

Conseil de la concurrence

Rapport d'activité 1997

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE : BILAN D'ENSEMBLE DES TRAVAUX DU CONSEIL

Chapitre I : Les saisines contentieuses et les demandes d'avis

A. LES SAISINES ET DEMANDES CONTENTIEUSES

1. Les saisines au fond
 2. Les demandes de mesures conservatoires
 3. Observations générales sur le nombre des saisines contentieuses
- #### **B. LES DEMANDES D'AVIS**

Chapitre II : Les délibérations du Conseil

A. LES DÉCISIONS

1. Les décisions d'irrecevabilité
2. Les décisions de classement
3. Les décisions de non-lieu à poursuivre la procédure
4. Les décisions de sursis à statuer
5. Les décisions en cas de formulation de griefs
6. Les décisions en cas de demande de mesures conservatoires

B. LES RECOURS CONTRE LES DÉCISIONS DU CONSEIL

1. Les arrêts rendus par la cour d'appel de Paris au cours de l'année 1997
2. Les arrêts rendus par la Cour de cassation

C. LES AVIS

1. Les avis rendus en matière de concentration
2. Les autres avis

DEUXIEME PARTIE : ANALYSE DES DÉCISIONS DU CONSEIL

Chapitre I : Questions de compétence, de procédure et de preuve

A. LE CHAMP DE COMPÉTENCE DU CONSEIL

1. L'applicabilité de l'ordonnance du 1er décembre 1986
2. Le champ d'application "rationae loci" de l'ordonnance
3. Le champ d'application du titre III de l'ordonnance
4. Les pratiques relevant de la compétence exclusive d'autres juridictions
5. L'application du droit communautaire

B. LA PRESCRIPTION

C. LE DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE CONTENTIEUSE

1. Les enquêtes administratives
2. La saisine du Conseil
 - a) Les auteurs de la saisine
 - b) Le champ de la saisine
 - c) Les modalités de la saisine
3. L'examen des mesures conservatoires
 - a) La recevabilité des demandes de mesures conservatoires
 - b) Le bien-fondé des demandes de mesures conservatoires
4. L'instruction
 - a) Les investigations du rapporteur
 - b) La notification des griefs

c) Les destinataires de la notification de griefs

d) Le rapport

D. LA PREUVE DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

Chapitre II : Les ententes illicites

A. LA FORME DES ENTENTES PROHIBÉES

1. Les ententes horizontales
2. Les groupements d'entreprises
3. Les ententes verticales

B. LES PARTICIPANTS AUX ENTENTES : LE RÔLE DES ORGANISATIONS PROFESSIONNELLES

C. LA QUALIFICATION DES PRATIQUES

D. LES ENTENTES ANTICONCURRENTIELLES

1. Ententes et échanges d'informations sur les prix et les marges
2. Concertations ou ententes à l'occasion d'appels d'offres publics ou privés
3. Entraves à l'accès au marché
4. Répartition de marché
5. Ententes verticales
 - a) Contrats de distribution sélective ou exclusive
 - b) Conditions générales de vente et accords de coopération commerciale

Chapitre III : Positions dominantes, situations de dépendance économique et abus anticoncurrentiels

A. LES ABUS DE POSITION DOMINANTE

1. Définition du marché
2. Définition de la position dominante
3. Abus de position dominante anticoncurrentiels

B. LA SITUATION DE DÉPENDANCE ÉCONOMIQUE

Chapitre IV : Les pratiques de prix abusivement bas

Chapitre V : Les conditions d'application de l'article 10 de l'ordonnance

A. LES PRATIQUES RÉSULTANT D'UN TEXTE

B. LES PRATIQUES CONTRIBUANT AU PROGRÈS ÉCONOMIQUE

Chapitre VI : L'action du Conseil en matière de pratiques anticoncurrentielles

A. L'ASPECT CORRECTIF : LES INJONCTIONS

1. Injonction de s'abstenir de certaines pratiques
2. Injonction de prendre certaines mesures
3. Examen du respect des injonctions

B. L'ASPECT DISSUASIF : LES SANCTIONS

1. Les motivations des sanctions
 - a) La gravité des faits
 - b) Le dommage à l'économie
 - c) La situation de l'entreprise
2. Le plafond des sanctions
 - a) La pluralité d'activités
 - b) L'absence de coïncidence entre l'entité juridique et l'entité économique
 - c) Les entreprises ayant fait l'objet de procédures collectives

C. LA PUBLICATION DES DÉCISIONS

TROISIEME PARTIE : ANALYSE DES AVIS DU CONSEIL

Chapitre I : Les concentrations

A. LE CARACTÈRE CONTRÔLABLE DE L'OPÉRATION

1. La nature de l'opération (article 39 de l'ordonnance)
 2. Les seuils de part de marché et de chiffre d'affaires (article 38 de l'ordonnance)
 - a) La condition de part de marché
 - b) Les conditions de chiffre d'affaires
- B. LE BILAN CONCURRENTIEL

Chapitre II : Les autres avis

A. AVIS RENDUS SUR LE FONDEMENT DE L'ARTICLE 5 DE L'ORDONNANCE ET D'AUTRES DISPOSITIONS

B. AVIS RENDUS SUR LE FONDEMENT DE L'ARTICLE 6 DE L'ORDONNANCE

C. AVIS RENDUS SUR LE FONDEMENT DE L'ARTICLE 26 DE L'ORDONNANCE

QUATRIEME PARTIE : LES ACTIVITÉS COMMUNAUTAIRES ET INTERNATIONALES DU CONSEIL

Chapitre I : Les relations avec les institutions communautaires

Chapitre II : Les travaux au sein des organisations internationales

Chapitre III : Les relations bilatérales

AVERTISSEMENT

Par délibération en date du 5 mai 1998, le Conseil de la concurrence a adopté le présent rapport, établi en application des dispositions de l'article 7 du décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986, aux termes duquel le Conseil de la concurrence adresse chaque année au ministre chargé de l'économie un rapport d'activité qui est publié au Journal officiel de la République française et qui comporte en annexe les décisions du Conseil prévues à l'article 15 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 et les avis rendus en application de son titre V.

Première partie : Bilan d'ensemble des travaux du Conseil

Chapitre I : Les saisines contentieuses et les demandes d'avis

En 1997, le Conseil a enregistré quatre-vingt une saisines contentieuses, dont douze comportaient une demande de mesures conservatoires, et vingt-sept demandes d'avis, soit au total cent vingt affaires.

Le tableau suivant retrace l'évolution du nombre des saisines et des demandes d'avis depuis la création du Conseil.

Saisines ou demandes	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997
Contentieuses	97	103	117	109	103	113*	128	115	93
pour avis	8	22	12	12	24	27	19	27	27
Total	105	125	129	121	127	140	147	142	120

A. LES SAISINES ET DEMANDES CONTENTIEUSES

1. Les saisines au fond

Le tableau ci-dessous présente le nombre et l'origine des saisines contentieuses du Conseil, fondées sur l'article 11 et l'article 14 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

ORIGINE DES SAISINES	1992	1993	1994	1995	1996	1997
Ministre chargé de l'économie	50	43	27*	41*	35	26
Saisines directes dont :	48	46	51	61*	58	51
- Entreprises	46	40**	45	51	45	38
- Organisations professionnelles	0	3	6	10	10	11
- Chambres de commerce	0	0	0	0	0	0
- Chambres de métiers	0	0	0	0	0	0
- Associations de consommateurs	1	3	0	0	2	1
- Collectivités Territoriales	1	0	0	0	1	1
Saisines d'office	0	2	1	2	4	4
Total	98	91	79	104	97	81

2. Les demandes de mesures conservatoires

Le Conseil a enregistré en 1997 douze demandes de mesures conservatoires, soit un nombre inférieur à celui constaté les années précédentes, au cours desquelles avait été enregistrée, en moyenne, une vingtaine de demandes de mesures conservatoires par an.

3. Observations générales sur le nombre des saisines contentieuses

L'année 1997 est marquée par un très net ralentissement des saisines contentieuses (- 16 par rapport à l'année précédente). Ce mouvement est dû à la diminution des saisines ministérielles (- 9), mais aussi de celles émanant des entreprises (- 7), dont huit seulement étaient assorties

de demandes de mesures conservatoires. Le Conseil a, en outre, enregistré onze saisines sur le fondement de l'article 10-1 de l'ordonnance dénonçant des prix considérés comme abusivement bas.

B. LES DEMANDES D'AVIS

Vingt-sept demandes d'avis ont été enregistrées en 1997, chiffre similaire à celui enregistré en 1996. Parmi ces demandes :

- douze ont été présentées sur le fondement des dispositions de l'article 5 de l'ordonnance, aux termes desquelles : " Le Conseil peut être consulté ... sur toute question de concurrence... ". Ces demandes émanaient pour six d'entre elles du ministre chargé de l'économie, pour quatre d'entre elles d'organisations professionnelles, pour une d'entre elles d'une collectivité territoriale et, enfin, pour une d'entre elles d'une commission parlementaire ;
- trois ont été présentées sur le fondement de l'article 6 de l'ordonnance, dont les dispositions prévoient que : " Le Conseil est obligatoirement consulté sur tout projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau ayant directement pour effet :
 - de soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives ;
 - d'établir des droits exclusifs dans certaines zones ;
 - d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente. " ;
- quatre sur le fondement de l'article 26 de l'ordonnance qui permet aux juridictions de consulter le Conseil sur les pratiques anticoncurrentielles définies aux articles 7 et 8 de l'ordonnance relevées dans les affaires dont elles ont à connaître ;
- six sur le fondement de l'article 38 de l'ordonnance aux termes duquel : " Tout projet de concentration ou toute concentration de nature à porter atteinte à la concurrence notamment par création ou renforcement d'une position dominante, peut être soumis, par le ministre chargé de l'économie, à l'avis du Conseil de la concurrence. " ;
- enfin, deux demandes d'avis ont été présentées par l'Autorité de régulation des télécommunications sur le fondement de l'article L 36-7 (7°) et de l'article L 36-10 du code des postes et télécommunications.

Quinze des demandes d'avis enregistrées par le Conseil au cours de l'année 1997 émanent du ministre chargé de l'économie, soit un nombre semblable à celui constaté en 1996.

Chapitre II : Les délibérations du Conseil

Le tableau suivant présente le nombre des séances tenues par le Conseil de la concurrence dans ses différentes formations et le nombre de dossiers sur lesquels il a statué depuis 1988.

Années	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997
Séances	64	63	72	64	66	68	94	100	94	101

Dossiers sur lesquels											
il a été statué :	91	80	103	94	90	105	121	143	124	141	
- par une décision	72	67	82	83	78	85	89	123	106	115	
- par un avis.	19	13	21	11	12	20	32	20	18	26	

Il ressort de ce tableau que l'activité du Conseil a maintenu au cours de l'année 1997 un rythme soutenu, similaire à celui constaté depuis 1994.

Le Conseil a, en effet, tenu cent une réunions, soit un nombre équivalent à celui de l'année 1995. Lors de ces séances, cent quarante et un dossiers ont été examinés. Ce rythme d'activité a permis de faire diminuer le nombre d'affaires en instance, eu égard au nombre de saisines et de demandes d'avis enregistrées.

Année	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997
Nombre de dossiers en instance	100	137	164	186	226	262	284	289	309	328	308

La répartition des cent une séances tenues par le Conseil selon ses différentes formations a été la suivante :

- 13 séances en formation plénière ;
- 21 séances dans l'une des trois sections ;
- 67 séances en commission permanente.

La commission permanente, composée du président et des vice-présidents, est la seule formation du Conseil habilitée à examiner les affaires contentieuses selon la procédure prévue à l'article 22 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. De même, en vertu de l'article 13 du décret du 29 décembre 1986 pris pour l'application de l'article 13 de l'ordonnance, il revient à la commission permanente, lorsqu'une décision du Conseil comporte une injonction, de constater que cette injonction n'a pas été respectée.

Par ailleurs, en vertu d'un arrêt de la Cour de cassation (chambre commerciale, financière et économique) en date du 6 avril 1993 (2), qui précise les cas dans lesquels la décision à prendre en matière d'instruction doit revêtir un caractère collégial, la commission permanente se réunit également, d'une part, pour demander au directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes de procéder à une enquête permettant l'éventuelle mise en oeuvre des pouvoirs d'enquête prévus par l'article 48 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, d'autre part, pour présenter à la cour d'appel de Paris des observations écrites en application de l'article 9 du décret du 19 octobre 1987 relatif aux recours formés devant cette juridiction contre les décisions du Conseil de la concurrence. A ce titre, la commission permanente s'est réunie vingt fois au cours de l'année 1997.

A. LES DÉCISIONS

Les décisions contentieuses prises par le Conseil au cours de l'année 1997 se répartissent comme suit :

Décisions	1992	1993	1994	1995	1996	1997
Irrecevabilité	5	17	13	12	7	7

Classement	16	6	3	12	13	15
Non-lieu	11	7	7	12	15	30
Sursis à statuer	2	4	4	5	4	3
Statuant sur des griefs notifiés	38	29	35	48	49	50
Relatives à des demandes de mesures conservatoires	15	9	13	17	9	8

En outre, le président du Conseil a pris huit décisions en application de l'article 23 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui lui permet de refuser la communication de pièces mettant en jeu le secret des affaires, sauf dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à la procédure ou à l'exercice des droits des parties.

Les décisions d'irrecevabilité, de non-lieu à poursuivre la procédure, de sursis à statuer, celles intervenant en cas de formulation de griefs et celles relatives à des demandes de mesures conservatoires appellent les précisions suivantes :

1. Les décisions d'irrecevabilité

L'article 19 de l'ordonnance prévoit que le Conseil peut déclarer, par décision motivée, une saisine irrecevable, s'il estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence ou ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants.

Deux décisions d'irrecevabilité ont été fondées, exclusivement ou notamment, sur le fait que les pratiques dénoncées n'entraient pas dans le champ de sa compétence (3). Les décisions d'irrecevabilité fondées, exclusivement ou notamment, sur l'absence d'éléments suffisamment probants ont été au nombre de six (4).

2. Les décisions de classement

Les quinze décisions de classement rendues en 1997 résultent d'un retrait de saisine ou de demande d'avis.

3. Les décisions de non-lieu à poursuivre la procédure

Les décisions de non-lieu à poursuivre la procédure rendues en 1997 peuvent être classées en quatre catégories.

La première correspond aux cas où il apparaît que les faits soumis à l'appréciation du Conseil ne révèlent pas l'existence de pratiques prohibées par les dispositions des articles 7, 8 ou 101 de l'ordonnance (5) ; dans cinq affaires, le Conseil est parvenu à cette conclusion sur la base d'une proposition de non-lieu présentée par le rapporteur (6).

Dans un cas qui concernait le respect d'injonctions qu'il avait ordonnées, le Conseil a constaté qu'il n'était pas établi qu'elles n'avaient pas été respectées. (7).

Dans un cas également, le Conseil a constaté que l'ordonnance, qui avait autorisé les agents de la DGCCRF en vertu de l'article 48 de l'ordonnance à effectuer des visites et des saisies de documents, avait été cassée et annulée et, qu'après avoir écarté l'ensemble des pièces irrégulièrement saisies, les procès-verbaux se référant à ces pièces ainsi que les passages du rapport administratif y faisant référence, il ne restait au dossier aucun élément permettant d'établir la preuve des pratiques dénoncées (8).

Dans seize cas, le Conseil a constaté que les faits sur la base desquels des griefs avaient été notifiés devaient être considérés, en application de l'arrêt de la cour d'appel de Paris (Société L'Entreprise industrielle, 1^{er} décembre 1995), le pourvoi contre cet arrêt ayant été rejeté par la Cour de cassation (arrêt n° 1848 P du 8 juillet 1997), comme prescrits. En conséquence, le Conseil a fait application de l'article 20 de l'ordonnance (9).

4. Les décisions de sursis à statuer

Dans les trois affaires (10) dans lesquelles a été prise une décision de sursis à statuer, le Conseil, s'estimant insuffisamment informé au vu du dossier et après avoir entendu les représentants des parties et le commissaire du Gouvernement, a considéré qu'il y avait lieu de procéder à un complément d'instruction.

5. Les décisions en cas de formulation de griefs

Parmi les cinquante-deux décisions rendues par le Conseil au terme d'une procédure au cours de laquelle des griefs avaient été notifiés aux parties, on relèvera que :

- quatre d'entre elles ont porté sur plusieurs dossiers qui ont fait l'objet d'une jonction (11) ;
- treize ont été rendues au terme de la procédure simplifiée prévue par l'article 22 de l'ordonnance, sur décision du président du Conseil de porter l'affaire devant la commission permanente après notification des griefs, mais sans établissement d'un rapport (12) ;
- neuf constatent, au terme de l'instruction, qu'il n'est pas établi que les entreprises ou organismes auxquels ont été notifiés des griefs, aient, pour partie d'entre eux ou dans leur ensemble, enfreint les dispositions du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (13) ;
- une constate la prescription des faits ayant donné lieu à griefs ;
- dans trente-neuf décisions, le Conseil a prononcé des sanctions ou injonctions, parmi lesquelles :
 - vingt-trois dans lesquelles il n'a prononcé que des sanctions (14) ;
 - treize dans lesquelles il a prononcé des sanctions et des injonctions (15) ;
 - trois dans lesquelles il n'a prononcé que des injonctions (16) ;
 - neuf dans lesquelles il a ordonné la publication de sa décision (17).
- dans une décision, le Conseil a considéré qu'il n'y avait lieu ni à sanction, ni à injonction (18).

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

	1992	1993	1994	1995	1996	1997
Nombre de décisions de sanctions	30	22	27	38	41	36
Nombre d'entreprises						

ou groupes d'entreprises sanctionnés	213	69	119	163	99	82
Montant des sanctions	138 063 000	109 746 500	68 895 000	478 105 500	105 044 849	161 900 500
Nombre d'organisations professionnelles sanctionnées	22	7	28	23	14	39
Montant des sanctions	4 549 000	750 000	7 845 000	3 077 000	1 272 000	2.522.500
Montant total des sanctions	142 612 000	110 496 500	76 740 000	481 182 500	106 316 849	164 423 000

6. Les décisions en cas de demande de mesures conservatoires

Sur les quatorze demandes de mesures conservatoires examinées au cours de l'année 1997 :

- sept ont été rejetées du fait que les saisines au fond qu'elles accompagnaient étaient irrecevables (19) ;
- sept ont été rejetées après que le Conseil eut constaté que les pratiques dénoncées ne répondaient pas aux conditions de fond prévues par le deuxième alinéa de l'article 12 de l'ordonnance (20).

B. LES RECOURS CONTRE LES DÉCISIONS DU CONSEIL

Les décisions du Conseil peuvent faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation devant la cour d'appel de Paris conformément aux dispositions des articles 12 et 15 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 dans leur rédaction issue de la loi n° 87-499 du 6 juillet 1987. Le pourvoi en cassation, formé le cas échéant contre l'arrêt de la cour, est exercé dans un délai d'un mois.

1. Les arrêts rendus par la cour d'appel de Paris au cours de l'année 1997

Depuis le précédent rapport, la cour d'appel de Paris s'est prononcée sur les recours concernant une décision du Conseil rendue en 1993, deux décisions en 1995, quinze décisions en 1996 et neuf décisions en 1997.

La cour d'appel, sur renvoi après cassation de l'arrêt rendu le 8 juillet 1994 sur un recours formé contre la décision du Conseil n° 93-D-19 du 7 juillet 1993 relative à des pratiques de la société Sony France, a confirmé cette décision (21).

La cour a constaté l'annulation de plein droit de la décision du Conseil n° 95-D-62, la Cour de cassation ayant, par un arrêt du 2 juillet 1996, annulé l'ordonnance du président du tribunal de grande instance de Pontoise autorisant des visites et saisies au siège de la société Sega France en application de l'article 48 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (22). Par ailleurs, la cour a rejeté le recours du ministre formé contre la décision n° 95-D-86 relative à des pratiques constatées dans le secteur des prothèses orthopédiques articulaires (23).

La cour a confirmé la décision du Conseil dans six affaires examinées au cours de l'année 1996 et relatives à des pratiques :

- relevées dans le secteur des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle (24),
- relevées dans le secteur de l'exploitation des taxis à Cannes (25),

- mises en oeuvre par la société Héli-inter assistance (26),
- constatées dans la distribution des montres Rolex (27),
- présentées par divers producteurs autonomes d'électricité à l'encontre d'EDF (28),
- relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la société CEP Exposium (29).

Elle a réformé partiellement la décision du Conseil relative à des pratiques mises en oeuvre par la société Autodesk SA, en ce que certaines de ces pratiques avaient été sanctionnées, au-delà de la notification des griefs, sur le fondement de l'article 85 § 1 du Traité de Rome (30). Elle a également réformé partiellement la décision n° 96-D-68 du Conseil relative à des pratiques mises en oeuvre par des entreprises de transport sanitaire lors de la passation d'un marché avec le centre hospitalier régional de Metz-Thionville, en considérant que seule était établie l'entente tarifaire entre ambulanciers, et non la répartition géographique du marché en cause (31). Statuant après sursis à statuer prononcé par arrêt du 18 février 1997, la cour a, réformant la décision n° 96-D-10 du Conseil, prononcé une sanction pécuniaire de 20 millions de F à l'encontre de France Télécom, pour des pratiques ayant eu pour objet et pour effet de faire échec à l'implantation de la société CMS dans le secteur des annuaires téléphoniques (32). La cour a également réformé partiellement les décisions rendues sur des pratiques relevées en matières d'honoraires et mises en oeuvre, d'une part, par le barreau de Quimper, en réduisant le montant de la sanction à 100.000 F (33), d'autre part, par le barreau de Tarascon-sur-Rhône, en modifiant la première partie de l'injonction formulée par le Conseil (34). La cour a réformé partiellement la décision du Conseil relative à des pratiques mises en oeuvre lors d'un marché de travaux routiers lancé par le SIVOM de la vallée du Calavon, en réduisant les sanctions infligées à la société Sogea Sud-Est et à la société SCR SA (35).

La cour a, par ailleurs, sursis à statuer sur le recours formé contre la décision n° 96-D-65 du 30 octobre 1996, " jusqu'à ce qu'il soit justifié d'une décision judiciaire irrévocable au sujet de la régularité des opérations de visite et/ou de saisie effectuées dans les locaux de la société Garnier-Pisan " (36).

Enfin, la cour a annulé la décision n° 96-D-62 du Conseil relative à la situation de la concurrence dans le secteur de la production et de la distribution de produits en béton dans le département de l'Aveyron, considérant que l'ensemble des procès-verbaux d'enquête étaient nuls (37), ainsi que la décision n° 96-D-71 relative à des pratiques mises en oeuvre à l'occasion de la consultation lancée par la SANEF. pour l'acquisition de véhicules industriels et utilitaires (38), en considérant que la procédure d'expertise diligentée n'avait pas revêtu un caractère contradictoire.

