rendue par le Conseil, se voyait contraint, en cas de recours formé par les entreprises, de la contester devant la cour d'appel (le plus souvent, en sollicitant une aggravation des sanctions prononcées par le Conseil ou la qualification et la sanction de pratiques non retenues par le Conseil) afin de préserver son droit à agir dans le cadre d'un éventuel pourvoi en cassation.

1. Cour d'appel de Paris, 4 février 2003, Sogec Gestion.

2. Cour d'appel de Paris, 17 juin 2003, SNR Roulements ; 17 juin 2003, Transports déménagements Roussel ; 24 juin 2003, Conseil supérieur de l'ordre des géomètres-experts ; 2 juillet 2003, RDTA ; 4 juillet 2003, Groupe Camif.

Le Conseil de la concurrence

■ Activité du Conseil en 2004

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

Flux et stock d'affaires

Saisines nouvelles

En 2004, le Conseil a enregistré 100 saisines nouvelles, dont 70 saisines contentieuses (fond et demandes de mesures conservatoires) et 30 demandes d'avis. Ce chiffre est quasi identique à celui de l'année précédente et donc en dessous de la moyenne des dix dernières années, comme le montre le tableau suivant qui retrace l'évolution du nombre des saisines contentieuses et demandes d'avis depuis 1995.

Tableau 1 : Saisines nouvelles

	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Saisines contentieuses	130	115	93	135	109	109	102	82	79	70
Demandes d'avis	19	27	27	29	27	35	25	26	18	30
Total	149	142	120	164	136	144	127	108	97	100

Le nombre global de saisines nouvelles est en légère hausse par rapport à l'année précédente, mais sans retrouver le niveau des années antérieures. Cette stabilisation autour du palier de 100 saisines par an s'explique pour partie par une plus grande sélectivité des saisines ministérielles et aussi par un meilleur filtrage des demandes dès leur arrivée. En effet, les saisines manifestement irrecevables pour défaut de qualité à agir des demandeurs, par exemple les saisines de particuliers, qui représentent un potentiel de quinze à vingt dossiers par an, sont désormais traitées en amont de l'enregistrement et font, dans presque la totalité des cas, l'objet de retrait immédiat. Elles ont donc disparu du rôle des affaires nouvelles.

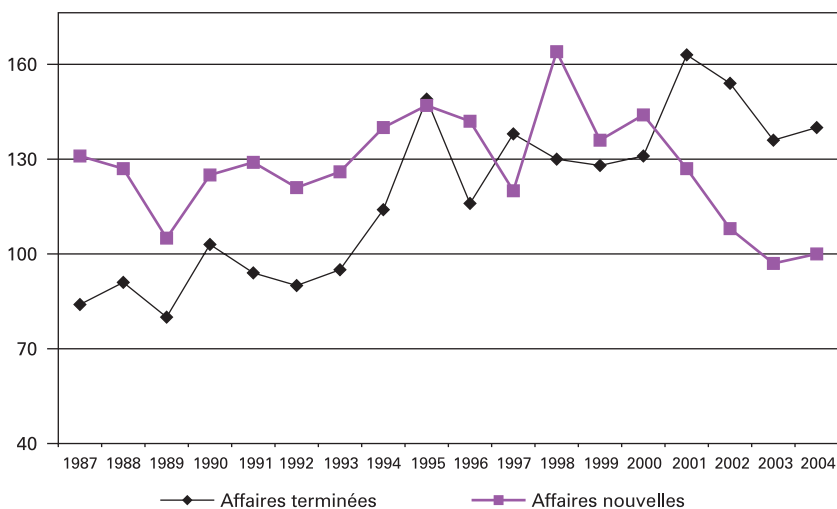
Affaires terminées

En 2004, 142 dossiers ont été terminés, ce qui correspond à la moyenne sur les dix dernières années (139 affaires par an entre 1995 et 2004).

Tableau 2 : Affaires terminées

	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Affaires contentieuses	130	98	111	108	106	96	138	130	108	112
Demandes d'avis	19	18	27	22	22	35	25	24	28	30
Total	149	116	138	130	128	131	163	154	136	142

Ce résultat confirme le caractère exceptionnel des résultats de l'année 2001, qui s'expliquait par la sortie d'un grand nombre de dossiers qui se retrouvaient prescrits, en application de la jurisprudence de la Cour de cassation énoncée dans son arrêt du 17 juillet 2001.



État du stock des affaires en instance

Comme en 2002 et en 2003, le nombre d'affaires terminées a 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 31/12/2003	2004		Nombre d'affaires en cours au 31/12/2004
		Affaires nouvelles	Affaires closes	
Affaires au fond	274	48	91	231
Mesures conservatoires	5	17	18	4
Respect d'injonction	4	5	3	6
Avis	13	30	30	13
Total	296	100	142	254

Pour la quatrième année consécutive, le stock d'affaires en cours baisse sensiblement et se situe désormais nettement en dessous de la barre des 300 affaires. Il est à noter que la diminution du stock est due à un effort particulier sur les saisines au fond, le nombre des affaires closes étant deux fois supérieur à celui des affaires nouvelles. Les mesures prises pour accélérer le traitement des dossiers au fond commencent donc à porter leurs fruits.

Sur longue période, l'indicateur de stock évolue suivant le tableau ci-dessous.

Tableau 4 : État du stock

	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Stock au 1^{er} janvier	307	307	333	315	377	404	417	381	335	296
Affaires nouvelles	149	142	120	192	155	144	127	108	97	100
Affaires terminées	149	116	138	130	128	131	163	154	136	142
Variation du stock	0	+26	-18	+62	+27	+13	-36	-46	-39	-42
Stock au 31 décembre	307	333	315	377	404	417	381	335	296	254

L'inflexion très nette de la situation depuis l'année 2000 se confirme en 2004 et la diminution du stock se poursuit à un rythme soutenu.

Indicateur d'évolution du stock

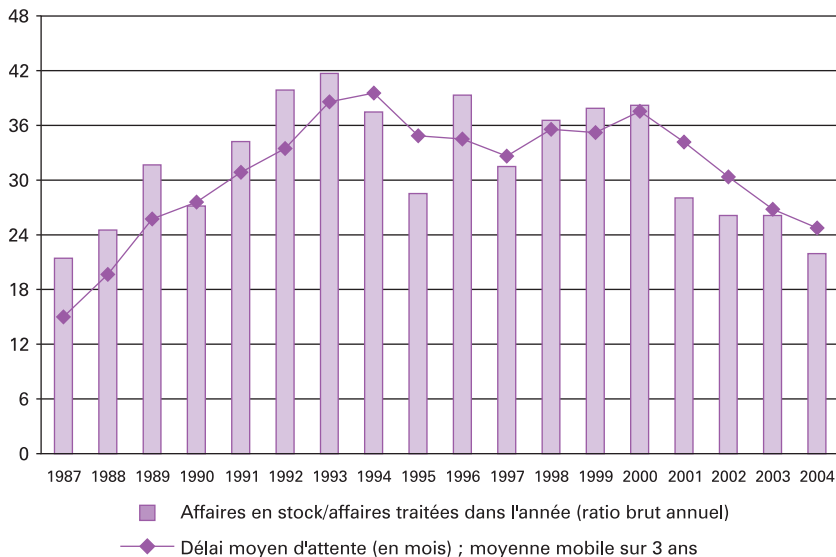
Depuis 2002, le Conseil présente un indicateur d'encombrement de l'institution égal au ratio « affaires en stock/affaires traitées dans l'année », qui donne un délai théorique d'écoulement du stock ou délai théorique d'attente pour les nouveaux dossiers.

Il s'agit d'un indicateur « prospectif » et non d'un indicateur de durée de traitement des affaires réellement constaté (cf. supra). Lorsqu'il se dégrade, il est un signal d'alerte pour un allongement futur des délais ; lorsqu'il s'améliore, il peut annoncer un raccourcissement de la durée de traitement des dossiers.

Cet indicateur brut est toutefois très sensible aux variations annuelles d'activité et peut amplifier artificiellement des tendances passagères. Pour donner une indication plus fiable sur l'évolution du délai d'attente prévisionnel, on

peut lisser les écarts annuels par un calcul de type « *moyenne mobile* » dans lequel la productivité du Conseil (nombre d'affaires terminées dans l'année) est prise en moyenne mobile sur trois ans.

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



On note que l'évolution favorable s'accroît depuis quatre ans, puisque le délai moyen d'attente est passé de 38 mois en 2000 à 24 mois en 2004. Bien qu'encore trop élevé, ce délai prévisionnel retrouve le niveau connu à l'époque de la création du Conseil et s'éloigne très sensiblement du niveau moyen de 36 mois connu pendant les années 1990.

La diminution du stock constatée depuis quatre ans et l'amélioration des délais prévisionnels ne signifient pas que l'apurement des affaires anciennes est terminé. L'année 2005 connaîtra d'ailleurs la sortie d'un grand nombre de dossiers contentieux de fond anciens. En effet, le Conseil s'est donné pour objectif de réduire le stock des affaires pendantes à un chiffre inférieur à celui correspondant à 18 mois d'activité, en s'attaquant en priorité aux affaires les plus anciennes. Cet effort exceptionnel devrait radicalement rajeunir l'âge moyen du stock.

Pour les affaires terminées en 2004, la durée moyenne globale de traitement a été proche de 3 ans et demi, mais ce chiffre masque de fortes dispersions individuelles.

Cette dispersion est particulièrement nette entre les différentes catégories de saisines. Les traitements les plus rapides concernent les avis rendus au Gouvernement et aux autorités de régulation (deux mois et demi), les avis concentration (trois mois) et les décisions accordant des mesures conservatoires (3,8 mois). Les affaires de fond (quatre ans et quatre mois) et les avis juridictionnels, soumis à la procédure contradictoire (trois ans) demandent davantage de temps.

Ces chiffres, et surtout leurs variations, sont toutefois à interpréter avec certaines précautions car la faible population de chaque échantillon rend les moyennes très sensibles au poids de quelques affaires particulièrement longues.

Indicateur d'ancienneté du stock

Année de saisine	En stock au 31/12/2002	En stock au 31/12/2003	En stock au 31/12/2004
1995*	19	10	6
1996	20	13	8
1997	25	15	8
1998	49	31	16
1999	49	32	18
2000	45	38	26
2001	68	58	47
2002	60	37	27
2003		62	40
2004			58
Stock total	335	296	254

* 1995 et années antérieures (dont une affaire pendante devant la Cour de justice et trois affaires jointes à une nouvelle enquête).

20

L'analyse qualitative du stock des affaires, présentée ci-dessus, est destinée à apprécier l'ancienneté de ce stock et son évolution. La baisse globale du stock d'une quarantaine d'affaires entre 2004 et 2003 touche toutes les années.

On relève comme chaque année que beaucoup d'affaires de l'année 2004 ont été terminées en 2004 (-42 %). Ce phénomène s'explique par le traitement rapide des mesures conservatoires, des avis, des rejets et irrecevabilités.

Délibérations du Conseil

L'activité globale du Conseil est identique à celle de 2003, avec une centaine de séances, soit un chiffre très satisfaisant qui confirme le bon niveau d'activité constaté depuis 2000. Le tableau suivant retrace le nombre des séances tenues par le Conseil dans ses différentes formations sur les cinq dernières années.

Tableau 5 : Séances du Conseil

	2000	2001	2002	2003	2004
Séances	109	106	100	100	109

En 2004, la répartition des séances entre les différentes formations s'est faite de la façon suivante : cinquante-cinq réunions en sections, cinquante-quatre en commission permanente.

Activité du collège

L'ensemble des statistiques de cette 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.

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 6 : Origine des saisines au fond

	2000	2001	2002	2003	2004
Ministre chargé de l'Économie	20	16	11	16	10
Entreprises	40	41	34	34	31
Organisations professionnelles	9	3	4	4	1
Associations de consommateurs	3	5	4	2	0
Collectivités territoriales	2	2	0	1	0
Autres (y compris irrecevables)	7	8	0	0	0
Saisines d'office	5	6	5	2	6
Respect d'injonction	0	4	0	3	5
Total	86	85	58	62	53

Le nombre de saisines au fond est le plus faible depuis cinq ans. Cette situation s'explique pour une bonne part, par la baisse des saisines ministérielles, il est vrai en partie compensée par la hausse des saisines en respect d'injonction.

Demandes de mesures conservatoires

Tableau 7 : Demandes de mesures conservatoires

2000	2001	2002	2003	2004
23	17	24	17	17

Ces demandes sont relativement stables sur longue période. Le nombre de demandes de mesures conservatoires enregistrées est toutefois sensible à l'effet de césure de fin d'exercice. Les saisines de fin décembre et celle de janvier sont relativement substituables et s'inscrivent dans des calendriers de traitement comparables.

En 2004, les demandes ont été exclusivement le fait d'entreprises, contrairement à l'année précédente où l'une avait été présentée par le ministre chargé de l'Économie et deux par des organisations professionnelles.

Demandes d'avis

En 2004, trente demandes d'avis ont été adressées au Conseil. Ce chiffre se rapproche du score des années 1998/2000 (voir tableau 1) :

- trois sur le fondement de l'article L. 410-2 qui prévoit que le Conseil est obligatoirement consulté sur les textes réglementant les prix ;
- trois sur le fondement de l'article L. 430-5 du Code du 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 ;
- dix sur le fondement de l'article L. 462-1 du Code du 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 ;
- quatre sur le fondement de l'article L. 462-2 du Code du commerce, qui prévoit que le Conseil est obligatoirement consulté sur les projets de textes restreignant la concurrence ;
- une sur la base de l'article L. 462-3 qui prévoit que le Conseil peut être consulté par des juridictions ;
- cinq sur la base de l'article L. 464-2 III qui prévoit que le Conseil peut adopter un avis de clémence dans lequel il précise les conditions auxquelles est subordonnée l'exonération d'une sanction pécuniaire ;
- quatre à la demande de l'Autorité de régulation des télécommunications.

Affaires traitées

Catégories de décisions

Le nombre total de décisions rendues en 2004 s'est élevé à 105.

Le tableau suivant retrace l'évolution du nombre des décisions contentieuses depuis 2000, avec leur répartition par catégories.

Tableau 8 : Décisions

	2000	2001	2002	2003	2004
Affaires instruites au fond :	53	56	47	56	60
– décisions de sanctions (pécuniaires et autres)	36	30	13	21	26
– décisions prononçant un non-lieu	17	26	34	35	34
Mesures conservatoires	18	8	9	4	2
Décisions d'irrecevabilité et de rejet	19	23	28	16	17
Décisions de classement/désistement	15	20	10	26	22
Autres			7	1	2*
Sous-total décisions finales	105	107	101	103	103
Sursis à statuer	7	10	6	0	2
Total	112	117	107	103	105

* Une décision en respect d'injonction et une décision établissant une pratique sans la sanctionner.

L'augmentation du nombre de décisions relatives à des affaires au fond est à noter. On constate une stabilisation des décisions de rejet et d'irrecevabilité. Si l'on prend en compte le fait que deux décisions de sursis à statuer (qui ne clôturent pas un dossier) sont intervenues cette année, le nombre de décisions finales est identique à celui de l'année précédente.

La comptabilisation des décisions relatives aux demandes de mesures conservatoires a fait l'objet d'un changement en 2003 : sont comptabilisées dans la catégorie « *mesures conservatoires* » les décisions (MC) qui accordent des mesures conservatoires. À la différence des années précédentes, les décisions par lesquelles le Conseil décide de rejeter la demande de mesures conservatoires (que la saisine au fond soit elle-même rejetée ou non) sont désormais considérées comme des décisions d'irrecevabilité ou de rejet (tableau 8). En 2004, dix demandes de mesures conservatoires ont été rejetées, et quatre ont fait l'objet d'un classement à la suite d'un désistement de la partie saisissante.

Avis

Le Conseil a rendu vingt-huit avis en 2004 qui se répartissent de la manière suivante : quatre portent sur des questions de concentration (article L. 430-5), trois sur un projet de texte réglementant les prix (L. 410-2), dix sur des questions générales de concurrence (L. 462-1), quatre sur un projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau (L. 462-2), cinq avis de clémence (L. 464-2 III), deux avis sur demande de l'ART.

Résultats par secteurs économiques

Le tableau suivant présente les secteurs économiques dans lesquels le Conseil est intervenu, à la fois au titre de son activité contentieuse et de son activité consultative. Seuls les secteurs dans lesquels le Conseil est intervenu au moins trois fois ont été retenus.

Comme pour les années précédentes, les secteurs de la construction et celui des postes et télécommunications sont en tête, même si l'ordre est inversé en 2004. La très forte présence des affaires de télécommunications s'explique par la poursuite de l'ouverture de ce secteur à la concurrence, par le dynamisme des opérateurs et par l'émergence constante et rapide de nouvelles technologies.

Se distinguent particulièrement cette année les secteurs de l'édition et de l'imprimerie, en raison de la présence de plusieurs affaires de presse mais également les activités récréatives, sportives et culturelles (cinéma, TV par ADSL, câble, droits sportifs de retransmission...).

Les affaires relatives à des appels d'offres publics ont représenté 18 décisions, principalement dans le secteur construction, BTP et voirie, ce qui explique la place toujours prépondérante de ce secteur économique dans le tableau 9.

Tableau 9 : Secteurs économiques

	Nombre de décisions et avis
Postes et télécommunications	14
Construction	12
Édition, imprimerie et reproduction (presse)	11
Activités récréatives, culturelles et sportives	7
Services fournis principalement aux entreprises	7
Commerce de détail et réparation d'articles domestiques	5
Industrie chimique (produits pharmaceutiques, cosmétiques, engrais)	5
Industries alimentaires	4
Transports terrestres	4
Services personnels	4
Production et distribution d'électricité, de gaz et de chaleur	3

Décisions de sanctions pécuniaires

Montant des sanctions

Le Conseil prononce trois catégories de sanctions : sanction pécuniaire, injonction et publication de la décision. En 2004, vingt-six décisions ont donné lieu à des sanctions pécuniaires, pour un montant total de 50 229 728 euros.

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

Tableau 10 : Décisions de sanctions pécuniaires

	2000	2001	2002	2003	2004
Nombre de décisions prononçant des sanctions pécuniaires	28	30	12	19	26
Nombre d'entreprises ou groupes d'entreprises sanctionnés	67	116	103	57	91
Montant des sanctions	14,6 M€ ¹ 189 M€ ²	51,2 M€	64,3 M€	88,5 M€	49,3 M€
Nombre d'organisations professionnelles sanctionnées	4	3	8	4	46 ³
Montant des sanctions	0,06 M€	0,03 M€	0,5 M€	0,05 M€	0,9 M€
Montant total des sanctions	189,1 M€ ²	51,2 M€	64,8 M€	88,5 M€	50,2 M€

1. 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.

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

3. Le nombre particulièrement élevé d'organisations professionnelles relevé en 2004 est essentiellement imputable à la décision 04-D-49, relative à des pratiques dans le secteur de l'insémination bovine qui mettait en cause 42 structures départementales.

L'année 2004 se caractérise à la fois par une augmentation du nombre de décisions de sanctions et d'entreprises sanctionnées et par une diminution du montant total des amendes.

Toutefois, la mesure de l'effectivité des sanctions demande de prendre en compte les décisions de la cour d'appel pouvant les diminuer ou les augmenter. De ce point de vue, on peut relever une situation opposée entre 2003 et 2004, le montant de 2003 étant ramené de 88,5 millions à 60,9 millions d'euros (voir dans ce même chapitre – Bilan des recours contre les décisions

du Conseil de la concurrence), alors que celui de 2004 a été d'ores et déjà majoré de 20 millions d'euros, du fait de l'arrêt de la cour d'appel du 11 janvier 2005 (la cour a prononcé le doublement de la sanction initialement prononcée pour non-respect d'injonction dans la décision 04-D-18). Seule une étude rétrospective sur longue période serait à même de donner une image fidèle de la réalité des sanctions.

Après le chiffre exceptionnel de l'année 2003, le taux moyen des sanctions pour les entreprises (montant des sanctions / nombre d'entreprises sanctionnées) se situe à un niveau comparable à celui des années 2001 et 2002, l'année 2000 ayant présenté un caractère atypique.

Tableau 11 : Taux moyen de sanction par entreprise

	2000	2001	2002	2003	2004
Taux moyen (en M€)	0,22 (hors banque) 2,82 (avec banque)	0,44	0,62	1,55	0,54

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 puisqu'il atteint un taux de 96,67 % (voir le rapport du ministre au Conseil, quatrième partie).

Pratiques sanctionnées

Le tableau suivant présente les pratiques sanctionnées par le Conseil en 2004, en fonction d'une typologie communément admise : abus de position dominante, ententes (soumissions concertées, obstacles à l'accès au marché, répartition de marché, ententes de prix) et non-respect d'injonction. C'est la première fois que les abus de position dominante représentent une catégorie presque aussi importante que les ententes. C'est également la première fois que le Conseil sanctionne des abus de dépendance économique. 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 12 : Nature des pratiques sanctionnées

Catégories	Nombre de pratiques
Abus de position dominante	11
Abus de dépendance économique	2
Ententes	15
– soumissions concertées	7
– obstacle à l'accès au marché	2
– répartition de marché	1
– ententes de prix	5
Non-respect d'injonction	2

Secteurs économiques les plus sanctionnés

Le tableau suivant met en évidence les secteurs économiques qui ont fait l'objet des sanctions pécuniaires les plus importantes.

Tableau 13 : Secteurs économiques les plus sanctionnés

Secteurs économiques	Montant des sanctions (en M€)
Postes et télécommunications	40
Industries alimentaires	5
Commerce de gros et intermédiaires du commerce	1

Bilan des recours contre les décisions du Conseil de la concurrence

Les décisions du Conseil de la concurrence « *sont notifiées aux parties en cause et au ministre chargé de l'Économie, qui peuvent dans le délai d'un mois, introduire un recours en annulation ou en réformation devant la cour d'appel de Paris* » (article L. 464-8 du Code de commerce).