Vingt-deux des décisions rendues par le Conseil au cours de l'année 1997 ont fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris. Au 15 avril 1998, la cour avait statué sur huit recours :

Elle a confirmé entièrement les décisions relatives à :

- des pratiques relevées sur les marchés des appareils de détection des métaux et de la presse spécialisée dans l'information portant sur la prospection de métaux et trésors (39) ;

- une saisine de la Chambre syndicale nationale de vente et services automatiques (NAVSA) (40) ;
- des pratiques constatées dans le secteur du portage de médicaments à domicile (41) ;
- trois saisines présentées par M. Jean Chapelle et la SA Jean Chapelle (42) ;
- des pratiques mises en oeuvre par les syndicats de chirurgiens-dentistes de l'Indre-et-Loire CNSD 37 et du Rhône CNSD 69 (43) ;
- des pratiques mises en oeuvre par le Syndicat des pharmaciens de l'Aveyron (44) ;

Elle a confirmé la décision relative à des pratiques constatées dans le secteur de l'exploitation de taxis à Toulon, à l'exception de l'injonction prononcée à l'égard du syndicat en cause et du groupement des taxis toulonnais de cesser de s'immiscer dans la procédure de cession d'autorisations de stationnement (45). Elle a annulé partiellement la décision relative à des pratiques relevées lors de marchés d'aménagement des berges de la Seine, après avoir écarté de la procédure deux procès-verbaux d'audition (46). Enfin, la cour a renvoyé à l'instruction une affaire relative à des pratiques de prix abusivement bas présentée par la Société moderne d'assainissement et de nettoyage (SMA).

Le bilan des recours devant la cour d'appel de Paris sur les décisions rendues par le Conseil au 31 décembre 1997 est le suivant :

• Décisions contentieuses du Conseil	849
• Décisions ayant donné lieu à recours	270 (31,8%)

- Décisions sur lesquelles la cour s'est prononcée 247

hors :

<i>irrecevabilités</i>	5
<i>désistements</i>	7
<i>non-lieu</i>	1
<i>et sursis à exécution</i>	2

Dont :

- confirmations pures et simples 157
- confirmations au fond et réformations des sanctions ou (81 %)
- injonctions 43

• réformations totales ou partielles	26
• annulations totales ou partielles	21

2. Les arrêts rendus par la Cour de cassation

Par ailleurs, la Cour de cassation a rendu au cours de l'année 1997, et depuis la parution du dernier rapport du Conseil, plusieurs arrêts sur des pourvois formés contre des arrêts de la cour d'appel de Paris statuant sur recours contre des décisions du Conseil. Elle a, ainsi, rejeté le pourvoi formé par la société de transport Gondrand Frères contre l'arrêt rendu le 23 mai 1995, rendu sur recours contre la décision n° 94-D-51 du 4 octobre 1994 concernant des pratiques relevées dans le secteur du déménagement (47). Par un arrêt du 8 juillet 1997

(48), la Cour a également rejeté le pourvoi formé par la société Bic Sport contre un arrêt du 3 novembre 1995, rendu sur recours contre la décision n° 95-D-14 du 7 février 1995 relative à des pratiques constatées dans la distribution des planches à voile. La Cour a également rejeté le pourvoi formé par M. Jean-Yves Sellier, en cassation d'un arrêt rendu sur recours contre la décision n° 94-MC-11 du Conseil, ayant déclaré irrecevable la saisine de M. Sellier. (49). La Cour a cassé et annulé l'arrêt de la cour d'appel de Paris rendu sur recours contre la décision n° 95-MC-10 du 12 juillet 1995, en ce que cette juridiction s'est déclarée incompétente pour suspendre l'application de l'article 315 nouveau du règlement de la Ligue nationale de football et apprécier la validité de cette disposition. (50). Par plusieurs arrêts rendus le 27 janvier 1998, la Cour a entièrement confirmé l'arrêt de la cour d'appel du 13 décembre 1995, rendu sur recours contre la décision n° 94-D-60 du Conseil relative à des pratiques constatées dans le secteur des lessives (51). Par un arrêt rendu le 10 mars 1998, la Cour a rejeté le pourvoi formé par la société JVC Vidéo France contre l'arrêt rendu le 19 janvier 1996 par la cour d'appel, rendu après cassation partielle, concernant des pratiques examinées par le Conseil dans sa décision n° 90-D-23 en date du 3 juillet 1990 (52). La Cour a rejeté le pourvoi formé par le Syndicat des pharmaciens de Haute-Savoie et divers pharmaciens contre un arrêt rendu le 23 février 1996 par la cour d'appel de Paris, sur recours contre la décision du Conseil n° 95-D-35 en date du 10 mai 1995 (53). La Cour a rejeté le pourvoi formé par la société Sade Compagnie générale de travaux hydrauliques contre l'arrêt rendu le 2 avril 1996 par la cour d'appel sur recours contre la décision du Conseil n° 95-D-23 du 14 mars 1995 (54). Enfin, la Cour a cassé et annulé l'arrêt rendu par la cour d'appel le 5 mars 1996 sur recours contre la décision du Conseil n° 95-D-34 en date du 9 mai 1995 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Rallye à l'occasion de l'acquisition des réseaux de distribution Disque Bleu et Genty-Cathiard (55).

C. LES AVIS

1. Les avis rendus en matière de concentration

En 1997, le Conseil a rendu sept avis en matière de concentration, sur saisine du ministre chargé de l'économie, en application de l'article 38 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Six de ces avis (56) ont été publiés au *bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes* avec la décision prise par le ministre et sont commentés ciaprès.

2. Les autres avis

Par ailleurs, le Conseil a rendu dix-neuf avis en 1997.

Onze l'ont été sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, sur des questions de concurrence posées, dans six cas, par le ministre chargé de l'économie et, dans cinq cas, par des organisations professionnelles.

Quatre de ces avis ont été rendus, sur le fondement de l'article 6 de l'ordonnance, sur des projets de décrets.

Le Conseil a rendu deux avis sur le fondement de l'article 26 de l'ordonnance et également deux avis à la demande de l'Autorité de régulation des télécommunications (ART).

Par ailleurs, plusieurs des avis rendus en 1996 par le Conseil ont fait l'objet d'une publication au cours de l'année 1997 et sont donc repris dans ce bilan.

Le tableau suivant retrace l'évolution du nombre des avis rendus au cours des six dernières années :

Objet de l'avis	1992	1993	1994	1995	1996	1997
• Concentrations (art. 38)	3	9	15	5	5	7
• Projets de décret réglementant des prix (art. 1 ^{er})		1	1		1	
• Projets de texte instituant un régime restrictif de concurrence (art. 6)			5	4	2	4
• Questions de concurrence (art. 5)	5	4	5	9	6	11
Projets de décret d'exemption					1	
Pratiques relevées dans le cadre de procédures juridictionnelles (art. 26)	2	6	6	1	3	2
Autres (ART)						2
Total	11	20	32	19	18	26

Deuxième partie : analyse des décisions du Conseil

CHAP I : COMPETENCE, PROCEDURE, ET PREUVE A. LE CHAMP DE COMPÉTENCE DU CONSEIL

1. L'applicabilité de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986

En 1997, le Conseil s'est à nouveau prononcé sur la portée de l'article 53 qui définit son champ d'application et, par voie de conséquence, celui des dispositions relatives aux pratiques dont il peut connaître.

Aux termes de l'article 53 de l'ordonnance, dans sa rédaction issue de l'article 6 de la loi n° 95-127 du 8 février 1995, les dispositions de celle-ci " s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public. "

Dans un certain nombre d'affaires, dans lesquelles les parties soulevaient l'incompétence du Conseil, celui-ci a considéré qu'il pouvait valablement délibérer sur les affaires en cause.

Ainsi, le conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de la région Languedoc-Roussillon, mis en cause pour avoir diffusé des recommandations aux pharmaciens à l'encontre des entreprises exerçant une activité de portage de médicaments à domicile (57) soutenait que l'avis qu'il avait ainsi donné, l'avait été dans le seul souci de protection de la santé publique, dans le cadre de la mission de service public que lui a conférée le législateur et il en tirait la conclusion que le Conseil n'était pas compétent pour connaître d'un tel acte, assimilable à un acte de puissance publique. Mais le Conseil a considéré que le conseil régional de l'Ordre des pharmaciens, en adressant à l'ensemble des pharmaciens de la région une lettre confraternelle, les mettant en garde contre toute relation avec telle ou telle société de portage de médicaments à domicile, sous la menace de sanctions disciplinaires et en adressant à certaines de ces entreprises des courriers les menaçant de poursuites judiciaires au cas où elles poursuivraient leur activité, avait outrepassé le cadre de ses missions et était intervenu pour contrecarrer le développement d'une activité de services relevant de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

En revanche, le Conseil a considéré que la décision de la commission permanente du conseil général de La Réunion octroyant une aide à l'exportation d'ananas et en confiant la gestion à la SICA Victoria, que dénonçait un exportateur d'ananas en ce qu'elle imposait l'adhésion à cette société pour bénéficier de cette aide, ne constituait pas une activité de production, de distribution ou de services au sens des dispositions de l'article 53 et, en conséquence, a déclaré irrecevable la saisine dirigée contre cette décision. (58).

De la même façon, le Conseil a considéré que la Société d'économie mixte d'aménagement et de gestion du marché d'intérêt national de la région parisienne (SEMMARIS), qui gère le marché d'intérêt national de Rungis, en instaurant une redevance domaniale sur les distributeurs automatiques de boissons installés dans l'enceinte du marché, en déterminant le montant annuel de cette redevance et en mettant en oeuvre une procédure disciplinaire à l'encontre d'une société ayant refusé de verser cette redevance, ne s'était pas livrée à une activité de production, de distribution ou de services au sens des dispositions de l'article 53 de l'ordonnance. Il a, en conséquence, déclaré irrecevable, sur le fondement de l'article 19 de l'ordonnance, la saisine de la Chambre syndicale nationale de vente et services automatiques (NAVSA), qui dénonçait l'instauration de cette redevance et l'exclusion du MIN de Rungis d'un de ses adhérents (59). La cour d'appel de Paris a confirmé cette analyse (60).

2. Le champ d'application " rationae loci " de l'ordonnance

Dans l'affaire relative à diverses pratiques mises en oeuvre par le GIE des Tonnellerie de Bourgogne, ses représentants invoquaient l'incompétence du Conseil au motif que cette structure commune n'avait qu'une activité à l'exportation. Le Conseil a, toutefois, rappelé qu'il était compétent pour qualifier des pratiques ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de fausser ou limiter le jeu de la concurrence sur le territoire national et a constaté qu'en l'espèce, si l'activité du GIE ne concernait pas directement le marché national, il n'en restait pas moins que certaines des clauses des statuts de cette structure et leurs modalités d'application pouvaient affecter les conditions d'exploitation des entreprises membres du groupement, dont plus de la moitié du chiffre d'affaires était réalisé à l'exportation, et donc le jeu de la concurrence sur le marché de la tonnellerie en France.

En revanche, l'examen de la saisine de la société Tekimex (61), qui dénonçait la rupture de ses relations commerciales avec la société des Laboratoires Sandoz, a conduit le Conseil à constater que la société saisissante, qui ne développait qu'une activité d'exportation de médicaments, exportait la totalité des produits qu'elle achetait à la société des Laboratoires Sandoz et que ceux-ci n'étaient pas destinés à être réimportés en France. Par ailleurs, la rupture de ses relations commerciales avec ce fabricant n'avait pas mis en péril l'activité de la société Tekimex, qui s'était poursuivie avec d'autres laboratoires. Le Conseil en a déduit qu'il n'était pas établi, en l'absence, sur le territoire national, de tout objet ou de tout effet anticoncurrentiel liés à la rupture des relations commerciales, que la société des Laboratoires Sandoz ait méconnu les dispositions du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

3. Le champ d'application du titre III de l'ordonnance

Dans ce domaine, le Conseil a une compétence d'attribution, limitée aux pratiques anticoncurrentielles mentionnées aux articles 7 et 8 de l'ordonnance. Plusieurs décisions rendues au cours de l'année 1997 ont permis de rappeler la portée de ces dispositions, qu'il s'agisse de l'article 7 de l'ordonnance, qui prohibe les actions concertées, ententes expresses ou tacites et coalitions ou également de l'article 8 qui vise l'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique et, enfin, de l'article 10-1, qui prohibe les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas.

L'examen des pratiques relevées dans le secteur de la distribution de produits d'électronique grand public (62), de la commercialisation des détecteurs de trésors (63), de celle des produits d'entretien professionnel (64), dans le secteur des équipements pour automobiles (65), dans le secteur des transactions immobilières (66), dans la distribution de produits d'optique médicale (67), dans la distribution de films destinés aux arts graphiques industriels (68), dans la distribution de meubles (69), dans le secteur des produits chlorocyanuriques (70), dans celui de l'installation et de la réparation des chronotachygraphes (71), a permis de rappeler que les contrats de franchise, de concession exclusive, de distribution sélective ou encore les conditions générales de vente et accords de coopération commerciale proposés par un fournisseur ou un fabricant à ses distributeurs, explicitement ou tacitement acceptés par ceux-ci, constituent des conventions susceptibles d'être examinées sur le fondement de l'article 7 de l'ordonnance, dès lors que certaines des clauses qu'ils contiennent ou les conditions dans lesquelles ils sont appliqués sont de nature à fausser ou restreindre le jeu de la concurrence sur un marché.

En revanche, si seules sont en jeu les relations contractuelles entre un fournisseur et un de ses distributeurs ou entre un franchiseur et un de ses franchisés, et si les pratiques dont est saisi le Conseil ne portent pas atteinte au fonctionnement du marché, le litige ne relève pas des

dispositions du titre III de l'ordonnance. Telle a été la conclusion du Conseil s'agissant de la saisine de la société Gaillemar, qui se plaignait de ce que la société Coca-Cola avait dénoncé la convention de dépôt pour l'installation et l'exploitation d'un distributeur automatique de boissons dans les locaux d'une de ses agences (72). Le Conseil a relevé que la société saisissante avait passé un accord avec une autre entreprise de distribution de boissons, qui lui avait permis de poursuivre cette activité et qu'elle n'avait apporté aucun élément permettant de considérer que les pratiques qu'elle reprochait à la société Coca-Cola auraient eu pour objet ou pu avoir pour effet de limiter le jeu de la concurrence sur un marché.

De la même façon, le Conseil a considéré que les pratiques dénoncées par la société hydroélectrique de l'Orbiel à l'encontre d'EDF relevaient d'un litige purement contractuel tenant aux conditions dans lesquelles EDF avait procédé au recouvrement de sommes indûment perçues au titre de la majoration de qualité, un litige de cette nature ne rentrant pas dans le champ de sa compétence (73).

4. Les pratiques relevant de la compétence exclusive d'autres juridictions

Dans plusieurs décisions rendues au cours de l'année 1997, le Conseil a rappelé qu'il n'avait pas compétence pour se prononcer sur la légalité d'actes administratifs. Ainsi, dans deux affaires concernant le secteur des pompes funèbres, le Conseil a rappelé qu'il ne lui appartenait pas d'apprécier la validité des conventions par lesquelles une commune concède le service extérieur des pompes funèbres (74). De la même façon, le Conseil a considéré qu'il ne lui appartenait pas de statuer sur la légalité de décisions administratives ou d'arrêtés préfectoraux intervenus dans le cadre de la gestion du marché d'intérêt national de Rungis (75) ou d'une décision par laquelle une collectivité territoriale avait instauré une aide spécifique à l'exportation (76).

Dans plusieurs affaires, le Conseil a rappelé qu'il n'avait pas compétence pour statuer sur le caractère éventuellement déloyal de certaines pratiques.

5. L'application du droit communautaire

Le Conseil de la concurrence est compétent, en application des dispositions du troisième paragraphe de l'article 9 du règlement 17/62 du Conseil des ministres des Communautés européennes, pour faire application des dispositions des articles 85 §1 et 86 du Traité de Rome. En outre, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 92-1282 du 31 décembre 1992, qui a introduit un article 56 bis dans l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le Conseil peut désormais être saisi de façon autonome sur le fondement des articles 85 et 86 du Traité.

Conformément à la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes (77), l'application du droit national est compatible avec le droit communautaire " sous réserve cependant que cette mise en oeuvre du droit national ne puisse porter préjudice à l'application pleine et uniforme du droit communautaire et à l'effet des actes d'exécution de celui-ci ".

Par ailleurs, une communication de la Commission européenne du 15 octobre 1997 relative à la coopération entre la Commission et les autorités de concurrence des États membres pour le traitement d'affaires relevant des articles 85 et 86 du traité donne des lignes d'orientation pour la répartition des tâches entre la Commission et les autorités nationales de concurrence ainsi que les modalités de leur coopération selon que la Commission ou une autorité nationale de concurrence est saisie la première d'une affaire, en prévoyant notamment des procédures d'information réciproques.

En 1997, le Conseil a fait application du droit communautaire dans trois décisions, dans lesquelles des pratiques contraires aux dispositions de l'article 85 §1 avaient été relevées.

Dans sa décision relative à des pratiques relevées sur les marchés des appareils de détection des métaux et de la presse spécialisée dans l'information portant sur la prospection de métaux et trésors (78), le Conseil a considéré que plusieurs clauses des contrats de distribution souscrits par les sociétés Prospections et IDS avec les fabricants de détecteurs de métaux Garrett, Fisher et Tesoro avaient pour objet et pouvaient avoir pour effet de conférer à ces distributeurs une protection territoriale absolue. Ainsi, les contrats de distribution exclusive conclus entre les sociétés Prospections, d'une part, et Fisher et Garrett, d'autre part, limitaient la garantie sur les détecteurs de métaux de ces marques aux seuls appareils vendus par le distributeur exclusif pour la zone concédée et lui conféraient une obligation de protection de la marque et du logo, obligation qui avait fondé des actions en justice à l'encontre d'importateurs directs. Dans la mesure où, dans les zones concédées, c'est-à-dire la France s'agissant du contrat Garrett, à laquelle s'ajoutaient, s'agissant du contrat Fisher, les parties francophones de la Belgique et du Luxembourg, ces pratiques étaient susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres, le Conseil a considéré que celles-ci étaient contraires aux dispositions de l'article 85 §1 du Traité de Rome. Le Conseil a tenu le même raisonnement s'agissant des pratiques de la société Prospections, qui avait engagé des actions en justice contre des importateurs directs d'appareils de marque Tesoro et qui avait informé les lecteurs de la revue " Trésors de l'Histoire " qu'elle n'assurerait pas la garantie sur tous les appareils qui auraient été acquis auprès d'autres importateurs. S'agissant des contrats souscrits par la société IDS, le Conseil a également considéré qu'était contraire aux dispositions de l'article 85 §1 du Traité l'interdiction faite à un distributeur exclusif d'approvisionner les utilisateurs ou les intermédiaires situés en dehors du territoire qui lui est concédé, même dans l'hypothèse où ceux-ci s'adresseraient à lui pour une commande, dès lors qu'une telle pratique a pour objet et peut avoir pour effet de cloisonner les marchés en conférant une protection territoriale absolue au distributeur. La cour d'appel de Paris a validé entièrement l'analyse menée par le Conseil (79).

Analysant l'accord conclu entre la Ligue nationale de football et la société Adidas Sarragan France (80), qui permettait à cette dernière d'utiliser le titre de fournisseur officiel et exclusif de la L.N.F. ainsi que la possibilité de la représentation de la marque et de l'image des clubs de football professionnel de première et de deuxième divisions en contrepartie de la fourniture de l'équipement des joueurs et d'une dotation financière de 60 millions de F, le Conseil a considéré que cet accord, eu égard au caractère global de la négociation engagée par la L.N.F. pour l'ensemble des clubs de première et de deuxième divisions, à la position dominante de la société Adidas sur le marché de la chaussure de football et à la part détenue sur ce marché par ses concurrents, avait pour objet et pouvait avoir pour effet de fausser ou restreindre le jeu de la concurrence entre la société Adidas et les autres équipementiers sur le marché de la chaussure de football. Un tel accord avait, en effet, été conclu sans appel à la concurrence et empêchait les autres équipementiers pendant une durée artificiellement longue de faire des offres pour l'obtention de contrats de parrainage. Dans la mesure où il était également susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres, en limitant les possibilités d'accès au marché national des équipementiers étrangers, le Conseil a considéré cet accord comme contraire aux dispositions de l'article 85 §1 du Traité.

Dans sa décision relative à des pratiques constatées dans le secteur des films radiographiques (81), le Conseil a considéré que la clause-type du contrat de distribution exclusive conclu entre la société Typon AG et la société Sodigraph, prévoyant que : " Sans l'approbation formelle de Typon, Sodigraph n'est pas autorisée d'exporter les produits Typon

dans d'autres pays " obligeait un revendeur ou un utilisateur d'un pays de la CEE, dont la France, à ne se fournir qu'auprès du distributeur exclusif, empêchant toute importation directe de Suisse et toute importation parallèle des produits en cause. Sodigraph bénéficiait ainsi pour la France d'une protection territoriale absolue contraire aux dispositions de l'article 85 §1 du Traité de Rome. Le Conseil a rejeté les arguments des sociétés en cause, qui faisaient valoir que cet accord aurait dû bénéficier du règlement d'exemption n° 1983/83 relatif à des catégories d'accords de distribution exclusive et entré dans le champ d'application de la communication de la Commission relative à des accords d'importance mineure. Il a d'abord relevé que le règlement d'exemption ne peut trouver application lorsque les contrats en cause contiennent une clause ayant pour objet et pouvant avoir pour effet de cloisonner les marchés nationaux, en faisant bénéficier le distributeur d'une protection territoriale absolue. Quant à la communication dite " De minimis ", le Conseil a souligné qu'elle ne saurait lier les autorités nationales de concurrence quant à l'appréciation des pratiques en cause. En outre, il s'avérait, en l'espèce, que les seuils fixés par la communication, soit 5 % du marché en cause, au cas d'espèce celui des films destinés aux arts graphiques, étaient dépassés. Enfin, le Conseil a écarté l'argument selon lequel l'article 85 du Traité de Rome ne saurait s'appliquer aux accords intra-groupe. Il a, en effet, relevé que si, dès sa création, Sodigraph était devenue distributeur exclusif de Typon AG pour la France, cette société avait toujours distribué des films destinés aux arts graphiques d'autres marques et avait conservé son indépendance juridique à l'égard de Typon AG, jusqu'en janvier 1994, date à laquelle elle en était devenue une filiale.

Le Conseil s'est par ailleurs référé dans plusieurs dossiers relatifs à des pratiques relevées dans des réseaux de franchise ou dans des systèmes de distribution exclusive aux règlements communautaires n° 4087-88 du 30 novembre 1988 et n° 1983-83 du 22 juin 1983 concernant l'application de l'article 85 §3 du Traité respectivement à des catégories d'accords de franchise (82) et à des catégories d'accords de distribution exclusive (83).

B. LA PRESCRIPTION

Aux termes de l'article 27 de l'ordonnance : " Le Conseil de la concurrence ne peut être saisi de faits remontant à plus de trois ans, s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction. "

Dans l'affaire mettant en cause diverses pratiques de la société Reynoird (84), celle-ci soutenait que les faits, sur lesquels étaient fondés les griefs, étaient prescrits, puisque s'étant déroulés entre février 1989 et avril 1990, alors que la notification de griefs avait été adressée le 23 octobre 1995. Le Conseil a relevé que plusieurs procès-verbaux d'enquête avaient été rédigés au cours des mois d'octobre, novembre et décembre 1991 et que le ministre avait saisi le Conseil le 5 juillet 1994. Ces actes d'instruction et la saisine ayant valablement interrompu le cours de la prescription, celle-ci ne pouvait, dès lors, être valablement invoquée.

De la même façon, dans sa décision relative à des pratiques relevées sur le marché des détecteurs de métaux (85), le Conseil a écarté le moyen tiré de la prescription des faits qu'invoquaient les sociétés Prospections et Traditions et Perspectives, en constatant que, postérieurement à la saisine, en date du 28 janvier 1992, plusieurs actes d'instruction, valablement établis, avaient interrompu le cours de la prescription, d'abord lors de l'enquête administrative, diligentée au cours des années 1992 et 1993, puis au cours de l'instruction menée par le rapporteur, comportant notamment deux procès-verbaux d'audition établis en février et mars 1996.

Dans sa décision relative à des pratiques mises en oeuvre par le conseil national de l'Ordre des architectes (86), le Conseil a également écarté le moyen tiré de la prescription des faits. En effet, si la notice explicative accompagnant le contrat-type contesté avait bien été diffusée en 1988 et si le Conseil avait été saisi en février 1992, il était constant que les documents en cause avaient une validité indéterminée, ne nécessitaient pas d'actualisation et, n'ayant fait l'objet d'aucune abrogation, avaient pu continuer à être utilisés par les professionnels qui en avaient été destinataires, de telle sorte qu'ils avaient conservé leur objet et leurs effets potentiels et, qu'en conséquence, la prescription ne pouvait être valablement invoquée.

S'agissant de la période postérieure à la saisine du Conseil, la cour d'appel de Paris a, dans un arrêt du 1^{er} décembre 1995, contre lequel a été formé un pourvoi que la Cour de cassation a rejeté (87), interprété les dispositions de l'article 27 de l'ordonnance en considérant que : " Toute prescription, dont l'acquisition a pour conséquence de rendre irrecevable une action ou d'interdire la sanction d'un fait, recommence à courir après qu'elle a été interrompue, sous réserve d'une éventuelle cause, (...), de suspension de son cours." Le Conseil a fait application de cette jurisprudence dans seize affaires au cours de l'année 1997 et a constaté, en conséquence, que les pratiques qui lui étaient soumises ne pouvaient plus être qualifiées. Il a, sur ce point, écarté dans une affaire (88) le moyen soulevé par une partie, qui soutenait que la saisine suspendait le cours de la prescription à son égard par référence à la situation de la partie civile qui ne dispose d'aucun moyen de droit pour contraindre le juge d'instruction à accomplir un acte interruptif de prescription. Le Conseil a relevé que la personne qui saisit le Conseil, autorité administrative indépendante chargée de la protection de l'ordre public économique, ne saurait être assimilée à une partie civile, alors qu'au surplus elle peut obtenir réparation du préjudice éventuellement subi devant les juridictions civiles ou commerciales.

En revanche, dans cinq affaires (89), le Conseil a rejeté le moyen tiré de la prescription qu'invoquaient certaines entreprises mises en cause en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour, en constatant que les auditions effectuées par le rapporteur avaient valablement interrompu la prescription, non seulement à l'égard des faits reprochés à ces entreprises, mais aussi de ceux pour lesquels d'autres entreprises étaient mises en cause dans la même affaire.

C. LE DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE CONTENTIEUSE

1. Les enquêtes administratives

Comme il résulte des dispositions de l'article 45 de l'ordonnance, les enquêtes qui servent de base à l'instruction sont, dans la majorité des cas, effectuées par les services de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes du ministère chargé de l'économie. En effet, bien que ses rapporteurs disposent en droit des mêmes compétences que les fonctionnaires relevant du ministre, le Conseil, compte tenu des moyens en personnel et en matériel dont il dispose, se trouve dans l'obligation, dans la très grande majorité des affaires, de limiter ses investigations à un examen sur pièces ou à l'audition des représentants des entreprises.

Les enquêtes sont menées sur le fondement soit de l'article 47, soit de l'article 48 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et, dans ce dernier cas, sous le contrôle de l'autorité judiciaire.

Dans un grand nombre d'affaires, les procès-verbaux de déclaration ou de communication de pièces font l'objet de contestations, au motif qu'ils ne respecteraient pas les prescriptions de forme fixées par l'ordonnance ou son décret d'application, ou encore parce que les investigations auxquelles il a été procédé auraient méconnu le principe de loyauté qui doit

présider à la recherche des preuves. La cour d'appel de Paris a fixé les lignes de la jurisprudence en la matière dans ses arrêts Société Hyperrallye du 8 avril 1994, entreprise Bronzo S.A. du 5 juillet 1994, Martinken SA du 14 avril 1995 et Société Pro-Gec du 2 avril 1996.

En se fondant sur les principes ainsi dégagés, le Conseil a répondu, dans plusieurs décisions rendues au cours de l'année 1997, à divers moyens mettant en cause la validité des procès-verbaux établis par les fonctionnaires habilités par le ministre.

Les pouvoirs d'enquête au titre de l'article 47

En application de l'article 47 de l'ordonnance : " Les enquêteurs peuvent accéder à tous locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel, demander la communication des livres, factures et tous autres documents professionnels et en prendre copie, recueillir sur convocation ou sur place les renseignements et justifications ".

Les procès-verbaux établis lors de ces enquêtes doivent répondre aux prescriptions de l'article 46 de l'ordonnance qui prévoit : " Les procès-verbaux sont transmis à l'autorité compétente. Un double en est laissé aux parties intéressées. Ils font foi jusqu'à preuve contraire. " Ces dispositions sont complétées par celles de l'article 31 du décret du 29 décembre 1986, aux termes duquel : " Les procès-verbaux prévus à l'article 46 de l'ordonnance sont rédigés dans le plus court délai. Ils énoncent la nature, la date et le lieu des constatations ou des contrôles effectués. Ils sont signés de l'enquêteur et de la personne concernée par les investigations. En cas de refus de celle-ci, la mention en est faite au procès-verbal. "

Dans une affaire (90), le Syndicat des pharmaciens de l'Aveyron, dont certaines pratiques étaient dénoncées par une mutuelle locale, la Société mutualiste interprofessionnelle (SMIP), faisait valoir que sa cause n'avait pas été entendue de façon équitable au sens de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, dans la mesure où l'enquête sollicitée par le Conseil avait été effectuée par les services de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, qui était déjà intervenue dans une instance judiciaire sur le fondement de l'article 56 de l'ordonnance à l'appui des prétentions de la mutuelle SMIP. Le Conseil a écarté cet argument en relevant qu'en application des dispositions des articles 45 et 50 de l'ordonnance, le président du Conseil ne peut demander qu'au directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes le soin de procéder aux enquêtes que le rapporteur juge utiles et que la circonstance que le même service soit intervenu dans une instance judiciaire impliquant les mêmes parties n'était pas de nature à jeter le doute sur l'impartialité et l'objectivité des enquêteurs. Il a encore souligné qu'il n'était lié ni par les conclusions des enquêteurs, ni par celles du rapporteur et qu'il avait pu prendre en compte l'ensemble des pièces produites au cours de l'instruction et notamment celles que le syndicat en cause avaient déposées à l'appui de ses observations, tant écrites qu'orales. La cour d'appel a entièrement confirmé la décision du Conseil (91).

La validité de deux procès-verbaux consignant les dépositions de deux responsables de la Société nouvelle des Bétons Techniques, l'un manuscrit, l'autre dactylographié, dénonçant diverses pratiques anticoncurrentielles dans le secteur du béton prêt à l'emploi dans la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, a été contestée par l'ensemble des entreprises mises en cause dans cette affaire (92) dans la mesure où ces deux documents, qui portaient la même date et la même heure et qui avaient été signés par les mêmes personnes, avaient un contenu différent, qui aurait dû, selon ces mêmes entreprises, conduire le Conseil à écarter ces deux pièces. Ce

dernier, après avoir relevé que les procès-verbaux en cause avaient recueilli les déclarations spontanées de ces deux responsables et qu'ils ne comportaient pas les mentions prescrites par l'article 46 de l'ordonnance s'agissant des actes établis en cours d'enquête, a considéré qu'ils constituaient, en fait, une déposition de plainte dans le but d'inciter l'administration à déclencher l'ouverture d'une enquête et non des procès-verbaux au sens de l'article 46 de l'ordonnance. Le Conseil, constatant en outre que l'établissement de ces deux procès-verbaux ne révélait aucune manoeuvre déloyale de la part de l'administration, a écarté le moyen tiré de la nullité de la procédure du fait de la présence au dossier de ces deux documents.

S'agissant de la nature des contrôles, le Conseil a écarté, dans cette même affaire, les moyens qu'invoquaient les sociétés Béton chantier Prêt, Express Béton et Béton de France, en soutenant que les enquêteurs auraient procédé à de véritables fouilles des locaux et saisi des documents professionnels, excédant ainsi les limites des pouvoirs qui leur sont conférés en vertu de l'article 47 de l'ordonnance. Il a relevé, en effet, que les procès-verbaux établis à la suite des investigations menées dans ces entreprises mentionnaient que les personnes entendues avaient été informées de l'objet de l'enquête, que ces mêmes personnes avaient spontanément remis copie des documents demandés et qu'elles n'avaient d'ailleurs formulé aucune réserve sous la rubrique " observations ". Aucun autre élément du procès-verbal ne permettant de mettre en doute la validité des investigations ainsi menées, le Conseil n'a pas retenu les déclarations postérieures des intéressés critiquant leur déroulement. Il a également écarté le moyen tiré de ce que les enquêteurs auraient pris copie d'un agenda qui n'aurait pas dû être regardé comme un document professionnel dans la mesure où il comportait, outre des mentions professionnelles, des annotations personnelles, en considérant que les enquêteurs avaient sollicité la communication de l'agenda professionnel de la personne entendue et avaient pris copie, selon inventaire, de différentes pages de cet agenda, comportant uniquement mention de réunions professionnelles. En revanche, le Conseil a écarté le procès-verbal de déclaration et de communication de pièces établi après audition d'un cadre de la Société brignolaise de béton et d'agglomérés dans la mesure où celui-ci révélait que les enquêteurs avaient formulé une demande générale et imprécise de documents.

En ce qui concerne l'étendue des investigations effectuées par les enquêteurs, le Conseil a rappelé dans sa décision relative à des pratiques relevées sur le marché des appareils de détection de métaux (93), qu'il était saisi " in rem " de l'ensemble des faits constatés affectant le fonctionnement d'un marché, mais qu'aucune disposition n'obligeait l'administration ou le rapporteur à entendre, avant la notification des griefs, l'ensemble des entreprises mises en cause.

S'agissant de l'objet de l'enquête, selon la jurisprudence dégagée par la cour d'appel de Paris, il doit être porté à la connaissance des personnes interrogées par les enquêteurs agissant dans le cadre d'une enquête diligentée sur le fondement de l'article 47 de l'ordonnance, " l'acte d'enquête devant être suffisamment clair et précis pour ne pas créer de méprise sur son objet ". Le Conseil, dans plusieurs décisions, a rappelé que la jurisprudence de la cour n'exige pas que cet objet soit indiqué en clair dans le procès-verbal de déclaration. La mention, faisant foi jusqu'à preuve contraire, que cet objet a été indiqué à la personne entendue constitue une preuve que cette exigence a été respectée. Mais, à défaut de cette mention, le Conseil recherche d'autres éléments lui permettant de s'assurer que la personne interrogée a eu connaissance de l'objet de l'enquête de telle sorte qu'elle n'a pu se méprendre sur la portée de ses déclarations.

Dans l'affaire relative à des pratiques mises en oeuvre par la société Reynoird dans les départements de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Guyane (94), cette entreprise

soutenait que douze des procès-verbaux étaient entachés d'irrégularité, soit qu'ils ne comportaient aucune mention de l'objet de l'enquête, soit seulement une mention pré-imprimée, soit, enfin, une référence à une autre enquête générale sur la distribution dans les départements d'outre-mer. Mais le Conseil a constaté que deux de ces procès-verbaux, recueillant les déclarations de dirigeants de la société Reynoird, mentionnaient expressément que l'enquête portait sur le fonctionnement du marché de la grande distribution dans les départements d'outre-mer, de telle sorte que la société Reynoird ne pouvait utilement soutenir qu'elle ne connaissait pas l'existence d'une enquête de concurrence dans ce secteur. Par ailleurs, trois autres procès-verbaux de cadres de cette entreprise portaient explicitement mention que l'objet de l'enquête avait été indiqué à la personne entendue et, dans trois autres cas, le contenu des déclarations portait sur les relations du groupe Primistères Reynoird avec le groupe Hayot et le déréférencement éventuel des produits fabriqués par ce dernier. Enfin, le Conseil, en analysant le procès-verbal d'audition du directeur général de la société Reynoird, a constaté que, si cet acte d'instruction ne comportait pas mention de l'objet de l'enquête, les termes des déclarations de ce dirigeant montraient qu'il était avisé de l'enquête en cours, de son objet et de la qualification éventuelle des pratiques constatées, notamment s'agissant de celles de son groupe dans ses relations avec le groupe Hayot. En revanche, le Conseil a écarté deux procès-verbaux qui ne comportaient aucune indication sur le cadre juridique dans lequel se déroulaient les investigations, ni mention que l'objet de l'enquête avait été indiqué aux personnes entendues, alors que leur contenu ne permettait pas de s'assurer que celui-ci leur avait été clairement indiqué.

Dans l'affaire relative à des pratiques relevées dans le secteur des pompes funèbres dans le département de la Seine-Saint-Denis (95), la régularité des procès-verbaux d'enquête avait été également contestée par la société des Pompes funèbres générales, au motif qu'ils ne comportaient pas mention de l'objet de l'enquête ou qu'ils ne comportaient que la mention pré-imprimée que l'objet de l'enquête avait été indiqué à la personne entendue. Dans cette affaire, le Conseil a été conduit à écarter certains procès-verbaux, dès lors que ceux-ci ne portaient ni le visa de l'ordonnance, ni la mention que l'objet de l'enquête avait été indiqué, alors, en outre, qu'aucun élément intrinsèque ou extrinsèque ne permettait de vérifier que les personnes entendues en avaient été clairement informées. Le Conseil a souligné qu'un de ces procès-verbaux faisait référence à l'article 36-3 de l'ordonnance et que cette seule mention ne permettait pas d'établir que la personne entendue pouvait supposer que ses réponses seraient utilisées dans le cadre d'une instruction sur le fondement du titre III de l'ordonnance.

Dans l'affaire relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur des pompes funèbres à Gonesse et dans les communes limitrophes (96), la société des Pompes funèbres générales, également mise en cause, ainsi que plusieurs entreprises de marbrerie soutenaient que les procès-verbaux de déclaration et de constatation étaient nuls en raison des conditions dans lesquelles elles avaient été interrogées. Ces entreprises faisaient valoir que l'objet de l'enquête n'aurait pas été clairement indiqué, que les procès-verbaux ne relateraient pas l'ensemble des opérations effectuées, ni les conditions dans lesquelles celles-ci se seraient réellement déroulées, les propos tenus en fait par le directeur de l'agence des PFG n'étant pas, notamment, ceux consignés dans les procès-verbaux. Le Conseil a, dans cette affaire, écarté l'ensemble de l'argumentation ainsi développée en constatant que les procès-verbaux en cause portaient tous le visa de l'ordonnance et la mention que l'objet de l'enquête avait été indiqué, une convocation envisagée au siège de la DNEC et les propos relatifs à la concurrence tenus par la personne entendue corroborant les mentions portées au procès-verbal. S'agissant des conditions du déroulement de l'enquête, le Conseil a relevé qu'il n'était pas établi que les opérations ne se soient pas déroulées ainsi qu'il avait été rapporté dans ces procès-verbaux, la signature de la personne auditionnée attestant de la sincérité des opérations ainsi relatées,

alors au surplus que deux seulement de ces actes comportaient des réserves de la part de la personne auditionnée. Il a, en outre, constaté que le directeur de l'agence des PFG de Gonesse, selon les constatations effectuées, avait remis spontanément les documents qui lui avaient été demandés, ceux-ci ayant fait au préalable l'objet d'une demande précise, conformément aux prescriptions de l'ordonnance et de son décret d'application. Le Conseil a également considéré que n'était pas fondé le moyen selon lequel l'enquêteur aurait outrepassé les pouvoirs que lui confère l'article 47 de l'ordonnance, d'une part en proposant au responsable local des PFG de l'entendre soit en ses locaux, soit au siège de la DNEC, d'autre part en demeurant hors des heures de bureau dans l'agence des PFG, le directeur de celle-ci lui en ayant donné l'autorisation expresse. Enfin, le Conseil n'a pas retenu l'argument selon lequel l'enquêteur aurait mené ses investigations auprès d'une personne non avertie, parce qu'affectée récemment dans ses fonctions ; il a, à cet égard, souligné que ce responsable avait spontanément répondu aux questions de l'enquêteur et, qu'en tout état de cause, il avait eu toute latitude de consulter sa hiérarchie.

Dans sa décision relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur du portage des médicaments à domicile (97), le Conseil a écarté l'argumentation développée par la Chambre syndicale des pharmaciens de l'Hérault qui contestait la validité de tous les procès-verbaux d'enquête au motif que les déclarations n'auraient pas été obtenues de façon loyale. Le Conseil a, en effet, relevé que sept de ces actes comportaient le visa de l'ordonnance et la mention que l'objet de l'enquête avait été indiqué à la personne auditionnée et que deux autres avaient recueilli les déclarations des deux responsables d'entreprises de portage de médicaments qui étaient à l'origine de l'enquête et donc ne pouvaient ignorer son objet. En revanche, le Conseil a écarté les procès-verbaux ne faisant pas référence à l'ordonnance de 1986, ne comportant pas mention que l'objet de l'enquête avait été indiqué et dont le contenu ou aucun autre élément ne permettait de s'assurer que la personne auditionnée n'avait pu se méprendre sur la portée de ses déclarations.

Dans sa décision relative à la saisine de la Société toulousaine d'Entretien Auto (STEA) (98), le Conseil a également écarté l'argument tiré de la nullité de tous les procès-verbaux qu'invoquait la société Magneti-Marelli, en faisant valoir que, lors des auditions effectuées par les enquêteurs, l'objet de l'enquête n'avait pas été précisé, d'autant plus qu'elles avaient été étendues à la société mère Magneti-Marelli Spa, sans que celle-ci ait été avertie de l'extension de la procédure. Le Conseil a relevé que les procès-verbaux portaient mention du visa de l'ordonnance ainsi que la mention que l'objet de l'enquête avait été indiqué à la personne entendue et qu'ils avaient été précédés d'une convocation, dans laquelle l'enquêteur avait précisé que " le président du Conseil de la concurrence a(vait) chargé son administration de réaliser une enquête relative au respect des dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ". Il a par ailleurs relevé que la société italienne Magneti-Marelli Spa avait été mentionnée dans un procès-verbal d'audition en tant que gestionnaire des contrats de concession en cause et que la circonstance qu'elle n'avait pas été auditionnée par le rapporteur au cours de l'instruction était, en l'absence de toute obligation légale, sans influence sur la procédure.

Dans l'affaire relative à des pratiques mises en oeuvre par le barreau des Hautes-Alpes (99), le Conseil a relevé que, si le procès-verbal de déclaration du bâtonnier ne comportait pas mention de l'objet de l'enquête, celui-ci ne pouvait s'être mépris ni sur la nature des contrôles, ni sur leur objet, dès lors qu'il avait répondu à une demande de rendez-vous lui précisant que cette audition avait lieu dans le cadre d'une enquête demandée par le Conseil de la concurrence sur le montant des honoraires pratiqués par les avocats du barreau. La cour d'appel a confirmé l'analyse ainsi menée .

La cour d'appel, saisie d'un recours contre la décision du Conseil relative à des pratiques relevées lors de la passation de marchés d'aménagement des berges de la Seine (100), a écarté de la procédure deux procès-verbaux que le Conseil avait estimé réguliers. Elle a, en effet, après avoir constaté que ces actes ne comportaient ni mention de l'objet de l'enquête ou de ce que celui-ci avait été indiqué, considéré qu'il ne pouvait être déduit du seul fait qu'un de ces dirigeants avait été interrogé sur des documents saisis dans son bureau lors d'une opération de visite effectuée sur le fondement de l'article 48 que celui-ci connaissait l'objet de l'enquête, dès lors que les documents présentés étaient très nombreux et portaient sur des marchés répartis sur tout le territoire national. Pour l'autre procès-verbal, la cour a relevé que, si cet acte précisait que les enquêteurs intervenaient sur le fondement de l'article 47 de l'ordonnance, sa rédaction ne lui permettait pas de vérifier qu'il avait été bien satisfait à l'obligation de loyauté dans la recherche des preuves, alors que l'audition avait porté sur de nombreux marchés et que les documents présentés par les enquêteurs avaient été saisis dans les locaux d'entreprises tierces.

Constatant le caractère déloyal de la recherche de preuves relatives à une entente tarifaire entre exploitants de taxis agenais, le Conseil a écarté trois procès-verbaux de déclaration et un procès-verbal de constat dans l'affaire relative à des pratiques constatées dans le secteur de l'exploitation de taxis à Agen (101). En effet, les enquêteurs, avertis par un consommateur du caractère forfaitaire d'une course en centre ville, avaient procédé à un contrôle, sans décliner leur identité, se faisant passer pour des clients ordinaires, puis avaient entendu les trois chauffeurs contrôlés, sans leur indiquer l'objet de l'enquête, de telle sorte que ceux-ci n'avaient pu, dans ces conditions, supposer que leurs déclarations seraient, par la suite, utilisées comme moyen de preuves dans le cadre d'une procédure pour pratiques anticoncurrentielles.

Dans sa décision relative à des pratiques relevées dans le secteur de la réparation automobile (102), le Conseil a été conduit à écarter l'ensemble des procès-verbaux dès lors que ceux-ci ne comportaient ni le visa de l'ordonnance, ni mention que l'objet de l'enquête avait été indiqué, et que, en outre, le contenu même des déclarations montrait que les intéressés avaient pu se méprendre sur la portée de celles-ci. Il a également écarté des documents émanant de syndicats professionnels, qui n'avaient pas fait l'objet de procès-verbaux de communication de pièces, empêchant ainsi d'établir la régularité de leur communication.

Les pouvoirs d'enquête au titre de l'article 48

L'article 48 de l'ordonnance prévoit que : " Les enquêteurs ne peuvent procéder aux visites en tous lieux, ainsi qu'à la saisie de documents que dans le cadre d'enquêtes demandées par le ministre chargé de l'économie ou le Conseil de la concurrence et sur autorisation judiciaire donnée par ordonnance du président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les lieux à visiter ou d'un juge délégué par lui (...). Le juge doit vérifier que la demande d'autorisation qui lui est soumise est fondée ; cette demande doit comporter tous les éléments d'information de nature à justifier la visite (...). L'ordonnance (...) n'est susceptible que d'un pourvoi en cassation selon les règles prévues par le code de procédure pénale. Ce pourvoi n'est pas suspensif. "

Dans sa décision concernant des pratiques mises en oeuvre dans le secteur du béton prêt à l'emploi dans la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, déjà ci-dessus citée (103), plusieurs entreprises mises en cause contestaient les conditions dans lesquelles le président du tribunal de grande instance avait autorisé les visites et saisies, notamment parce que celui-ci se serait fondé sur des pièces irrégulièrement détenues par l'administration et dont la restitution n'aurait pu purger l'irrégularité ainsi commise, et estimaient que le Conseil ne pourrait qu'en tirer pour

conséquence la nullité de toute la procédure subséquente. Mais ce dernier a rappelé que, selon l'article 48 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, l'ordonnance du président du tribunal de grande instance autorisant les visites et saisies n'est susceptible que d'un pourvoi en cassation et que ce pourvoi n'est pas suspensif. De la même façon, le Conseil a souligné qu'il n'avait compétence ni pour se prononcer sur la validité des pièces soumises à l'appréciation du juge pour délivrer une ordonnance ou sur la régularité des visites et saisies effectuées sur son fondement, ni, par suite, pour écarter les pièces qui auraient été irrégulièrement saisies, ces contestations relevant des juridictions de l'ordre judiciaire.