Taux de recours

En 2004, 22 décisions du Conseil ont fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel, sur un total de 81 décisions rendues (décisions « *D* » et mesures conservatoires « *MC* »), ce qui représente un taux de recours de 27 %. Ce taux est en ligne avec celui des années précédentes, comme le montre le tableau ci-dessous.

Tableau 14 : Taux de recours

	2004	2003	2002	2001
Nombre de recours	22	19	27	19
Nombre de décisions total (D+MC)	81	76	87	91
Taux de recours	27 %	25 %	31 %	21 %

Bilan qualitatif

Les arrêts consécutifs aux recours formés contre des décisions 2004 ne sont pas encore tous connus à la date de rédaction du présent rapport (3 mai 2005), certains recours étant toujours pendants devant la cour d'appel.

Un bilan qualitatif sur les trois années précédentes montre cependant que les décisions du Conseil de la concurrence sont dans leur grande majorité confirmées par la cour d'appel de Paris.

Tableau 15 : Suivi qualitatif des recours

	2004 ¹	2003	2002	2001
Nombre de recours introduits	22	19	27	19
Nombre de décisions confirmées	12	17	19	13
– arrêts de rejet et désistements	8	16	18	13
– réformation partielle/confirmation du fond	4 ²	1 ³	1 ⁴	0
Réformation (partielle ou totale)	3	1	6	3
Annulation (totale ou partielle)	1	1	2	3
Total recours examinés	16	19	27	19
Affaires pendantes	6	0	0	0
% décisions confirmées/total recours examinés	75 %	89 %	70 %	68 %

1. Chiffres provisoires (6 affaires pendantes au 3 mai 2005).
 2. Décisions 04-D-07, 04-D-18, 04-D-39 et 04-MC-02.
 3. Décision 03-MC-02.
 4. Décision 02-MC-04.

Des tableaux récapitulatifs détaillés comprenant les références des décisions frappées de recours et celles des arrêts correspondants sont disponibles en fin d'ouvrage pour les années 2001, 2002 et 2003. En ce qui concerne l'année 2004, le tableau proposé (en fin d'ouvrage également) mentionne les références de toutes les décisions 2004 ayant fait l'objet d'un recours et indique les références des arrêts déjà connus à la date de bouclage du présent rapport. Ce document sera complété dans le rapport de l'année suivante.

Les sanctions « ex post »

Sur 19 décisions de sanctions prononcées par le Conseil en 2003, 8 ont fait l'objet d'un recours.

Sur ces 8 recours, 2 seulement ont abouti à une réformation dans le sens d'une réduction du montant des sanctions. Le montant total des sanctions 2003 passe donc de 88,5 millions d'euros à 60,9 millions d'euros, cette diminution étant essentiellement imputable à l'annulation de la décision relative à l'affaire des carburants (03-D-17) (27 millions d'euros).

Tableau 16 : Les sanctions 2003 après passage en cour d'appel

N° de la décision	Sanctions Conseil	Sanctions après passage en cour d'appel	Arrêt cour d'appel
03-D-01	4 385 000	4 385 000	pas d'appel
03-D-07	138 724	138 724	18/11/03-rejet
03-D-09	600 000	600 000	pas d'appel
03-D-10	1 189 500	1 189 500	pas d'appel
03-D-12	2 177 400	1 602 400	25/11/2003-réformation partielle
03-D-15	7 000	7 000	pas d'appel
03-D-17	27 000 000	0	09/12/03-annulation
03-D-29	303 000	303 000	pas d'appel
03-D-35	7 800 000	7 800 000	30/03/04-rejet
03-D-36	20 000	20 000	pas d'appel
03-D-40	255 000	255 000	pas d'appel
03-D-43	40 000 000	40 000 000	06/04/04-rejet
03-D-45	3 870 100	3 870 100	21/09/04-rejet
03-D-46	363 371	363 371	30/03/04-rejet
03-D-47	68 000	68 000	pas d'appel
03-D-54	68 000	68 000	pas d'appel
03-D-55	110 000	110 000	pas d'appel
03-D-61	160 000	160 000	pas d'appel
03-D-68	20 000	20 000	29/06/04-rejet
Total	88 535 095	60 960 095	

■ Organisation et fonctionnement

L'actualité du collège

Plusieurs changements importants ont marqué la vie du collège en 2004 et ont conduit à un profond renouvellement de sa composition.

M^{me} Marie-Dominique Hagelsteen, dont les fonctions de présidente ont pris fin le 29 juillet 2004 après six ans à la tête de l'institution, n'a pas souhaité demander le renouvellement de son mandat et, par décret du 26 juillet 2004, M. Bruno Lasserre, conseiller d'État et précédemment membre du collège, a été nommé président.

M^{me} Micheline Pasturel, dont le mandat de vice-présidente a pris fin à la même date, a été remplacée par M^{me} Françoise Aubert, conseiller à la Cour de cassation, doyenne de la chambre commerciale et également précédemment membre du collège (décret du 7 septembre 2004).

Enfin, M. Frédéric Jenny, vice-président, a été nommé conseiller à la Cour de cassation en service extraordinaire à compter du 1^{er} septembre et a été remplacé par M^{me} Anne Perrot, professeur d'université, précédemment membre du collège (décret du 29 septembre 2004).

En tant que membres du collège, M. Bruno Lasserre et M^{me} Françoise Aubert ont été remplacés respectivement par M. Edmond Honorat, conseiller d'État (décret du 26 juillet 2004) et par M^{me} Pierrette Pinot, conseiller à la Cour de cassation (décret du 7 septembre 2004). Enfin, M^{me} Anne Perrot a été remplacée, comme membre du collège, par M. Emmanuel Combe, professeur à l'université de Paris I (décret du 14 février 2005).

Au total, six postes sur dix-sept ont été renouvelés parmi lesquels trois postes sur quatre de président et vice-présidents.

Les effectifs

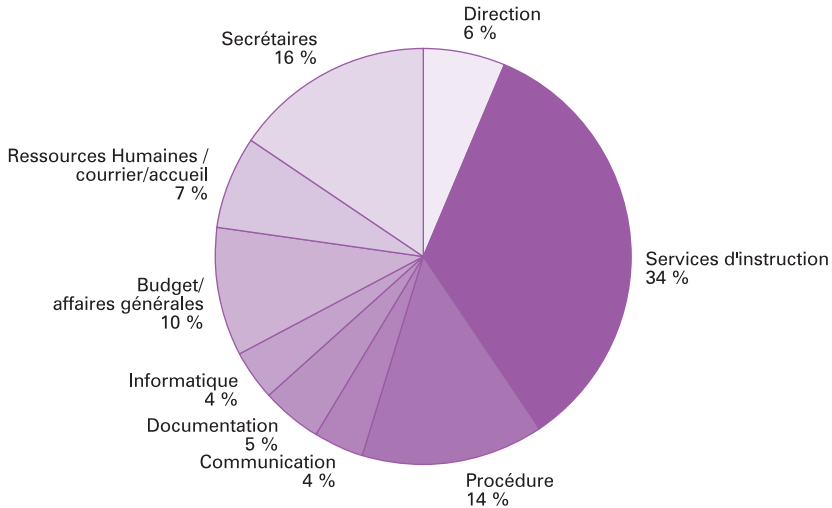
La répartition des effectifs

Le graphique de la page suivante, qui présente la répartition des effectifs par grandes fonctions au 1^{er} décembre 2004, met en évidence la part prépondérante des effectifs dont l'activité est rattachée à l'instruction des dossiers : services d'instruction *stricto sensu*, c'est-à-dire rapporteurs et assistants, mais aussi service de la procédure, soit un total de 48 %. Il faut également tenir compte des secrétaires qui sont directement rattachées aux rapporteurs qui représentent environ la moitié du nombre de secrétaires. Au total, plus de 50 % des effectifs sont affectés à l'instruction des dossiers.

Mouvement de rapporteurs

En 2004, comme les années précédentes, les services d'instruction du Conseil ont connu d'importants mouvements de personnel mais, à la différence des années précédentes, le nombre des arrivées (seize rapporteurs) est nettement supérieur à celui des départs (dix rapporteurs).

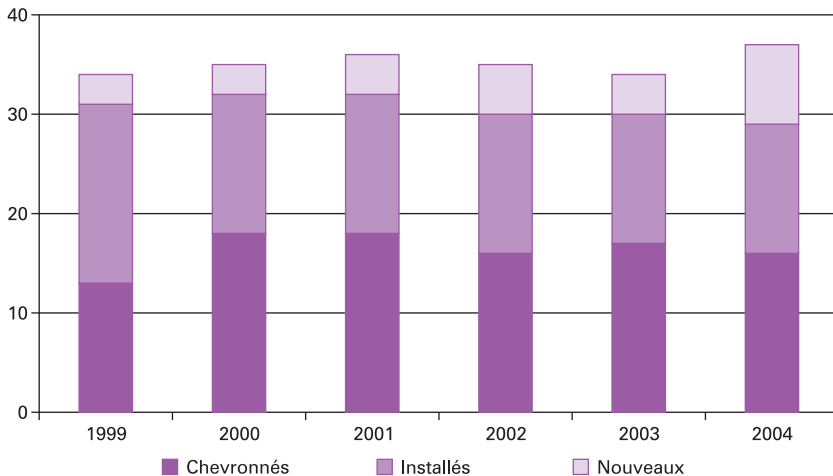
Répartition des effectifs (voir commentaire page précédente)



Les recrutements effectués ont permis d'assurer la diversité et la complémentarité des compétences, de plus en plus nécessaires pour répondre à la variété des dossiers contentieux et des demandes d'avis soumis au Conseil. C'est ainsi qu'ont été recrutés plusieurs économistes, des spécialistes du droit communautaire et un ingénieur en télécommunications.

Le graphique suivant donne, pour les six dernières années, la répartition des rapporteurs présents au Conseil en équivalent temps plein pendant une année N. Les rapporteurs ayant plus de deux ans d'ancienneté au 1^{er} janvier sont considérés comme « *chevronnés* », ceux ayant moins de deux ans d'ancienneté au 1^{er} janvier sont considérés comme « *installés* » et ceux qui ont été recrutés au cours de l'année N, après le 1^{er} janvier, sont considérés comme des rapporteurs « *nouveaux* ».

Tableau 17 : Équivalent temps plein en rapporteurs



En 2004, la force de travail s'est nettement améliorée grâce à l'arrivée de nouveaux rapporteurs. Autre signe encourageant, la part des rapporteurs « *chevronnés* » et « *installés* » s'est quasiment stabilisée par rapport aux deux années antérieures (29 en 2004 contre 30 en 2002 et 2003), même si elle reste encore inférieure à celle des années 2000 et 2001 (32). Mais 2004, compte tenu des recrutements effectués, devrait être la dernière année d'érosion de cet indicateur et la part des rapporteurs d'expérience devrait remonter en 2005.

Budget

Dans le contexte de rigueur budgétaire qui a caractérisé l'année 2004, le budget du Conseil est resté quasiment stable, passant globalement de 8,6 à 8,5 millions d'euros. Cette stabilité s'est retrouvée dans chacune des deux composantes du budget, c'est-à-dire les crédits de fonctionnement, qui se sont élevés à 2,6 millions d'euros et les crédits de personnel, d'un montant de 5,9 millions d'euros.

■ Avis et décisions les plus notables

30

Ce chapitre a pour vocation de résumer de façon synthétique les décisions et avis qui ont marqué l'année.

Principaux avis rendus en 2004

Avis 04-A-04 du 29 janvier 2004, relatif à une demande de la Fédération nationale des taxis indépendants concernant la réglementation de l'activité des taxis

Saisi par la Fédération nationale des taxis indépendants, le Conseil de la concurrence a rendu un avis sur les obstacles à la concurrence que pourraient constituer certains aspects de la législation régissant l'activité des chauffeurs de taxis.

En se substituant aux règles usuelles de la concurrence, la réglementation doit viser le même but : l'adaptation de l'offre à la juste satisfaction de la demande

Sans remettre en cause l'analyse donnée dans son avis 87-A-01 du 18 mars 1987 relatif à la réglementation des courses de taxi, dans lequel il a considéré que l'industrie du taxi « *constitue un service d'intérêt collectif utilisant la voie publique* », le Conseil a rappelé qu'il convenait d'examiner plus généralement les moyens d'améliorer les services rendus par la profession dans le sens de l'intérêt des consommateurs.

Il a notamment constaté, que faute de coordination des décisions entre communes limitrophes, la réglementation conférant au maire une compétence de principe pour la délivrance des autorisations de stationnement, conduit à un cloisonnement géographique des secteurs d'intervention des taxis et à une restriction de l'offre. En effet, si le stationnement d'un taxi peut être limité au territoire de la commune qui en a délivré l'autorisation, sa circulation s'opérera nécessairement sur un plus grand nombre de communes, limitrophes ou périphériques. Le périmètre communal ne constitue donc pas une zone économique pertinente pour le fonctionnement d'un service de taxis.

Le Conseil a également rappelé qu'en se substituant aux règles usuelles de la concurrence, la réglementation doit cependant viser le même but : l'adaptation de l'offre à la juste satisfaction de la demande. En l'espèce, cet objectif global recouvre plusieurs composantes :

- adapter, en volume, l'offre de taxis à la demande sur des zones géographiques économiquement pertinentes ;
- unifier les règles de prises en charge pour éviter la circulation des taxis à vide ;
- assurer la répartition harmonieuse des taxis à l'intérieur de ces zones et durant les diverses périodes de la journée, de façon à ne pas pénaliser une partie de la demande.

Les voies d'amélioration du système

Le Conseil a indiqué plusieurs instruments de régulation qui pourraient être simultanément utilisés pour atteindre cet objectif :

- le découpage de zones économiquement pertinentes de coopération entre communes pour la mise en place de services communs de taxis. Ces zones sont, de fait, déjà souvent observables : ville-centre et communes périphériques, territoire d'un central d'appel radio, zone de desserte d'un aéroport, etc. Cette reconnaissance pourrait être efficacement pilotée par l'autorité préfectorale ;
- la révision du *numerus clausus* dans certaines communes : dès lors qu'est définie la zone géographique sur laquelle l'exploitation économique d'un taxi est pertinente, la gestion du *numerus clausus* n'a de sens que globalement pour la zone et non commune par commune pour les communes de la zone. L'évolution du nombre des autorisations ne peut être opérée sans une vérification périodique de la satisfaction réelle des habitants de la zone quant à leur service de taxi.

Le Conseil a signalé, à cet égard, que l'évolution des prix sur le marché secondaire des licences est également un bon indicateur du degré de tension pouvant exister entre l'offre et la demande sur le marché du service de taxis. Dans les zones où les prix sont très élevés par rapport aux moyennes nationales, les pouvoirs publics ne devraient pas hésiter à augmenter sensiblement le nombre des taxis en activité.

Il a également préconisé une gestion coordonnée des autorisations pour le stationnement, la circulation et les règles de prise en charge, de tarif d'approche et de retour des taxis des différentes communes, au sein de zones pertinentes.

Par ailleurs, le Conseil a indiqué que la structure tarifaire offre un moyen efficace pour corriger certaines imperfections, couramment observées et dues au manque ou à l'excès de l'offre de taxis en certains lieux ou à certaines heures. D'une manière générale, il convient de tenir compte de la concentration des taxis sur certaines zones de prise en charge et pour certaines courses, pour ajuster les tarifs et permettre à une partie de l'offre de se consacrer à des zones géographiques alternatives dans des conditions économiques viables. Cette utilisation de la souplesse tarifaire paraît plus rationnelle que le maintien d'un cloisonnement géographique inadapté et de restrictions à la prise en charge des clients, pour obtenir un service effectif des zones périphériques.

La nécessité de mener des études statistiques concernant la demande ainsi que des enquêtes qualitatives régulières auprès des usagers

Le Conseil a enfin estimé qu'il ne sera pas possible de procéder à ces adaptations sans mieux connaître l'activité réelle des taxis (aussi bien sur le plan quantitatif que qualitatif), et la nature de la demande (y compris la demande potentielle non servie). Il a, à cet égard, déploré que le projet de mise en place d'indicateurs statistiques d'activité des taxis, lancé en 2000 par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, n'ait pas abouti. Il a vivement encouragé la reprise de ce travail, qui devrait être complété par des enquêtes de satisfaction auprès des usagers.

Avis 04-A-09 du 28 mai 2004 relatif à un projet de décret sur la commercialisation par les ligues professionnelles des droits d'exploitation audiovisuelle des compétitions ou manifestations sportives

Saisi par le ministre de l'Économie d'une demande d'avis sur un projet de décret relatif à la commercialisation des droits d'exploitation audiovisuelle des compétitions sportives, le Conseil a émis un avis globalement favorable au texte qui lui a été soumis.

L'exclusivité conférée aux ligues professionnelles pour la commercialisation des droits sportifs peut se justifier d'un point de vue économique

Le Conseil a considéré que l'exclusivité attribuée aux ligues pour la commercialisation des droits de retransmission en direct des manifestations sportives n'est pas contraire aux règles de concurrence dans la mesure où elle est justifiée par la nature des compétitions sportives et par le progrès économique résultant d'une commercialisation centralisée de ces droits.

Il a notamment estimé que cette centralisation est un facteur d'amélioration de la production et de la distribution des droits audiovisuels relatifs aux compétitions organisées par les ligues et qu'elle procure un avantage économique incontestable, tant aux opérateurs médias qu'aux clubs et aux téléspectateurs, du fait de la qualité des produits qu'elle permet d'obtenir et du financement équilibré des clubs qu'elle assure.

Les clubs doivent cependant pouvoir commercialiser les droits audiovisuels inexploités

• Les droits non commercialisés par les ligues

Le Conseil a relevé que l'existence de droits inexploités, non offerts aux clubs souhaitant les commercialiser, peut poser des problèmes de concurrence dans la mesure où ce gel pourrait résulter d'une entente entre la ligue et certains clubs ou constituer une utilisation abusive par la ligue de ses droits exclusifs ayant pour objet de limiter ou de contrôler la production et la commercialisation des droits audiovisuels. Si le choix de ne pas vendre certains droits du direct est fait par les ligues (par exemple pour ne pas dévaloriser les droits déjà commercialisés), ce choix peut limiter de manière excessive les possibilités pour les clubs de faire diffuser les matchs auxquels ils participent, notamment par des chaînes locales. C'est pourquoi le Conseil a recommandé d'inclure dans le décret la possibilité pour les clubs de commercialiser les droits non vendus par les ligues.

Le Conseil a noté que le projet de décret, en ce qu'il autorise la commercialisation par les clubs de tous les droits relatifs au « *différé* », constitue un progrès dans le sens d'une plus large ouverture des marchés.

• Les droits non utilisés par les diffuseurs

Le Conseil a estimé que l'existence de droits acquis par les chaînes mais non utilisés constituerait une atteinte à la concurrence d'autant plus vive qu'un opérateur dominant pourrait avoir acquis de nombreux droits en exclusivité et, par cette pratique, assécher l'offre de programmes sportifs pour faire monter les prix payés par les consommateurs ou s'entendre avec la ligue ou les clubs pour ne diffuser que les matchs de certains clubs.

La loi du 16 juillet 1984 prévoit que, si la diffusion en direct d'extraits significatifs de la manifestation ou de la compétition sportive n'est pas assurée par le service cessionnaire, un autre service de communication peut en assurer la diffusion partielle ou intégrale. Le décret d'application de cette loi n'ayant toujours pas été pris au jour de la publication de l'avis, le Conseil a souligné l'intérêt qu'il y aurait à élaborer ce texte, d'une part, pour préciser les conditions dans lesquelles ces droits reviendraient aux clubs pour les matchs disputés par eux et, d'autre part, pour fixer les modalités de la diffusion par un autre service de communication audiovisuelle.

L'attribution de tous les lots à un seul opérateur, mieux-disant sur chacun d'eux, ne saurait constituer en soi une pratique prohibée

Comme l'a énoncé le Conseil dans sa décision 03-MC-01 du 23 janvier 2003, l'attribution exclusive d'un bien à une entreprise dominante peut avoir des effets restrictifs de concurrence. Tel peut être le cas, en particulier, des droits audiovisuels de certaines manifestations sportives, comme celles de football, compte tenu de l'engouement qu'elles suscitent dans le public, dont la possession peut conduire à l'éviction de concurrents sur les marchés avals de la publicité et du marketing liés à ces événements ou de la diffusion télévisuelle en accès libre ou payant.

Sur ce point, le projet de décret prévoit explicitement que « *la ligue doit rejeter les propositions d'offres globales ou couplées ainsi que celles assorties de compléments de prix* » mais il autorise implicitement l'acquisition de tous les lots par un seul opérateur, dès lors que cet opérateur est le mieux-disant sur chacun des lots.

Le Conseil n'a pas eu d'objection à cette solution et n'a pas estimé opportun d'ajouter dans le décret une disposition qui préjugerait du résultat final de l'appel d'offres, en exigeant, par exemple, que les lots soient attribués à, au moins, deux opérateurs. Une telle obligation, qui aurait pour effet d'instaurer un élément de prévisibilité des résultats de la vente, pourrait avoir des effets négatifs pour la concurrence et la valorisation des lots. Sous réserve d'une appréciation *in concreto* du déroulement loyal de l'appel d'offres dans le cadre d'une saisine contentieuse, l'attribution de tous les lots à un seul opérateur mieux-disant sur chacun d'eux, ne saurait donc constituer, à elle seule, une pratique prohibée.

Au total, même s'il n'a pas exclu que l'attribution de tous les lots à un opérateur qui serait en position dominante, puisse avoir des effets sur certains marchés de services audiovisuels, le Conseil a estimé que la limitation de la durée des contrats à trois ans, est propre à atténuer les risques d'élimination d'entreprises dont l'équilibre économique dépendrait de l'acquisition d'au moins une partie de ces droits audiovisuels sportifs. En toute hypothèse, il a précisé qu'il appartient à ces entreprises d'apprécier l'ensemble des risques économiques attachés au gain ou à la perte de chaque lot pour établir leurs propositions, comme il appartient aux ligues professionnelles de prévoir éventuellement, dans le cadre général posé par le décret, des dispositifs qui seraient de nature à éviter l'attribution de tous les lots à un seul opérateur sans remettre en cause la maximisation de leurs recettes.

Avis 04-A-15 du 28 juillet 2004 relatif à la convention-type « Département innovant »

Saisi par l'Autorité de régulation des télécommunications (ART), le Conseil de la concurrence a examiné la convention-type « *Département innovant* » élaborée par France Télécom dont l'objet est d'établir un partenariat entre France Télécom et un département pour développer sur son territoire une couverture internet haut débit par la technologie ADSL.

La saisine de l'ART

La loi n° 2004-575 sur l'économie numérique, entrée en vigueur le 21 juin 2004, a ajouté au Code des collectivités territoriales un article (L. 1425-1) qui donne aux collectivités territoriales une nouvelle compétence pour créer, exploiter ou mettre à la disposition d'opérateurs des réseaux publics locaux de télécommunications et pour fournir des services aux utilisateurs finaux. Dès janvier 2004, France Télécom a lancé son projet de convention de « *Département innovant* » en direction des collectivités locales, afin de leur proposer un partenariat visant notamment à déterminer leurs besoins. Cette convention prend l'aspect d'une simple déclaration d'intention des parties signataires, dans laquelle France Télécom rappelle le calendrier de mise en

place de l'ADSL dans ses répartiteurs et les efforts supplémentaires qu'elle pourrait envisager et le département énonce ses priorités pour l'équipement ADSL de son territoire.

Un certain nombre de présidents de conseils généraux ont alors demandé à l'ART une analyse juridique de cette convention. Devant l'ampleur prise par cette opération (50 départements avaient déjà signé une telle convention en avril 2004), l'ART a sollicité à son tour l'avis du Conseil de la concurrence au regard du droit de la concurrence, de celui applicable aux collectivités territoriales et du Code des marchés publics.

Le Conseil a émis un certain nombre de réserves

Le Conseil de la concurrence a souligné au préalable que, compte tenu du refus de France Télécom de lui communiquer des conventions déjà signées, il a été amené à se prononcer uniquement sur la base d'un document type, lequel n'a qu'une simple valeur indicative pour l'établissement de conventions individuelles avec les départements. Les observations du Conseil de la concurrence ont été articulées autour de trois axes :

- la convention-type contient des dispositions contradictoires : son préambule proclame que la mise en œuvre du partenariat ne conférera aucune exclusivité ni privilège en matière d'informations, de promotion et d'aides financières en faveur de France Télécom, alors que d'autres dispositions de la même convention paraissent en contradiction avec ces principes ;
- un partenariat « *Département innovant* » peut avoir des conséquences sur le jeu local de la concurrence, dans la mesure où les informations sur la demande locale, collectées par France Télécom dans le cadre d'une telle convention, peuvent lui procurer un avantage concurrentiel lorsqu'il s'agira de satisfaire cette demande ;
- l'égalité d'accès des candidats à la commande publique doit être préservée. Dans la mesure où un département signataire d'une convention « *Département innovant* » pourra être amené à lancer ultérieurement un appel d'offres pour la réalisation de certaines infrastructures ou la prestation de certains services, le Conseil a estimé que la convention était susceptible de poser problème en ce qui concerne l'égalité d'accès aux informations sur le besoin local, la façon dont pourra être défini le cahier des charges et enfin les conditions d'octroi d'éventuelles subventions de la part de la collectivité.

Les recommandations du Conseil de la concurrence

Compte tenu des ambiguïtés relevées dans la convention, lesquelles conduisent à des incertitudes quant aux modalités de sa mise en œuvre, le Conseil a suggéré plusieurs recommandations afin de prendre en compte, d'une part, la situation de position dominante de France Télécom sur la boucle locale, dont l'accès est indispensable pour commercialiser des raccordements haut débit ADSL, et d'autre part, le fait que les informations sur la demande locale sont obtenues par l'intermédiaire d'une collectivité publique.

Il a d'abord estimé que « *l'ensemble des informations relatives à la demande locale fournies par les conseils généraux et recueillies dans le cadre du partenariat devrait être exclu de l'engagement de confidentialité prévu à l'article 13* ». Il a ensuite noté que « *le caractère public et accessible de ces*

informations dans le même délai que celui réservé à France Télécom devrait être assuré pour les autres opérateurs ». Il a enfin considéré que « la délimitation du champ d'attribution d'éventuelles subventions publiques à France Télécom justifie un renvoi explicite aux règles posées en la matière à l'article L. 1425-1 du Code des collectivités territoriales ».

Par ailleurs, le Conseil a appelé « l'attention des collectivités sur les conséquences juridiques de la signature d'une convention de partenariat avec France Télécom suivie, dans un second temps, du lancement d'un appel d'offres en matière de télécommunications locales. Les informations obtenues par France Télécom ne devront pas conduire à une rupture d'égalité entre les candidats à la commande publique, ni mettre cette entreprise en situation d'abuser de sa position dominante au sens de l'article 82 du traité CE ou de l'article L. 420-2 du Code de commerce ».

Avis 04-A-16 du 28 juillet 2004 relatif à l'acquisition d'une partie des actifs du groupe Moulinex par le groupe SEB

Le contexte de l'avis

Cet avis a été rendu à la demande du ministre de l'Économie en application des dispositions des articles L. 430-1 à L. 430-7 du Code de commerce, relatifs au contrôle des opérations de concentration.

36

Il faisait suite à l'annulation par le Conseil d'État (arrêt du 6 février 2004) d'une décision du 5 juillet 2002, par laquelle le ministre de l'Économie avait autorisé l'acquisition par le groupe SEB d'une partie des actifs du groupe Moulinex. Le ministre avait, dans cette décision, considéré que l'opération permettait au groupe SEB de renforcer la position dominante qu'il occupait sur neuf des marchés du petit électroménager, mais qu'en tout état de cause, le groupe Moulinex était voué à disparaître et que cette disparition aurait renforcé la position de SEB sur ces marchés, non moins que l'opération de concentration elle-même. Le Conseil de la concurrence avait rendu sur cette opération un avis en date du 15 mai 2002 dans lequel il avait exposé que l'opération n'était pas de nature à porter atteinte à la concurrence sur les marchés concernés. Le Conseil d'État a jugé que l'analyse qui soutenait l'application que le ministre avait faite de l'exception de l'entreprise défaillante³ était erronée. Il a notamment estimé qu'il n'était pas établi qu'en cas de liquidation, la marque Moulinex n'aurait pas été reprise par des concurrents du groupe SEB.

Il faut également rappeler que l'opération avait dans un premier temps, été notifiée à la Commission européenne, le 13 novembre 2001, et avait fait l'objet, le 8 janvier 2002, d'un renvoi partiel à l'État français (au titre de l'article 9, paragraphe 2, point a, du règlement concentration), aux fins de l'examen des effets de l'opération sur les marchés nationaux. Par une autre décision du même jour, la Commission s'était également prononcée sur les conséquences de l'opération pour les 14 autres marchés européens affectés et avait notamment demandé des engagements dans neuf pays, consistant en l'octroi par SEB

3. Cf. rapport 2002, p. 122.

d'une licence exclusive de fabrication des produits de la marque Moulinex pendant cinq ans. Or, cette décision a fait l'objet d'une annulation partielle par le TPICE (arrêt « *Babyliss* » du 3 avril 2003), le Tribunal considérant que la Commission n'avait pas appliqué, sur les marchés où elle n'avait pas exigé d'engagements, le raisonnement qu'elle indiquait avoir suivi sur les autres marchés géographiques examinés. La Commission européenne a donc repris l'analyse de ces cinq marchés et a, au terme d'un examen de seconde phase, autorisé l'opération sans condition (décision du 11 novembre 2003).

Une analyse a posteriori des effets constatés d'une concentration

Dans l'arrêt du 6 février 2004, le Conseil d'État a précisé que les effets de l'opération sur la concurrence devaient être réexaminés, au vu de la situation constatée à la date de sa décision. En conséquence, contrairement aux cas les plus fréquents dans lesquels les opérations de concentration font l'objet de la part des autorités de la concurrence d'un examen « *a priori* », les effets de la concentration réalisée en 2001 ont été analysés sur la base de constatations objectives et quantifiées faites sur les marchés concernés pendant une période s'étendant jusqu'aux premiers mois de l'année 2004, notamment en ce qui concerne l'évolution des parts de marché, des prix et le comportement des concurrents et des distributeurs. Treize marchés du secteur du petit électroménager ont été analysés : friteuses électriques, grille-pains, cafetières électriques, machines expresso, bouilloires, fours posables, barbecues et grils électriques, cuiseurs vapeur, appareils à sandwiches et à gaufres, préparateurs culinaires, appareils pour repas informels (raclette, pierrades, etc.), fers à vapeur et centrales vapeur.

Le Conseil a ainsi constaté que, sur l'ensemble des marchés concernés, les parts du nouveau groupe en 2003 étaient sensiblement inférieures au cumul des parts de marché du groupe SEB et du groupe Moulinex en 2000. Ce recul est essentiellement imputable à la chute des parts de marché des produits Moulinex, qui ont disparu des rayons pour plusieurs raisons. D'une part, les difficultés du groupe et sa reprise par SEB ont conduit les distributeurs à remplacer les produits de la marque Moulinex par d'autres marques dès la fin de l'année 2001. D'autre part, le groupe SEB a arrêté la production des produits les moins compétitifs, particulièrement dans le bas de gamme, voire de certaines gammes dans leur totalité (fours compacts Moulinex, barbecues Moulinex, fers Krups, cuiseurs à riz Moulinex). Les parts de marché perdues par la marque Moulinex ont été redistribuées entre les autres marques du nouveau groupe, les grandes marques concurrentes, les produits à marque distributeurs et les produits « *sans marque* ».

Les principaux concurrents du groupe SEB (Philips, De Longhi, Babyliss) soutenaient que les pertes de parts de marché des produits de la marque Moulinex n'étaient que temporaires et seraient rapidement récupérées. Suivant l'analyse faite par la Commission européenne dans sa décision du 11 novembre 2003, le Conseil a toutefois estimé que les parts de marché perdues – au profit d'autres marques notoires ou du fait que la fabrication de certains produits, devenue non rentable, ait dû être arrêtée – ne pourraient être récupérées qu'au prix d'investissements dans des produits innovants ou des campagnes de publicité. Les gains de parts de marché seraient alors imputables aux mérites propres du groupe et non à l'opération de 2001.

Le Conseil s'est également appuyé sur les évolutions de prix relevées sur les marchés concernés en 2002 et 2003. En dépit des problèmes de lecture de ces observations liés à leur caractère très globalisant et au rythme rapide des lancements de nouveaux produits sur ces marchés, il n'a pas relevé d'évolutions qui auraient indiqué que l'opération aurait eu pour effet de renforcer le pouvoir de marché du nouveau groupe.

Le rôle des importations à bas prix et de la grande distribution

Par ailleurs, le Conseil a noté que certaines des évolutions constatées sur ces marchés confirmaient l'analyse qu'il avait faite dans son précédent avis du 15 mai 2002. Il avait alors notamment estimé que les concurrents du groupe SEB sur les marchés du petit électroménager (Philips, Gillette-Braun, De Longhi/Kenwood, Bosch/Siemens) étaient de grands groupes d'envergure internationale, de taille et/ou de réputation au moins équivalente à celle du groupe SEB/Moulinex, et qu'ils étaient en mesure d'exercer une pression concurrentielle effective sur la nouvelle entité. De fait, ces groupes ont également bénéficié de la disparition des rayons de nombreux produits de marque Moulinex. Le Conseil a noté que les évolutions constatées illustraient le rôle moteur joué sur ces marchés par l'innovation, les positions des différents producteurs ayant été sensiblement bouleversées sur quelques marchés par l'apparition de nouveaux produits.

38

De même, les données analysées par le Conseil confirment la pénétration accrue de ces marchés par des produits d'entrée de gamme, en provenance de pays à moindres coûts de fabrication, qu'il s'agisse des marques de distributeurs (MDD) ou de produits « *sans marque* ». La présence des produits « *sans marque* », particulièrement sur les linéaires du *hard-discount*, qui exerce une forte pression sur les prix de vente au détail du petit électroménager, est cependant plus forte pour les produits à faible contenu technologique (bouilloires, grille-pains, cafetières filtres) que pour les produits plus sophistiqués, comme les robots ou les machines expressos, pour lesquels les impératifs de sécurité limitent la compression des coûts de fabrication.

Enfin, les éléments recueillis auprès des distributeurs ont confirmé que la détention par le groupe SEB d'un portefeuille de six marques notoires et sa présence sur l'ensemble des gammes du petit électroménager n'avaient pas été de nature à contrebalancer la puissance d'achat de la grande distribution et à contraindre l'accès aux linéaires des concurrents. Il n'est pas apparu que les conditions commerciales consenties par SEB/Moulinex à la grande distribution auraient été modifiées ou renégociées en sa faveur à la suite de l'opération. De plus, l'évolution du nombre de références recensées sur les linéaires de la grande distribution montre que la présence du groupe SEB ne s'est pas accrue aux dépens des autres fabricants.

Sur la base de ces considérations, le Conseil de la concurrence a été d'avis que la concentration résultant du plan de reprise partielle d'actifs du groupe Moulinex par le groupe SEB arrêté par le tribunal de commerce de Nanterre n'a pas été et n'était pas de nature à porter atteinte à la concurrence sur les marchés concernés. Le ministre de l'Économie a repris cette analyse dans une lettre du 16 août 2004 autorisant la concentration.

Avis 04-A-17 du 14 octobre 2004 relatif à une demande d'avis présentée par l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 37-1 du Code des postes et communications électroniques

Le Conseil a rendu à l'ART un premier avis dans le cadre de la procédure de consultation prévue par l'article L. 37-1 du Code des postes et communications électroniques, dans sa rédaction issue de la loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle du 3 juin 2004 : « *L'Autorité de régulation des télécommunications détermine, au regard notamment des obstacles au développement d'une concurrence effective, et après avis du Conseil de la concurrence, les marchés du secteur des communications électroniques pertinents, en vue de l'application des articles L. 38, L. 38-1 et L. 38-2. Après avoir analysé l'état et l'évolution prévisible de la concurrence sur ces marchés, l'autorité établit, après avis du Conseil de la concurrence, la liste des opérateurs réputés exercer une influence significative sur chacun de ces marchés, au sens des dispositions de l'alinéa suivant.* »

Cette loi assure notamment la transposition en droit national d'un ensemble de six directives communautaires adoptées le 7 mars 2002, portant réforme de la réglementation applicable au secteur des télécommunications et qui se sont substituées au cadre réglementaire qui avait été adopté au début des années quatre-vingt-dix. Le nouveau cadre doit permettre de prendre en compte les avancées déjà réalisées dans le processus d'ouverture à la concurrence du secteur concerné, en allégeant les dispositifs réglementaires contraignant *a priori* le libre jeu de la concurrence. Le système d'autorisation de l'activité des opérateurs et fournisseurs de télécommunications et d'homologation ministérielle préalable des tarifs de détail de l'opérateur historique, mis en place par la loi de 1996 est donc abrogé et remplacé par un système d'obligations conditionnelles. De même, sont substituées à la notion d'opérateurs « *exerçant une influence significative sur un marché* » – parce que dépassant un seuil en part de marché sur des marchés limitativement énumérés par les textes communautaires – les notions de « *marché pertinent* » et d'« *opérateur en position dominante* ». Les opérateurs « *dans une position équivalente à une position dominante* » pourront se voir imposer des obligations sur les marchés sur lesquels subsistent des obstacles au développement d'une concurrence effective.

Cette première consultation portait sur la délimitation des marchés pertinents et sur les situations de dominance sur le marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles en France.

Le Conseil a constaté que le fonctionnement de ce marché, qui s'est construit sur les déséquilibres tarifaires nés du système de « *bill and keep* » (les opérateurs mobiles ne se facturent pas entre eux les terminaisons sur leurs réseaux), a généré des solutions techniques inefficaces destinées à contourner la facturation des terminaisons d'appel « *fixe vers mobile* » (les « *hérissons* »), n'a pas permis un développement suffisant de la concurrence au bénéfice du consommateur. De plus, ni la disparition prochaine du système de « *bill and keep* », ni l'essor prévisible des opérateurs mobiles virtuels (MVNO) ne lui sont apparus comme susceptibles de créer à eux seuls une

pression concurrentielle efficace sur le niveau des charges de terminaison d'appel à l'horizon 2007, terme de l'analyse sur laquelle portait l'avis du Conseil.

Dans ces conditions, le Conseil s'est déclaré favorable au passage des opérateurs alternatifs vers l'interconnexion directe. Pour que cette migration – qui implique des investissements importants et de nombreuses négociations avec les opérateurs mobiles – puisse se dérouler sans heurt, il a admis qu'il est nécessaire de mettre en place une phase transitoire de réorientation du marché, durant laquelle les outils de la régulation *ex ante* apparaissent mieux adaptés à sa gestion, que ceux de la régulation *ex post*.

Le Conseil de la concurrence a estimé qu'une telle régulation peut s'appliquer aux trois opérateurs mobiles (Orange, SFR et Bouygues Télécom) qui exercent chacun une influence significative sur leur marché de gros respectif de terminaison d'appels en métropole. Elle doit être limitée dans le temps et recourir à des outils strictement proportionnés à la nature des obstacles identifiés dans l'analyse concurrentielle du marché.

De la même manière, le Conseil sera amené à se prononcer à la demande de l'ART sur les 17 autres marchés « *potentiellement régulables* » prédéfinis par la Commission européenne.

Avis 04-A-18 du 18 octobre 2004 relatif à une demande d'avis présentée par l'Union fédérale des consommateurs (UFC-Que Choisir) relative aux conditions de la concurrence dans le secteur de la grande distribution non spécialisée

40

Le Conseil de la concurrence a été saisi par l'Union fédérale des consommateurs (UFC-Que Choisir) d'une demande d'avis relative aux conditions de la concurrence dans le secteur de la grande distribution non spécialisée. Cette association de consommateurs souhaitait notamment savoir si le développement des *marges arrière* peut avoir pour effet de limiter le libre jeu de la concurrence par les prix, et ce au détriment des consommateurs.

À titre d'observation liminaire, le Conseil de la concurrence a rappelé qu'une commission d'experts a été désignée à l'été 2004 par le Gouvernement. Cette commission, présidée par M. Guy Canivet, était « *chargée de faire le bilan de la législation existante et de proposer les mesures appropriées pour faciliter les relations entre les fournisseurs et les distributeurs [...]* ». Pour ce faire, elle a pris en compte des intérêts publics plus larges que ceux qui relèvent de la compétence du Conseil de la concurrence. Aussi le Conseil a-t-il souligné que son avis ne se substituait en aucune manière au travail effectué par cette commission mais permettait d'apporter l'éclairage particulier, sur le sujet, de l'autorité de concurrence qui souhaite contribuer utilement au débat engagé.

La définition actuelle du seuil de revente à perte revêt un caractère conventionnel et ne correspond pas à un seuil économique

Le Conseil a rappelé que depuis quelques années, un accroissement des *marges arrière* et une réduction simultanée des *marges avant* sont constatés,

cette évolution n'étant pas justifiée par un essor équivalent des prestations de service rendues au titre de la coopération commerciale. Ce phénomène est le reflet de la puissance d'achat des distributeurs face à leurs fournisseurs, résultant de la forte concentration du marché de la distribution, elle-même renforcée par l'existence d'une législation visant à limiter l'installation de nouvelles grandes surfaces. Par ailleurs, les observations des pouvoirs publics et des associations de consommateurs font le constat convergent, sur la même période, d'une hausse des prix de vente au consommateur des produits de grande consommation.

Le Conseil a indiqué également qu'il avait pu constater, au travers de son activité contentieuse, que le développement excessif des *marges arrière* présente un risque de développement de certaines pratiques anticoncurrentielles, notamment l'imposition d'un prix de revente minimal, la collusion entre deux marques concurrentes ou, au contraire, l'éviction de concurrents par une entreprise en position dominante qui sature les linéaires. Ces comportements, en limitant la concurrence intramarque ou intermarque, favorisent la hausse des prix.

Le Conseil a précisé également que si la loi Galland n'est pas la cause unique des dérives constatées et si les dispositions de la loi sur l'équipement commercial les ont sans doute facilitées, il apparaît néanmoins que l'instauration d'un seuil de revente à perte, tel qu'il est défini par la loi Galland, entraîne une distinction artificielle entre deux types de marges : les marges pouvant faire baisser le prix de vente au consommateur et celles qui ne le peuvent pas. La règle fixée pour distinguer entre ces deux types de marges a été choisie en raison de la simplicité de sa constatation juridique mais n'a aucune justification économique. Ainsi, la définition actuelle du seuil de revente à perte revêt un caractère conventionnel qui, n'étant pas fondé sur une réalité économique, non seulement l'empêche de jouer véritablement son rôle mais surtout facilite de possibles comportements anticoncurrentiels.

Interrogé également par l'UFC-Que Choisir sur l'appréciation, au regard du droit de la concurrence, d'un accord ayant pour objet de fixer les *marges arrière*, le Conseil a rappelé que, lorsqu'il est consulté en demande d'avis, il ne peut se prononcer que sur des questions de concurrence d'ordre général et doit se garder de toute appréciation qui pourrait préjuger d'une décision au contentieux.

En réponse à la question formulée par l'UFC-Que Choisir, le Conseil a observé qu'il n'a jamais eu, jusqu'à présent, à examiner un accord dont l'objet exclusif serait de « fixer le niveau des *marges arrière* ». S'il avait à le faire, sous réserve d'un examen au cas par cas de l'objet et de l'effet d'un tel accord, il considérerait *a priori* que l'accord, en ce qu'il fait obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché, entre dans le champ d'application de l'article L. 420-1 du Code de commerce. La présence d'associations de consommateurs ou la participation des pouvoirs publics à un tel accord est sans influence sur le caractère licite de la réunion même si l'accord est intervenu à la demande des pouvoirs publics ou si les termes de l'accord sont destinés à être intégrés ultérieurement à une législation ou à une réglementation.