2. La saisine du Conseil

Le Conseil peut être saisi de pratiques dénoncées comme anticoncurrentielles, au sens du titre III de l'ordonnance, par le ministre chargé de l'économie, par les entreprises ou, pour toute affaire qui concerne les intérêts dont elles ont la charge par les collectivités territoriales, les organisations professionnelles et syndicales, les organisations de consommateurs agréées, les chambres d'agriculture, les chambres de métiers et les chambres de commerce et d'industrie.

a) Les auteurs de la saisine

Le Conseil vérifie que les personnes qui le saisissent ont qualité pour le faire. Dans une affaire (104), il a constaté que la saisine avait été présentée au nom d'une société qui avait cessé toute activité et avait été radiée du registre du commerce avant même la date de la saisine. Le Conseil a constaté que la partie au nom de laquelle était présentée la saisine n'avait plus, lors de l'introduction de celle-ci, qualité à agir.

Dans sa décision relative à des pratiques mises en oeuvre par le barreau de Clermont-Ferrand (105) et dans celle relative à des pratiques mises en oeuvre par le barreau des Hautes-Alpes (106), le Conseil a rejeté le moyen tiré de ce que l'auteur de la saisine n'aurait pas eu qualité à agir, s'agissant, comme le soutenait le barreau mis en cause, d'une saisine formée par un membre d'une association de consommateurs, qui aurait utilisé le cadre de cette association pour poursuivre des fins personnelles. Le Conseil a, en effet, relevé qu'il avait été saisi, dans ces deux affaires, par le président de la Confédération syndicale du cadre de vie, organisation de consommateurs agréée, dûment habilité conformément à l'article 28 des statuts de cette organisation. Ces décisions ont été confirmées par la cour d'appel de Paris.

Une des sociétés mises en cause dans l'affaire relative à diverses pratiques relevées dans le secteur de la vente de véhicules automobiles dans le département de la Marne (107) soutenait que la saisine était nulle, dès lors qu'elle ne comportait ni le nom, ni les références de l'organe représentant la société saisissante, ni la signature de la société ou de son mandataire. La société Comareg mettait également en doute dans cette affaire l'intérêt à agir de la société saisissante en faisant valoir que celle-ci n'avait pas indiqué dans sa saisine sa qualité de mandataire automobile et, en tout état de cause, n'était pas celle qui lui avait adressé des sommations d'insérer des annonces publicitaires. Mais le Conseil a constaté, d'une part, que la saisine avait été présentée par le conseil de la société Mi. Le. Service, qui avait fait élection de domicile en son cabinet, et, d'autre part, que celle-ci avait été la victime des pratiques reprochées, la circonstance que les sommations interpellatives aient été faites par une autre société du groupe étant dès lors sans influence sur la recevabilité de la saisine du Conseil.

b) Le champ de la saisine

Dans certains cas, le Conseil est saisi de façon successive par une ou plusieurs personnes de questions semblables. Il peut, alors, joindre l'instruction de ces saisines, soit dès la notification des griefs, soit au stade du rapport, si chacune des saisines a donné lieu à une notification de griefs séparée.

L'instruction a ainsi été poursuivie de façon commune en ce qui concerne diverses pratiques dénoncées dans le secteur des prothèses dentaires (108), dans le secteur des pompes funèbres dans le Val d'Oise (109), ou s'agissant de pratiques relevées dans le secteur de la publicité sur le mobilier urbain (110).

La jonction de l'instruction de trois saisines présentées M. Jean Chapelle et la société Jean Chapelle concernant diverses pratiques mises en oeuvre par la société Philips dans la distribution de matériels électroniques grand public (111) a été contestée par une des parties saisissantes, au motif que les faits dénoncés seraient de nature différente et mériteraient des instructions distinctes. Mais le Conseil n'a pas fait droit à la disjonction demandée en considérant que les saisines se rapportaient à des pratiques connexes, mises en oeuvre sur un même marché, par une même entreprise et que le fait de n'avoir demandé une enquête qu'à propos de la première saisine ne pouvait faire obstacle à l'examen conjoint des deux suivantes, dès lors que le recours à une enquête n'est imposé par aucune règle de l'ordonnance et que le rapporteur avait poursuivi son instruction sur l'ensemble des faits constatés.

Dans une des affaires examinées par le Conseil concernant diverses pratiques mises en oeuvre par la société Adidas (112), celle-ci soutenait que le rapporteur n'avait pu valablement faire référence à la définition du marché qu'il avait retenue dans une première affaire la mettant également en cause et que si cette référence était indispensable, il y avait alors lieu de joindre l'instruction de ces deux procédures. Toutefois, le Conseil a estimé que les marchés pertinents analysés par le rapporteur avaient été clairement identifiés tant dans la notification de griefs que dans le rapport et que le principe du contradictoire ayant été respecté, la société Adidas ne pouvait valablement invoquer la nullité de la procédure, du fait de l'absence de jonction.

Dans cette même affaire, la société Adidas soutenait encore que le Conseil, lors de l'examen des mesures conservatoires sollicitées par les parties saisissantes, avait estimé que l'instruction devrait porter sur " l'accord passé entre les sociétés Adidas et Uhlsport " et, qu'en conséquence, aucun grief ne pouvait lui être imputé sur le fondement de l'article 8 de l'ordonnance. Le Conseil a rappelé qu'il était saisi " *in rem* ", qu'il n'était pas tenu par les qualifications juridiques des parties saisissantes ou de l'administration et que, dans le cadre des mesures conservatoires, il se bornait à vérifier que la saisine au fond était assortie d'éléments suffisamment probants pour engager une instruction, sans être par la suite lié par les termes de sa décision. Il a donc écarté le moyen de la société Adidas.

Le fait que le ministre de l'économie ait saisi le Conseil de pratiques relevées dans le secteur du travail temporaire dans les départements de l'Isère et de la Savoie (113) a été dénoncé par la société Centre Intérim et par la Fédération du bâtiment et des travaux publics de la Savoie comme une imbrication des procédures préjudiciable aux intérêts des parties mises en cause. Le Conseil a écarté cette argumentation, en indiquant que, si les pratiques dénoncées avaient fait l'objet d'une enquête distincte à des dates différentes dans chacun des deux départements, elles avaient pu être réunies dans une même saisine par le ministre, dès lors qu'elles avaient été relevées sur des marchés semblables, avaient été mises en oeuvre à la même période et, pour une grande part, par les mêmes entreprises. Par ailleurs, le Conseil a noté que le rapporteur avait pris soin de relever chacune des différences qui avaient pu être constatées dans la rédaction même des protocoles examinés dans cette affaire, ainsi que dans leur mise

en oeuvre dans chacun des départements, aboutissant d'ailleurs à la notification de griefs formulés différemment.

La société Ets J. Beaudré Réunis, mise en cause pour diverses pratiques dans le secteur des pompes funèbres à Pontivy et dans les communes avoisinantes (114), faisait valoir que le Conseil n'aurait pu examiner les griefs notifiés, dès lors qu'ils n'étaient pas visés dans la saisine et n'avaient pas fait l'objet d'une saisine d'office. Le Conseil a rappelé qu'il était saisi " in rem ", sans être lié par les demandes de la partie saisissante et qu'il pouvait examiner, sans avoir à se saisir d'office, les pratiques anticoncurrentielles révélées au cours de l'instruction, dès lors que celles-ci concernaient les mêmes marchés ou des marchés connexes, étaient antérieures à l'acte de saisine, se rattachaient aux comportements économiques dénoncés et visaient au même objet ou pouvaient avoir le même effet.

Dans l'affaire relative à des pratiques relevées lors de la passation de marchés d'aménagement des berges de la Seine (115), la société Bouygues Offshore soutenait que trois des marchés examinés ne constituaient pas en fait des marchés d'aménagement des berges de la Seine et n'avaient d'ailleurs pas pour maître d'ouvrage le département de Seine-Maritime, mais le Port autonome de Rouen, de telle sorte que les faits reprochés s'agissant de ces marchés " dépass(ai)ent le domaine de compétence du rapporteur. " Le Conseil a rappelé, s'appuyant sur une jurisprudence constante de la cour d'appel de Paris (116), que le ministre avait pu réunir dans un même dossier des pratiques constatées sur différents marchés de travaux publics, dès lors que chacun d'eux supposait la mise en oeuvre, pour partie au moins, de techniques, de matériels et de qualifications de même nature et qu'ils avaient été exécutés par les mêmes entreprises.

Dans le dossier relatif à des pratiques relevées à l'occasion de marchés de travaux de construction et de rénovation de HLM et d'un collège dans le département de la Sarthe (117), le Conseil a également rejeté le moyen avancé par la société Vallée et tiré de ce que la saisine ne visant que trois entreprises réalisant des travaux de peinture et de revêtements de sol, le Conseil n'aurait pu examiner les autres marchés concernés par la saisine. Celui-ci a rappelé que, quels que soient les termes utilisés par la saisine, il était compétent pour apprécier l'ensemble des faits soumis à son examen et que le dossier portant sur plusieurs marchés relatifs à des travaux de second oeuvre, son examen pouvait valablement porter sur les pratiques mises en oeuvre sur les lots de plâtrerie et de bardage.

c) Les modalités de la saisine

Dans l'affaire déjà citée plus haut relative à des pratiques mises en oeuvre par le barreau de Clermont-Ferrand, comme dans celle concernant le barreau des Hautes-Alpes (118), l'Ordre des avocats faisait valoir que la saisine n'était appuyée que d'éléments recueillis de manière déloyale et que les faits relatés étaient dénués de toute valeur probante. Mais le Conseil a écarté cet argument. Il a, en effet, constaté qu'avaient été joints à la saisine les éléments recueillis par un membre de l'association de consommateurs agréée saisissante auprès du secrétariat du Conseil de l'Ordre et notamment des éléments relatifs à un barème des honoraires qui serait appliqué par les avocats du barreau. Le Conseil a également considéré que le fait pour un membre d'une association de consommateurs de s'informer auprès du secrétariat du Conseil de l'Ordre sur les honoraires pratiqués pour telle ou telle procédure ne pouvait être regardé comme un procédé déloyal d'obtention de preuves. Dans la deuxième de ces affaires, le Conseil a écarté l'argument selon lequel l'association saisissante aurait pu bénéficier du concours d'une relation familiale d'un de ses membres en fonction à la direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes du Var, en soulignant que cette allégation n'était assortie du moindre commencement de

preuve et, au surplus, manquait en fait, dès lors que cet agent exerçait ses fonctions dans ce seul département et dans le secteur des travaux publics. La cour d'appel de Paris a confirmé l'analyse du Conseil (119).

Dans l'affaire relative à des pratiques relevées lors du marché de restructuration de la trésorerie générale de la Loire à Saint-Etienne (120), une des sociétés mises en cause, la société Floriot, alléguait que ni l'ordonnance du président du tribunal de grande instance de Saint-Etienne, ni certains autres documents ne figuraient au dossier ouvert à la consultation au Conseil, ce qui la placerait dans une situation discriminatoire vis-à-vis des autres entreprises et empêchait le plein exercice des droits de la défense. Mais le Conseil a considéré qu'il pouvait valablement statuer, dès lors que la demande de la société Floriot s'analysait en fait comme une demande au ministre de lui communiquer lesdits documents et, en tout état de cause, qu'il n'était pas compétent pour apprécier la régularité des opérations effectuées en application de l'article 48 de l'ordonnance.

Doit également être évoquée ici la décision du Conseil relative à des pratiques dans le secteur du béton prêt à l'emploi dans la région Provence-Alpes-Côte d'Azur (121), dans laquelle les entreprises mises en cause contestaient la validité des éléments produits par deux anciens salariés d'une de ces entreprises lors de leur déposition auprès de la direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes des Bouches-du-Rhône et qui devaient servir de fondement à une enquête administrative ainsi qu'à la saisine du Conseil par le ministre. On se reportera sur ce point au C-1-a du même chapitre.

3. L'examen des mesures conservatoires

Les conditions dans lesquelles le Conseil peut ordonner des mesures conservatoires sont fixées par l'article 12 de l'ordonnance et par les articles 5 et 12 du décret du 29 décembre 1986.

Selon l'article 12 de l'ordonnance, le Conseil peut, après avoir entendu les parties en cause et le commissaire du Gouvernement, prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées par le ministre chargé de l'économie, par les personnes mentionnées au deuxième alinéa de l'article 5 de l'ordonnance ou par les entreprises. Ces mesures ne peuvent intervenir que si les pratiques dénoncées portent une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante. Elles peuvent comporter la suspension de la pratique concernée ainsi qu'une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur. Elles doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence.

a) La recevabilité des demandes de mesures conservatoires

Conformément à l'article 12 du décret du 29 décembre 1986, la demande de mesures conservatoires doit être formée accessoirement à une saisine au fond.

Pour que le Conseil examine une demande de mesures conservatoires, il convient donc que la saisine au fond, dont elle est l'accessoire, ne soit pas irrecevable au sens de l'article 19 de l'ordonnance. Selon cet article, le Conseil de la concurrence peut déclarer, par décision motivée, la saisine irrecevable s'il estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence ou ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants. Dans ce cas, le Conseil, par une même décision, déclare la saisine irrecevable et rejette la demande de mesures conservatoires. En 1997, le Conseil a rendu cinq décisions de cette nature (122).

Lorsque le Conseil considère que, sous réserve d'une instruction au fond, les pratiques qui lui sont dénoncées peuvent entrer dans le champ d'application des articles 7 ou 8 de l'ordonnance, il examine alors la demande de mesures conservatoires. Tel a été le cas en 1997 dans sept affaires.

b) Le bien-fondé des demandes de mesures conservatoires

Conformément à l'article 12 de l'ordonnance, les pratiques dénoncées doivent d'abord, pour pouvoir donner lieu au prononcé de mesures conservatoires, porter une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou, encore, à l'entreprise saisissante.

Dans les décisions qu'il a rendues en 1997, le Conseil a considéré que ces conditions n'étaient pas remplies.

Ainsi, dans sa décision relative à une demande de mesures conservatoires présentée par le ministre délégué aux finances et au commerce extérieur (123), s'agissant de pratiques mises en oeuvre par la Confédération des organismes professionnels de prévention et de contrôle (COPREC), la Société centrale immobilière de la Caisse des dépôts (SCIC), la Fédération nationale des promoteurs constructeurs (FNPC) et l'Union nationale des fédérations d'organismes HLM (UNFOHLM), le Conseil a constaté que les conventions en cause avaient été conclues entre ces organismes en 1993 et 1994, mais n'a pas considéré, comme l'y invitait le commissaire du Gouvernement, que l'ancienneté même des pratiques n'excluait pas une atteinte grave et immédiate, qui aurait résulté précisément de leur application continue, dès lors qu'il n'était apporté aucun élément de preuve à l'appui de cette allégation et ce, d'autant plus, que plusieurs de ces organismes s'étaient engagés à suspendre l'application des clauses litigieuses dans l'attente de la décision au fond du Conseil.

Dans sa décision relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Canal + (124), le Conseil n'a pas considéré que les pratiques dénoncées, mises en oeuvre par la société TF1 Publicité, porteraient une atteinte grave et immédiate à la société Canal +, en considérant que même si celles-ci étaient susceptibles de limiter l'accès de cette entreprise au marché publicitaire, elles n'entraîneraient, à son encontre, ni une atteinte grave, eu égard à la part des recettes publicitaires dans son chiffre d'affaires, ni une atteinte immédiate, dans la mesure où les remises tarifaires en cause étaient pratiquées depuis au moins trois ans et où la société Canal + consentait elle-même à de telles remises. S'agissant de l'atteinte au secteur, le Conseil a considéré que la seule attestation produite par la régie publicitaire d'une autre chaîne de télévision, indiquant que certains annonceurs avaient supprimé tout investissement publicitaire sur ses écrans depuis que cette autre chaîne de télévision était prise en compte par la société TF1 Publicité pour déterminer la part d'investissement des annonceurs sur TF1, ne pouvait être considérée comme un élément suffisant pour justifier le prononcé de mesures d'urgence, dans la mesure où l'attestation produite ne concernait qu'un très petit nombre d'annonceurs, alors qu'à l'inverse, il n'était pas contesté que plusieurs chaînes de télévision avaient augmenté leurs parts de marché dans la vente d'espaces publicitaires.

Dans sa décision relative à une demande de mesures conservatoires présentée par les sociétés Rebel et Mardis (125), distributeurs exclusifs des produits manufacturés du tabac de marques commercialisées par la société British American Tobacco United Kingdom and Export (BATUKE) dans l'île de La Réunion, le Conseil a considéré qu'il n'y avait pas de lien de causalité entre les pratiques dénoncées et la situation des entreprises saisissantes. Il a, en effet, constaté que leurs déclarations de cessation de paiement n'étaient que la conséquence des saisies conservatoires pratiquées par la société BATUKE pour obtenir paiement de certaines

sommes dont cette dernière s'estimait créancière. Il a également relevé qu'après que la société BATUKE eut décidé de changer de distributeur, les deux sociétés saisissantes ne s'étaient vu opposer aucun refus de vente et qu'aucun élément du dossier ne permettait, par ailleurs, de considérer que les conditions de vente dont elles se plaignaient auraient été le fait de la société BATUKE. Les deux sociétés saisissantes n'apportant au surplus aucun élément de nature à établir une atteinte grave et immédiate au secteur intéressé ou à l'intérêt des consommateurs, le Conseil a considéré que les conditions pour l'octroi de mesures conservatoires n'étaient pas réunies.

C'est également parce que le Syndicat européen des mandataires et intermédiaires d'assurances (SEMIA) et les Chambres syndicales d'agents généraux d'assurances d'Eure-et-Loir, des Hauts-de-Seine et du Val d'Oise n'avaient apporté, à l'appui de leur demande, aucun élément de nature à établir le caractère grave et immédiat des pratiques dénoncées, qui aurait nécessité le prononcé de mesures conservatoires, que le Conseil a également rejeté cette demande (126), en constatant que les dispositions contestées du nouveau statut des agents généraux d'assurances n'étaient susceptibles de s'appliquer qu'à une faible part de l'activité des seuls agents nommés à compter du 1^{er} janvier 1997 et qu'au surplus les accords d'entreprise appliquant le nouveau statut n'étaient pas tous encore conclus.

Le Conseil a écarté la demande de mesures conservatoires présentée par la Fédération des syndicats dentaires libéraux (127), qui dénonçait une convention concernant le remboursement des soins dentaires conclue entre la Mutuelle générale de l'éducation nationale (MGEN) et la Confédération nationale des syndicats dentaires (CNSD), en constatant qu'en se bornant à dénoncer la situation précaire de certains cabinets dentaires, le syndicat saisissant n'avait pas apporté d'éléments permettant de caractériser une atteinte grave et immédiate à l'exploitation des cabinets dentaires, ou d'établir que la convention en cause serait à l'origine de la situation ainsi dénoncée. Il a également souligné que les intérêts des consommateurs apparaissaient par ailleurs plutôt favorisés par la convention en cause, qui offrait un meilleur remboursement des soins prodigués par les praticiens y adhérant.

Si le Conseil n'a pas exclu que puissent entrer dans le champ d'application du titre III de l'ordonnance d'une part les dispositions du règlement d'admission de publication et de retrait des titres de la société AEPM, faisant obligation aux éditeurs de titres dont cette société étudie l'audience de faire contrôler leur diffusion par l'association Diffusion Contrôle, et d'autre part la position prise par la société AEPM indiquant aux sociétés du groupe Ayache que les titres qu'elles éditent ne seraient plus pris en compte dans les enquêtes d'audience qu'elle réalise, il n'a pas fait droit aux demandes de mesures conservatoires de ces sociétés (128). Celles-ci consistaient, d'une part, en la " réintégration " des trois titres " Réponse à tout ", " Réponse à tout-Santé " et " Questions de femmes " dans l'enquête que devait réaliser la société AEPM et, d'autre part, en l'envoi d'une circulaire informant de cette réintégration l'ensemble des personnes à qui l'exclusion de ces titres de l'enquête d'audience avait été annoncée. Le Conseil a relevé que M. Ayache ne pouvait ignorer, en décidant de ne plus faire contrôler la diffusion de ses titres par Diffusion Contrôle, que la société AEPM, ayant pour règle de ne contrôler l'audience que des publications dépassant 100 000 d'exemplaires et faisant contrôler leur audience par Diffusion contrôle, n'accepterait plus de prendre en compte ses titres dans son enquête d'audience. Par ailleurs, le Conseil a souligné que les résultats de l'enquête précédente allaient être publiés, de telle sorte que les publicitaires, disposant des données sur le taux d'audience de ces titres, pourraient continuer à les prendre en compte dans leurs plans média. Il a également tenu compte du fait qu'une adhésion pour ces trois titres à Diffusion Contrôle pouvait être rapidement effectuée et permettre d'inclure ces publications dans l'enquête d'audience organisée au début de l'année 1998. Enfin, et au cas où M. Ayache n'aurait pas

souhaité adhérer à nouveau à Diffusion Contrôle, le Conseil a relevé qu'il pourrait faire mesurer l'audience de ses titres par un autre organisme, comme la Sofres ou l'institut Ipsos.

Les conditions fixées par l'article 12 de l'ordonnance n'étant remplies dans aucune des demandes de mesures conservatoires formulées au cours de l'année 1997, le Conseil n'a pas eu à poursuivre son analyse pour examiner si les mesures demandées étaient au nombre de celles qu'il peut prendre, à savoir la suspension de la pratique concernée ou une injonction aux parties dont les pratiques sont dénoncées de revenir à l'état antérieur.

4. L'instruction

a) Les investigations du rapporteur

Conformément aux dispositions de l'article 45 de l'ordonnance, le rapporteur peut procéder à des investigations complémentaires avant d'établir une notification de griefs ou une proposition de non-lieu à poursuivre la procédure. Le rapporteur n'est, en effet, lié ni par les conclusions de l'enquête administrative, ni par les qualifications proposées par la partie saisissante.

En application de l'article 20 du décret du 29 décembre 1986, le rapporteur peut, s'il l'estime opportun, procéder à des auditions, sans qu'aucune disposition ne l'y oblige, comme l'a rappelé le Conseil dans sa décision relative à des pratiques relevées sur le marché des appareils de détection des métaux (129) ou dans sa décision relative à des pratiques constatées dans le secteur du travail temporaire (130) ou, encore, dans celle relative à une saisine de la société STEA (131).

b) La notification des griefs

Cas général : Lorsqu'une notification de griefs est établie, les parties disposent, en application des dispositions du deuxième alinéa de l'article 21 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, d'un délai de deux mois pour consulter le dossier et présenter leurs observations éventuelles.

Dans l'affaire relative à des pratiques relevées dans le secteur du travail temporaire dans les départements de l'Isère et de la Savoie (132), le Conseil a rappelé qu'en vertu des dispositions de l'article 21 de l'ordonnance, la notification simultanée des griefs et des pièces sur lesquelles ceux-ci sont fondés n'est imposée qu'au stade du rapport. Au stade de la notification de griefs, le caractère contradictoire de la procédure est assuré par la faculté offerte aux parties de consulter l'intégralité du dossier au siège du Conseil. Dès lors, le Conseil a rejeté l'argumentation d'une des sociétés en cause, qui soutenait que n'ayant pu obtenir dans un délai raisonnable copies des pièces de la procédure qu'elle avait sollicitées, elle n'avait pas été mise en mesure de se défendre utilement. Il a constaté que cette entreprise avait pu consulter l'intégralité du dossier dans le délai de deux mois ouvert par la notification des griefs et que, dans la suite de la procédure, les pièces sur lesquelles le rapporteur avait fondé les griefs figuraient en annexe au rapport, de telle sorte que le caractère pleinement contradictoire de la procédure avait été respecté.