Pour qu'un tel accord – en ce qu'il apparaîtrait comme limitant le libre jeu de la concurrence – bénéficie des dispositions de l'article L. 420-4-I, 2° du Code

de commerce ou de l'article 81 § 3 du traité CE au titre de la contribution au progrès économique, il devrait être entre autres démontré par ses auteurs, que la baisse des prix éventuellement obtenue résulte directement de cet accord.

Décisions contentieuses notables

Décision 04-D-07 du 11 mars 2004 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la boulangerie dans le département de la Marne

Le Conseil a été saisi, en janvier 2002, par le ministre de l'Économie, de pratiques relevées dans le secteur de la boulangerie dans le département de la Marne. La saisine dénonçait des pratiques d'entente sur le prix de la baguette de 250 g entre les membres de cette profession et leur organisation professionnelle, durant la période qui a précédé le passage à l'euro.

La fixation par la Fédération départementale de la boulangerie et Boulangerie Pâtisserie de la Marne, de consignes d'augmentation du prix de la baguette

Les éléments du dossier et l'instruction ont mis en évidence que, lors de l'assemblée générale annuelle de la Fédération départementale du 23 avril 2001, le président avait clairement recommandé à ses adhérents d'appliquer une hausse forfaitaire et uniforme sur le prix de la baguette, mettant en avant l'augmentation à venir des charges liées à la réduction du temps de travail et le passage à l'euro.

Il a notamment fait valoir que la période du passage à l'euro (à compter du 1^{er} janvier 2002) ferait l'objet d'une vigilance toute particulière de la part des pouvoirs publics en matière de stabilité des prix. Expliquant qu'il serait, dans ces conditions, très difficile de procéder à des hausses pour couvrir les coûts supplémentaires engendrés par l'entrée en vigueur des 35 heures, il a insisté sur la nécessité d'anticiper la situation en procédant, dès le second semestre 2001, à un réajustement à la hausse du prix de la baguette pour le fixer à 4,90 francs (soit 0,75 euro).

Des consignes largement appliquées par les boulangers du département

Ces consignes de prix ont été activement relayées par l'action des délégués syndicaux (entretiens téléphoniques, visites) auprès de l'ensemble de la profession du département, notamment auprès des boulangers adhérents absents le jour de l'assemblée générale mais également auprès des boulangers non adhérents.

Les relevés de prix effectués en octobre 2001 par les services d'enquête de la DGCCRF sur un échantillon de 36 boulangers du département, montrent que la hausse préconisée a été suivie d'effet puisque près de 73 % des boulangers de l'échantillon ont strictement suivi les consignes en fixant le prix de la baguette à 4,90 francs. Cette augmentation a représenté pour la grande majorité d'entre eux, une hausse de 30 centimes de francs et est

généralement entrée en vigueur lors de la réouverture des magasins après les congés annuels d'été.

Des pratiques particulièrement graves ayant justifié le prononcé des sanctions

Le Conseil a estimé que ces pratiques étaient d'autant plus graves qu'elles ont eu pour effet de restreindre la concurrence sur le marché du produit le plus vendu dans les boulangeries. À cet égard, le Conseil de la concurrence relève que, consommé dans 94 % des familles françaises, le pain fait partie des repas quotidiens de 62 % des ménages, les Français mangeant en moyenne 160 grammes de pain par jour et par personne.

Par ailleurs, le Conseil a souligné qu'il était inadmissible qu'une organisation professionnelle, à qui la loi confie la mission de défendre les intérêts d'une profession, limite de manière délibérée la concurrence par les prix entre ses membres. En préconisant un prix uniforme de la baguette, la Fédération est en effet sortie de son rôle de défense de la profession et s'est livrée à une pratique dont l'objet était de faire obstacle au libre jeu du marché, chaque entreprise de boulangerie étant incitée à fixer le prix de la baguette selon le montant suggéré par la Fédération, au lieu de déterminer son prix librement et de façon autonome, en tenant compte de critères objectifs.

Le Conseil de la concurrence a fixé les sanctions en considération de la situation individuelle de chaque boulangerie et notamment en fonction du chiffre d'affaires et du nombre de baguettes annuellement vendues.

Il a ainsi infligé à la Fédération une amende de 15 000 €, et à 26 boulangers des amendes s'échelonnant de 300 à 5 700 €. Il a par ailleurs ordonné la publication du dispositif de la décision dans le journal régional « *l'Union* », aux frais de la Fédération et a transmis le dossier au procureur de la République du TGI de Châlons-en-Champagne pour d'éventuelles poursuites pénales.

Décision 04-D-10 du 1^{er} avril 2004 relative à des pratiques de la société UGC Ciné-Cité mises en œuvre dans le secteur de l'exploitation des salles de cinéma

Le Conseil de la concurrence a rappelé dans cette décision les principes régissant l'analyse des prix prédateurs, et par extension, celle de la pratique de prix abusivement bas. Il en a fait une application, s'agissant de la carte de cinéma « *UGC illimité* », dans une affaire pour laquelle la forme de l'abonnement rend la détermination des coûts plus délicate.

La plainte contre UGC

Le Conseil avait été saisi de la mise en place, à compter du 29 mars 2000, d'une carte d'abonnement annuel « *UGC illimité* » par la société UGC Ciné-Cité, filiale du premier groupe européen d'exploitation cinématographique et considérée comme puissante dans le secteur du cinéma. Cette carte se distingue des systèmes d'abonnement proposés jusque-là, en ce qu'elle

dissocie l'acte individuel d'achat d'abonnement de l'acte de consommation constitué par l'accès à une salle.

Les saisissants soutenaient que la formule d'abonnement illimité, telle que proposée par la société UGC Ciné-Cité, considérée comme dominante sur le secteur de l'exploitation des salles de cinéma, conduisait à la pratique d'un prix prédateur, prohibé par l'article L. 420-2 du Code de commerce ou, à tout le moins, d'un prix abusivement bas au sens de l'article L. 420-5 du même code.

Le raisonnement du Conseil de la concurrence

• L'absence d'une stratégie de prédation ou d'un effet d'éviction

Le Conseil a rappelé qu'une pratique de prédation s'inscrit dans une perspective temporelle comportant plusieurs phases : elle consiste à pratiquer des prix bas pendant un temps suffisamment long pour évincer (ou discipliner) les concurrents, dans le but de récupérer les pertes subies en pratiquant des prix élevés, une fois les concurrents sortis du marché.

Pour qu'une telle stratégie ait une chance d'être profitable, il faut :

- d'une part, que les concurrents ne puissent pas résister trop longtemps aux prix bas et décident de sortir assez vite du marché ;
- d'autre part, qu'il existe des barrières à l'entrée substantielles, de manière à ce que les prix élevés pratiqués dans le futur n'induisent pas le retour des concurrents évincés ou l'entrée de nouveaux opérateurs.

Ces conditions n'étaient pas réunies en l'espèce : le Conseil a tout d'abord relevé que les concurrents d'UGC disposant de réseaux comparables ont pu réagir rapidement en commercialisant des cartes de même type. Il a ensuite noté qu'UGC avait proposé aux exploitants indépendants soit de vendre la carte, soit de l'accepter à leurs guichets, ceci sans clause d'exclusivité, et que les établissements ayant passé de tels accords ont connu une progression sensible de leurs entrées. Le Conseil a enfin pris en compte l'évolution de la législation qui, en soumettant les formules d'abonnement à la condition d'ouverture à certains concurrents situés dans la même zone de chalandise, avait pour objet de prévenir les effets d'éviction et dissuadait une pratique de prédation. Le Conseil en a conclu que la commercialisation de cartes d'abonnement illimité ne traduisait pas l'existence « *d'un plan destiné à éliminer un concurrent* ».

Le Conseil n'a pas constaté d'effet d'éviction, les éléments du dossier n'établissant pas que le nombre d'entrées réalisées par la carte illimitée correspondait à une perte d'entrées pour les salles indépendantes, le dispositif d'abonnement ayant en partie créé sa propre demande à travers une augmentation de la fréquentation globale des titulaires des cartes.

• Le tarif non prédateur de la carte « UGC illimité »

Les principes du raisonnement tarifaire

S'agissant des prix et des coûts à prendre en compte, le Conseil de la concurrence a rappelé la position qu'il avait prise dans sa décision n° 00-MC-13 du 25 juillet 2000 relative à la carte « *UGC illimité* », selon laquelle l'appréciation du prix d'une offre de prestation de services à caractère illimité au regard du critère matériel du prix prédateur doit s'opérer non en fonction d'un *quantum*

de consommation virtuellement illimité mais en fonction de la consommation effective moyenne (constatée *ex post* ou évaluée à partir des comportements connus des consommateurs) des clients ayant accepté cette offre, c'est-à-dire en l'espèce l'ensemble des titulaires des cartes d'abonnement illimité.

Les coûts pris en compte

Parmi les coûts d'exploitation d'une salle de cinéma, les coûts fixes, indépendants du nombre d'entrées, ne devaient pas être pris en compte, car le raisonnement tendant à démontrer la prédation se base sur l'examen des coûts variables, qui varient en fonction du nombre d'entrées réalisées. Pour les ventes de places à l'unité, ces coûts sont proportionnels à la valeur faciale du billet. Mais le paiement par le spectateur d'un abonnement pour un nombre non défini de séances remet en cause ce mécanisme.

Sur la base d'un prix de référence du billet fixé par le Centre national de la cinématographie (CNC) à 33 F et jugé raisonnable par les acteurs du secteur, le Conseil a considéré, que tant que le prix du billet vendu par l'intermédiaire d'un abonnement illimité était supérieur à 20 F, les coûts variables étaient couverts.

Les prix de référence

Le Conseil a estimé que le « *prix moyen* » d'une entrée en salle achetée par le système de l'abonnement illimité était égal au prix de l'abonnement annuel divisé par la moyenne des consommations annuelles des titulaires de carte. Pour déterminer ce prix, le Conseil s'est appuyé sur les éléments statistiques concordants du rapport d'enquête de la DGCCRF et d'une étude du CNC et a retenu une fréquentation moyenne de 46 entrées/an, soit environ 0,9 entrée par carte et par semaine.

Sur la période étudiée, pour une fréquentation de 46 entrées par abonnement, le prix moyen de la place a varié, en fonction de la variation du prix annuel de l'abonnement, entre 25,60 F et 32,50 F. Ces prix étaient très sensiblement supérieurs au total des coûts variables par billet, égal au plus à 20 F. Dans tous les cas, la marge sur coûts variables dégagée par l'abonnement était de l'ordre de 25 % à 50 %, et donc largement positive.

Le Conseil en a conclu que la prédation n'était pas établie ; la pratique de prix abusivement bas ne l'était ainsi pas non plus.

Décision 04-D-13 du 8 avril 2004, relative à des pratiques mises en œuvre par la Société des caves et des producteurs réunis de Roquefort dans le secteur des fromages à pâte persillée

Saisi par le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, en décembre 2000, le Conseil de la concurrence a sanctionné la Société des caves et des producteurs réunis de Roquefort (Groupe Société) pour avoir conclu entre 1995 et 1998, avec plusieurs des principales enseignes de la grande distribution, des accords commerciaux conduisant à un approvisionnement exclusif ou quasi exclusif de ces enseignes auprès du groupe Société, en contrepartie de remises globales sur le chiffre d'affaires facturé.

La position dominante du groupe Société sur le marché du roquefort

Le Conseil de la concurrence a constaté que, sur le marché du roquefort, le groupe Société se trouvait en position dominante avec 70 % de parts de marché en 1997. Le groupe Société était le premier producteur de fromages de brebis en France et possède les marques « *Roquefort Société* », « *Rigal* », « *Maria Grimal* », « *Baragnaudes* », « *Templiers* ». Les ventes réalisées par ce groupe en grande et moyenne surface (GMS) sont largement majoritaires et représentaient, en 1997, 85 % de ses ventes totales de roquefort.

Des accords d'exclusivité négociés avec les grandes enseignes de la distribution dans le but d'évincer les concurrents

Les éléments au dossier et l'instruction ont mis en évidence que la Société des caves et des producteurs réunis de Roquefort avait passé, entre 1995 et 1998, avec les distributeurs Promodes, Carrefour, Casino, Comptoirs modernes (enseigne STOC), les centrales d'achat Systeme U et Francap, ainsi que la centrale de référencement Loceda (enseignes Cora, Match, Catteau et Coop d'Alsace), des accords commerciaux visant à obtenir ou à renforcer un approvisionnement exclusif pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins en roquefort.

Ces accords consistaient, notamment, à accorder des remises globales sur le chiffre d'affaires, soit pour obtenir une exclusivité d'approvisionnement, soit pour obtenir le référencement d'une gamme de produits du groupe Société dont l'étendue conduisait à saturer le plan d'assortiment des distributeurs et aboutissait ainsi à une exclusivité de fait. Ces pratiques commerciales ont provoqué l'éviction de certains concurrents tels que Alric (roquefort Papillon) et Coulet, déréférencés en 1997 et 1998, par certains distributeurs, au profit du groupe Société.

Pour qualifier ces pratiques et les sanctionner, le Conseil de la concurrence a considéré que les linéaires des grandes surfaces constituaient une ressource rare dont l'accès fait l'objet d'une forte compétition entre producteurs et que toute pratique qui restreint de manière illicite la concurrence sur ces linéaires, prive le consommateur final de la possibilité d'accéder aux produits qui n'y ont pas trouvé leur place.

Le fait d'être en position dominante sur un marché n'est pas en soi anticoncurrentiel. En revanche, les pratiques commerciales consistant, pour une entreprise en position dominante, à accorder aux acheteurs des rabais fidéliants, afin de restreindre leur possibilité de choisir leurs fournisseurs et les inciter à s'approvisionner pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins, exclusivement auprès d'elle, sont anticoncurrentielles.

Des pratiques graves justifiant des sanctions élevées

Les pratiques de la Société des caves sont particulièrement graves du fait de leur durée (quatre ans) et de par leur objet, manifestement anticoncurrentiel, puisqu'elles visaient à empêcher ou à restreindre l'accès de concurrents à la distribution en grande et moyenne surface – notamment en libre service – circuit principal de commercialisation du roquefort depuis 1994. Elles sont d'autant plus répréhensibles qu'elles émanent d'une société en position

dominante bénéficiant de fortes barrières à l'entrée, notamment du fait de la réglementation liée à l'appellation d'origine contrôlée (A.O.C.).

Une sanction de 5 millions d'euros a été infligée à la Société des caves et des producteurs réunis de Roquefort, filiale du Groupe Société, lui-même détenu par le groupe Lactalis.

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

Saisi par la société More group France, le Conseil de la concurrence a sanctionné le groupe Decaux pour abus de position dominante et lui a infligé une sanction de 700 000 euros.

Le marché de la fourniture de mobilier urbain aux collectivités

Les collectivités publiques ont besoin d'installer des équipements afin d'assurer la protection des usagers de transports en commun contre les intempéries et d'afficher de l'information municipale et locale. À cette fin, elles font appel à des entreprises qui installent et entretiennent ces équipements, le plus souvent gratuitement. En contrepartie, ces entreprises obtiennent l'autorisation d'exploiter à titre exclusif une partie des surfaces offertes par le mobilier à des fins publicitaires. Les principaux mobiliers publicitaires sont les abribus et les panneaux d'information permettant l'affichage de publicités et d'informations non publicitaires (plans de ville, manifestations culturelles, etc.).

À l'époque des faits reprochés (1998), le groupe Decaux détenait près de 80 % de ce marché avec une forte implantation sur l'ensemble du territoire national et une présence dans la quasi-totalité des grandes villes (96 % des agglomérations de plus de 100 000 habitants). Les 20 % restants étaient détenus par les sociétés Sirrocco, Adshel (détenue par la société More group France) et Dauphin mobilier urbain.

Les faits reprochés

La société More group France se plaignait du fait, qu'après avoir obtenu en juillet 1997, suite à un appel d'offres public, le marché de fourniture de mobilier urbain publicitaire de la ville de Rennes, précédemment exploité par la société JC Decaux, le groupe Decaux avait abusé de sa position dominante sur le marché de la fourniture de mobilier urbain en l'empêchant de valoriser commercialement le marché qu'elle venait de remporter.

Les éléments au dossier et l'instruction ont en effet montré que le groupe Decaux avait mis en œuvre un certain nombre de pratiques dilatoires dont l'objet était, d'une part, de retarder le changement effectif de prestataire sur la ville de Rennes et, d'autre part, à plus long terme, de décourager les collectivités locales d'envisager l'attribution du marché à un autre prestataire que lui, lors du renouvellement des contrats d'exploitation de mobiliers urbains arrivant à échéance et de dissuader ses concurrents de répondre aux appels d'offres lancés par ces collectivités.

Il a plus particulièrement été reproché à Decaux d'avoir :

- contesté indûment les dates d'échéance des contrats de mobilier urbain conclus avec la ville de Rennes et réclamé à ce titre des indemnités importantes ;
- agité la menace d'un démontage total et immédiat des 577 abribus de la ville en plein hiver (solution défavorable au bien-être des administrés de la ville) pour obtenir le démontage tardif de ses autres matériels, notamment ses panneaux publicitaires en grand format ;
- refusé de coopérer avec le nouveau titulaire pour faciliter la coordination du remplacement des abribus et refusé de remettre en état les sols après la dépose du matériel ;
- maintenu son mobilier et en avoir poursuivi l'exploitation commerciale au-delà de l'échéance du contrat, retardant de plusieurs mois la possibilité pour la société More group France d'en percevoir les recettes correspondantes ;
- offert à titre gracieux, à un certain nombre de grands annonceurs, l'affichage de campagnes publicitaires à Rennes en grand format, venant en cela entraver les débuts de commercialisation par la société More group France des espaces publicitaires sur le mobilier urbain de la ville ;
- mis en place des tarifs discriminatoires, uniquement sur la ville de Rennes, pour dissuader les annonceurs de traiter avec son concurrent More group France.

Gravité des pratiques

48

Compte tenu de la situation de quasi-monopole de Decaux dans les villes comparables à Rennes, le Conseil a considéré que ces pratiques avaient eu un caractère exemplaire, de nature à dissuader les autres collectivités locales de changer à leur tour de fournisseur, en leur signalant qu'il n'est pas sans risque de rompre avec le groupe Decaux.

Le Conseil a par ailleurs relevé que le comportement d'obstruction du groupe Decaux sur la ville de Rennes avait également pour but de signifier à ses concurrents qu'il ne suffit pas de se montrer plus méritant lors d'un appel d'offres pour pouvoir effectivement exploiter commercialement le marché conquis.

Ce comportement a contribué à ce que le groupe Decaux maintienne sa position quasi monopolistique sur le marché national du mobilier urbain publicitaire.

Décision 04-D-54 du 9 novembre 2004, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Apple Computer, Inc. dans les secteurs du téléchargement de musique sur internet et des baladeurs numériques

Saisi en juin 2004 d'une plainte de la société VirginMega à l'encontre de pratiques mises en œuvre par la société Apple Computer France et d'une demande de mesure conservatoire, le Conseil a considéré qu'en l'état actuel du dossier, il n'y avait pas d'éléments suffisamment probants de l'existence de pratiques contraires au droit de la concurrence.

Il a par conséquent rejeté la saisine ainsi que la demande de mesure conservatoire qui lui était associée.

La plainte de VirginMega

VirginMega, filiale du groupe Lagardère, propose une plate-forme de téléchargement de musique sur internet.

Les consommateurs qui téléchargent des titres musicaux sur la plate-forme VirginMega ne peuvent les transférer directement sur les baladeurs numériques *iPod*, fabriqués et commercialisés par Apple. Cette impossibilité de transfert direct provient de l'incompatibilité entre les dispositifs de gestion des droits numériques (Digital Rights Manager ou DRM) utilisés par la plate-forme VirginMega et les baladeurs *iPod*.

VirginMega utilise en effet le DRM de Microsoft alors que l'*iPod* n'est compatible qu'avec le DRM propriétaire d'Apple, *FairPlay*. VirginMega a demandé à Apple une licence de manière à pouvoir intégrer à sa plate-forme le DRM *FairPlay*, moyennant le paiement d'une redevance mais s'est vu opposer un refus.

VirginMega estime que l'accès au DRM *FairPlay* est indispensable à l'exercice de l'activité d'opérateur de musique en ligne, que *FairPlay* est une ressource essentielle et que le refus d'accès de la part d'un opérateur dominant sur le marché connexe des baladeurs numériques sécurisés à disque dur constitue un abus.

Le caractère indispensable de l'accès au DRM FairPlay d'Apple n'est pas établi

Le Conseil de la concurrence, sans méconnaître les inconvénients, pour les consommateurs, liés à l'absence de compatibilité entre logiciels et matériels, a relevé que des situations de ce type sont récurrentes dans les secteurs liés aux technologies de l'information, où les innovations se succèdent à un rythme élevé. Ces ajustements des marchés aux innovations ne révèlent pas nécessairement des atteintes au droit de la concurrence.

Il a rappelé que, pour qu'un abus de domination puisse être caractérisé, selon la jurisprudence, sur le fondement d'un refus d'accès à une ressource essentielle, il faut notamment que l'accès à celle-ci soit indispensable. Or, en l'espèce, le caractère indispensable de l'accès au DRM d'Apple n'apparaissait pas établi pour trois raisons :

- le transfert sur baladeur ne constitue qu'un usage minoritaire parmi les usages actuels de la musique téléchargée : l'écoute sur l'ordinateur, le stockage et la gestion de la musique sur l'ordinateur (notamment création de compilations personnelles et la gravure de CD) sont majoritaires aujourd'hui, loin devant le transfert sur baladeur numérique ;
- il existe une solution de contournement simple, peu coûteuse et très courante, en cas d'incompatibilité des DRM : la gravure sur CD ;
- de nombreux baladeurs numériques, avec et sans disque dur, sécurisés avec le DRM de Microsoft et compatibles avec la plate-forme VirginMega sont apparus récemment en France.

Un risque d'élimination de la concurrence très réduit compte tenu du fort dynamisme du marché

Le Conseil de la concurrence a constaté que le marché du téléchargement de musique en ligne est en plein essor et que la concurrence sur le marché est

très dynamique, tant en France que dans les autres pays européens et aux États-Unis.

En France, la concurrence entre les six acteurs présents est déjà très intense, notamment au niveau des prix, les marges étant extrêmement réduites (de l'ordre de quelques centimes d'euro par titre). Deux opérateurs majeurs entrent aujourd'hui sur le marché (Sony Connect et Fnacmusic) et il existe de nombreux concurrents potentiels.

Le lien de causalité entre la position éventuellement dominante d'Apple sur le marché des baladeurs à disque dur et la situation de la concurrence sur le marché du téléchargement n'est pas établi

Le Conseil a souligné que de multiples modèles de baladeurs, avec ou sans disque dur, intégrant le DRM de Microsoft et compatibles avec la plate-forme VirginMega, apparaissent sur le marché français.

Au surplus, les baladeurs à disque dur ne représentent pas la majorité des ventes de baladeurs numériques. Ils sont et resteront longtemps dominés par les baladeurs *flash*, qui peuvent également intégrer le DRM de Microsoft (plusieurs modèles sécurisés sont déjà disponibles en France).

Le rejet de la saisine au fond et de la demande de mesure conservatoire

Pour ces raisons, le Conseil a considéré qu'en l'état actuel du dossier, il ne pouvait utilement poursuivre une instruction tendant à démontrer l'existence d'un refus d'accès abusif à une facilité essentielle.

Il a rappelé toutefois qu'un rejet pour défaut d'éléments suffisamment probants ne faisait pas obstacle à ce que les entreprises du secteur, dans le cas où elles disposeraient d'éléments nouveaux provenant de l'observation ultérieure du marché, puissent à nouveau saisir utilement le Conseil.

Décision 04-D-65 du 30 novembre 2004, relative à des pratiques mises en œuvre par La Poste dans le cadre de son contrat commercial

Les pratiques en cause

Saisi par le ministre de l'Économie, le Conseil de la concurrence avait rendu, le 10 avril 2001, un avis dans lequel il attirait l'attention de La Poste sur le caractère anticoncurrentiel de certaines remises contenues dans ses contrats commerciaux destinés aux « *grands comptes* ».

Le 1^{er} juillet 2002, estimant que La Poste n'avait pas pris en compte l'intégralité de ses préconisations, le Conseil de la concurrence s'est saisi d'office de la situation de ces contrats. Il a rendu, le 30 novembre 2004, une décision de fond sur ce dossier.

Dans cette décision, il constate que si La Poste a modifié une partie de ses contrats commerciaux dès le 1^{er} janvier 2002, le secteur de la vente par correspondance (VPC), qui représente un volume très important d'activité, a continué de bénéficier de remises de couplage et de remises de fidélité jusqu'au 1^{er} janvier 2003. Conformément à la jurisprudence, il qualifie ces

pratiques d'abus de position dominante, prohibés par le droit national et européen de la concurrence.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi NRE (16 mai 2001), le Conseil de la concurrence peut, en fonction des engagements pris pour l'avenir par une entreprise à laquelle des griefs ont été notifiés et qui ne conteste pas leur réalité, réduire la sanction encourue : c'est la procédure dite de « *transaction* », prévue au II de l'article L. 464-2 du Code de commerce ⁴, qui a été appliquée en l'espèce à La Poste.

La Poste n'ayant pas souhaité contester les griefs qui lui avaient été notifiés, le Conseil a pris acte de ses engagements pour l'avenir et, en contrepartie, a décidé de lui accorder une réduction de 90 % de la sanction encourue.

Des engagements substantiels, crédibles et vérifiables de la part de La Poste

La Poste a souscrit les engagements suivants :

- pour les produits sous monopole, ne pas pratiquer de remises qui traiteraient de façon discriminatoire des clients exerçant leur activité sur le même marché ;
- pour les produits ou services en concurrence et pour lesquels La Poste serait en position dominante, ne pas pratiquer de remises de couplage dont l'assiette serait constituée par le chiffre d'affaires additionné de deux ou plusieurs prestations appartenant à des marchés distincts, ainsi que de remises de fidélité (remises de développement) assises sur la progression du chiffre d'affaires des bénéficiaires ;
- adapter, dans les meilleurs délais et au plus tard dans un délai de douze mois, ses dispositifs commerciaux à chaque modification du périmètre de son secteur réservé, notamment pour éliminer tout risque de couplage tarifaire entre les activités en concurrence et celles du secteur réservé ;
- informer, à l'occasion de la décision prise par le Conseil, l'ensemble des responsables commerciaux et territoriaux des termes et de l'importance de ces engagements et leur rappeler périodiquement ces dispositions dans le cadre de la formation interne.

L'acceptation d'engagements : un outil à la disposition du Conseil de la concurrence

Le prononcé de sanctions et l'acceptation d'engagements pris par les entreprises sont, pour le Conseil de la concurrence, deux outils qui, s'ils ne relèvent pas des mêmes situations économiques et n'ont pas les mêmes effets, répondent au même objectif de rétablissement et de maintien pour l'avenir d'une situation normale de concurrence. Dans le premier cas, des sanctions significatives dissuadent l'entreprise d'éventuellement réitérer et, dans le second, les engagements préfigurent une modification substantielle et crédible des comportements de l'entreprise et l'abandon de ses pratiques anti-concurrentielles.

4. Devenu III de l'article L. 464-2 dans la nouvelle rédaction issue de l'ordonnance 2004-1173 du 4 novembre 2004.

Dans certaines situations de marché, les engagements pris par une entreprise en position dominante peuvent avoir, pour les règles du jeu concurrentiel, une plus grande efficacité que les sanctions, en particulier si ces engagements traduisent une modification substantielle des pratiques de cette entreprise et si les autorités de concurrence sont en mesure d'en vérifier l'application effective.

Une sanction réduite de 90 %

Le Conseil de la concurrence a considéré que les engagements pris par La Poste étaient substantiels, crédibles et vérifiables et qu'ils apportaient une modification satisfaisante des comportements qui avaient été à l'origine de sa saisine d'office du 1^{er} juillet 2002. Il a de plus constaté que la situation du secteur de la VPC avait été régularisée dès 2003.

Il a pris acte des engagements souscrits par La Poste et lui a enjoint de les respecter en tous points. En contrepartie, il a décidé d'accorder à La Poste une réduction de 90 % de la sanction pécuniaire qu'il lui aurait normalement infligée en procédure contentieuse ordinaire. La sanction est ainsi passée de 6 M€ à 600 000 €.

Décision 04-D-79 du 23 décembre 2004, relative à des pratiques mises en œuvre par la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée (RDPEV)

À l'issue d'une procédure ouverte en 2001 par une plainte de la société VIIV (Vedettes inter-îles vendéennes), à l'encontre de pratiques tarifaires mises en œuvre par la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée (devenue depuis la Compagnie Yeu continent), le Conseil a rendu une décision, constatant qu'il n'était pas établi que ces pratiques soient anticoncurrentielles.

Les pratiques dénoncées

La Régie départementale assure, avec deux ferries et une vedette, une liaison maritime régulière entre La Fromentine et l'île d'Yeu.

La société VIIV, qui exploite pendant la saison estivale un service de vedette rapide entre deux ports de Vendée et l'île d'Yeu, accusait la Régie départementale d'avoir fixé le prix des passages sur sa vedette « *L'Amporelle* » à des niveaux très bas, inférieurs à ses coûts de revient réels.

Elle faisait valoir le fait qu'une entreprise, chargée d'une mission de service public, qui utilise sa position dominante pour fausser le jeu de la concurrence sur un marché concurrentiel, en pratiquant des prix prédateurs, contrevient aux dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce, qui prohibe les abus de position dominante.

Un marché saisonnier

Le Conseil a noté que la Régie était la seule à exploiter des ferries sur la liaison île d'Yeu-continent et donc à offrir le transport des véhicules et des marchandises encombrantes.

Il a également constaté qu'elle était, pendant la période hivernale, la seule à assurer le transport de voyageurs sur cette ligne, conformément à la mission de service public dont elle est chargée.

L'île d'Yeu étant une destination d'excursion recherchée en été, la Régie se trouve en revanche en période estivale (d'avril à septembre), en concurrence avec plusieurs autres compagnies qui offrent des services de transport de voyageurs en vedette rapide.

Les tarifs de l'Amporelle ne sont pas anticoncurrentiels

Pour évaluer si des tarifs sont « prédateurs », il faut comparer ceux-ci aux coûts de l'entreprise.

Se fondant sur la jurisprudence communautaire (COMP/35 141 – Deutsche Post), le Conseil a considéré qu'en l'espèce, les coûts à prendre en compte pour effectuer ce calcul, devaient se limiter aux seuls coûts « *incrémentaux* », c'est-à-dire ceux que la Régie ne supporterait pas si elle n'exerçait pas d'activité concurrentielle.

Le Conseil a donc considéré qu'il fallait :

- se limiter strictement aux coûts liés à l'exploitation de l'Amporelle pendant la période estivale, seule période durant laquelle la Régie exerce une activité concurrentielle ;
- exclure les coûts fixes liés à l'achat de la vedette et auxquels la Régie est de toute façon obligée de faire face pour assurer sa mission de service public, que l'Amporelle reste à quai en été ou intervienne sur le marché concurrentiel.

Il ressort finalement de ce calcul que les coûts spécifiquement générés par les traversées de la vedette rapide l'Amporelle entre les mois d'avril à septembre sont couverts par les tarifs pratiqués par la Régie. Il n'est donc pas établi que la Régie a abusé de sa position dominante et tenté d'évincer ses concurrents.

Le Conseil a précisé que cette analyse reposait uniquement sur une stricte appréciation de conformité au droit de la concurrence et ne préjugait, ni des conditions d'efficacité économique dans lesquelles la mission de service public est exercée par la Régie (notamment le choix de la taille des navires), ni du montant de la subvention attribuée par le département en compensation de ses charges de service public, appréciation qui ne relève pas de sa compétence.

Décision 04-MC-02 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Bouygues Télécom Caraïbe à l'encontre de pratiques mises en œuvre par les sociétés Orange Caraïbe et France Télécom

Le Conseil de la concurrence a été saisi, le 9 juillet 2004, d'une plainte de l'opérateur de téléphonie mobile, Bouygues Télécom Caraïbe. Ce dernier estimait que les sociétés Orange Caraïbe et France Télécom abusaient de leur position dominante dans le secteur de la téléphonie mobile ou de la téléphonie fixe et mettaient en œuvre des pratiques anticoncurrentielles dans les départements de Martinique, Guadeloupe et Guyane.

Estimant que les pratiques étaient de nature à provoquer une atteinte grave et immédiate au secteur et au consommateur, le Conseil de la concurrence a prononcé des mesures conservatoires et a décidé de poursuivre l'instruction du dossier au fond.

Le marché de la téléphonie mobile dans les Caraïbes : un marché mature caractérisé par un duopole asymétrique

Sur l'ensemble des trois départements des Caraïbes, les deux opérateurs principaux sont Orange Caraïbe et Bouygues Télécom Caraïbe. Au 30 juin 2004, la part de marché d'Orange Caraïbe était de 82,5 % contre 17,4 % pour Bouygues Télécom Caraïbe.

Le Conseil a relevé que la position de marché d'Orange Caraïbe était forte, celui-ci ayant commencé la commercialisation de ses services dans les Caraïbes dès septembre 1996, soit plus de quatre ans avant Bouygues Télécom Caraïbe. Par ailleurs, il a souligné que le marché de la téléphonie mobile dans les Caraïbes pouvait être qualifié de mature, s'agissant d'un marché de renouvellement où le taux d'équipement ne progresse plus. Cette situation rend le marché particulièrement vulnérable aux pratiques d'éviction, de discrimination, de verrouillage ou de fidélisation abusive de la clientèle.

Les pratiques en cause

Dans sa saisine, Bouygues Télécom Caraïbe dénonçait un certain nombre de pratiques d'éviction de la part d'Orange Caraïbe et de France Télécom, qui se seraient traduites par un accroissement de ses difficultés financières.

• Le verrouillage du réseau de distribution par la mise en place de contrats d'exclusivité avec les distributeurs indépendants

Orange Caraïbe avait conclu avec un nombre important de distributeurs indépendants (110 points de vente) des contrats d'exclusivité les obligeant à distribuer uniquement ses produits et services, à l'exclusion de ceux de Bouygues Télécom Caraïbe, pendant toute la durée du contrat et pendant deux ans encore après la fin de celui-ci.

Compte tenu de l'étroitesse du marché géographique considéré et de la faible rotation des baux des points de vente de premier choix, le Conseil a considéré que ces restrictions à la liberté des distributeurs étaient susceptibles de donner un avantage déterminant à Orange Caraïbe en limitant l'accès de Bouygues Caraïbe au marché de la distribution. En outre, ces pratiques gênaient les consommateurs qui ne pouvaient, de façon simple, comparer, sur un même lieu de vente, les produits offerts par les deux opérateurs.

Le Conseil a estimé que les effets anticoncurrentiels de ces pratiques semblaient, en l'état de l'instruction, d'autant plus probables que l'obligation de non-concurrence était imposée par un opérateur bénéficiant d'un fort pouvoir de marché à l'encontre d'un unique concurrent de taille beaucoup plus réduite.

• L'exclusivité imposée à la société Cétélec Caraïbe

Cétélec Caraïbe est le seul réparateur de téléphones mobiles dans les Caraïbes qui soit agréé par les constructeurs. Le contrat qu'Orange Caraïbe avait

conclu avec cette entreprise contenait une clause d'exclusivité. Ne pouvant de ce fait utiliser les services de Cétélec, Bouygues Télécom Caraïbe se trouvait dans l'obligation de renvoyer en métropole les téléphones défectueux, ce qui avait pour conséquence d'allonger le temps et de renchérir le coût des réparations. L'exclusivité accordée à Orange Caraïbe conduisait donc à renchérir artificiellement les coûts de son concurrent.

• L'effet de club engendré par la discrimination tarifaire entre les appels *on net* et les appels *off net*

Orange Caraïbe avait mis en place une différenciation tarifaire entre les appels *on net* (appels passés à l'intérieur de son réseau) et les appels *off net* (appels émis d'un abonné Orange à destination d'un abonné Bouygues).

Cette « *surtarification* » des appels *off net* avait pour effet de donner au réseau Bouygues l'image défavorable d'un réseau cher et incitait les consommateurs pouvant coordonner leur choix (membres d'une même famille, d'un groupe, d'une entreprise...) à concentrer leurs abonnements sur un seul réseau, le plus grand des deux (en l'espèce, Orange).

C'est ce qu'on appelle « *l'effet club* ». Le Conseil a souligné à cet égard que l'impact anticoncurrentiel de « *l'effet club* » était dû, non à la taille absolue des deux réseaux en cause, mais à l'écart existant entre ces tailles, le plus grand des parcs détenant une part de marché de plus de 82 %.

• Les pratiques de fidélisation

Orange Caraïbe avait enfin mis en œuvre différents programmes visant à fidéliser sa clientèle : crédits de communications pour les détenteurs de cartes prépayées, bonus anniversaire, programme « *Changez de mobile* ».

Le programme « *Changez de mobile* » permettait à ses abonnés de cumuler des points de fidélité à chaque facture en fonction notamment du montant de celles-ci. L'utilisation de ces points pour acheter un nouveau portable à un tarif préférentiel était subordonnée à un réengagement de l'abonné de 24 mois auprès d'Orange Caraïbe.

Le Conseil de la concurrence a souligné que ces offres pouvaient entraîner une cristallisation des parts de marché, car elles dissuadaient la migration de la clientèle.

Le caractère grave et immédiat de l'atteinte à la situation de l'entreprise plaignante, ou à celle du secteur ou à celle des consommateurs

Le Conseil de la concurrence a considéré que la situation était de nature à empêcher l'opérateur Bouygues Caraïbe d'exercer une pression concurrentielle normale sur son concurrent Orange Caraïbe et que cet état de fait constituait une atteinte grave et immédiate à la situation de l'entreprise plaignante, et en outre au secteur et aux consommateurs.

Il a souligné, que si les pratiques de fidélisation existaient aussi en métropole, elles produisaient, dans les Caraïbes, des effets particuliers, compte tenu de la structure très spécifique de ce marché géographique où la concurrence oppose deux opérateurs dotés de parts de marché très asymétriques (82 % et 18 % respectivement).

Les mesures conservatoires prononcées

Le Conseil a enjoint à Orange Caraïbe :

- de supprimer dans tous les contrats, en cours ou à venir, conclus avec ses distributeurs indépendants les obligations d'exclusivité liant ces derniers ;
- de supprimer l'ensemble des obligations d'exclusivité qu'elle impose à Cétélec Caraïbes ;
- de faire en sorte que, pour toutes les offres comportant des tarifs différents pour les communications *on net*, d'une part, et *off net*, d'autre part, l'écart entre ces tarifs *on net* et *off net* ne dépasse pas l'écart entre les coûts que Orange Caraïbe supporte pour l'acheminement de ces deux types de communications ;
- de permettre à l'ensemble de ses clients d'utiliser les points de fidélité qu'ils ont acquis ou dont ils pourraient faire l'acquisition, pour bénéficier d'une réduction de prix sur l'ensemble des produits et services qu'elle propose.

■ **Activité communautaire et internationale**

Europe

56

Un sujet d'actualité communautaire : le projet de modernisation de l'article 82 CE

Depuis plus de cinq années, la Commission européenne s'est engagée dans une « *modernisation du droit européen de la concurrence* ». Cette modernisation, qui s'est traduite notamment par une plus grande prise en compte des critères économiques dans le processus de décision, a touché toutes les branches du droit communautaire de la concurrence.

Dans un premier temps, le contrôle des ententes verticales et horizontales a été revu : de nouveaux règlements d'exemption par catégorie et des lignes directrices mettant au premier plan les notions de pouvoir de marché et de restrictions caractérisées ont été adoptés.

Une étape décisive a été marquée par l'adoption par le Conseil le 16 décembre 2002 du règlement 1/2003 relatif à la mise en œuvre des articles 81 et 82 CE.

Le contrôle des concentrations a fait lui aussi l'objet d'une profonde réforme, laquelle a conduit à une modification des critères d'examen au fond des opérations, substituant au test de domination traditionnellement utilisé par la Commission, un test plus large, celui de « *diminution substantielle de la concurrence* » plus proche de l'esprit de l'analyse économique qui doit être menée pour évaluer les effets d'une concentration sur le marché.

La modernisation est en cours également, s'agissant du contrôle des aides d'État.

Un seul volet du droit de la concurrence n'avait pas encore été touché par ce large programme de modernisation, le contrôle des abus de position

dominante. Depuis la fin de l'année 2004, à l'initiative de la Commission européenne, des groupes de travail réfléchissent aux évolutions possibles dans ce domaine.

En matière d'abus de position dominante, comme dans le domaine des concentrations, les autorités communautaires font parfois l'objet de critiques sur la mise en application des règles de concurrence jugée trop juridique ou trop mécanique et ne prenant pas suffisamment en considération les réalités économiques.

En effet, sous l'impulsion de la doctrine de certains économistes, le débat a été initié en contrôle des concentrations et a été renforcé par les annulations, par le tribunal de première instance en 2002, de trois décisions de la Commission d'interdiction de concentrations. Il s'est étendu au processus décisionnel en matière d'abus de position dominante.

Les principales critiques portent sur l'utilisation trop fréquente de règles *per se* au détriment d'une analyse prenant en compte les effets de la pratique en cause sur le marché.

Relayant les théories outre-atlantique de l'École de Chicago, certains économistes estiment qu'une condamnation pour pratique prédatrice requiert au préalable de la part des autorités de concurrence, non seulement une recherche de l'impact réel du comportement litigieux, mais également la prise en compte de la stratégie de l'entreprise auteur de la pratique.

De la même façon, s'agissant de l'appréciation des pratiques de remises de fidélité et de ventes liées, le débat porte sur la nécessité de prendre en compte les gains d'efficacité.

Enfin, de vives controverses existent autour du concept de « *concurrence par les mérites* » utilisé par le juge communautaire. Selon certains auteurs, cette notion mériterait de recevoir une définition précise afin d'assurer aux entreprises une plus grande sécurité juridique.

Ces débats sur la mise en œuvre de l'article 82 revêtent d'autant plus d'importance que, depuis le 1^{er} mai 2004, les autorités de concurrence des 25 États membres ainsi que les juridictions sont tenues d'appliquer les dispositions *antitrust* communautaires et d'en faire une application cohérente pour les besoins de laquelle a été mis en place un réseau des autorités et des juridictions de concurrence. En outre, s'agissant des ententes et des abus de position dominante, les autorités et les juridictions ne peuvent traiter une pratique entrant dans le champ des articles 81 ou 82 CE de manière différente en application de leur droit national.

Dès lors, la Commission a considéré qu'il était utile, comme cela a été fait en matière d'entente, de réfléchir à la possibilité de déterminer des lignes directrices communes pour assurer une application convergente de l'infraction d'abus de position dominante.

Pour mener à bien cette réforme, la Commission a souhaité que plusieurs types d'acteurs mènent une réflexion de fond sur ce que devrait être une mise en œuvre de l'article 82 « *in line with sound economic thinking* ».

Dans un premier temps, elle a suscité la formation d'un groupe d'experts économistes, l'*Economic Advisory Group for Competition Policy* (EAGCP),

auquel participe le chef économiste de la DG concurrence. Ce groupe d'experts a notamment pour mission de faire le point sur les débats économiques actuels concernant l'abus de position dominante et de proposer sa vision de la manière dont il convient de traiter cette pratique.