Procédure simplifiée : Par application de l'article 22 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le président du Conseil peut, après notification des griefs, décider que l'affaire sera portée devant la commission permanente, sans établissement préalable d'un rapport.

La procédure simplifiée est appliquée dans des affaires qui ne posent pas de problème de fond complexe et dont l'ampleur est limitée. Il convient, à cet égard, de rappeler que, lorsque la

procédure simplifiée est utilisée, le plafond de la sanction susceptible d'être prononcée est de 500.000 F à l'encontre de chacun des auteurs des pratiques prohibées.

Treize des décisions de fond prises par la commission permanente au cours de l'année 1997 concernent des affaires dans lesquelles la procédure de l'article 22 avait été suivie.

c) Les destinataires de la notification de griefs

Aux termes du premier alinéa de l'article 21 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : " Sans préjudice des mesures prévues à l'article 12, le Conseil notifie les griefs aux intéressés ainsi qu'au commissaire du Gouvernement, qui peuvent consulter le dossier et présenter leurs observations dans un délai de deux mois. "

La notion d'entreprise intéressée au sens de ces dispositions a donné lieu à une discussion dans l'affaire, déjà citée, relative à la situation de la concurrence dans le secteur du béton prêt à l'emploi dans la région Provence-Alpes Côte d'Azur (133). La société Redland Granulats Sud soutenait, en effet, que la société SNBT était un tiers à la procédure, qui n'avait pas vocation à recevoir la notification des griefs, ni ensuite le rapport, puisque, si cette société s'estimait victime de certaines pratiques sur ce marché, elle n'était pas à l'origine de la saisine du Conseil, qui avait été effectuée par le ministre de l'économie, des finances et du budget. Elle en tirait pour conséquence que l'ensemble de la procédure devait être déclarée nulle. La notification de la procédure à la société SNBT pouvait s'expliquer par le fait que ses dirigeants avaient été à l'origine de l'enquête menée dans ce secteur, qu'elle-même avait saisi le Conseil dans des procédures antérieures et que, victime des pratiques, elle pouvait être considérée comme " intéressée ". Mais, le Conseil a considéré, s'appuyant sur la jurisprudence dégagée par la cour d'appel de Paris, que c'était effectivement à tort que la société SNBT avait été destinataire de la notification de griefs, puis du rapport. Mais il a relevé que la SNBT n'avait formulé aucune observation, ni sur la notification de griefs, ni sur le rapport, qu'elle n'avait pas reçu communication des observations déposées par les parties et n'avait pas pris la parole en séance, de telle sorte que la simple communication des actes établis par le rapporteur ne portait pas atteinte aux droits des parties, qui, en conséquence, n'étaient pas fondées à invoquer la nullité de la procédure de ce chef.

Par ailleurs, la détermination des destinataires de la notification de griefs, puis du rapport, pose fréquemment des problèmes. Ceux-ci peuvent, d'abord, être liés au fait que les entreprises qui, en application des dispositions ci-dessus rappelées, doivent être destinataires de la notification de griefs, peuvent, dans certains cas, être des personnes différentes de celles qui ont mis en oeuvre les pratiques constatées si, entre la date des faits et celle de la notification de griefs, des modifications juridiques ou structurelles ont affecté ces entreprises ou organismes, notamment en cas de fusion, mais aussi de restructurations entraînant l'éclatement de certaines unités. Ces problèmes peuvent, ensuite, naître du fait que l'entité juridique, auteur des pratiques, n'avait pas dans les faits de réelle autonomie et qu'elle a agi pour le compte d'une autre entreprise. Ce type de problèmes se pose fréquemment dans le cadre de groupes d'entreprises, entre société mère et filiales.

Sur le premier point, s'agissant des problèmes liés à la continuité d'entreprise, les rapports du Conseil des années précédentes, et notamment le rapport annuel pour l'année 1996, ont rappelé les règles qu'a dégagées le Conseil en la matière. Celles-ci s'inspirent largement des principes appliqués par la jurisprudence communautaire, tels que fixés notamment dans les arrêts Enichem Anic Spa et All Weather Sports Bénélux BV (134). Dans la première de ces affaires, le Tribunal de première instance a jugé que : " Lorsque l'existence (...) d'une infraction est établie, il convient de déterminer la personne physique ou morale qui était

responsable de l'exploitation de l'entreprise au moment où l'infraction a été commise, afin qu'elle réponde de celle-ci. Toutefois, lorsque, entre le moment où l'infraction a été commise et le moment où l'entreprise en cause doit en répondre, la personne responsable de l'exploitation de cette entreprise a cessé d'exister juridiquement, il convient de localiser, dans un premier temps, l'ensemble des éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction pour identifier, dans un second temps, la personne qui est devenue responsable de l'exploitation de cet ensemble, afin d'éviter que, en raison de la disparition de la personne responsable de son exploitation au moment de l'infraction, l'entreprise ne puisse pas répondre de la commission de celle-ci. "

Cette analyse privilégie l'entité juridique par rapport à la notion économique d'entreprise. Si l'entité juridique auteur des pratiques subsiste au moment de la décision, c'est cette entité, quelle que soit par ailleurs sa consistance d'un point de vue économique, qui sera recherchée pour se voir notifier des griefs et éventuellement être sanctionnée. Mais, si l'auteur des pratiques a juridiquement disparu, l'application de ces principes conduit à rechercher la continuité économique et fonctionnelle entre l'entreprise qui a mis en oeuvre les pratiques prohibées et celle qui a repris son activité, privilégiant alors une logique économique. Cette continuité s'analyse indépendamment des modalités juridiques de la cession ou de la transformation de l'entreprise ou encore de l'identité de ses responsables successifs. Dans ces conditions, l'entité économique, sujet du droit de la concurrence, peut se voir imputer des pratiques et faire l'objet de sanctions prévues à l'article 13 de l'ordonnance, même si, entre le moment où les pratiques ont été mises en oeuvre et celui où elle doit en répondre, la personne auteur des pratiques a disparu, dès lors qu'a été assurée la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise. Cependant, dans le cas des entreprises individuelles, la cour d'appel de Paris considère, qu'eu égard au caractère personnel de l'exploitation, la continuité de l'entreprise n'est pas assurée si la personne physique qui la dirige a changé. Même si l'application des principes ainsi dégagés, d'une part, par le Tribunal de première instance et, d'autre part, par la cour d'appel de Paris, peut, dans certains cas d'espèce, donner lieu à des difficultés et ce, notamment, comme il sera analysé ci-dessous s'agissant de l'effectivité des sanctions prononcées, le Conseil n'entend pas s'en éloigner. Aucune solution idéale n'existe, en effet, en la matière.

Lorsque l'entreprise a fait l'objet de restructurations, il y a lieu, conformément aux principes dégagés par la jurisprudence communautaire, de rechercher d'abord quelle était l'entreprise auteur des pratiques au moment où celles-ci ont été mises en oeuvre, puis de vérifier si cette entreprise a ou non disparu en tant qu'entité juridique, pour, dans le premier cas, déterminer la personne devenue responsable de l'exploitation de l'ensemble des moyens matériels et humains ayant concouru à la mise en oeuvre des pratiques prohibées.

La mise en oeuvre de ces principes ne pose pas de problèmes dans un certain nombre de cas. Ainsi, lorsqu'est intervenue une opération de fusion-absorption, la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise est assurée par l'entreprise absorbante ([135](#)).

Lorsque l'entreprise, auteur des pratiques, a fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire avec un plan de cession, le Conseil considère que la continuité économique et fonctionnelle est assurée par le cessionnaire qui acquiert tels ou tels éléments de l'entreprise faisant l'objet de la procédure. Lorsque l'entreprise a fait l'objet d'une cession amiable, il y a lieu également de considérer que la société cessionnaire doit être regardée comme ayant assuré la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise.

En revanche, l'application de cette jurisprudence a donné lieu à un débat avec les parties dans un certain nombre de cas où les entreprises mises en cause avaient restructuré leurs activités par filialisation avec la création de holdings.

Dans l'affaire relative à des marchés d'aménagement des berges de la Seine (136), la société Quillery et Cie contestait sa mise en cause. Elle faisait, en effet, valoir qu'elle avait filialisé ses activités de production et que la branche complète d'activité, dont relevait son agence de travaux publics et génie civil dans la région de Normandie mise en cause dans la notification de griefs, avait fait l'objet d'un apport d'actifs à la Société générale des entreprises Quillery travaux publics/génie civil, opération entérinée par une assemblée générale mixte avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 1996. Elle en déduisait que seule la Société générale des entreprises Quillery travaux publics/génie civil pouvait être mise en cause. Le Conseil n'a pas suivi l'argumentation ainsi développée, en constatant que la Société générale des entreprises Quillery et Cie n'avait pas disparu juridiquement, même si elle avait été transformée en holding. Subsistant en tant qu'entreprise, cette société avait donc valablement été mise en cause pour répondre des pratiques anticoncurrentielles qu'elle avait mises en oeuvre avant la restructuration du groupe.

Dans l'affaire relative à des pratiques constatées dans le secteur du béton prêt à l'emploi dans la région Provence-Alpes-Côte d'Azur (137), la société Béton de France Sud-Est s'était substituée à la société Béton de France, destinataire de la notification de griefs et du rapport, pour déposer un mémoire en réponse, en faisant valoir que *" l'ensemble des moyens matériels et humains afférents à l'activité béton prêt à l'emploi sud-est de la société Béton de France ont été transférés à la société Béton de France Sud-Est "* et qu'en conséquence c'était cette dernière qui devait répondre des pratiques reprochées à la société Béton de France. Le Conseil n'a pas admis ce point de vue. Il a considéré que la société Béton de France avait été seule mise en cause dans la procédure et que, postérieurement aux faits incriminés, si elle avait cédé une partie de son activité, elle n'avait pas disparu en tant que personne morale et devait donc répondre des pratiques qu'elle avait mises en oeuvre. Le Conseil a, en outre, souligné que la société Béton de France Sud-Est ne saurait se substituer à la société seule en cause dans la procédure et qu'en conséquence ses observations devaient être écartées.

Le deuxième type de problèmes ci-dessus évoqué concerne des cas dans lesquels l'ensemble des moyens matériels et humains qui est directement l'auteur des pratiques ne correspond pas à l'entité juridique qu'il y a lieu de mettre en cause. L'imputabilité des pratiques a pu ainsi être contestée par certaines entreprises mises en cause, qui soutenaient que la démarche objective qui prévaut devant le Conseil aurait dû conduire celui-ci à ne notifier les griefs qu'à l'entité regroupant les éléments matériels et humains liés aux faits concernés. La société Magneti-Marelli Spa, société de droit italien, contestait, pour ce motif, avoir pu être mise en cause dans l'affaire concernant son réseau de distribution en France (138), en faisant valoir qu'en fait les pratiques contestées avaient été mises en oeuvre par la société Magneti-Marelli France, venant aux droits de la société Magneti-Marelli Distribution, chargée de la distribution de ses produits et pièces de rechange. Le Conseil n'a pas fait droit à cette argumentation, en relevant qu'à compter du 1^{er} janvier 1994, la société Magneti-Marelli Spa avait restructuré son réseau de distribution international, en reprenant l'ensemble des engagements souscrits par la société Magneti-Marelli Distribution et avait fermé les magasins de stockage installés sur le territoire français, les livraisons étant effectuées et facturées à partir de ses usines en Italie. Il a donc considéré que du 1^{er} janvier 1994 et jusqu'au 1^{er} janvier 1996, date à laquelle les contrats avaient été à nouveau cédés à la société Magneti-Marelli France, la société italienne Magneti-Marelli Spa avait été valablement mise en cause pour les pratiques liées à la mise en oeuvre de ces contrats.

Dans l'affaire citée plus haut concernant la situation de la concurrence dans le secteur du béton prêt à l'emploi dans la région Provence-Alpes-Côte d'Azur (139), la société Unibéton contestait avoir été mise en cause pour des pratiques mises en oeuvre par la société SMB, SARL dont elle détenait 50 % des parts. Elle faisait notamment valoir que, dès lors que des faits pouvaient être imputés à une entité juridique autonome, ils devaient être sanctionnés dans le chef de cette entité et soutenait qu'en l'espèce la SMB bénéficiait d'une totale autonomie juridique et commerciale. Le Conseil a considéré qu'il n'était pas établi que la société SMB déterminait librement sa politique commerciale de manière autonome sur le marché. Il a relevé qu'un des actionnaires de cette société avait indiqué que *" l'administration de la Sarl SMB a été entièrement confiée à Unibéton-Arena depuis la création de la Sarl "* et qu' *" Unibéton assure l'intégralité des fonctions de gestion tant commerciales, administratives, techniques que comptables ou juridiques. "* Par ailleurs le Conseil a constaté que la SARL SMB n'avait pas de personnel, qu'un de ses cogérants assurait les fonctions de directeur régional de la société Unimix (devenue Unibéton) et que cette dernière société prenait l'ensemble des décisions de gestion courante, notamment en matière de prix, ce qui avait d'ailleurs entraîné le retrait du deuxième associé, le groupe Garassin, qui avait également sollicité, en raison de la politique tarifaire suivie, la fermeture de la centrale à béton de Sanary. En s'appuyant sur ces constatations et en rappelant, en se fondant sur l'arrêt de la CJCE Continental Can du 21 février 1973, que la circonstance qu'une filiale a la personnalité juridique ne suffit pas pour écarter la possibilité que son comportement soit imputé à la société mère, notamment dans le cas où la filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par la société mère, le Conseil a considéré que c'était à bon droit que les griefs avaient été notifiés à la société Unibéton pour des pratiques mises en oeuvre par la société SMB

Dans un même ordre d'idées, il est fréquemment soutenu par des entreprises mises en cause notamment dans les marchés publics que la notification des griefs leur a imputé à tort des pratiques qui relevaient, en fait, de leurs agences locales, en soutenant que celles-ci, constituant des entreprises à part entière, auraient donc dû être seules destinataires des griefs.

Le Conseil se réfère dans ces cas à la jurisprudence dégagée par la cour d'appel de Paris, selon laquelle une entité économique ne constitue une entreprise que si ses organes dirigeants sont à même de déterminer librement une stratégie industrielle, financière et commerciale pleinement autonomes. Cette jurisprudence s'est trouvée confirmée par la Cour de cassation dans l'arrêt rendu sur un pourvoi formé par la société Campenon-Bernard SGE contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris rendu dans l'affaire relative au marché de la construction d'un pont sur la Durance à hauteur de Mirabeau. La Cour de cassation a ainsi jugé qu'il incombe à l'entreprise qui prétend que les pratiques illicites en cause ne lui sont pas imputables, mais le sont à son agence locale, de fournir au Conseil de la concurrence et à la cour d'appel de Paris tous éléments de preuve établissant que son agence locale bénéficiait à la date des faits et pour le marché considéré de l'autonomie commerciale, financière et technique dans la zone économique concernée. Dans son arrêt rendu sur recours contre la décision du Conseil concernant divers marchés d'aménagement hydraulique dans les régions Provence-Alpes-Côte d'Azur et Languedoc-Roussillon (140), la cour d'appel a indiqué les critères qu'il convenait de prendre en compte en la matière " en considérant que les documents produits par la requérante n'établissent pas que cette agence, même inscrite au registre du commerce et disposant de comptes bancaires propres, ait été affranchie des directives et contrôles de la société SADE à laquelle elle est subordonnée ni qu'il lui ait été consenti une véritable autonomie quant à l'affectation de ses résultats ".

Le Conseil a fait application de cette jurisprudence pour répondre aux moyens soulevés par plusieurs entreprises de travail temporaire qui soutenaient qu'elles n'avaient pu valablement être mises en cause, puisque les pratiques constatées avaient, en fait, été mises en oeuvre par leurs agences locales. Ainsi, la société Ecco, s'appuyant sur le " manuel qualité Ecco " faisait valoir que ses agences étaient organisées en centre de profit et que leurs responsables bénéficiaient de larges délégations de pouvoirs et de compétences. Le Conseil a écarté cette argumentation en relevant que les éléments produits par cette société n'apportaient pas la preuve que ses agences locales, établissements secondaires n'ayant pas la personnalité morale, disposaient d'une totale autonomie commerciale et financière, pouvaient définir leur stratégie et décider de leurs investissements. Bien au contraire, le contrat de chef d'agence indiquait que ce responsable s'engageait " à réaliser les objectifs de la société ", limitant ainsi sa sphère de décision.

d) Le rapport

Au vu des observations présentées par les parties et par le commissaire du Gouvernement sur la notification des griefs, et sauf mise en oeuvre de la procédure simplifiée prévue à l'article 22 de l'ordonnance, le rapporteur établit un rapport qui contient, conformément aux dispositions de l'article 18 du décret du 29 décembre 1986, l'exposé des faits et griefs finalement retenus à la charge des intéressés ainsi qu'un rappel des autres griefs. Ce rapport est notifié par le président du Conseil aux parties, au commissaire du Gouvernement et aux ministres intéressés. Il est accompagné des documents sur lesquels se fonde le rapporteur et des observations faites par les intéressés. Les parties disposent à nouveau d'un délai de deux mois pour présenter un mémoire en réponse, qui peut être consulté par les intéressés dans les quinze jours qui précèdent la séance.

S'agissant de la communication du rapport au ou aux ministres intéressés, dans l'affaire mettant en cause diverses pratiques mises en oeuvre par le Conseil national de l'Ordre des architectes, cette instance faisait valoir (141) que le rapport aurait dû être communiqué au ministre de la culture, en tant que ministre de tutelle de la profession, d'autant plus que les pratiques en cause relatives à la rémunération des architectes avaient été mises en oeuvre pour collecter des informations destinées à élaborer une réglementation nouvelle remplaçant celle résultant des dispositions du décret du 28 février 1973. Le Conseil a rejeté cette argumentation en rappelant que, selon une jurisprudence constante, le département ministériel intéressé s'entend de celui qui est chargé d'appliquer des dispositions, au regard desquelles pourraient être appréciées les pratiques en cause ; il a souligné qu'en l'espèce le décret invoqué ne s'appliquait qu'aux prestations rendues par les architectes aux collectivités publiques et non aux prestations réalisées par ces professionnels pour le compte d'un maître d'ouvrage privé et qu'au surplus les pratiques examinées visaient le contrat d'architecte et ses annexes, documents qui n'étaient pas visés par le projet de réforme du décret du 28 février 1973.

Dans l'affaire relative à des pratiques mises en oeuvre par la société Primistères Reynoird dans les départements de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Guyane (142), cette société faisait valoir que le rapport avait " été confectionné de façon à écarter comme non pertinents et inadmissibles des faits qui, s'ils étaient restitués correctement, justifieraient (ses) prétentions " et que notamment des pièces essentielles n'avaient pas été correctement mentionnées, voire n'auraient pas été jointes au rapport. Le Conseil a constaté qu'en l'espèce le rapport comportait en annexe, outre la notification de griefs et les observations des parties, la notification de griefs complémentaire et l'ensemble des pièces sur lesquelles le rapporteur fondait les griefs définitivement retenus, parmi lesquelles notamment le rapport administratif

d'enquête et ses annexes essentielles, ainsi que des études effectuées par l'Institut d'émission des départements d'Outre-mer. Le Conseil a souligné qu'était sans incidence sur la régularité de la procédure le fait que la totalité des annexes au rapport administratif d'enquête n'aient pas été annexées au rapport, dès lors que conformément à l'article 18 de l'ordonnance, ces pièces avaient pu être consultées au Conseil et avaient pu faire l'objet d'un débat contradictoire.

D. LA PREUVE DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

La preuve d'une pratique anticoncurrentielle peut être administrée au moyen de documents établissant incontestablement la mise en oeuvre de pratiques prohibées ; le Conseil peut également se fonder sur un faisceau d'indices graves, précis et concordants. Dans ce dernier cas, la preuve résulte de la concordance de ces indices, indépendamment de la valeur de chacun d'entre eux pris individuellement, valeur d'ailleurs fréquemment contestée.

Dans l'affaire relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur du béton prêt à l'emploi dans la région Provence-Alpes Côte d'Azur (143), la validité de plusieurs pièces du dossier était ainsi contestée par les parties. S'agissant de la qualification de vol ou d'abus de confiance dont auraient été entachés certains documents soustraits par un ancien salarié de la société Béton chantiers du Var et à l'origine de l'enquête administrative, le Conseil a relevé que les documents visés par la plainte pour vol déposée par la société Béton Chantiers du Var avaient été restitués par l'administration, que, si subsistait au dossier une photocopie d'un d'entre eux, elle n'avait pas été utilisée par le rapporteur comme élément de preuve et que le seul fait de déposer une plainte pour vol ou abus de confiance ne pouvait avoir d'incidence sur la procédure devant le Conseil. S'agissant d'autres documents, remis par cet ancien salarié le 5 juillet 1993 aux enquêteurs et le 8 novembre 1995 au rapporteur, la société Unibéton soutenait qu'ils ne pouvaient être qu'écartés de la procédure, dès lors qu'il ne s'agissait pas d'originaux, mais de documents reconstitués, pouvant être qualifiés de faux en écriture : le Conseil a estimé que le rapporteur avait pu les utiliser comme indice de preuve, en relevant que la société Unibéton ne prouvait pas que la plainte qu'elle indiquait avoir déposée pour faux et usage de faux visait ces documents. Il a également écarté le moyen tiré de ce que la remise de documents originaux au rapporteur serait entachée d'illégalité, dès lors qu'elle n'aurait été obtenue qu'en raison de la remise de copies aux enquêteurs, elle-même irrégulière. Le Conseil a considéré qu'il n'avait pas été établi que la remise de ces copies aurait été irrégulière et que, par suite, il ne pouvait en être tiré aucun argument s'agissant de la remise des originaux.

Dans cette même décision, le Conseil s'est appuyé sur un faisceau d'indices graves, précis et concordants pour établir l'existence d'ententes de nature anticoncurrentielle sur des marchés locaux, dans les régions de Toulon, Nice, Cavaillon, Avignon et Aix-en-Provence. Ces indices consistaient d'abord en différents documents saisis dans les locaux des diverses entreprises mises en cause et, notamment, des tableaux comportant les volumes de production des centrales à béton locales de ces entreprises, les quotas qui leur étaient attribués ainsi que des relevés des écarts constatés entre ces quotas et les ventes réelles. Ces indices étaient confortés d'une part, par les déclarations de deux anciens salariés qui avaient explicité le fonctionnement de ce système de répartition de marchés, fonctionnant au niveau local, mais aussi régional, et, d'autre part, par l'existence de plusieurs réunions tenues entre responsables, au cours desquelles était fixée la répartition des marchés à venir sur chacune de ces zones. Le Conseil a pu établir l'existence d'une entente régionale en se référant aux nombreux liens capitalistiques ou de gestion existant entre les différentes sociétés impliquées et en s'appuyant sur divers documents faisant référence à des " compensations " entre zones, sur l'existence de réunions regroupant, au niveau régional, l'ensemble de ces opérateurs, notamment au siège du

syndicat professionnel, et, enfin, sur les déclarations de certains producteurs indépendants locaux.

Dans l'affaire concernant des pratiques relevées dans le secteur du travail temporaire (144), les entreprises de travail temporaire contestaient leur adhésion aux protocoles élaborés par les fédérations départementales du bâtiment et des travaux publics des départements de l'Isère et de la Savoie et estimaient que la preuve de leur participation aux pratiques n'était pas suffisamment rapportée en l'absence d'indices graves, précis et concordants, et notamment à défaut de production d'une convention d'adhésion. Le Conseil a rappelé qu'une entente est constituée par une adhésion consciente à un comportement collectif, qui n'exige pas une convention au sens du droit des obligations ou une décision formelle arrêtée en commun. Si, en l'espèce, la signature des protocoles n'était pas exigée des entreprises de travail temporaire par les fédérations départementales du bâtiment et des travaux publics, la preuve de leur adhésion auxdits protocoles avait pu être établie à partir de plusieurs indices. D'abord les ETT en cause avaient été inscrites sur des listes établies, diffusées et régulièrement mises à jour par les deux fédérations du bâtiment et des travaux publics. Par ailleurs, certains des responsables d'agences locales de ces entreprises avaient été associés, à l'occasion de nombreuses réunions, à l'élaboration, à la mise en oeuvre et au suivi de ces protocoles, et, enfin, plusieurs de ces mêmes responsables les avaient même formellement signés. Le Conseil a considéré que ces éléments, qu'il a examinés pour chacune des entreprises de travail temporaire concernées, constituaient des indices graves, précis et concordants de leur participation à la concertation organisée dans ce secteur.

Dans certains cas, le Conseil peut estimer que les indices réunis sont insuffisants pour établir l'existence d'une pratique concertée de nature anticoncurrentielle.

Tel a été le cas, dans la même affaire, s'agissant de la participation de la Fédération nationale du bâtiment à l'élaboration et à la mise en oeuvre des protocoles élaborés par les fédérations locales de l'Isère et de la Savoie. S'il résultait des pièces du dossier que ces protocoles avaient été transmis pour avis à la Fédération nationale, le Conseil a estimé que les éléments réunis au cours de l'instruction ne lui permettait pas d'établir qu'un avis aurait été donné en retour et qu'il ne pouvait donc caractériser le concours apporté par la Fédération nationale du bâtiment à ses adhérents dans cette affaire.

De la même façon, en procédant à l'examen de certains marchés de construction et de rénovation de HLM et d'un collège dans le département de la Sarthe (145), le Conseil n'a pas retenu certains indices comme suffisamment probants pour établir une concertation préalable au dépôt des plis ; il a, par exemple, estimé que, sur le marché de peinture, dans le cadre d'une opération de construction de logements, d'une salle d'exposition et d'un parking au Mans, la seule similitude entre le montant des offres des deux entreprises, les approximations similaires de certains chiffreages et l'absence de réponses aux mêmes postes ne suffisaient pas à établir une concertation de nature anticoncurrentielle entre ces deux entreprises.

Dans la décision relative à des pratiques constatées lors du marché de restructuration de la trésorerie générale de la Loire à Saint-Etienne (146), le Conseil a également considéré dans un cas que la concertation entre deux entreprises n'était pas suffisamment établie. Si un listing avait bien été trouvé dans les locaux de la société Européenne d'entreprise et si ce document concernait la société Floriot, les prix unitaires y figurant ne correspondaient pas à ceux de l'offre déposée par cette société lors de la première consultation engagée par le maître d'ouvrage, offre qui, d'ailleurs, était parvenue hors délai et n'avait pas été prise en compte. Le Conseil a considéré qu'il n'était pas établi par ce seul listing communiqué par la société

Européenne d'entreprise que celle-ci et la société Floriot s'étaient concertées avant le dépôt des offres.

Chapitre II : Les ententes illicites

Les dispositions du premier alinéa de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 prohibent les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions qui ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché.

Quarante-quatre des décisions prises par le Conseil au cours de l'année 1997, après une instruction, concernent, pour partie ou en totalité, des pratiques prohibées par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance. Dans huit de ces décisions, le Conseil a estimé qu'il n'était pas établi que des pratiques contraires à l'article 7 aient été mises en oeuvre.

L'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 donne une liste non exhaustive des pratiques concertées, horizontales ou verticales, qui sont prohibées. Ce sont notamment celles qui tendent à :

- limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;
- faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;
- limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique.

A. LA FORME DES ENTENTES PROHIBÉES

1. Les ententes horizontales

Les ententes anticoncurrentielles horizontales peuvent revêtir des formes diverses telles que, par exemple, des ententes de prix ou de marges entre entreprises en principe concurrentes, la mise au point et la diffusion de barèmes, l'élaboration et la diffusion de recommandations ou directives en matière de prix ou de remises par des organismes professionnels, des échanges d'informations ou des ententes entre soumissionnaires à un même appel d'offres, des ententes de répartition de marchés, des pratiques concertées visant à exclure certaines entreprises d'un marché ou à en limiter l'accès, des conditions générales de vente ou d'achat, ainsi que leur application.

2. Les groupements d'entreprises

Dans six affaires (147), le Conseil a réaffirmé sa jurisprudence relative aux structures communes. Il a, ainsi, rappelé que la réunion d'entreprises indépendantes au sein d'un groupement d'intérêt économique, d'une association ou d'une société ne saurait être considérée en soi comme une pratique d'entente prohibée. En revanche, il a recherché si ces structures avaient été utilisées pour mettre en oeuvre des pratiques concertées ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché.

Dans une de ces affaires, des tonneliers s'étaient regroupés pour renforcer leur capacité d'exportation, notamment vers les Etats-Unis (148). Dans une autre affaire, des exploitants de taxis avaient mis en place une structure commune pour gérer l'ensemble des appels téléphoniques dans l'agglomération de Toulon (149). Dans une autre décision, étaient en cause

les pratiques d'un groupement de concessionnaires automobiles dans l'agglomération de Reims (150). Le Conseil a également sanctionné des pratiques tarifaires mises en oeuvre par un groupement de marbriers dans le département du Val d'Oise (151) et les pratiques d'éviction mises en oeuvre par le Comité interprofessionnel des fournisseurs de laboratoires, association en charge du Salon du laboratoire (152). Enfin, il a examiné les conditions de fonctionnement des réseaux d'opticiens regroupés au sein de la société coopérative La Guilde des lunetiers de France (153).

3. Les ententes verticales

Des ententes anticoncurrentielles contraires aux dispositions de l'article 7 de l'ordonnance peuvent également être constituées par des conventions conclues entre des opérateurs situés à différents stades du processus de production et de distribution, comme, par exemple, entre un producteur et ses distributeurs, auxquelles les seconds adhèrent explicitement ou tacitement. Au cours de l'année 1997, le Conseil a examiné diverses clauses de conditions générales de vente ou d'accords de coopération (154), de contrats de distribution exclusive ou sélective (155) ou d'accords de franchise (156).

B. LES PARTICIPANTS AUX ENTENTES : LE RÔLE DES ORGANISATIONS PROFESSIONNELLES

En 1997, le Conseil a constaté à l'occasion de dix des affaires ayant donné lieu à des sanctions ou injonctions sur le fondement des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance que des organisations professionnelles avaient participé à des pratiques prohibées, en diffusant à leurs membres des barèmes de prix, en élaborant et en diffusant des clauses uniformisant les marges, en organisant la répartition des marchés ou encore en mettant en oeuvre des actions visant à empêcher ou à exclure d'un marché de nouveaux opérateurs ou à empêcher leur développement.

La position du Conseil sur les limites qui doivent s'imposer à l'action des organisations professionnelles, qu'il s'agisse de syndicats ou d'ordres professionnels, a été réaffirmée. Les remarques formulées par le Conseil depuis 1987 dénonçant le caractère persistant de pratiques de certaines organisations professionnelles qui utilisent leur autorité et leur capacité de rassemblement pour mettre en oeuvre des pratiques anticoncurrentielles restent d'actualité.

C. LA QUALIFICATION DES PRATIQUES

L'article 7 de l'ordonnance prohibe les ententes dès lors qu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché. Sur le fondement d'une interprétation littérale de ces dispositions, le Conseil englobe dans le champ de la prohibition les ententes qui ont un objet anticoncurrentiel, celles qui ont un effet anticoncurrentiel ainsi que celles qui ont une potentialité d'effet anticoncurrentiel. Toutefois, la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre étant de principe, l'intervention des autorités de régulation du marché a pu être considérée comme légitime seulement dans le cas où une atteinte sensible, avérée ou potentielle, au jeu de la concurrence est établie. La condition de sensibilité est alors un élément de la qualification des pratiques et nécessite donc de démontrer les effets concrets, avérés ou potentiels, des pratiques en cause.

Cette solution a été retenue par la cour d'appel dans un arrêt du 9 décembre 1997 (157), sur recours contre une décision du Conseil sanctionnant l'Ordre des avocats au barreau de Quimper pour avoir élaboré et diffusé un barème d'honoraires à l'ensemble de ses membres. L'Ordre soutenait que la pratique qui lui était reprochée n'avait pas d'objet anticoncurrentiel et n'avait pas eu d'effet sensible sur la concurrence. Après avoir relevé que le barème en cause

avait un caractère normatif, que, diffusé par l'Ordre, il était de nature à inciter les avocats du barreau à fixer leurs honoraires selon les tarifs suggérés plutôt qu'en tenant compte des critères objectifs de gestion propres à chaque cabinet et, enfin, qu'il répondait au souci de limiter les pressions à la baisse des honoraires imposée par les compagnies d'assurance, la cour a considéré que ce barème avait un objet anticoncurrentiel et a conclu que *" dès lors qu'il est avéré que la pratique examinée a un objet anticoncurrentiel, le Conseil avait le pouvoir de l'interdire et de la sanctionner "*. S'agissant de l'atteinte sensible à la concurrence, la cour a relevé *" qu'une telle pratique concertée, portant sur la détermination du montant des honoraires d'avocats, couvrant toute l'activité des professionnels en cause et impliquant , par sa diffusion à l'initiative de l'autorité ordinale, l'ensemble des avocats d'un même barreau, a nécessairement pu avoir un effet anticoncurrentiel sensible sur le marché local des prestations juridiques et judiciaires relevant, au surplus, du monopole édicté par l'article 4 de la loi du 31 décembre 1971, même si, (...), l'influence directe d'un tel barème est impossible à mesurer.* La cour a ainsi confirmé l'analyse du Conseil, en réduisant toutefois le montant de la sanction prononcée, eu égard à la situation financière difficile de l'Ordre en cause.

D. Les ententes anticoncurrentielles

1. Ententes et échanges d'informations sur les prix et les marges

Indépendamment des pratiques relevées dans le cadre de marchés publics ou privés, qui seront examinées ci-dessous, des ententes ou des concertations sur les prix ou les marges mettant en cause des entreprises offrant des biens ou services substituables ont été examinées par le Conseil dans quinze affaires au cours de l'année 1997. Dans cinq de ces affaires, le Conseil, après avoir écarté certains procès-verbaux établis au cours de l'enquête administrative, a considéré que les pratiques ne pouvaient être établies avec les seuls éléments demeurant au dossier. Dans l'affaire relative à la situation de la concurrence dans le secteur de la tonnellerie de Bourgogne (158), le Conseil n'a pas qualifié l'entente de prix révélée par l'instruction. En effet, si le GIE des Tonnelleries de Bourgogne établissait les prix des tonneaux en concertation avec les tonnellerie adhérentes sur la base d'une moyenne des prix que celles-ci pratiquaient, cette structure n'intervenait que pour les tonneaux destinés à des clients étrangers, de telle sorte que la pratique, relative à la détermination de l'offre sur des marchés étrangers, n'était pas de nature à porter atteinte au fonctionnement de la concurrence sur le marché national.

Dans sept de ces affaires (159), des organisations professionnelles ont été à l'origine ou associées à la mise en oeuvre d'ententes que le Conseil a sanctionnées et qui, dans la plupart des cas, ont pris la forme de barèmes qu'elles ont élaborés et diffusés. Le Conseil a ainsi rappelé à nouveau que, s'il entre dans les missions d'une organisation professionnelle d'aider ses membres dans la gestion de leur entreprise, cette aide ne doit en aucun cas affecter le jeu de la concurrence et, en particulier, les indications ou informations données ne doivent pas avoir pour objet ou pouvoir avoir pour effet de détourner les entreprises d'une appréhension directe de leurs coûts leur permettant de déterminer de manière autonome leurs prix.

Ainsi, les barèmes établis par les barreaux des Hautes-Alpes et de Clermont-Ferrand ont-ils été sanctionnés par le Conseil (160). Dans le premier cas, le Conseil a constaté que l'Ordre des avocats du barreau des Hautes-Alpes avait établi et diffusé en 1992 un " guide indicatif de la fixation des honoraires des avocats du barreau des Hautes-Alpes ", qui donnait pour près de quatre-vingts prestations des montants d'honoraires, dans le domaine juridique et judiciaire, les indications données s'agissant de la rédaction d'actes comportant notamment des montants minimums ou des honoraires fixes. Constatant que ce document présentait un caractère normatif, le Conseil a considéré qu'il avait pu conduire les membres du barreau à fixer le

montant de leurs honoraires, non en tenant compte des coûts d'exploitation propres à leur cabinet, mais à partir des indications données par ce " guide " et constituait donc une pratique concertée de nature anticoncurrentielle. Il a suivi le même raisonnement s'agissant du " relevé des usages en matière d'honoraires " établi et diffusé auprès de ses membres par l'Ordre des avocats au barreau de Clermont-Ferrand. Le Conseil a, en effet, constaté que, si ce document prévoyait à l'article 1^{er} que " les usages qui suivent sont indicatifs et concernent uniquement les honoraires ", il comportait aussi de nombreuses indications de caractère normatif et avait fait l'objet entre 1991 et 1993 d'une refonte ayant conduit à augmenter le nombre de prestations comportant des montants d'honoraires et à relever les fourchettes d'honoraires prévues pour plusieurs prestations. Il a rejeté l'argument selon lequel le barème n'aurait eu d'autre objectif que de donner un " ordre de grandeur de prix des prestations juridiques les plus courantes ", en constatant que le " relevé d'usages en matière d'honoraires " avait été élaboré par le Conseil de l'Ordre, avec la participation, à titre consultatif, de représentants d'organisations professionnelles et d'avocats stagiaires, et non sur la base d'une enquête exhaustive qu'aurait supposée l'établissement d'une mercuriale. Le document en cause correspondait d'autant moins à une " photographie " des honoraires effectivement perçus, que différentes factures produites par le Conseil de l'Ordre comportaient des montants inférieurs aux minima prévus par le barème, barème dont l'objet apparaissait, dans un contexte concurrentiel accru par l'intégration des conseils juridiques, être précisément d'inciter au respect d'une norme minimale. Le Conseil a également rejeté l'argument tiré de ce que ce document aurait eu pour objectif de favoriser la transparence de l'information au bénéfice des justiciables, dès lors que cet objectif pouvait être assuré par chaque cabinet et ne supposait nullement l'adoption d'un système collectif d'information. Il a également rejeté l'argument selon lequel un tel barème n'aurait eu ni objet, ni effet anticoncurrentiel, en relevant, d'une part, qu'il avait été élaboré et diffusé en 1991, 1993 et 1994 malgré les mises en garde adressées à l'Ordre par la direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et, d'autre part, que le document en cause diffusé à tous les membres de l'Ordre avait pu être utilisé par ces derniers pour établir leurs honoraires et les dissuader de se référer aux coûts d'exploitation de leur cabinet, comme cela avait été d'ailleurs reconnu par plusieurs d'entre eux.

Dans sa décision relative à des pratiques mises en oeuvre par la société Reynoird dans les départements de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Guyane ([161](#)), le Conseil a sanctionné la fixation concertée par les membres du Syndicat des producteurs de rhum agricole de la Guadeloupe (SPRAG) du prix hors taxes du litre de rhum à 20,81 F ainsi que la décision arrêtée par le même syndicat de limiter les ristournes accordées aux grandes surfaces à un montant maximum de 4 p. cent du chiffre d'affaires annuel hors droits et hors taxes. Le Conseil n'a pas fait droit à l'argumentation du syndicat qui soutenait qu'il était impossible à chaque producteur de résister individuellement à la pression des grands distributeurs et que ses membres avaient seulement recherché une ligne de défense commune. Il a, en effet, rappelé que s'il appartient à une organisation professionnelle de défendre les intérêts de ses membres, elle sort de sa mission lorsqu'elle s'immisce dans la politique commerciale de ses membres et s'expose alors à la prohibition des ententes anticoncurrentielles. En l'espèce, le Conseil a souligné que si le SPRAG estimait que ses membres étaient victimes de pratiques déloyales ou anticoncurrentielles, il lui appartenait de saisir les autorités compétentes pour faire cesser de tels comportements ou obtenir réparation du préjudice subi.

La Fédération départementale du bâtiment et des travaux publics de Saône-et-Loire avait saisi le Conseil de pratiques mises en oeuvre par plusieurs syndicats du bâtiment affiliés à la Confédération de l'artisanat et des petites entreprises (CAPEB), consistant en l'élaboration et la diffusion d'une " étude de prix applicable aux travaux du bâtiment " ([162](#)). L'étude

pour 1992 avait été réalisée, conformément à une pratique remontant à 1952, avec la collaboration de dix-huit syndicats départementaux affiliés à la CAPEB, sous l'égide de la Chambre des artisans et petites entreprises du bâtiment du Jura. La série de prix comportait des prix indicatifs d'ouvrages ou parties d'ouvrages pour différents corps de métiers du bâtiment, qu'il s'agisse du gros oeuvre ou du second oeuvre, élaborés à partir de moyennes de prix relevés sur factures, après élimination des valeurs extrêmes, c'est-à-dire les 33 p. cent des cas pour lesquels les valeurs étaient les plus élevées et les 33 p. cent des cas pour lesquels les valeurs étaient les plus faibles. Outre des indications, pour chaque opération élémentaire, sur les temps horaires, les prix de main d'oeuvre et les prix de fournitures, l'étude de prix donnait différentes informations sur les coefficients de charges patronales sur les salaires, le barème des frais de voiture, ainsi que les coefficients de majoration des salaires à retenir au titre des heures supplémentaires. Le document précisait également le pourcentage de frais généraux devant être incorporé aux prix ainsi que les "éléments constitutifs des prix de revient", notamment d'un pourcentage de frais généraux de 33 p. cent hors taxes du chiffre d'affaires et d'un bénéfice de 10 p. cent. L'étude avait été renouvelée en 1993 et 1994. Elle avait été vendue aux différents syndicats départementaux relevant de la CAPEB, ceux-ci la rediffusant à leurs membres, aux architectes, aux experts judiciaires ou aux collectivités publiques. Le Conseil a sanctionné une telle pratique, dès lors que l'étude de prix ainsi élaborée en commun pouvait détourner les entreprises d'une appréhension directe de leurs propres coûts, les dissuadant de déterminer individuellement leurs prix, en rejetant l'argument tiré de la difficulté pour des artisans, le plus souvent autodidactes, de calculer leurs propres prix, faute d'avoir été préparés à assumer une activité de gestion. Le Conseil a, en effet, considéré que si l'étude de prix en cause contenait des informations qu'une organisation professionnelle peut légitimement diffuser à ses membres, telles que les coefficients de charges patronales sur les salaires ou le barème des frais de voitures fixé par l'administration fiscale, il comportait également des coefficients de frais généraux et de marges bénéficiaires, par lesquels les auteurs de l'étude substituaient leur propre appréciation à celle que chaque entreprise doit, en régime de libre concurrence, porter sur ses propres coûts et ses prix. Le Conseil a souligné que les coefficients ainsi élaborés ne pouvaient refléter la diversité des situations réelles, notamment parce que la méthode utilisée supprimait dans le calcul des prix les 33 p. cent des prix les plus bas pratiqués par les artisans ayant participé à l'élaboration de l'étude. Cette étude avait ainsi pour objet et pouvait aussi avoir pour effet non seulement d'inciter les entreprises concernées à aligner les conditions de leurs offres, mais aussi à augmenter le niveau des prix pratiqués.

Dans sa décision relative à des pratiques mises en oeuvre par le Conseil national de l'Ordre des architectes (163), le Conseil a sanctionné l'élaboration et la diffusion, de 1988 et jusqu'en 1994, d'un tableau indicatif des taux usuels de rémunération des différents types de construction et d'aménagements réalisés par les architectes dans le cadre de leurs missions courantes, permettant d'établir le taux d'honoraires à appliquer, en fonction de l'importance de la mission, celle-ci étant définie par tranches de montants de travaux et par une note de complexité élaborée à partir de critères en usage dans la profession suivant le secteur d'activité et le type de construction. Le Conseil a considéré, qu'en suggérant l'application de tels taux, le Conseil de l'Ordre des architectes était allé au-delà de la mission d'aide technique qui lui incombe et avait pu ainsi inciter ses membres à appliquer les taux ainsi préconisés et à ne pas tenir compte, dans la détermination de leurs honoraires, de leurs conditions spécifiques d'exploitation. Le Conseil de l'Ordre faisait valoir que ce document ne constituait qu'un cadre de référence et non un barème et que l'existence de plusieurs notes de complexité associées à chaque type d'ouvrage permettait d'éviter une harmonisation des honoraires en prenant en compte la diversité des agences d'architecture. Le Conseil a écarté cette argumentation en relevant que le Conseil de l'Ordre lui-même avait reconnu le caractère incitatif du tableau

pour éviter " la réalisation de missions au rabais " ; par ailleurs, il a constaté que le montant de la rémunération de l'architecte était, en fait, directement lié à la note de complexité de l'ouvrage, que seul l'architecte peut déterminer, et que l'existence de plusieurs notes de complexité est sans incidence sur le caractère normatif des taux, puisque l'architecte, quel que soit l'ouvrage, arrête une seule note et, par conséquent, un seul taux de rémunération. Le Conseil a également rejeté le moyen tiré de l'absence d'effet sensible de la diffusion de ce tableau sur le fonctionnement du marché, en constatant qu'il avait été diffusé en 1988 aux vingt-trois mille architectes membres de l'Ordre, puis chaque année, jusqu'en 1994, à environ dix mille exemplaires par les différents conseils régionaux et que la vérification par les enquêteurs, dans les régions Ile-de-France et Normandie, de l'application du tableau avait révélé que 20 p. cent environ des honoraires étaient proches de ceux préconisés par l'Ordre.

Dans cette décision, le Conseil a tenu le même raisonnement à l'égard de l'élaboration et de la diffusion par le Conseil de l'Ordre des architectes d'une " notice explicative à l'usage exclusif de l'architecte ", exposant le contenu et les objectifs du contrat d'architecte et comportant des taux indicatifs d'honoraires pour certaines missions complémentaires des missions courantes. Il a rejeté l'argument présenté par le Conseil de l'Ordre qui invoquait le caractère strictement indicatif du document ainsi que l'absence d'objet et d'effet anticoncurrentiels, dès lors qu'il ne comportait aucun élément relatif aux coûts de revient. Le Conseil a, en effet, constaté que la rémunération usuelle pour certaines missions complémentaires était définie par un pourcentage fixe de l'honoraire d'une mission normale, le caractère anticoncurrentiel d'une telle méthode étant renforcé par le fait que les taux préconisés étaient établis par référence au tableau indicatif des taux usuels de rémunération, lui-même de nature anticoncurrentielle. Le Conseil a encore relevé que ce document avait fait l'objet d'une diffusion à l'ensemble des architectes inscrits à l'Ordre et n'avait jamais été dénoncé, ses effets potentiels se poursuivant donc jusqu'à ce jour. Il a également écarté l'argument tiré de ce que la notice explicative constituait une aide pour l'architecte dans la négociation de ses honoraires avec son client, correspondait à un devoir essentiel de l'architecte et s'inscrivait dans les principes fixés par le décret du 28 février 1973 prévoyant la fixation d'une rémunération forfaitaire en fonction d'un coût d'objectif, en constatant que ni le code des devoirs professionnels, ni le décret du 28 février 1973 n'avaient prévu l'élaboration d'un contrat-type et d'une notice explicative portant sur la rémunération des prestations rendues aux maîtres d'ouvrage privés et comportant des taux de rémunération de nature anticoncurrentielle.