Parallèlement, un groupe de travail comprenant des représentants des autorités de concurrence des États membres s'est constitué pour réfléchir à la possibilité d'élaborer un guide d'analyse pour l'application de l'article 82. Dans un premier temps, ce groupe est chargé d'établir un inventaire de la manière dont les autorités et les juridictions des États membres mettent en œuvre les dispositions prohibant les abus de position dominante en application de leur droit national. À partir de cet état des lieux, des approches et des tendances convergentes pourront être dégagées.

Les travaux des différents groupes de travail ont débuté il y a quelques mois. Aussi est-il encore trop tôt pour avoir une idée précise des résultats des réflexions entreprises.

Le défi est certainement de réussir à mieux concilier l'approche juridique et les concepts économiques ; cet exercice passe sans doute par la détermination de lignes directrices méthodologiques applicables par toutes les autorités saisies d'une pratique d'abus de position dominante ; des grilles de lecture par type de pratique (prédation, ventes liées, remises...) permettraient aux autorités de concurrence de disposer d'un guide d'analyse et garantiraient plus de lisibilité juridique aux entreprises qui disposent d'un pouvoir de marché.

La difficulté sera de définir le niveau de standard de preuves requis pour chacun des critères et de déterminer sur qui repose la charge de la preuve (l'entreprise ou l'autorité de concurrence) ; à cet égard, il conviendra de veiller à ce que les autorités de concurrence soient toujours à même de se prononcer sur le comportement d'une entreprise en position dominante et le cas échéant, le faire cesser dans un délai utile.

L'activité communautaire du Conseil

L'année 2004 restera certainement l'une des années les plus importantes dans l'activité communautaire du Conseil de la concurrence. En effet, cette année a été marquée par l'entrée en vigueur du règlement n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE et plus généralement du « *paquet modernisation* » comprenant, outre le règlement précité, un règlement d'application et six communications de la Commission.

Les changements induits par l'entrée en vigueur du *paquet modernisation* sont profonds et de différentes natures. Les plus visibles résultent bien évidemment de l'évolution du cadre législatif et réglementaire français. Comme cela l'a été expliqué précédemment, les compétences du Conseil se sont élargies (il peut notamment adopter des décisions d'acceptation d'engagements ou intervenir devant les juridictions) et les règles de procédure ont été modifiées (en particulier pour assurer une meilleure protection du secret des affaires, pour allonger la durée de la prescription française et tenir compte du fonctionnement en réseau du Conseil). Mais à côté de ces évolutions

normatives, d'autres changements sont intervenus sous l'impulsion de la réforme communautaire. Moins visibles, ils n'en sont pas moins importants dans le fonctionnement du Conseil. Ces changements résultent principalement de l'appartenance du Conseil au nouveau Réseau européen de concurrence (*cf.* ci-après le « Réseau »).

Après huit mois de fonctionnement de ce Réseau, il est possible d'en dresser un premier bilan. Bien entendu, l'expérience acquise au cours de cette première période d'application varie selon les questions traitées. Ainsi, par exemple, les nouvelles compétences du Conseil de la concurrence et de la Commission leur permettant de présenter des observations écrites, voire orales, devant les juridictions nationales quand est en cause l'application des règles de concurrence, n'ont pas été mises en œuvre en 2004. En revanche, dans bien d'autres domaines, l'expérience acquise au cours de l'année écoulée s'est révélée très enrichissante. Pour dresser ce premier bilan, il est possible de distinguer les questions relatives à la coordination de celles relatives à la coopération au sein du Réseau.

La coordination au sein du Réseau

La coordination au sein du Réseau prend deux formes principales. En premier lieu, les autorités membres du Réseau s'informent mutuellement des affaires dont elles sont saisies afin de pouvoir, le cas échéant, envisager une réallocation de l'affaire si cela s'avère nécessaire. En second lieu, la Commission dispose de compétences particulières en vue de maintenir la cohérence d'ensemble du système.

• *L'allocation des cas*

Le règlement n° 1/2003 est fondé sur un régime de compétences parallèles en vertu duquel toutes les autorités de concurrence sont habilitées à appliquer les articles 81 ou 82 du traité et sont chargées d'opérer une division efficace du travail pour les affaires dont l'instruction est jugée nécessaire. En même temps, chaque membre du Réseau conserve toute latitude pour décider d'enquêter ou non sur une affaire. Les principes que suivent les autorités sont ceux exposés dans la communication de la Commission relative à la coopération au sein du Réseau des autorités de concurrence (JOCE C 101 du 27 avril 2004, p. 43), principes qu'elles se sont engagées à respecter en signant une déclaration commune. Ainsi, dans la plupart des cas, l'autorité qui reçoit une plainte ou entame une procédure d'office reste en charge de l'affaire. Lorsque la réattribution est jugée nécessaire pour préserver efficacement la concurrence et l'intérêt communautaire, les membres du Réseau doivent s'efforcer de réattribuer les affaires, aussi souvent que possible, à une seule autorité bien placée.

L'information du Réseau

Pour permettre aux membres du Réseau de déceler les procédures multiples et d'arrêter ensemble des modalités de traitement des affaires à la fois efficaces et rapides, un mécanisme d'information a été mis en place entre les membres du Réseau. Ce mécanisme génère de nouvelles tâches pour le Conseil de la concurrence.

En particulier, en application des dispositions de l'article 11, paragraphe 3, du règlement n° 1/2003, le Conseil de la concurrence, à l'instar des autres autorités de concurrence, y compris la Commission, doit informer les membres du Réseau par écrit avant ou sans délai après avoir initié la première mesure formelle d'enquête lorsqu'il agit en vertu de l'article 81 ou 82 du traité. D'un point de vue matériel, les membres du Réseau ont décidé que cette obligation serait satisfaite en remplissant un formulaire-type dénommé « *fiche 11 § 3* », contenant un ensemble d'informations relatives, notamment, au nom de l'autorité traitant l'affaire, au produit ou service en cause, au territoire et aux parties concernées, au type d'infraction alléguée, à sa durée supposée ou encore à l'origine du cas. Cette fiche est ensuite introduite sur le Réseau par le biais du système *ECN interactive*, site informatique sécurisé dédié aux échanges d'informations.

L'introduction d'une telle fiche sur le Réseau par le Conseil suppose, d'une part, que la condition d'applicabilité des règles de concurrence communautaires – l'affectation du commerce entre États membres – soit remplie et, d'autre part, que la fiche n'y soit pas déjà.

S'agissant de l'affectation du commerce entre États membres, il appartient aux services d'instruction de rechercher en premier lieu son existence. La réponse à cette question doit intervenir assez rapidement dans la mesure où elle conditionne l'application des mécanismes du Réseau. Si dans la plupart des cas, la réponse s'est imposée assez facilement, quelques affaires ont pu donner lieu à des débats plus importants. Cela tient principalement au fait qu'il est parfois nécessaire de vérifier que les pratiques dénoncées sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, alors même qu'aucun acte d'enquête n'a été exécuté. L'année 2004 a aussi conduit le Conseil à s'interroger sur le sort de dossiers en cours. En effet, dans quelques rares dossiers, une notification des griefs avait été envoyée aux parties avant le 1^{er} mai 2004 sur le seul fondement du droit national, alors même que les pratiques en cause pouvaient affecter le commerce intracommunautaire. Dans de telles circonstances, puisque l'application du droit communautaire est devenue une obligation (alors qu'auparavant il n'était qu'une faculté), et pour éviter que le Conseil n'ait à prononcer un sursis à statuer, les rapporteurs concernés ont en principe adressé une notification des griefs complémentaire aux parties sur le fondement du droit communautaire afin de respecter les exigences du règlement n° 1/2003 et de permettre aux parties de faire valoir leurs arguments sur ce terrain.

L'introduction d'une fiche sur le Réseau suppose encore que celle-ci n'y soit pas déjà. Cette situation particulière peut se présenter en raison du système dual existant en France. En effet, en cas de saisine ministérielle, il revient à la DGCCRF d'informer le Réseau dans la mesure où elle a effectué la première mesure formelle d'enquête. Il est intéressant d'observer que cette situation a accru la transparence entre les deux autorités nationales dans la mesure où le Conseil connaît, à l'instar des autres membres du Réseau, les enquêtes en cours de la DGCCRF, quand les pratiques examinées sont susceptibles d'affecter le commerce intracommunautaire, alors qu'il ne les connaissait pas par le passé.

Une fois ces conditions remplies, le Conseil de la concurrence peut faire connaître au Réseau l'existence d'une affaire dont il est saisi. Cette information

est transmise dans les meilleurs délais, mais le moment précis où le Conseil informe le Réseau peut varier en pratique pour tenir compte notamment du type et de l'ampleur des mesures d'investigation à mettre en œuvre.

Au plan quantitatif, entre le 1^{er} mai et le 31 décembre 2004, 298 affaires ont été introduites sur le Réseau par l'ensemble de ses membres. À elle seule, la Commission est à l'origine d'un tiers des cas. Avec 51 affaires, dont 27 pour le Conseil de la concurrence et 24 pour la DGCCRF, les autorités de concurrence françaises sont, après la Commission, celles qui ont introduit le plus grand nombre d'affaires sur le Réseau. Le mécanisme d'information mutuelle fonctionne donc pleinement.

Les discussions sur l'allocation des cas et l'hypothèse de réallocation

Chaque membre du Réseau dispose donc, avec ce mécanisme d'information, d'une visibilité sur l'activité de ses pairs. Ce dispositif est extrêmement stimulant et utile pour les autorités. En effet, en dehors de la question de l'allocation des cas, les informations accessibles sur le Réseau peuvent intéresser les rapporteurs quand ils traitent des cas similaires. Ainsi, des échanges informels se nouent entre les membres des différentes autorités de concurrence au niveau communautaire. Ces échanges permettent non seulement à chacun de bénéficier de l'expertise de l'autre mais aussi de rapprocher les institutions entre elles, en favorisant les relations entre les individus qui les composent.

S'agissant plus spécifiquement de l'allocation des cas, les discussions et échanges entre autorités sont de différentes natures. Ils peuvent aller de la simple demande de précision sur un cas signalé sur le Réseau à la formulation expresse de la volonté de prendre une part active dans le traitement d'une affaire. À cette coordination viendront s'ajouter, le cas échéant, des actions de coopération, notamment par l'échange d'informations. L'objectif et l'intérêt de l'implication des autorités de concurrence dans ce système interactif et dynamique, en amont de la prise de décision, sont très clairs : il s'agit de mettre en commun connaissances et savoir-faire pour assurer un traitement efficace des infractions aux règles de concurrence. En pratique, le Conseil participe activement à ce mode de fonctionnement interactif des échanges. Au cours de l'année écoulée, il est intéressant d'observer que ce sont les affaires engagées suite à une demande de clémence qui ont donné lieu aux discussions les plus importantes avec les autres membres du Réseau.

– L'allocation des cas en dehors des affaires de clémence

Si on laisse de côté dans un premier temps les cas liés à une demande de clémence, le mécanisme d'allocation fonctionne à la fois horizontalement, entre autorités nationales de concurrence, et verticalement, entre la Commission et les autorités nationales. Force est de constater que, au cours de la période écoulée, ce sont les relations verticales qui ont été les plus nourries.

À cet égard, il est intéressant de relever, et la période récente l'illustre, que les relations verticales qui s'instaurent au sein du Réseau ne fonctionnent pas en sens unique. C'est au contraire un double mouvement, ascendant et descendant, qui caractérise les relations entre la Commission et les autorités nationales de concurrence.

Si l'on s'intéresse au « *mouvement descendant* », quatre affaires ont donné lieu à des discussions approfondies entre le Conseil et la Commission au cours de l'année écoulée. Les affaires en cause portaient spécifiquement sur le marché national. L'instruction au niveau communautaire n'était pas encore très avancée. Ces circonstances justifiaient que la Commission interroge le Conseil sur l'intérêt qu'il pourrait y avoir à lui réallouer tout ou partie de ces affaires. Après un examen de chacune de ces affaires, de leur contexte et de l'issue possible, le Conseil a, en accord avec la Commission, décidé que dans une affaire au moins il y avait un intérêt suffisant à ce qu'elle soit traitée au niveau national. En pratique, pour cette affaire, la réallocation n'interviendra qu'en 2005. Ce « *transfert* » constitue un acte de répartition interne des tâches entre les membres du Réseau qui ne donnera pas lieu à une décision formelle. Pour autant, l'affaire ayant été engagée sur le fondement d'une plainte, l'entreprise intéressée devra nécessairement être informée des suites qui lui sont réservées. Deux éléments paraissent, à cet égard, fondamentaux : d'une part, l'entreprise doit savoir quelle autorité traite effectivement sa demande et, d'autre part, le Conseil doit prévoir les modalités d'association de cette entreprise à la procédure qui s'engagera au niveau national, si elle souhaite.

Le « *mouvement ascendant* » fut quant à lui relativement limité. En effet, une seule affaire – *wanadoo* – a donné lieu à des discussions avec la Commission au sujet de son allocation. Dans cette affaire, le Conseil avait été saisi avant le 1^{er} mai 2004. La saisine au fond, qui a été déclarée recevable, était assortie d'une demande de mesures conservatoires, qui elle, a été rejetée par le Conseil par une décision n° 04-D-17 du 11 mai 2004. Dans ces conditions, l'instruction au fond s'est poursuivie après le 1^{er} mai 2004. Toutefois, l'affaire en cause présentait, pour différentes raisons, un intérêt communautaire particulier justifiant que le Conseil et la Commission engagent un dialogue sur son allocation. Les autorités ont ensuite décidé que la Commission était bien placée pour traiter le cas.

Ces résultats sont pleinement conformes à l'un des objectifs fondamentaux de la modernisation : la décentralisation de l'application des règles de concurrence communautaires.

S'agissant des relations horizontales, aucune affaire n'a donné lieu à réallocation au cours de l'année 2004. Pour autant, un dialogue s'est instauré avec plusieurs autres autorités nationales. Une affaire illustre particulièrement bien ce dialogue qui s'instaure entre les membres du Réseau, quand bien même il ne déboucherait pas sur une réallocation. En l'espèce, une autorité nationale de concurrence soupçonnait, à la suite de plusieurs plaintes informelles, l'existence d'une entente dont les effets devaient se produire sur le territoire d'un grand nombre d'États membres, dont le sien. Toutefois, les principaux membres de cette entente n'étaient pas présents sur son territoire. L'un d'eux se trouvait en France. Ayant seulement des effets sur son territoire, cette autorité nationale aurait eu beaucoup de difficultés pour rechercher les preuves de l'infraction et la faire cesser sur l'ensemble des territoires affectés. Dans ces conditions, l'autorité nationale en question a pris contact avec les principales autorités concernées pour essayer de dégager ensemble une ligne d'action. Ces contacts ont permis de mettre en évidence le fait que plusieurs autorités nationales disposaient, soit de plaintes informelles, soit d'indices relatifs à des

pratiques identiques. Les autorités concernées ont donc conjointement décidé des suites à réserver à cette affaire. Il est vrai que cette affaire impliquait plus de trois États membres. Pour autant, cela ne signifie pas nécessairement que la Commission doive se saisir de l'affaire. Si les autorités nationales parviennent à deux ou trois à traiter efficacement l'infraction, il n'est pas nécessaire qu'elle intervienne. Au regard des circonstances de l'espèce, il a été décidé de proposer à la Commission de se charger du cas, ce qu'elle a accepté.

– *L'allocation des cas dans les affaires de clémence*

Si l'on en vient à présent aux affaires engagées à la suite d'une demande de clémence, la période écoulée s'avère particulièrement riche d'enseignements. En effet, alors qu'avant le 1^{er} mai 2004, les demandeurs de clémence, participant à une entente couvrant plusieurs États membres, effectuaient généralement leur demande uniquement auprès de la Commission, l'entrée en vigueur du règlement n° 1/2003 a modifié leur pratique. Dorénavant, pour s'assurer la plus grande protection, ils effectuent, concomitamment ou successivement dans des délais très brefs, des demandes auprès de l'ensemble des autorités de concurrence susceptibles de se déclarer compétentes pour traiter le cas et disposant d'un programme de clémence. Cette attitude est largement inspirée de la communication sur la coopération au sein du Réseau qui précise que, compte tenu du fait qu'une demande de clémence adressée à une autorité donnée ne saurait être considérée comme étant une demande adressée à une autre autorité de concurrence, « *le demandeur a intérêt à solliciter la clémence auprès de toutes les autorités de concurrence qui sont compétentes pour appliquer l'article 81 du traité sur le territoire affecté par l'infraction et qui peuvent être considérées comme bien placées pour agir contre l'infraction en question* » (voir le point 38). Elle s'explique aussi par au moins deux raisons. La première tient au fait que les entreprises en question ne savent pas quelle autorité traitera effectivement le cas. Elles ont donc intérêt à obtenir une immunité auprès du maximum d'autorités potentiellement concernées. La seconde résulte des échanges d'informations au sein du Réseau. Les entreprises craignent que les mécanismes assurant la confidentialité des informations échangées par les membres du Réseau ne soient pas totalement sûrs. Ces craintes sont, comme nous le verrons ultérieurement, infondées. Pour autant, elles se traduisent par un accroissement des demandes multiples, auprès de la Commission et de plusieurs autorités nationales.

Sur les cinq demandes de clémence effectuées auprès du Conseil de la concurrence entre le 1^{er} mai et le 31 décembre 2004, toutes avaient une portée communautaire. Dans ce cadre, trois scénarios peuvent être distingués.

Tout d'abord, trois affaires ont donné lieu à des demandes auprès de la Commission et de plusieurs autorités nationales de concurrence, dont le Conseil. Toutes les autorités en question ont accordé une immunité conditionnelle au demandeur de clémence. Les demandes formulées auprès des différentes autorités par le demandeur sont en principe très similaires. Seuls les éléments de preuve apportés et les déclarations formulées sont ajustés pour tenir compte du comportement de l'entreprise et de ses effets sur le territoire de l'autorité auprès de laquelle la démarche est effectuée. Par ailleurs, dans

ces trois affaires, la Commission a décidé qu'elle était bien placée pour les traiter. Si, dans la plupart des cas, la Commission traite de l'ensemble d'une affaire, il est arrivé aussi qu'elle décide de laisser à une ou plusieurs autorités nationales, dont le Conseil, le soin d'en traiter un ou plusieurs de ses aspects en raison de ses caractéristiques particulières.

Ensuite, dans une autre affaire, si la Commission et les autorités nationales de concurrence concernées (dont le Conseil), ont toutes accordé une immunité conditionnelle au demandeur de clémence, la Commission a rapidement indiqué qu'elle ne traiterait pas le cas, et ce bien que la pratique en cause couvre plus de trois États membres. La Commission justifie le plus souvent sa position par le fait que ladite pratique ne figure pas parmi ses priorités. Dans pareilles circonstances, il revient aux autorités nationales de décider entre elles de l'allocation du cas. Jusqu'à présent, ces discussions ont toujours permis de réduire à moins de trois le nombre d'autorités agissant en parallèle. Dans l'hypothèse où ce résultat n'aurait pu être atteint, il paraîtrait logique que la Commission s'en saisisse.

Enfin, dans une dernière affaire, l'entreprise a formulé une demande d'immunité conditionnelle à la Commission et au Conseil de la concurrence. À la différence des cas précédents, seul le Conseil a accordé le bénéfice de l'immunité conditionnelle au demandeur. Il lui revient également de traiter le cas. Cette divergence entre le Conseil de la concurrence et la Commission s'explique par le fait que leurs programmes de clémence ne sont pas totalement identiques. Si le Conseil a déjà eu l'occasion d'indiquer qu'il s'inspirerait des principes posés par la Commission dans sa communication du 19 février 2002 sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes (JOCE C 45 du 19 février 2002, p. 3), sa pratique décisionnelle récente lui a permis de définir plus précisément, dans le cadre prescrit par la loi, les conditions requises pour bénéficier d'une immunité conditionnelle. Ainsi, au fur et à mesure de l'expérience acquise, le Conseil façonne son programme de clémence. En l'espèce, la divergence entre le Conseil et la Commission portait sur le champ d'application matériel de leur programme de clémence respectif, le Conseil ayant considéré que la catégorie des ententes couvertes par le programme français était plus large que celle des ententes couvertes par le programme communautaire.

La circonstance que, depuis le 1^{er} mai 2004, les demandes multiples sont en forte croissance, invite les autorités de concurrence à réfléchir à une évolution du système communautaire. En effet, de telles demandes entraînent un coût important non seulement pour le demandeur mais aussi pour les autorités nationales appelées à prendre position sur des demandes de clémence qu'elles n'instruiront pas au fond. S'il est bien trop tôt pour définir la forme que prendra une telle évolution – si elle intervient – il paraît en revanche essentiel d'engager une réflexion en vue d'harmoniser les différents programmes de clémence en Europe.

• Le rôle de la Commission

Pour maintenir la cohérence du système, le règlement n° 1/2003 a imposé des obligations aux autorités nationales. Par ailleurs, il a octroyé des pouvoirs spécifiques à la Commission.

Lorsqu'elles envisagent d'adopter une décision ordonnant la cessation d'une infraction, acceptant des engagements ou retirant le bénéfice d'un règlement d'exemption par catégorie, les autorités des États doivent, en application de l'article 11, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003, informer la Commission au plus tard trente jours avant son adoption. Par ailleurs, pour les autres types de décisions, c'est-à-dire les décisions de rejet de plainte, de non-lieu (au sens du droit français), et les décisions ordonnant des mesures conservatoires, les autorités membres du Réseau peuvent aussi s'informer mutuellement, si l'affaire revêt de l'importance du point de vue de la politique communautaire de concurrence. Cet échange trouve notamment son fondement dans l'article 11, paragraphe 5, du règlement n° 1/2003.

En pratique, à l'instar de la « *fiche 11 § 3* » rédigée en début de procédure, cette obligation est satisfaite en introduisant sur le Réseau un formulaire standard appelé « *fiche 11 § 4* » ou « *fiche 11 § 5* », résumant l'affaire et l'issue envisagée. Par ailleurs, les autorités doivent communiquer à la Commission le projet de décision ou, en l'absence de celui-ci, tout autre document exposant l'orientation envisagée. Compte tenu du caractère hautement confidentiel de ce document, l'information de la Commission s'opère au moyen d'un système crypté et sécurisé, qui ne peut être utilisé que par une personne habilitée au sein de chaque autorité.

Par rapport à bon nombre d'autres autorités nationales de concurrence, le Conseil de la concurrence se distingue par son organisation, fondée sur une séparation entre les services d'instruction et la formation de jugement. Par ailleurs, il n'existe pas au Conseil de « *projet de décision* » au sens du règlement n° 1/2003. Dans ces conditions, le Conseil informe en principe la Commission trente jours avant la date de la séance en lui adressant, outre le formulaire standard, une note établie par le rapporteur faisant état de sa position finale sur l'affaire en question. Si cette note n'existe pas, ce qui a pu être le cas pour les premières affaires, ou si la Commission les demande, la notification des griefs et le rapport peuvent également lui être adressés.

Au cours de l'année écoulée, le Conseil de la concurrence a été l'une des autorités les plus actives au sein du Réseau. En effet, au 31 décembre 2004, sur 33 notifications à la Commission sur la base de l'article 11, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003, 7 provenaient du Conseil, ce qui le place au deuxième rang des autorités nationales.

Une fois la Commission en possession de ces informations, celle-ci assure sa mission de maintien de la cohérence du système en faisant part à l'autorité nationale de ses observations éventuelles.

Ces observations peuvent prendre plusieurs formes. Elles peuvent être écrites ou orales, en fonction de l'importance des sujets discutés. La forme la plus dure consiste dans la mise en œuvre des dispositions de l'article 11, paragraphe 6, du règlement n° 1/2003 qui permet à la Commission d'ouvrir une procédure et partant de dessaisir l'autorité nationale. Ce dispositif constitue un élément assurant la prééminence de la Commission au sein du Réseau. En pratique, les dispositions de l'article 11, paragraphe 6, n'ont encore jamais été utilisées à l'encontre d'une autorité qui s'apprêtait à adopter une décision finale. Cela s'explique par le fait qu'aucune autorité, que ce soit la Commission ou une autorité nationale, n'a intérêt à ce que ce mécanisme soit actionné.

L'autorité nationale qui serait dessaisie sans son consentement aurait le sentiment d'être sanctionnée et la Commission, qui se trouverait *ipso facto* en charge de l'affaire, devrait mobiliser des ressources pour la traiter. C'est pourquoi les éventuelles observations de la Commission peuvent donner lieu à des discussions avec les autorités nationales permettant d'aboutir à un accord sur le sens de la décision envisagée. À cet égard, la communication relative à la coopération au sein du Réseau précise que, lorsque la Commission a présenté des observations écrites avant l'adoption d'une décision, « *les autorités nationales et la Commission mettront tous leurs efforts afin de garantir une application homogène du droit communautaire* » (point 46).

On notera aussi que le règlement n° 1/2003 prévoit la possibilité pour les ANC de demander une réunion du comité consultatif pour une affaire dans laquelle la Commission a l'intention d'intenter une procédure ayant l'effet visé à l'article 11, paragraphe 6. Toutefois, cette disposition n'a pas encore été mise en œuvre.

Sur les 7 affaires mentionnées précédemment, plusieurs ont donné lieu à des réactions de la Commission. Si la plupart du temps, de simples échanges oraux ont permis d'apporter à la Commission les explications dont elle avait besoin pour comprendre et apprécier le raisonnement et la position du rapporteur, deux autres cas ont donné lieu à des observations écrites de sa part. Quelle que soit leur forme, cette opinion est portée à la connaissance du Conseil.

La coopération au sein du Réseau

La coopération au sein du Réseau prend elle aussi plusieurs formes. Tout d'abord, les autorités membres du Réseau peuvent échanger entre elles et utiliser comme moyen de preuve tout élément de fait ou droit, y compris des informations confidentielles. Elles peuvent ensuite se prêter assistance dans la réalisation de leurs enquêtes respectives. À la différence des dispositions contraignantes examinées précédemment, ces outils sont mis en œuvre par les autorités sur une base volontaire. Enfin, à côté de ces modalités de coopération formelles, le Réseau en a développé d'autres sur une base informelle.

• La coopération en matière d'enquête

Afin d'aider les autorités de concurrence à appliquer efficacement les articles 81 et 82 du traité, le règlement met en place les conditions d'une assistance mutuelle pour la réalisation d'enquêtes et d'inspections. Ainsi, une autorité de concurrence d'un État membre peut exécuter sur son territoire toute inspection ou autre mesure d'enquête en application de son droit national, au nom et pour le compte de l'autorité de concurrence d'un État membre, afin d'établir une infraction aux articles 81 ou 82 du traité. Par ailleurs, les autorités de concurrence des États membres peuvent, dans le cadre des pouvoirs que leur confère leur droit national, réaliser des inspections sur demande de la Commission.

Ainsi, le Conseil peut désormais demander à une autre autorité nationale de recueillir des informations ou d'exécuter des enquêtes en son nom et pour son propre compte. En pratique toutefois, cette compétence a été pour le moment très peu utilisée. En effet, entre le 1^{er} mai et le 31 décembre 2004,

une seule affaire a donné lieu à des contacts avec une autre autorité nationale, l'*Office of Fair Trading* au Royaume-Uni, en vue d'une assistance qui devrait se dérouler au cours de l'année 2005. Le fait qu'il y ait peu d'affaires s'explique en grande partie par l'organisation française, qui veut que les enquêtes soient principalement menées par la DGCCRF. C'est donc cette autorité qui devrait faire le plus grand usage des nouvelles prérogatives que confère le règlement n° 1/2003.

Réciproquement, le Conseil et la DGCCRF peuvent être sollicités par d'autres autorités nationales. Pour les mêmes raisons déjà évoquées, l'année écoulée n'a pas conduit à la mise en œuvre de cette compétence par le Conseil.

Au-delà des demandes d'assistance formelles, comme il l'a été montré précédemment, les échanges entre autorités, sur une base volontaire, permettent aussi de détecter d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles et de déclencher en commun des poursuites.

• Les échanges d'informations

Les échanges d'informations sont le corollaire de l'assistance en matière d'enquête. En effet, les informations recueillies par une autorité nationale doivent être transmises et utilisées conformément aux dispositions de l'article 12 du règlement n° 1/2003.

Le cadre général

On rappellera que l'article 12, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003 donne aux autorités nationales de concurrence et à la Commission le pouvoir d'échanger et d'utiliser comme moyen de preuve toutes les informations qu'elles ont collectées pour l'application du droit communautaire. La circulation des informations peut s'opérer aussi bien sur une base horizontale, entre autorités nationales, que verticale, entre la Commission et les autorités nationales, quel qu'en soit le sens. Rappelons toutefois que les informations échangées ne peuvent être utilisées comme moyen de preuve qu'aux fins de l'application de l'article 81 ou 82 du traité et pour l'objet pour lequel elles ont été recueillies par l'autorité qui transmet l'information. Le règlement autorise encore logiquement l'utilisation des informations échangées en vertu de l'article 12 pour l'application du droit national de la concurrence, lorsque celui-ci est appliqué dans la même affaire et parallèlement au droit communautaire de la concurrence et qu'il aboutit au même résultat. Par ailleurs, un certain nombre de sauvegardes existent pour les personnes physiques. En effet, les informations ainsi transmises ne peuvent être utilisées comme moyen de preuve pour infliger une sanction à une personne physique, que lorsque la loi de l'autorité qui transmet l'information prévoit des sanctions similaires en cas de violation de l'article 81 ou 82 du traité ou, si tel n'est pas le cas, lorsque les informations ont été recueillies d'une manière qui assure le même niveau de protection des droits de la défense des personnes physiques que celui qui est reconnu par les règles nationales de l'autorité destinataire. Dans ce cas, cependant, les informations échangées ne peuvent être utilisées par l'autorité destinataire pour infliger des peines privatives de liberté.

D'un point de vue pratique, il appartient à chaque autorité de veiller au respect de la confidentialité des informations transférées au sein du Réseau.

Toutefois, les autorités de concurrence membres du Réseau ont en commun mis en place une nouvelle fonction au sein de leur autorité : l'« ADO » (Authorised Disclosure Officer). Il s'agit d'une personne spécialement habilitée au sein de chaque autorité pour assurer le transfert des informations confidentielles. Les informations en question sont échangées par le biais d'une messagerie cryptée dédiée à ces échanges. Ce système est également utilisé pour l'envoi des documents relatifs aux comités consultatifs auxquels participent les ANC.

Le Conseil de la concurrence a commencé à mettre en œuvre ces dispositions en transmettant à plusieurs reprises à d'autres autorités, principalement la Commission, des informations qu'il avait collectées pour l'application du droit communautaire de la concurrence. Rien n'indique, en revanche, que l'autorité destinataire utilisera finalement les informations transmises comme moyen de preuve.

Le cas spécifique des demandes de clémence

Les questions les plus délicates concernant la protection de la confidentialité des informations sont apparues dans le cadre des demandes de clémence que le Conseil a eu à traiter depuis le 1^{er} mai 2004. En effet, les demandeurs de clémence ont fait part de leur inquiétude relative au fonctionnement en réseau des autorités de concurrence, en particulier au regard du maintien de la confidentialité des informations qu'ils apportent aux autorités de concurrence.

Il convient de rappeler que, au sein de l'Union européenne, tous les États ne disposent pas d'un programme de clémence. De plus, les différents programmes de clémence en vigueur dans l'Union européenne ne sont pas harmonisés. Enfin, contrairement aux sanctions applicables aux personnes physiques qui ont fait l'objet de dispositions spécifiques dans le règlement n° 1/2003, rien n'est prévu pour les programmes de clémence. Cette situation a pu légitimement susciter des interrogations, voire entraîner une certaine crainte, de la part des entreprises et de leurs conseils. Pour y faire face, des principes stricts ont été posés par la communication sur la coopération au sein du Réseau, principes que les autorités se sont engagées à respecter. L'objectif était de mettre en place un cadre qui permette de maintenir un fonctionnement efficace du Réseau, sans dissuader pour autant les demandeurs de clémence dans leur démarche.

Il paraît utile de rappeler les mécanismes institués par les autorités de concurrence pour garantir la confidentialité des informations relatives aux demandes de clémence. Ces mécanismes ont eu l'occasion d'être appliqués avec succès à plusieurs reprises depuis le 1^{er} mai 2004.

Comme cela a été dit précédemment, les échanges d'informations entre autorités s'opèrent principalement sur deux fondements : d'une part, au début de la procédure, sur la base de l'article 11, paragraphe 3, du règlement n° 1/2003 et, d'autre part, à tout moment, sur la base de l'article 12 du même règlement. Dans l'un et l'autre de ces cas, des protections ont été instaurées.

S'agissant des informations communiquées au Réseau en application de l'article 11, les autorités se sont engagées à ne pas les utiliser comme base d'ouverture d'une enquête pour leur propre compte, que ce soit en vertu des règles communautaires de concurrence ou, dans le cas des autorités

nationales de concurrence, de leur législation de la concurrence ou autres législations nationales. Bien entendu, cette disposition ne porte pas atteinte au pouvoir éventuel de l'autorité d'ouvrir une enquête sur la base d'informations obtenues par d'autres sources, telle qu'une plainte ou une autre demande de clémence. Il est vrai que, dans ce cas, un risque existe pour le demandeur de clémence. Mais ce risque ne résulte en rien du mécanisme issu du règlement n° 1/2003 et existait déjà antérieurement au 1^{er} mai 2004. Par ailleurs, cette disposition ne porte pas non plus atteinte au pouvoir de l'autorité de demander, dans le cadre défini ci-après, à un autre membre du Réseau, y compris le membre auquel la demande de clémence a été adressée, de lui fournir des informations conformément à l'article 12 du règlement du Conseil, informations que l'autorité en question pourra utiliser. Il s'agit là effectivement d'une nouveauté. Mais, à ce stade, les protections sont renforcées.

Comme cela a été dit précédemment, les échanges d'informations sur la base de l'article 12 s'opèrent sur une base volontaire et ne sont jamais obligatoires. À cet égard, la communication prévoit explicitement que les informations communiquées de son plein gré par le demandeur de mesures de clémence, ne seront transmises à un autre membre du Réseau, conformément à l'article 12 du règlement du Conseil, que dans l'un de ces trois cas suivants.

Le premier est celui dans lequel l'autorité a reçu le consentement du demandeur pour effectuer cet échange d'informations. Cette protection s'étend aussi aux autres informations qui ont été obtenues pendant ou à la suite d'une inspection ou dans le cadre d'autres mesures d'enquête, qui n'auraient chacune pu être exécutées autrement qu'à la suite d'une demande de clémence.

Le deuxième est celui dans lequel l'autorité destinataire a reçu du même demandeur, à propos de la même infraction, la même demande de mesures de clémence que l'autorité émettrice, à condition qu'au moment de la transmission des informations, le demandeur n'ait pas la faculté de retirer les informations qu'il a communiquées à cette autorité destinataire. Dans ce cas, le consentement du demandeur n'est plus nécessaire à l'échange d'informations, ce qui se comprend logiquement puisqu'il est protégé auprès de toutes les autorités concernées.

Le troisième et dernier cas est celui dans lequel l'autorité destinataire a donné un engagement écrit, stipulant que ni les informations qui lui ont été transmises ni toutes les autres informations qu'elle pourrait obtenir à compter du jour et de l'heure de transmission indiqués par l'autorité émettrice, ne seront utilisées, ni par elle ni par aucune autre autorité à laquelle elle aura par la suite transmis ces informations, afin d'infliger des sanctions, d'une part, au demandeur de mesures de clémence, d'autre part, à toute autre personne morale ou physique couverte par le traitement favorable proposé par l'autorité émettrice, dans le cadre de son régime de mesures de clémence, à la suite de la demande faite par le demandeur et, enfin, à un salarié ou ancien salarié de l'une ou l'autre des personnes mentionnées précédemment. Une copie de l'engagement écrit de l'autorité destinataire des informations doit dans ce cas être communiquée au demandeur.

Après huit mois de fonctionnement du Réseau, le Conseil a eu l'occasion de tester l'application de ces principes. Jusqu'à présent, les échanges d'informations avec les autres autorités se sont surtout instaurés dans le cadre de l'article 11. Cela s'explique par plusieurs raisons. D'abord, pour la plupart des affaires, la procédure n'en est qu'à ses débuts. Ensuite, les affaires en cours ont fait l'objet de demandes multiples, ce qui facilite, en application des principes évoqués précédemment, les échanges entre autorités. Enfin, très peu d'affaires ont donné lieu à un traitement parallèle avec une autre autorité nationale.

Ces premières applications des mécanismes prévus par la communication sur la coopération au sein du Réseau se déroulent avec succès et ont généralement permis de dissiper les craintes qui avaient été exprimées antérieurement.

• Une coopération informelle

Au-delà de la coopération prévue expressément par le règlement n° 1/2003, une coopération plus informelle s'est instaurée entre les autorités membres du Réseau. Ainsi, comme l'indique la communication sur la coopération au sein du Réseau, celui-ci constitue un « *forum de discussion et de coopération pour l'application de la politique communautaire de la concurrence et son contrôle, [qui] fournit un cadre dans lequel s'inscrit la coopération des autorités européennes de concurrence dans les affaires où les articles 81 et 82 du traité sont appliqués, et constitue le socle sur lequel s'appuie la création et la préservation d'une culture commune de la concurrence en Europe* ».

Tout d'abord, régulièrement se tiennent des réunions plénières du Réseau, dans lesquelles tous les membres sont invités à se retrouver, notamment pour échanger leurs expériences, adopter des orientations communes et faire le point sur différents travaux.

Ensuite, les membres du Réseau ont la possibilité de participer aux travaux de sous-groupes sectoriels animés par la Commission. Ces sous-groupes sont aujourd'hui au nombre de 14 et portent sur une variété de secteurs économiques (comme l'énergie, le transport ferroviaire, l'automobile, etc.). Ils constituent un lieu privilégié d'échange entre experts des autorités nationales et Commission sur leurs pratiques et sur les actions à envisager dans ces secteurs.

Enfin, les membres du Réseau ont encore la possibilité de participer à des groupes de travail présidés par la Commission et/ou une ou plusieurs autorités nationales de concurrence. À l'heure actuelle, il existe 4 groupes de travail au sein du Réseau. Le premier traite des questions liées à la clémence. Le deuxième traite des questions relatives aux sanctions et à la procédure. Le troisième, constitué à l'origine pour examiner les questions liées à la transition du système, couvre aujourd'hui aussi d'autres sujets relatifs à la procédure. Enfin, le quatrième, récemment constitué, s'intéresse aux questions liées à l'article 82 du traité.

Le Conseil de la concurrence a pris une part active dans ces différentes enceintes. Il est présent dans chaque groupe sectoriel et chaque groupe de travail et préside celui consacré à la clémence en association avec l'*Office of Fair Trading* britannique.

International

Les débats actuels relatifs aux actions privées en matière de droit de la concurrence

Au cours de l'année 2004, il a été débattu dans plusieurs enceintes internationales des avantages et inconvénients des actions civiles en matière de droit de la concurrence, en partant de l'expérience des États-Unis et de plusieurs nouvelles initiatives d'autres pays de l'OCDE. La Commission européenne a également lancé un débat sur l'opportunité de renforcer l'efficacité des règles de concurrence en faisant en sorte que l'ensemble des États membres de l'Union européenne se dote de règles juridiques, permettant aux parties privées lésées par des comportements anticoncurrentiels sanctionnés par le droit européen de la concurrence, d'obtenir réparation pour les préjudices causés dans le cadre du droit commun national. Ce faisant, la Commission européenne voit, dans le développement d'instruments juridiques permettant des actions privées, un moyen non négligeable de promouvoir et de faire respecter le droit de la concurrence dans la Communauté.

Pourquoi une réflexion sur les actions privées ? Une pratique bien établie aux États-Unis

Il faut souligner que si une réflexion sur les actions privées s'est développée dernièrement, c'est à la suite notamment de récentes affaires qui ont attiré l'attention sur la pratique des *class actions* aux États-Unis, à la suite de sanctions infligées à des cartels internationaux tant aux États-Unis par les juges fédéraux dans le cadre de procès antitrust qu'en Europe par la Commission européenne (l'affaire la plus célèbre est celle du cartel des vitamines).

Les entreprises qui souhaitent opérer aux États-Unis connaissent – et souvent redoutent – l'existence du système légal américain qui diffère sensiblement de ceux en vigueur en Europe. En particulier, la vie économique et juridique américaine est caractérisée par une bien plus grande familiarité avec les actions et procès judiciaires qu'en Europe. En particulier, dans le domaine de la concurrence, cette inclination processuelle américaine repose sur la combinaison de deux facteurs incitatifs : d'une part, la possibilité pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles de chercher à obtenir des dommages-intérêts représentant jusqu'à trois fois le montant du préjudice subi (*treble damages*) lorsqu'il a été démontré par une action publique que des opérateurs ont faussé le bon fonctionnement du marché par des pratiques anticoncurrentielles et, d'autre part, l'existence des actions de groupe (*class actions*).

Dans le dernier cas, le mécanisme procédural prévu par le droit américain permet l'agrégation des plaintes d'un nombre important de plaignants placés dans la même situation de victimes de pratiques condamnées par un tribunal fédéral (les pratiques anticoncurrentielles les plus graves que sont les cartels sont en fait des crimes fédéraux et sont de ce fait poursuivies devant le juge pénal). À l'occasion de la jonction des plaintes, peu importe la localisation territoriale des plaignants pourvu qu'ils soient situés sur le territoire américain ou qu'ils puissent rattacher le dommage qu'ils ont subi à une affectation du commerce des États-Unis.

Les avantages du développement de systèmes d'action privée en droit de la concurrence

Deux types d'avantages peuvent être considérés dans la mise en place de systèmes d'action privée en Europe : d'une part, offrir des possibilités de réparation conséquentes aux victimes de pratiques anticoncurrentielles, tout en renforçant la dissuasion pour les opérateurs de violer les règles de concurrence et de fausser le jeu du marché ; d'autre part, contribuer à un meilleur équilibre transatlantique dans la mise en œuvre des systèmes juridiques à finalité économique.

Aux États-Unis, l'addition des « *treble damages* » et des « *class actions* » conduit à réunir de quelques dizaines à plusieurs millions de plaignants qui, individuellement, n'auraient pas les moyens de faire face au coût des procédures pour faire valoir leurs droits de victimes face à des opérateurs qui sont souvent des entreprises de taille mondiale. Ceci crée donc une forte incitation pour ces victimes à s'engager dans des actions civiles en réparation pour obtenir des « *treble damages* ». Corrélativement, pour les auteurs des pratiques mises en cause, la conséquence des demandes de réparation jointes de la part de plaignants dispersés peut aboutir au prononcé de dommages-intérêts qui se chiffrent par centaines de millions, voire par milliards de dollars. En fait, un simple arrêt d'un tribunal fédéral admettant la jonction d'une demande d'un plaignant avec d'autres, sans même qu'une décision n'intervienne sur le fond, peut conduire une entreprise de première dimension et intervenant à l'échelle planétaire à s'engager dans des accords transactionnels de montants considérables, comportant l'attribution de plusieurs centaines de millions de dollars de dommages pour les plaignants et de plusieurs dizaines de millions de dollars pour leurs avocats.

Les risques liés au développement de systèmes d'action privée en droit de la concurrence

Les débats conduits à l'OCDE en octobre 2004 ont notamment montré que si les recours par voie d'action civile sont courants aux États-Unis, ce système soulève deux problèmes essentiels : d'une part, un risque institutionnel peut naître de la concurrence entre procédures publiques et privées et d'autre part des questions constitutionnelles liées à une perspective fédéraliste peuvent se faire jour.