Pour combattre le débauchage des salariés permanents par les entreprises de travail temporaire (ETT) sollicitées sur les différents chantiers ouverts pour les Jeux olympiques d'hiver à Albertville en 1992 et éviter une augmentation importante des coûts de main d'oeuvre, les fédérations du bâtiment de l'Isère et de la Savoie avaient, en 1989 et 1990, élaboré des " protocoles ", qui prévoyaient que les rémunérations des salariés temporaires du BTP devaient être conformes aux salaires minimaux conventionnels fixés par les conventions collectives départementales, " avec une tolérance de 10 % au maximum ", tolérance qui avait, d'ailleurs, été supprimée en 1991, les indemnités diverses, et notamment les indemnités de déplacement devant être également calculées conformément aux mêmes règles. Dans le département de l'Isère, onze entreprises de travail temporaire, parmi les plus importantes, avaient signé le protocole, et treize dans le département de la Savoie. Les syndicats du bâtiment et des travaux publics avaient diffusé régulièrement la liste des ETT ayant signé les protocoles, pour " promouvoir " leur activité. Ils avaient également mis en oeuvre des procédures de contrôle des rémunérations effectivement versées et prévu des sanctions. Le Conseil a sanctionné les organisations professionnelles et les entreprises ayant mis en oeuvre ces pratiques ([164](#)), qui, ayant eu pour objet et ayant pu avoir pour effet de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché, étaient contraires aux dispositions de l'article 7 de

l'ordonnance. Il a d'abord relevé que l'entreprise qui souhaite faire appel à de la main d'oeuvre temporaire peut formuler sa demande en fonction des rémunérations qu'elle est prête à offrir, la législation imposant seulement que la rémunération des intérimaires soit au moins égale à celle des salariés permanents. Par ailleurs, la concurrence entre les entreprises de travail temporaire s'exerce notamment par les prix, chaque entreprise devant définir de façon autonome sa politique tarifaire en fonction des ressources qu'elle mobilise. Le Conseil a également relevé que le mode de calcul du prix de la prestation de main d'oeuvre temporaire consistant à appliquer un coefficient multiplicateur négocié avec l'entreprise utilisatrice, les protocoles en cause avaient une influence directe sur les niveaux de ces prix. D'ailleurs, nombre de dirigeants d'ETT avaient reconnu avoir signé les protocoles pour atténuer l'intensité de la concurrence qui les opposait sur ce marché, marqué alors par de fortes tensions, en recherchant une harmonisation des tarifs.

Dans sa décision relative à des pratiques constatées dans le secteur des pompes funèbres et dans le secteur de la marbrerie dans le département du Val d'Oise (165) le Conseil a sanctionné deux ententes tarifaires. S'agissant de la première pratique, le Conseil a constaté que la société des Pompes funèbres générales (PFG) avait élaboré, en concertation avec le GIE Groupement des marbriers du Val d'Oise (GIE GMR 95), une tarification pour les prestations de cimetièrre et de marbrerie exécutées pour son compte dans le cadre des funérailles dont l'organisation lui est confiée par les familles. Cette tarification, que la société des PFG avait voulu systématiquement inférieure de 10 p. cent aux prix pratiqués par les concurrents de ce groupement, servait de base de négociation avec chacun des marbriers membre du GIE, qui avaient accepté ces prix sous certaines conditions liées à la construction des édifices mortuaires. Le Conseil a, en outre, relevé que la direction générale Ile-de-France des PFG avait recommandé d'appliquer des tarifs de sous-traitance très légèrement différents, " afin de ne pas être condamnable vis-à-vis de la loi ". La société des PFG soutenait que la preuve d'une concertation n'était pas rapportée, ni d'ailleurs l'uniformisation des tarifs et que, en tout état de cause, il s'agissait d'une tarification relative à des prix de sous-traitance, qui ne pouvait avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché. Mais le Conseil a, après avoir constaté que la société des PFG et le GIE GMR 95 s'étaient réunis à plusieurs reprises pour élaborer une stratégie commune, notamment en matière de prix, pour tenter de limiter la pénétration du marché par les sociétés Régis et Lescarcelle, nouvellement créées, a relevé que les prix des marbriers étaient strictement les mêmes ou variaient dans des proportions inférieures à 1 p. cent, ces variations infimes pouvant d'ailleurs trouver une explication dans les recommandations de la direction générale Ile-de-France des PFG, qui avait fait part à ses représentants dans le Val d'Oise de son souci de voir préserver les apparences de la concurrence. Il a donc sanctionné ces pratiques en rappelant que, si des entreprises peuvent librement se regrouper pour mettre en oeuvre des actions communes, la mise en oeuvre par cette structure commune d'actions de nature anticoncurrentielle est prohibée.

S'agissant, dans cette même affaire, des pratiques entre marbriers, le Conseil a constaté que ceux-ci utilisaient un catalogue commun pour la vente des monuments funéraires, ce qui les avait conduit à un échange d'informations systématique sur les prix d'achat des monuments aux fournisseurs et à une concertation sur les coefficients tarifaires à appliquer aux prix d'achat. Il a considéré que ce mécanisme de fixation des prix portait atteinte à l'autonomie des entreprises dans leurs décisions de prix et qu'ayant pour objet et pouvant avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché de la marbrerie funéraire, il constituait une pratique prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance. Le Conseil a qualifié sur le même fondement la concertation tarifaire organisée par le GIE pour les prestations de cimetièrre, en écartant l'argumentation relative à l'absence de preuve d'une uniformisation des

prix, dès lors que certains tarifs étaient strictement identiques, que les autres révélèrent des différences insignifiantes et qu'enfin, la concertation en vue d'une harmonisation des tarifs de ces prestations était reconnue par un des membres du GIE Le Conseil a également sanctionné l'élaboration et la mise en application d'un tarif commun de sous-traitance appliqué à toutes les prestations courantes exécutées par les entreprises du G.I.E dans des communes situées hors de leur secteur d'intervention habituel pour le compte d'un autre membre du GIE Le Conseil n'a pas fait droit aux justifications présentées par le GIE qui faisait valoir que, s'agissant de travaux obligatoires exécutés en sous-traitance, ils ne constituaient qu'un élément du prix final négocié librement avec la clientèle. Il a considéré qu'un tel tarif, applicable aux prestations sous-traitées par les membres de ce groupement, avait pour objet d'uniformiser les prix de toutes les entreprises membres et avait pu les inciter à aligner leurs propres prix sur le tarif ainsi diffusé, renforçant ainsi l'entente tarifaire sur les prix au public.

L'examen de la situation de la concurrence dans le secteur de l'exploitation de taxis à Toulon (166) a conduit le Conseil à rappeler que l'aide apportée par un groupement ou un organisme professionnel à ses membres ne doit pas exercer d'influence directe ou indirecte sur le libre jeu de la concurrence à l'intérieur de la profession et, qu'en particulier, les informations données ne doivent pas avoir pour objet ou pouvoir avoir pour effet de détourner les entreprises d'une appréhension directe de leurs coûts, leur permettant d'établir de façon autonome leurs prix. En l'espèce, ayant constaté que le règlement intérieur du groupement des taxis radios toulonnais (GIE TRT) prévoyait que les membres du groupement s'engageaient à pratiquer les prix du tarif en vigueur et que le bureau du syndicat professionnel des taxis du Var avait adopté à l'unanimité les nouveaux tarifs applicables au 1^{er} février 1996, il a sanctionné ces pratiques. Il a également sanctionné la diffusion par le journal des adhérents du GIETRT des tarifs de forfaits " qui devront être appliqués par les taxis du GIE " En effet, si l'élaboration de prix forfaitaires applicables à certaines courses ne constitue pas en soi une pratique anticoncurrentielle, le Conseil a considéré que ces tarifs, dont l'application était présentée comme obligatoire et faisaient en outre l'objet d'un affichage à la gare maritime, constituaient en fait des prix minimaux imposés aux adhérents du GIE TRT. La cour d'appel de Paris a approuvé l'analyse du Conseil (167).

Les pratiques de concertation tarifaires relevées dans la décision relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur du béton prêt à l'emploi dans la région Provence-Alpes-Côte d'Azur sont examinées ci-dessous, dès lors qu'elles s'inscrivaient dans le cadre d'une répartition de marchés et visaient à empêcher l'accès au marché d'un nouvel entrant.

2. Concertations ou ententes à l'occasion d'appels d'offres publics ou privés

Les ententes anticoncurrentielles entre entreprises soumissionnaires à des marchés publics ou privés aboutissent à un affaiblissement de la concurrence et, dans certains cas, à l'élimination de certaines entreprises. En 1997, le Conseil a examiné cinq affaires (168) dans lesquelles des offreurs soumissionnaires à des appels d'offres publics ou privés ont échangé des informations ou se sont concertés avant la remise des plis pour déterminer en commun l'entreprise qui, présentant l'offre la plus basse, serait dès lors attributaire du marché et pour organiser le dépôt d'offres de couverture par les autres entreprises afin de faire échec au fonctionnement de la concurrence sur ces marchés. Ces affaires ont conduit le Conseil à réaffirmer sa jurisprudence en la matière.

Le Conseil a rappelé qu'en matière de marchés publics ou privés, sont prohibées toutes les pratiques qui tendent à permettre ou à faciliter la coordination des offres des entreprises soumissionnaires, ainsi que les échanges d'informations entre elles antérieurement à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être, que ces échanges portent sur l'existence

de compétiteurs, leur nom, leur importance, leur disponibilité en matériel, leur intérêt ou leur absence d'intérêt pour le marché ou le prix auquel ils se proposent de soumissionner. Tous ces échanges d'informations sont, en effet, de nature à réduire l'incertitude dans laquelle se trouve chaque entreprise sur les intentions de ses concurrents et, par conséquent, à fausser ou à empêcher le jeu normal de la concurrence.

Dans sa décision relative à des pratiques relevées lors du marché de restructuration de la trésorerie générale de la Loire (169), le Conseil a ainsi relevé que le maître d'ouvrage avait explicitement choisi de faire porter la concurrence entre soumissionnaires sur deux séries d'éléments, les prix unitaires d'une part et les quantités d'autre part, et estimé que le bureau d'études technique Gepral, qui intervenait dans le cadre de la maîtrise d'oeuvre et de l'assistance au maître d'ouvrage, avait, en communiquant le bordereau quantitatif qu'il avait établi à toutes les entreprises sauf une, limité indûment l'exercice effectif de la concurrence aux prix. Le caractère concerté d'une telle pratique était avéré dès lors que l'étude quantitative et son envoi aux entreprises avaient été demandés par ces dernières.

Dans cette même affaire, le Conseil a réfuté un argument présenté par la société Léon Grosse qui faisait valoir que, si elle avait reçu un document correspondant à l'offre que s'appropriait à déposer la société Européenne d'entreprise, il s'agissait d'une pratique unilatérale, puisque son dirigeant n'avait sollicité qu'un renseignement verbal auprès de l'Européenne d'entreprise, afin de conforter ses propres calculs. Le Conseil a, en effet, en analysant diverses pièces, parmi lesquelles un listing comportant la mention " *prix EGLG à recopier* ", constaté que la société Léon Grosse avait effectivement recopié, à l'exception de deux rubriques, l'offre que lui avait transmise la société Européenne d'entreprise.

Le Conseil a également considéré, dans sa décision relative à des pratiques relevées lors du marché de construction de la bibliothèque multimédia et de réhabilitation des bâtiments de l'ancien hôpital à Limoges (170), que constituait un échange d'informations prohibé, le fait, pour un soumissionnaire, la société Seralu, qui devait s'approvisionner en vitrages, d'adresser avant la remise des plis, le détail de son offre comportant le chiffrage des postes *verre* à son fournisseur potentiel de ce matériau, alors que celui-ci était susceptible d'être son concurrent. Il a estimé qu'un tel échange, antérieur à la remise des offres, avait permis à la société J. Raynaud d'élaborer son offre, non uniquement en fonction de ses propres conditions d'exploitation, mais en se fondant sur la connaissance qu'elle avait de l'existence et du niveau de l'offre de la société concurrente Seralu.

Cette décision a donné l'occasion au Conseil de rappeler que le fait que l'instruction n'ait permis de mettre en cause que deux soumissionnaires à l'appel d'offres était sans incidence sur la responsabilité de ces derniers, dès lors que la preuve était rapportée qu'ils avaient procédé à un échange d'informations avant la date de dépôt de leurs offres, le caractère anticoncurrentiel étant indépendant de l'existence éventuelle de contreparties et du comportement des autres soumissionnaires.

Nombre d'entreprises tentent de justifier les échanges d'informations préalables à la remise des offres en arguant des démarches qu'elles entreprennent pour constituer un groupement. Dans sa décision relative à des pratiques relevées lors de l'appel d'offres pour l'extension du service des urgences de l'hôpital de Hautepierre à Strasbourg (171), le Conseil a écarté ce moyen en relevant que les dirigeants des deux entreprises rencontrés deux jours seulement avant le dépôt des plis et que la société des Etablissements Pierrot René avait invité la SA Etablissements Ruiu " à majorer ses prix de 5 %, afin qu'il n'y ait pas la même offre entre les deux entreprises ", leur volonté de déposer des offres distinctes étant ainsi avérée. Le même argument a été écarté par le Conseil dans sa décision relative à des marchés dans le

département de la Sarthe, déjà citée ci-dessus. Il a relevé que, contrairement à ce que soutenaient les responsables des sociétés SPPM et Vallée, l'identité de leurs offres pour deux lots et le dépôt par la SPPM d'une offre élaborée par la société Vallée sur un autre lot, ne pouvaient résulter d'une volonté commune de présenter une offre en groupement : en effet, elles avaient déposé chacune une offre distincte, sans avertir le maître de l'ouvrage ni de travaux d'étude réalisés en commun, ni d'une intention quelconque de présenter une offre groupée, et, consultées à nouveau après que l'appel d'offres eut été déclaré infructueux, seule l'une d'entre elles avait présenté une nouvelle offre pour ces mêmes lots.

De la même façon, procédant à l'examen des pratiques mises en oeuvre lors de la passation de marchés d'aménagement des berges de la Seine (172), et plus particulièrement le lot n° 4 du marché de Sahurs, le Conseil, après avoir relevé que les offres de deux soumissionnaires, les entreprises Société nouvelle Voltaire et EMCC, étaient strictement identiques, n'a pas fait droit à l'argument de ces sociétés, selon lequel les échanges qui leur étaient reprochés s'inscrivaient dans le cadre d'un projet d'accord de sous-traitance. Il a relevé que l'existence d'un projet de sous-traitance n'impliquait pas de porter à la connaissance du partenaire pressenti l'intégralité des prix de la société donneur d'ordre et, qu'en l'espèce, les deux sociétés n'apportaient aucun élément qui aurait permis d'établir qu'elles auraient engagé une discussion sérieuse. Enfin, le Conseil a rappelé sa jurisprudence aux termes de laquelle, lorsque plusieurs entreprises ont étudié la possibilité d'établir entre elles des liens de donneur d'ordre à sous-traitant à l'occasion d'un marché et qu'elles présentent ensuite des offres distinctes en s'abstenant de mentionner le fait qu'elles ont échangé des informations, de telles pratiques sont prohibées par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance, dans la mesure où elles faussent le jeu de la concurrence en limitant l'autonomie des opérateurs dans leurs décisions et en tentant d'induire ou en induisant en erreur le maître d'ouvrage sur la réalité et l'étendue de la concurrence.

Dans cette même affaire, le Conseil a examiné les pratiques d'un groupement d'entreprises ayant répondu à deux appels d'offres concernant la fourniture de crayeux. Rappelant que si la constitution d'un groupement par des entreprises pour répondre à un appel d'offres ne constitue pas en soi une pratique prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance, le recours à une telle structure ne fait pas obstacle à l'application de ces dispositions, s'il est établi qu'elle a été utilisée pour mettre en oeuvre des pratiques concertées ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de fausser ou restreindre le jeu de la concurrence. Les sociétés Hayet et Somaco, qui exploitent chacune une carrière de crayeux, avaient présenté des offres conjointes, bien qu'elles aient été admises à concourir séparément dans le cadre de la procédure d'appel d'offres restreint. Elles ont été déclarées attributaires dans les deux cas. L'instruction avait permis d'établir que les carrières qu'exploitaient les sociétés Somaco et Hayet étaient les seules compétitives pour répondre aux marchés concernant cette partie des berges de la Seine, eu égard aux coûts de transport, qui représentent plus de la moitié du prix de vente du matériau crayeux, circonstance qu'avaient soulignée tous les autres soumissionnaires. Les deux sociétés en cause justifiaient toutefois leur regroupement par les cadences importantes exigées par le maître d'ouvrage, les délais de réalisation des chantiers et la nécessité de préserver la durée de vie des carrières. Mais le Conseil n'a pas retenu ces justifications, dès lors qu'il était établi que les capacités d'extraction de chacune des deux sociétés étaient supérieures aux besoins en matériaux pour la réalisation des marchés en cause et qu'elles avaient, d'ailleurs, l'une comme l'autre, pu répondre seules à la demande totale certains mois. Il a donc considéré que la constitution du groupement n'était justifiée par aucune considération technique et qu'elle avait eu, en conséquence, pour véritable objet de faire échec à la mise en concurrence que souhaitait le maître d'ouvrage, alors que seules les

carrières de ces deux entreprises étaient en mesure de fournir de manière compétitive des matériaux crayeux nécessaires à la construction d'ouvrages sur cette partie de la Seine.

Cette même décision a permis au Conseil de rappeler sa jurisprudence s'agissant des offres de principe, dites aussi " offres cartes de visite ". Ainsi, à la société EMCC qui faisait valoir qu'elle avait répondu au lot n° 1 du marché de Rouen-Ile Lacroix, alors même qu'il ne comportait pas de travaux de vannage, pour ne pas risquer de ne plus être consultée par le maître d'ouvrage, le Conseil a rappelé que les offres de principe ne constituent pas en elles-mêmes une pratique anticoncurrentielle, mais qu'il n'en va pas de même lorsque ces offres sont établies en concertation avec d'autres entreprises. La cour d'appel de Paris a confirmé l'analyse du Conseil s'agissant de ces différents points (173).

3. Entraves à l'accès au marché

Outre les pratiques par lesquelles des entreprises déterminent en commun leur stratégie en matière de prix ou de volume de production, méconnaissant ainsi la condition d'autonomie des décisions qui doit prévaloir sur un marché concurrentiel, plusieurs affaires examinées par le Conseil au cours de l'année 1996 ont révélé des pratiques concertées ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de limiter l'accès de nouveaux compétiteurs au marché ou le maintien sur celui-ci de certains opérateurs.

Mérite un examen particulier de ce point de vue l'affaire concernant divers entreprises dans le secteur du béton prêt à l'emploi dans la région Provence-Alpes-Côte d'Azur (174), dont d'autres aspects concernant des pratiques de répartition de marchés seront commentés ci-dessous. S'appuyant sur sa jurisprudence en matière de prix de prédation caractérisant jusqu'alors des pratiques mises en oeuvre par des entreprises en position dominante, le Conseil a considéré que le fait, pour des producteurs ayant adopté une politique de répartition systématique de marchés et se trouvant confrontés à l'apparition d'un nouvel entrant, de réagir en pratiquant tous des prix inférieurs à leurs coûts moyens variables de production est constitutif d'une entente anticoncurrentielle s'il est établi que cette stratégie a pour objet et peut avoir pour effet d'interdire ou de limiter l'accès du marché au nouvel entrant. En outre, le fait, pour des producteurs, de commercialiser du béton à des prix de vente inférieurs à leurs coûts moyens totaux mais supérieurs à leurs coûts moyens variables peut également être constitutif d'une pratique prohibée. En effet, des entreprises dans une telle situation de marché n'ont pas intérêt à pratiquer des prix inférieurs à leurs coûts totaux et a fortiori à leurs coûts moyens variables, si ce n'est pour éliminer un ou des concurrents pour pouvoir par la suite relever le niveau des prix et tirer parti de la rente ainsi constituée. Le Conseil a précisé que pour apprécier la volonté d'éviction, il y avait lieu de tenir compte de la durée des pratiques, de leur constance et de l'ampleur des ventes à perte opérées.

Après avoir déterminé les éléments de calcul à retenir pour effectuer la comparaison des coûts variables avec les prix de vente du béton prêt à l'emploi, le Conseil a procédé à l'analyse de pratiques tarifaires constatées sur la zone de Toulon, alors qu'entraît en activité la centrale à béton que la société SNBT avait installée à Ollioules : les prix du béton courant de type B 25, jusqu'alors situés aux environs de 360 F par mètre cube, selon les fabricants, étaient passés brusquement, en novembre et décembre 1993, à 300 F et même à des prix inférieurs, compris entre 250 et 290 F, sur certains chantiers. S'appuyant sur les éléments comptables fournis par les entreprises mises en cause, le Conseil a constaté que la société Béton de France avait pratiqué des prix de vente unitaires inférieurs à ses coûts moyens variables à l'occasion de la commercialisation de béton prêt à l'emploi en fin d'année 1993 et en début d'année 1994 ainsi qu'au cours du dernier trimestre 1995 dans cette zone. Le Conseil a encore relevé que cette société avait pratiqué à de nombreuses reprises des prix unitaires de vente juste supérieurs à

ses coûts moyens variables de fabrication et ne prenant pas en compte la totalité des frais fixes supportés. Les constatations relevées pour la société Unibéton montraient que sa filiale SMB avait pratiqué des prix de vente unitaires inférieurs aux coûts variables unitaires au cours du dernier trimestre 1994 sur cette zone et des prix moyens de vente mensuels inférieurs à ses coûts moyens variables mensuels dans deux centrales proches. Pour la société Super Béton, le Conseil a également relevé des prix se situant juste au-dessus de ses coûts moyens variables unitaires, cette entreprise ayant reconnu avoir pratiqué des prix de vente supérieurs de 1 F à ses coûts moyens variables et inférieurs à ses coûts totaux, après l'installation de la SNBT à Ollioules. S'agissant de la société Béton Chantiers du Var, le Conseil a constaté qu'elle avait pratiqué des prix moyens de vente inférieurs à ses coûts moyens totaux mensuels au cours du dernier semestre 1994 et des prix de vente unitaires inférieurs à ses coûts totaux unitaires à l'occasion de deux chantiers, immédiatement après l'installation de la centrale de la SNBT à Ollioules.