Aux États-Unis, il est apparu que la coordination des actions publiques et privées pouvait soulever des problèmes institutionnels dus à une véritable concurrence entre les défenseurs de l'intérêt général et les défenseurs des intérêts particuliers. Ainsi, les autorités fédérales en sont arrivées à craindre une « *parasitisation* » des procédures *antitrust* par les actions privées. Cette situation a été particulièrement bien démontrée dans l'affaire *Verizon v. Trinko* sur laquelle la Cour Suprême des États-Unis s'est prononcée en 2004, et dont l'origine était une plainte privée. Dans une lettre *d'amicus curiae* présentée dans l'intérêt général devant la Cour Suprême, le Département U.S. de la Justice a clairement présenté un argumentaire suggérant que les questions soulevées par le plaignant ne relevaient pas d'une appréciation correcte des critères du droit *antitrust*. L'autorité fédérale *antitrust* craignait que l'énoncé d'un verdict favorable au plaignant puisse remettre en cause l'autorité de régulateur

fédéral des télécommunications, qui régleme notamment les obligations d'interconnexion indispensables pour le fonctionnement de l'industrie des télécommunications américaines.

Par ailleurs, aux États-Unis, deux systèmes légaux coexistent pour l'administration du droit *antitrust* : un système fédéral et des systèmes dans les États fédérés. L'expérience américaine récente a montré, par exemple dans l'affaire Microsoft, que les autorités fédérales pouvaient décider de ne pas poursuivre une entreprise dans le cadre de la section 2 du *Sherman Act*, tandis que plusieurs procureurs d'États fédérés joints à des plaignants privés dans une *class action* continuaient à solliciter devant les tribunaux le démantèlement de l'entreprise pour pratiques monopolisatrices. Au cours des débats à l'OCDE, il a été fait valoir notamment que, pour éviter de telles situations, un nouveau système devrait être mis en place, dans lequel le Gouvernement fédéral devrait consulter les États fédérés sur la manière de procéder avant de prendre toute décision finale mais en obligeant toutes les parties fédérales et fédérées lorsqu'une décision est prise (sur des remèdes structurels au cas considéré). Ainsi, en ce qui concerne le maintien d'éventuelles poursuites, les États fédérés seraient confinés à l'intérieur de leurs frontières, si même le nouveau système leur permettait de maintenir de telles positions. Par ailleurs, la question de la coordination entre les deux échelons ne doit pas nécessairement favoriser l'échelon fédéral. Dans les cas où des pratiques d'ententes n'affectent qu'une portion limitée de territoire d'un État, les priorités peuvent être renversées et l'entité fédérée pourrait avoir préséance dans l'éventualité d'un conflit d'attribution entre les deux échelons. Dans un tel cas, il ne semble pas nécessaire de limiter à un gouvernement et à un seul la capacité d'agir. Des ententes locales peuvent affecter le fonctionnement de marchés dans des proportions telles que le Gouvernement fédéral peut décider d'agir alors que le gouvernement local considère que ses ressources sont mieux employées ailleurs. La question n'est alors plus celle d'une *exclusivité* d'action mais celle d'une *priorité* d'action.

Certains feront observer que le problème de double niveau a été résolu en Europe par le nouveau règlement n° 1/2003 qui institue un réseau européen de concurrence permettant d'éviter une concurrence entre le système communautaire et les systèmes judiciaires nationaux. En matière d'action privée, le règlement n° 1/2003 n'a pas créé d'unification des régimes juridiques nationaux et communautaire. En revanche, la création à l'initiative de la Commission européenne d'un système permettant systématiquement les actions privées de manière équivalente dans chaque État membre devra conduire à une réflexion sur la nécessité de limiter l'autonomie des systèmes juridiques nationaux pour éviter les incohérences observées aux États-Unis entre le système fédéral et ceux des états subfédérés.

Les perspectives de développement de systèmes d'action privée en Europe

Plusieurs obstacles restent à franchir au niveau européen, notamment, améliorer l'accès aux juridictions, diminuer le risque pour les plaignants, faciliter la preuve et réduire les coûts.

À la différence des États-Unis, les juridictions de droit commun en Europe ne connaissent que relativement peu de procédures relatives à des questions

de concurrence. Les tribunaux européens et leurs magistrats ne possèdent ni la formation ni l'expérience de règlement de problèmes affectant à la fois, d'une part, le fonctionnement du marché dans son ensemble (matière traitée par les tribunaux fédéraux américains dans le cadre de procédures pénales et en Europe essentiellement par des autorités indépendantes spécialisées dans les questions économiques dans le cadre de procédures de nature administrative) et, d'autre part, les relations entre opérateurs victimes et auteurs des pratiques nocives au fonctionnement du marché.

Par ailleurs, le niveau de preuve requis pour démontrer une pratique anticoncurrentielle est assez élevé, les procédures au fond sont nécessairement longues (tant aux États-Unis qu'en Europe d'ailleurs) et les procès sont par conséquent onéreux : dans pratiquement tous les espaces juridiques nationaux européens – qu'il s'agisse d'entreprises ou de consommateurs – les victimes, elles-mêmes encore peu familiarisées avec les principes du droit de la concurrence, hésitent à engager des procédures de dommages-intérêts, même lorsque des pratiques anticoncurrentielles avérées ont été administrativement sanctionnées.

À ce stade des réflexions, il apparaît clairement que la transposition de systèmes opérationnels dans un environnement juridique donné n'est pas aisément opérable dans un autre environnement. Par ailleurs, l'expérience américaine invite à procéder avec circonspection à l'évaluation des mécanismes correcteurs qui peuvent être mis au point pour assurer la meilleure défense des victimes de pratiques anticoncurrentielles. En particulier, le cadre judiciaire dans lequel peut intervenir l'octroi de dommage-intérêt doit veiller à ne pas remettre en cause l'équilibre industriel et institutionnel du secteur d'activité dans lequel le problème est intervenu.

Les activités multilatérales et internationales

En 2004, les activités multilatérales en matière de droit et politique de la concurrence ont poursuivi les tendances observées ces dernières années. D'une part, le resserrement des relations entre autorités de concurrence s'est poursuivi au sein du réseau constitué dans chaque pays pour répondre aux défis de la « *globalisation* ». D'autre part, les efforts au profit des autorités de concurrence des pays en développement se sont renforcés, tant à l'OCDE qu'à la CNUCED. En revanche, les travaux du groupe de travail sur les interrelations entre commerce international et politique de la concurrence au sein de l'OMC, suspendus depuis la Conférence ministérielle de Cancun, n'ont pas repris en 2004.

La coopération au sein des institutions internationales

Les deux organisations internationales qui permettent actuellement aux autorités nationales de concurrence de traiter complémentirement les problèmes posés par des pratiques anticoncurrentielles susceptibles d'affecter à des degrés divers les échanges et le commerce international sont, d'une part l'Organisation de coopération et développement économique (OCDE) et d'autre part, la Conférence des Nations unies pour la Coopération et le Développement (CNUCED). Ces deux organisations ont tenu en 2004 des réunions

complémentaires sur les principales questions soulevées par l'existence et l'application d'un droit et d'une politique de la concurrence, tant dans un cadre national que régional ou international.

• OCDE

À l'OCDE, organisation réunissant l'ensemble des pays les plus développés, ainsi que quelques observateurs en développement (Brésil, Argentine), le Comité du droit et de la politique de la concurrence est présidé par un français, M. Frédéric Jenny, Conseiller à la Cour de cassation et ancien vice-président du Conseil de la concurrence. Cette organisation constitue un forum d'échanges d'informations sur le développement 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 2004, le Comité de la concurrence ainsi que ses groupes de travail ont développé des réflexions sur les relations entre politique de la concurrence et secteurs réglementés ou dans lesquels existe une forte intervention publique, tout en poursuivant une réflexion sur les pratiques anticoncurrentielles de dimension internationale, revenant ainsi à certains éléments d'études antérieures sur les aspects internationaux de la politique de la concurrence.

Cinq thèmes ont notamment mérité une mention particulière en 2004 et des tables rondes ont été organisées auxquelles des représentants du monde des affaires ont été conviés.

L'examen de la politique de la concurrence au Japon par la délégation française

L'examen de la politique de la concurrence du Japon par la délégation française est intervenu à l'occasion d'un examen de suivi de la réforme de la réglementation au Japon. La délégation française était dirigée par la présidente du Conseil de la concurrence, M^{me} Marie-Dominique Hagelsteen, qui s'est rendue à plusieurs reprises au Japon les années précédentes. La délégation japonaise était quant à elle dirigée par le secrétaire général chargé des affaires internationales de la *Japan Fair Trade Commission* japonaise, M. Takahashi. Les débats ont permis de noter que le Japon a effectivement appliqué la plupart des recommandations contenues dans le rapport de 1999 sur la réforme de la réglementation au Japon : suppression de la plupart des cas d'utilisation administrative de critères « *d'équilibre entre l'offre et la demande* » qui servaient à contrôler et limiter l'entrée sur certains marchés, réduction du champ des exemptions à l'application du droit de la concurrence, renforcement des possibilités d'action civile et amélioration de la transparence des pratiques contractuelles entre les opérateurs. Répondant à cet examen, M. Takahashi a souligné notamment que la JFTC étudie des projets de réformes importantes en vue d'alourdir les sanctions existantes et d'introduire des programmes de clémence tout en s'efforçant de mieux intégrer et développer des instruments de protection des consommateurs.

Relations entre droit de la concurrence et propriété intellectuelle

Concernant les relations entre droits de propriété intellectuelle et politique de la concurrence, les débats ont porté essentiellement sur les biotechnologies. Les membres du Comité de la concurrence ont examiné en particulier le

rôle que les autorités de concurrence doivent jouer dans le processus d'attribution des droits de propriété intellectuelle (ci-après DPI). Il est unanimement ressorti des discussions que les autorités de concurrence ne devaient pas être directement impliquées dans la définition ni la mise en œuvre de la politique relative à la protection des DPI. Les débats se sont également attachés à la question plus spécifique des comportements d'opérateurs liés à l'exercice de DPI qui peuvent soulever des problèmes d'application du droit de la concurrence, notamment du fait de la concentration due à certaines politiques de brevets et des refus unilatéraux d'octroi de licence qui sont parfois traités dans le cadre de la mise en œuvre des dispositions relatives aux abus de position dominante. La Commission européenne a présenté à cette occasion au Comité ses nouvelles lignes directrices en matière de propriété intellectuelle, qui mettent en avant pour la première fois en Europe la nécessité de distinguer les accords conclus entre concurrents sur un même marché pertinent et les accords conclus entre non concurrents.

Réglementation des activités marchandes du secteur public

Concernant la réglementation des activités marchandes du secteur public, une table ronde s'est intéressée aux conditions dans lesquelles les entreprises du secteur public peuvent fausser le jeu de la concurrence sur le marché. En effet, les entreprises publiques peuvent bénéficier d'avantages financiers (avantages fiscaux, financement d'équipement et d'opérations ou recapitalisation à moindre coût) par rapport à leurs concurrents privés. Les entreprises du secteur public peuvent être en mesure de se livrer à des pratiques anti-concurrentielles, parce qu'elles jouissent *de facto* ou *de jure* d'un régime dérogatoire au droit de la concurrence. Elles peuvent bénéficier d'aides financières découlant de leurs obligations de service public, qu'elles peuvent aussi tenter d'utiliser pour soutenir leurs activités concurrentielles au moyen de subventions croisées. Enfin, elles peuvent tirer avantage de la souplesse plus ou moins grande des règles relatives aux marchés publics. De ce fait, les délégués se sont penchés plus attentivement sur les moyens de veiller à la neutralité concurrentielle et sur les solutions adaptées reposant sur des dispositions de grande portée en matière de droit de la concurrence. Le dosage adéquat en matière d'action publique dépend à cet égard souvent de l'histoire du développement économique du pays, de l'importance du secteur public, du champ d'application du droit de la concurrence et de l'importance accordée à la préservation de l'équité des conditions de concurrence entre les entreprises des secteurs public et privé. Les délégations ont été unanimes pour souligner que les autorités de concurrence doivent exercer un rôle de veille et de sensibilisation pour promouvoir une politique de neutralité concurrentielle en cette matière.

Relations entre politique de concurrence et politique de consommation

Les relations entre politique de la concurrence et politique de la consommation ont fait l'objet d'une première réunion conjointe du comité de la concurrence et du comité de la politique de protection des consommateurs avec la fixation des deux premiers thèmes de travail : le fonctionnement du marché (identification des problèmes posés par le marché, examen des méthodes d'application des lois et des mesures correctives prises en vue de remédier aux problèmes identifiés) et l'application des lois (comparaison des

expériences de coopération en matière d'application des lois dans des affaires de concurrence et de protection des consommateurs, examen des instruments d'application des lois efficaces dans un contexte transfrontières en particulier avec le développement du commerce électronique, examen des avantages et inconvénients d'une intégration des compétences en matière de politique à l'égard des consommateurs et d'application du droit de la concurrence).

Les pratiques prédatrices

En ce qui concerne les pratiques d'éviction prédatrices, le Comité de la concurrence a examiné les différentes stratégies utilisées par des entreprises pour éliminer ou dissuader des concurrents. Le principal thème est celui des rabais considérés comme illicites ou prix d'éviction, stratégies qui consistent pour les entreprises à absorber des pertes à court terme dans le seul but de maximiser leurs bénéfices à long terme, une fois les autres concurrents éliminés. Le débat a porté sur les méthodes utilisées pour déterminer si l'on est en présence de prix d'éviction, notamment celles qui s'appuient sur le rapport prix/coût, ainsi que la preuve qu'une entreprise accusée de pratiques de prédation peut compenser les pertes encourues par ces pratiques. À la lumière d'affaires intervenues dans le domaine du transport aérien, ont été également envisagées les pratiques prédatrices n'utilisant pas l'arme des prix mais consistant par exemple à se doter d'une capacité excédentaire ou à utiliser de manière abusive les voies de recours judiciaires ou les réglementations nationales à seule fin de gêner les rivaux.

Par ailleurs, l'OCDE a poursuivi en 2004 le cycle de « *Forum globaux* » inauguré en 2001 dans l'ensemble des matières sur lesquelles travaillent chacun de ses grands Comités. C'est ainsi que s'est tenu le quatrième Forum global sur la concurrence en février 2004, 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. Pour ce quatrième Forum, plus d'une quarantaine de pays en développement de quatre continents ont été conviés, soit soixante-quinze délégations réunies à cette occasion. L'initiative prise en 2003 par la présidente du Conseil de la concurrence de réunir en marge, de ce Forum, les représentants d'autorités de concurrence émergentes dans les pays francophones en développement a été confirmée : les représentants d'une dizaine de pays, essentiellement d'Afrique et d'Asie ont poursuivi leur réflexion sur les principaux outils du droit de la concurrence pour le développement et ont évoqué l'utilité de créer un réseau d'autorités francophones de concurrence. Les problèmes essentiels à régler en matière de développement demeurent la mise en place d'un cadre institutionnel stable ainsi que la perte fréquente des cadres bien formés (importante rotation des ressources humaines formées par les autorités de concurrence et rapidement appelées à d'autres fonctions). La démarche d'intégration régionale semble pouvoir permettre de réduire certaines de ces difficultés en permettant le regroupement de moyens limités affectés à une meilleure efficacité économique régionale.

• ONU

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 – veillent à irriguer aussi régulièrement et concrètement que possible de ses expériences les travaux du Groupe de la CNUCED.

L'année 2004 a pris un relief particulier avec l'organisation de la XI^e Conférence ministérielle de la CNUCED à Sao Paulo du 13 au 16 juin, ouverte par le secrétaire général des Nations Unies, M. Kofi Annan. La Conférence a été précédée par un séminaire préparatoire sur le rôle de la concurrence dans la promotion de la compétitivité et du développement permettant d'évaluer cet apport dans les pays d'Amérique Latine et de la Caraïbe. Au cours de la Conférence ministérielle, une session particulière a pour la première fois été consacrée intégralement au thème de la politique de la concurrence dans les pays en développement et a repris les éléments de conclusion du séminaire préparatoire envoyant à la ministérielle un message clair sur l'importance de la politique de la concurrence pour le développement. Le texte de la Déclaration finale de la ministérielle de la CNUCED (« *l'esprit de Sao Paulo* ») a notamment repris dans son paragraphe 12 l'idée que « *les politiques de développement devraient reconnaître l'importance des forces du marché, dans un environnement favorable aux entreprises qui pourrait comprendre des politiques appropriées en matière de concurrence et de protection des consommateurs* ».

Puis, une session du groupe intergouvernemental d'experts de la CNUCED s'est tenue à Genève du 8 au 10 novembre 2004, précédée les 14 et 15 juillet 2004 d'une réunion *ad hoc* des experts pour déterminer les principes de revue par les pairs susceptibles d'être retenus à la CNUCED pour l'examen des politiques de la concurrence appliquées dans les pays en développement. La présidence de la session de novembre du groupe d'experts a été assumée par le Kenya. Un peu plus d'une quarantaine de pays étaient représentés par des experts venus de leurs capitales, dont une nette majorité provenant de pays en développement tandis qu'une cinquantaine de communications officielles étaient présentées par les pays en développements et le secrétariat de la CNUCED. Les débats ont été organisés autour de trois tables rondes, concernant respectivement la coopération et les systèmes de règlement des différends dans les accords régionaux comportant des règles de concurrence, la collecte de preuves dans le cadre des enquêtes relatives aux cartels et les conditions dans lesquelles les autorités de concurrence peuvent remplir leur mission de « *plaidoyer* » (« *Advocacy* ») en faveur du droit de la concurrence. Pour l'essentiel, et à partir de communications ou d'interventions émanant principalement de représentants d'autorités de concurrence des pays en développement, il est apparu que ces questions déjà traitées au sein de l'OCDE depuis plusieurs années ne font pas apparaître de différence particulières entre pays en développement et pays développés.

Les travaux au sein de l'OCDE et de la CNUCED sont complétés au sein d'un réseau informel qui organise une réunion annuelle entre autorités de concurrence regroupées au sein de l'*International Competition Network (ICN)*. En 2004, cette conférence s'est tenue à Séoul (Corée du Sud). Les principaux points traités par cette conférence ont concerné la définition de bonnes pratiques dans l'organisation du système de contrôle des concentrations, reflétant l'acquis méthodologique des pays de l'OCDE de plusieurs décennies. Une réflexion a par ailleurs été lancée sur les moyens de lutter le plus efficacement contre les pratiques d'ententes injustifiables. Le Conseil de la concurrence était représenté par une délégation dirigée par la présidente Hagelsteen.

Le renforcement des relations bilatérales avec certains pays ou groupes de pays

En 2004, le Conseil de la concurrence a démarré une politique d'établissement de relations bilatérales renforcées avec des autorités de concurrence assurant des missions analogues aux siennes, avec un effort appuyé en direction des nouvelles économies dynamiques d'Asie. C'est ainsi que la présidente du Conseil de la concurrence a notamment signé un accord de coopération technique avec la *Fair Trade Commission* de Taïwan, marquant le renforcement des relations du Conseil avec les autorités de concurrence des principales économies asiatiques. En marge de la Conférence internationale de l'ICN, à l'occasion de son séjour à Séoul, la présidente du Conseil de la concurrence a convenu du principe de la signature future d'un accord bilatéral entre le Conseil de la concurrence et la *Fair Trade Commission* de Corée, qui vient formaliser les relations bilatérales informelles qui existent entre les deux autorités depuis plus d'une quinzaine d'années. Le Conseil continue par ailleurs d'entretenir des relations bilatérales informelles avec la *Fair Trade Commission* du Japon (établies également depuis plus de quinze ans) et a établi ses premières relations informelles avec le *Consumers' Council* de Hong-Kong en janvier 2004. Une délégation dirigée par la présidente Hagelsteen a d'ailleurs visité la JFTC dans le sillage de la réunion de l'ICN à Séoul. Enfin, le Conseil de la concurrence a été également étroitement associé à la mise en place d'une loi de concurrence au Vietnam : deux vice-présidents et un chargé de mission du Conseil ont participé à des séminaires de formation pour les cadres supérieurs chargés de la mise en place de la politique de la concurrence, dans ce pays à la fois en développement et en transition d'une économie socialiste vers une économie de marché.

L'année 2004 a été marquée par un accroissement sensible des relations entre le Conseil de la concurrence français et l'autorité roumaine. Le président du Conseil de la concurrence roumain a rendu une première visite au cours du premier semestre à la présidente Hagelsteen. L'autorité de concurrence française a pu à cette occasion assurer le président Berinde de son soutien dans le cadre de la mise en œuvre du droit de la concurrence en Roumanie. Plusieurs initiatives de coopération entre les deux autorités ont été discutées. La fin de l'année 2004 s'est achevée par la visite du nouveau président du Conseil de la concurrence français, M. Bruno Lasserre, à Bucarest les 28, 29 et 30 octobre 2004. Cette visite a constitué le point de départ de nouvelles initiatives entre les deux autorités et a abouti à la signature d'un accord de coopération le 16 février 2005 à Paris.

Enfin, en novembre 2004, un chargé de mission du Conseil de la concurrence a participé à l'envoi à Washington d'une délégation du barreau de Paris dirigée par le Bâtonnier Burguburu. À la suite d'un rapport de la Banque Mondiale mettant en cause les conditions dans lesquelles le droit français était susceptible d'entraver la vie des affaires, voire de diminuer les performances économiques françaises, l'objet de cette mission était de présenter en quoi les évolutions récentes du droit français stimulent l'efficacité économique collective. En particulier, l'un des points évoqués au cours de deux journées d'études consacrées aux droits français et américain, a porté plus spécifiquement sur les contributions du droit de la concurrence français et européen au renforcement des mécanismes de libre marché, tant en France que dans l'Union européenne.