Le Conseil a établi la volonté d'éviction de ces producteurs en s'appuyant notamment sur les déclarations de plusieurs producteurs indépendants de béton prêt à l'emploi : ainsi, le directeur de la société Béton Provence avait fait part de l'avertissement qui lui avait été donné par la société Béton de France, selon lequel, si elle s'installait, la société Béton de France s'attacherait à la faire disparaître ; le gérant de la société GM béton avait également indiqué avoir fait l'objet de mesures d'intimidation ainsi que de " matraquages " sur les prix et un producteur indépendant sur le marché de Toulon avait relevé qu'avec l'arrivée de la SNBT à Ollioules, les sociétés Béton Chantiers du Var, Béton de France, Super béton et SMB avaient brusquement et simultanément baissé leurs prix, démarchant ses clients en proposant des prix situés entre 250 et 280 F. Ces dirigeants avaient également évoqué les filatures des camions et la surveillance des chantiers livrés, tous propos qui corroboraient ceux de la SNBT lorsqu'elle avait ouvert sa centrale d'Ollioules. Le Conseil a également souligné que la persistance des prix inférieurs aux coûts ainsi que l'ampleur des pertes supportées par les entreprises à compter de la mise en oeuvre de la pratique témoignaient de la volonté d'éviction à l'encontre de la SNBT.

Si les sociétés mises en cause contestaient que le parallélisme de comportements ainsi constaté suffise à caractériser une entente, le Conseil a écarté cette argumentation en constatant que la conjonction de ce parallélisme et de la poursuite de l'entente de répartition de marché par ailleurs établie entre les sociétés Béton de France, Unibéton, Super béton et Béton Chantiers du Var suffisait à caractériser une action concertée destinée à limiter l'accès au marché de la SNBT et le libre jeu de la concurrence. Le Conseil a sanctionné de telles pratiques, contraires aux dispositions de l'article 7 de l'ordonnance. Il a, en revanche, écarté un grief formulé à l'encontre des cimentiers Vicat et Lafarge, dès lors qu'il n'était pas établi que les remises de prix consenties par ces deux sociétés à la société Béton de France sur le prix du ciment aient eu pour objet ou pu avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché du béton prêt à l'emploi dans la zone de Toulon.

Dans sa décision relative à des pratiques mises en oeuvre par France Télécom et par la société Transpac (175), étaient en cause les conditions financières qu'avaient proposées ces sociétés en réponse à l'appel d'offres lancé par la société AXA pour la réalisation de transmissions de données entre ses 3600 agents d'assurance et son site central de Marly-le-Roy, représentant environ 250 millions de kilo-octets de données. Le groupe AXA avait, en effet, décidé, en 1991, de revoir son réseau de télécommunications, jusqu'alors fondé sur le système d'accès direct à Transpac, afin d'en réduire les coûts d'utilisation et d'en améliorer la qualité. La consultation, lancée au début de l'année 1993, portait sur la réalisation d'un réseau VSAT (réseau satellitaire) en France et dans certains pays européens, étant précisé que la solution

technique par satellite n'était pas la seule étudiée. A l'issue de la sélection initiale, seuls deux candidats avaient été retenus : d'une part, la société BT France pour une solution VSAT et les sociétés France Télécom/Transpac pour une solution terrestre Transpac via le canal D de Numéris. Transpac dispose du seul réseau public de transmission de données par commutation de paquets à la norme X 25. Numéris est un service exploité en monopole par France Télécom, qui utilise la technique de commutation de circuits. Il se compose de deux canaux, le canal B et le canal D, ce dernier pouvant servir uniquement de moyen d'accès à un autre réseau. Le système d'accès à Transpac via le canal D de Numéris combine donc les deux types de commutation et leurs avantages. En 1993, la société Transpac était le seul opérateur à avoir demandé l'accès au canal D de Numéris. La société AXA qui utilisait auparavant le réseau Transpac en accès direct par lignes spécialisées avait calculé que l'accès par le canal D de Numéris était susceptible de lui permettre de réduire ses coûts de 30 p. cent. Dans cette perspective, les deux solutions, satellitaire ou terrestre, pouvaient être mises en concurrence. C'est la solution Transpac par le canal D de Numéris qui a finalement été retenue.

L'offre formulée par Transpac et France Télécom le 15 avril 1993 avait été complétée en juillet et en septembre. S'agissant de la mise en service de Numéris, si l'offre initiale indiquait que le prix de la mise en service de l'accès de base s'élevait à 675 F HT, elle prévoyait aussi, pour la période du déploiement, que France Télécom ferait bénéficier AXA de la gratuité de cette mise en service. Le contrat signé le 30 novembre 1993 prévoyait également l'exonération de deux mois d'abonnement. Pour les autres prestations, des conditions tarifaires spécifiques étaient consenties pour le trafic sur Transpac, le trafic sur le canal D de Numéris, la location-maintenance de l'adaptateur Canal D X 25, la supervision des accès, la maintenance personnalisée et les frais de mise en service. Pour le reste, le tarif public en vigueur s'appliquait. S'agissant du trafic sur Transpac, la proposition financière du 9 septembre 1993 ajoutait, " sous réserve d'un engagement de votre part avant le 30 septembre 1993 " que le prix du trafic sur Transpac pour la période du 1^{er} janvier 1993 au 30 septembre 1993 était fixé à 0,05 F HT toutes réductions confondues, au lieu de 0,0569 F HT. L'ensemble des réductions proposées représentait ainsi un montant de 8,7 millions de F, dont 1,449 au titre du contrat en cours.

Le Conseil a estimé que France Télécom, opérateur public qui disposait d'un monopole de droit en ce qui concerne l'exploitation du réseau public Numéris, avait pu favoriser sa filiale Transpac par rapport à la concurrence, s'agissant des conditions de mise à disposition du canal D dans l'offre de services Transpac via le canal D, au moment où émergeait sur le marché une nouvelle technologie. S'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de justice, selon laquelle " un système de concurrence non faussée tel que celui prévu par le traité ne peut être garanti que si l'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques est assurée ", il a considéré que la décision prise par France Télécom et par la société Transpac d'offrir conjointement la gratuité des frais d'accès à Numéris ainsi qu'un abonnement gratuit de deux mois au service Numéris avait pour objet et avait pu avoir pour effet de favoriser la technologie Transpac via le canal D de Numéris auprès des utilisateurs potentiels, au détriment de la solution VSAT. Le Conseil a rejeté l'argumentation de France Télécom qui soutenait, d'une part, que l'offre faite à AXA s'était bornée à anticiper sur la décision tarifaire du directeur général de France Télécom du 30 décembre 1993, homologuée par arrêté ministériel, prévoyant la gratuité des frais de mise en service pour les demandes en nombre et, d'autre part, que cette offre relevait d'une décision unilatérale de sa part. Il a, en effet, relevé que les propositions tarifaires qui avaient été faites en l'espèce avaient été présentées comme des avantages spécifiques et que la décision tarifaire invoquée n'avait été homologuée que bien postérieurement, en février 1994. Par ailleurs, il a souligné que Transpac, société qui dispose d'une totale autonomie commerciale par rapport à France Télécom, et cette dernière

entreprise avaient reconnu, notamment au travers d'un document intitulé " synthèse de la proposition ", que leur offre avait été élaborée en commun par leurs services spécialisés et qu'elle résultait donc d'une proposition les associant l'une et l'autre, même si, par la suite, un contrat avait été signé par AXA avec chacune d'entre elles.

Le rabais offert par Transpac sur le prix du trafic, consenti rétroactivement, a également été regardé comme de nature à fausser le jeu de la concurrence : cette pratique, qualifiée sur le fondement de l'article 8 de l'ordonnance et de l'article 86 du Traité de Rome, est examinée ci-dessous.

Dans l'affaire mettant en cause des pratiques de la société Adidas et de la L.N.F. dans le secteur des articles de sport destinés à la pratique du football (176), dans laquelle le Conseil avait déjà ordonné une mesure conservatoire (177), il a sanctionné une convention de nature à empêcher l'entrée ou le maintien sur le marché de divers fabricants d'articles de sport. Au cours du second trimestre 1995, la société Adidas et la Ligue nationale de football (LNF) avaient conclu un accord de principe prévoyant l'attribution à ce fabricant d'articles de sport le droit d'utiliser le titre de " fournisseur officiel et exclusif de la LNF " ainsi que la représentation de la marque et de l'image des clubs participant aux championnats de première et de deuxième divisions, avec pour contrepartie la fourniture de tous les équipements des joueurs par Adidas et un versement de 60.000.000 F. L'article 315 du règlement intérieur de la LNF ayant été modifié en avril 1995 pour lui confier, à la place de chacun des clubs de première et deuxième divisions, l'équipement des joueurs de ces clubs, le Conseil a souligné que le fait pour la LNF de conclure un accord d'exclusivité avec un équipementier pour la fourniture des équipements à ces clubs ne constituait pas en soi une pratique prohibée par les dispositions du titre III de l'ordonnance. De la même façon, il a considéré que ne revêtait pas un caractère anticoncurrentiel le fait pour la LNF de permettre à un équipementier de bénéficier, dans le cadre d'un tel accord, de la représentation de la marque et de l'image des clubs en contrepartie de la fourniture des équipements et du versement d'une dotation financière de 60.000.000 F. En revanche, le Conseil a poursuivi son examen, en considérant qu'un tel accord pouvait être visé par les dispositions du titre III, si les conditions dans lesquelles il avait été négocié ou si certaines de ses clauses avaient pour objet ou pouvaient avoir pour effet de fausser ou de restreindre le jeu de la concurrence sur un marché.

En l'espèce, le Conseil a relevé que cet accord avait été négocié sans qu'il ait été procédé à un appel à la concurrence, ce qui n'avait pas permis aux autres fabricants d'articles de sport, et notamment à ceux qui jusque là équipaient tel ou tel club participant aux championnats de première ou de deuxième divisions, de faire des offres à la LNF. Par ailleurs, la durée de l'accord d'exclusivité, dans sa version définitive, étant de cinq ans, elle interdisait à tout autre équipementier de négocier un accord de parrainage avec la LNF pendant cette période, qui apparaissait d'ailleurs excessivement longue par comparaison avec les durées retenues habituellement dans les contrats liant les clubs à leur équipementier et " sponsor ". Par ailleurs, examinant la situation de la société Adidas dans ce secteur, le Conseil a relevé qu'elle était déjà le fournisseur exclusif des équipements et le " sponsor " de la Coupe de la Ligue ainsi que de la Coupe de France, organisée par la Fédération française de football, les matchs joués dans ces compétitions représentant respectivement 10 et 20 p. cent de l'ensemble des matchs retransmis à la télévision. Les matchs du championnat de France représentant environ 30 p. cent de ces mêmes retransmissions, la société Adidas devenait, par cet accord, le fournisseur exclusif des équipes jouant dans 60 p. cent des matchs retransmis à la télévision, lui conférant ainsi une position sans commune mesure avec celle de ses concurrents dans le domaine du parrainage sportif, qui revêt un caractère stratégique pour la promotion des articles de sport.

S'appuyant sur le caractère global de la négociation entre la LNF et la société Adidas visant l'ensemble des clubs de première et deuxième divisions participant aux championnats de France, et dans les faits ayant permis à la société Adidas de parrainer plus de trente de ces clubs, sur la position dominante de la société Adidas sur le marché de la chaussure de football et sur l'importance des contrats de parrainage déjà détenus par la société Adidas pour les équipes de football participant à des compétitions importantes faisant l'objet de retransmissions à la télévision, le Conseil a considéré qu'en l'espèce, l'accord exclusif conclu entre la société Adidas et la LNF revêtait un caractère anticoncurrentiel, dès lors que, négocié sans appel à la concurrence, il excluait, pour une durée anormalement longue, la possibilité pour les autres équipementiers, de faire des offres de parrainage pour les clubs participant aux championnats de France de première et deuxième divisions.

Le Conseil a rejeté les moyens qu'invoquait la société Adidas, en faisant valoir que la résiliation par un certain nombre de clubs de leur contrat de parrainage avec divers fabricants d'articles de sport ne pouvait être regardée comme la conséquence de l'accord conclu avec la LNF et qu'en tout état de cause l'engagement de ces clubs avec elle ne traduisait que leur décision de conclure avec l'équipementier leur offrant les conditions contractuelles les plus avantageuses. Il a, en effet, relevé, en s'appuyant sur les déclarations d'un grand nombre de dirigeants de clubs de football concernés, que la résiliation ou le non-renouvellement de nombreux contrats de parrainage en cours était intervenue en raison de l'accord conclu entre la LNF et la société Adidas et a constaté que nombre des clubs avaient alors contracté avec la société Adidas pour cinq ans, couvrant ainsi une période strictement identique à celle prévue dans l'accord passé par la LNF. Le Conseil a également écarté l'argumentation de la société Adidas, selon laquelle le parrainage ne devrait pas être distingué de la publicité et qu'il n'y aurait aucun lien entre parrainage et vente de chaussures de football. Il a, en effet, considéré que le parrainage constituait une forme spécifique de promotion des ventes tirant son efficacité de l'identification entre la marque et les performances des joueurs et des clubs auxquels ils appartiennent et pour laquelle, d'ailleurs, les sommes investies apparaissent considérables. Sur le deuxième point, il a souligné que les effets du parrainage ne peuvent se mesurer à très court terme, les "sponsors" devant attendre les résultats des clubs pour pouvoir les exploiter sur le plan publicitaire. Il a relevé également qu'un certain nombre d'équipementiers auteurs de la saisine auraient souhaité poursuivre leur contrat de parrainage pour pouvoir continuer à utiliser ce moyen de promotion, jugé performant et pour lequel, malgré ses positions déjà acquises, Adidas était prête à investir encore 60 millions de F.

Une pratique de même nature a été sanctionnée par le Conseil s'agissant du sport-boules (178). La Fédération française de sport-boules et la société La boule intégrale avaient, en effet, conclu une convention de partenariat formalisée par écrit en mai 1991 et reconduite tacitement depuis. Elle accordait à la société La boule intégrale, en contrepartie d'une dotation financière de 90.000 F versée à la Fédération française de sport-boules, l'exclusivité de publicité et de promotion sur toutes les compétitions nationales officielles organisées en France dans le secteur d'activité de la société La boule intégrale, la mise à disposition d'un emplacement réservé pour l'installation d'un stand dans toutes les autres compétitions nationales, le "banderoling" sur ces mêmes événements et la réservation de la quatrième page de couverture dans tous les numéros de *Sport-boules magazine*. S'appuyant sur le même raisonnement que celui qu'il avait effectué dans l'affaire ci-dessus analysée mettant en cause la LNF et la société Adidas, le Conseil a constaté que la convention entre la société La boule intégrale et la Fédération française de boules avait été négociée sans appel à la concurrence et donc sans qu'il ait été possible pour d'autres fabricants de faire des propositions de partenariat à cet organisme professionnel, qu'elle avait été reconduite tacitement tous les ans depuis son entrée en vigueur et que, dans les faits, elle avait été étendue à de nombreuses autres

compétitions nationales. Relevant que la société La boule intégrale détenait en 1992 près de 40 p. cent de part du marché des boules et accessoires, le Conseil a considéré que les exclusivités quant à l'accès aux lieux de compétition et quant à l'insertion de messages publicitaires dans la revue *Sport-boules magazine* avaient pour objet et avaient eu pour effet, certains distributeurs s'étant vu interdire l'accès des compétitions, de restreindre le jeu de la concurrence en empêchant artificiellement les autres distributeurs d'avoir accès aux mêmes moyens de promotion.

Le portage de médicaments à domicile constitue une activité nouvelle qui s'est développée au plan local, seuls La Poste et le réseau Vital Portage couvrant l'ensemble du territoire français. Dans deux décisions (179), le Conseil a sanctionné des pratiques mises en oeuvre par le conseil central de la section A de l'Ordre national des pharmaciens et divers conseils régionaux pour avoir diffusé des mises en garde contre le développement de ces activités, et notamment celles des franchisés du réseau Vital Portage. En février 1993, le président du conseil central de la section A de l'Ordre des pharmaciens, qui regroupe les pharmaciens titulaires d'officine, a diffusé un communiqué indiquant que cette instance était opposée au portage à domicile " organisé " par des sociétés diverses, parce qu'il dépersonnalisait la dispensation au détail des médicaments et était contraire au bon déroulement de l'acte pharmaceutique. Cette mise en garde a été répercutée par divers conseils régionaux à leurs membres et certaines entreprises de portage de médicaments à domicile ont été destinataires de courriers leur rappelant les dispositions du code de la santé publique en matière de dispensation du médicament. Par ailleurs, certaines de ces entreprises se sont vu refuser la vente de médicaments par des pharmaciens d'officine. Le Conseil a considéré qu'en diffusant ce communiqué le conseil central de la section A de l'Ordre avait incité les pharmaciens à ne pas délivrer les ordonnances qui leur seraient présentées par une entreprise de portage de médicaments à domicile, l'empêchant de poursuivre son activité, et avait donc mis en oeuvre une pratique concertée de boycott, contraire aux dispositions de l'article 7 de l'ordonnance. Il a tenu le même raisonnement à l'égard des recommandations diffusées par les conseils régionaux et a également sanctionné les refus de vente opposés par certains pharmaciens, en considérant que ceux-ci s'étaient associés à la pratique de boycott. Le Conseil a écarté les moyens invoqués par les instances ordinales en cause, qui soutenaient que ces recommandations ne procédaient pas d'une entente entre le conseil central de la section A et des conseils régionaux et qu'elles n'avaient eu aucun effet, faute d'avoir un caractère contraignant. Sur le premier point, le Conseil a relevé d'une part, que les mises en garde effectuées par les instances ordinales étaient l'expression de la concertation menée en leur sein et que, d'autre part, toutes les mises en garde diffusées par les conseils régionaux l'avaient été dans la période immédiatement postérieure au communiqué diffusé par le conseil central et qu'elles s'y référaient dans certains cas expressément. Sur le second point, le Conseil a relevé que les mises en garde des instances ordinales avaient été largement diffusées aux pharmaciens d'officine, avaient pour objet de les mettre en garde contre les entreprises de portage de médicaments à domicile et pouvaient avoir pour effet d'empêcher l'accès au marché des entreprises proposant ce type de services. La cour d'appel de Paris a entièrement confirmé l'analyse du Conseil (180).

Alors que la mutuelle SMIP avait sollicité son adhésion à la convention tripartite départementale associant la caisse primaire d'assurance maladie, le Syndicat des pharmaciens de l'Aveyron et l'Union interdépartementale des sociétés mutualistes de l'Aveyron, le Syndicat des pharmaciens de l'Aveyron refusait son accord, en empêchant ainsi cette mutuelle de proposer à ses adhérents et à sa clientèle potentielle d'être dispensés de l'avance des frais correspondant à la délivrance des produits pharmaceutiques. Le Conseil a sanctionné cette pratique (181). Il a estimé que le refus du Syndicat des pharmaciens de l'Aveyron, qui créait

artificiellement un désavantage dans la concurrence au détriment de la mutuelle SMIP ainsi que des autres organismes d'assurance complémentaire auxquels le même refus avait été opposé, avait pour objet et pour effet de restreindre l'accès au marché des prestations d'assurance complémentaire à l'assurance maladie dans le département de l'Aveyron. Le Conseil a écarté les justifications avancées par le Syndicat des pharmaciens, en considérant qu'une telle pratique ne pouvait être justifiée par un conflit qui aurait opposé ce syndicat à la caisse primaire d'assurance maladie. Il a également considéré qu'elle avait un effet sensible sur le marché, dès lors qu'il était établi que moins de la moitié des pharmaciens titulaires d'officine dans ce département acceptent de pratiquer à titre individuel le système d'avance de frais pour les adhérents des mutuelles écartées de la convention départementale. Cette analyse a été entièrement confirmée par la cour d'appel de Paris (182).

Dans sa décision relative à des pratiques mises en oeuvre par les syndicats de chirurgiens dentistes de l'Indre-et-Loire et du Rhône (183), le Conseil a également sanctionné une pratique concertée de boycott. En octobre 1994, le syndicat des chirurgiens dentistes d'Indre-et-Loire CNSD 37 a diffusé une circulaire intitulée " Campagne UNPDD " à tous les chirurgiens dentistes du département exerçant à titre libéral. Ce texte recommandait aux adhérents du syndicat d'engager une discussion avec leurs fournisseurs de prothèses afin de connaître leur position vis-à-vis de l'UNPPD, organisation professionnelle regroupant environ 40 % des prothésistes dentaires et ayant des positions très critiques à l'égard des chirurgiens dentistes, et de leur remettre une lettre-type, jointe en annexe à la circulaire. Compte tenu du climat de tension existant entre les deux professions, la " discussion " qui était préconisée pouvait faire craindre aux prothésistes des mesures de rétorsion, au cas où ils ne se seraient pas démarqués des positions prises par l'UNPPD. Cette crainte était d'autant plus fondée que la circulaire évoquait une cessation des relations de partenariat avec les prothésistes dentaires qui cautionneraient les " accusations " de l'UNPPD et pouvait inciter les chirurgiens dentistes à exercer un chantage sur leurs fournisseurs. Le Conseil a considéré que cette circulaire, diffusée à l'ensemble des chirurgiens dentistes de l'Indre-et-Loire, constituait une incitation manifeste à un boycott collectif des prothésistes dentaires qui ne se seraient pas désolidarisés des positions de l'UNPPD. En revanche, s'agissant des pratiques dénoncées par M. Dupin, prothésiste dentaire installé à Lyon, à l'encontre du CNSD 69, le Conseil a considéré que les faits n'étaient pas constitutifs de pratiques prohibées par l'article 7 de l'ordonnance : il a, en effet, relevé que si cette organisation professionnelle avait envoyé à la société Publiprint, régie publicitaire de journaux locaux ayant publié des publicités pour M. Dupin, l'arrêt de la cour d'appel de Lyon condamnant M. Dupin pour exercice illégal de l'art dentaire, il n'était pas établi que cette initiative pût être considérée comme une tentative de boycott de l'activité de M. Dupin, dès lors que ce dernier n'avait pas, de ce fait, été exclu du marché des prothèses dentaires.

Dans l'affaire mettant en cause plusieurs concessionnaires automobiles installés à Reims et un de leurs groupements (184), le Conseil a sanctionné les pratiques concertées mises en oeuvre par ces professionnels et destinées à faire échec au développement de l'activité de mandataire automobile dans laquelle s'était engagée la société Mi. Le. Service, appartenant au groupe GETA et qui exerçait diverses activités dans le secteur de la distribution et de la réparation automobile. Les pratiques d'éviction, notamment élaborées en concertation au sein du Groupement de concessionnaires automobiles créé entre les différents concessionnaires de Reims, avaient consisté à refuser l'ouverture d'un compte pour l'approvisionnement en pièces détachées aux différentes sociétés qu'exploitait le groupe GETA, à exiger le règlement comptant des commandes, à afficher diverses mises en garde dans les locaux commerciaux des concessionnaires de marque et, enfin, à exercer des pressions sur un journal d'annonces gratuites, Bonjour Canal 51, pour l'amener à refuser toute insertion publicitaire de la part de la

société Mi. Le. Service. Le Conseil n'a pas retenu les arguments invoqués par les concessionnaires en cause tenant à la personnalité du dirigeant du groupe GETA, au fait que l'ordre du jour des réunions du GCA ne présentait pas de caractère anticoncurrentiel, qu'aucune fermeture de compte d'approvisionnement n'avait été effectuée et, enfin, au rôle de la société éditrice du journal Bonjour Canal 51. Il a indiqué que le fait que le dirigeant du groupe GETA ait fait l'objet de procédures judiciaires ne saurait justifier les mesures concertées de caractère anticoncurrentiel mises en oeuvre par les concessionnaires automobiles en cause. Le caractère anticoncurrentiel des réunions du GCA ressortait, par ailleurs, des notes prises par la secrétaire de cet organisme, portant sur les "réactions des concessionnaires" et indiquant: "faire payer comptant" ou "couper les approvisionnements", étant souligné, par ailleurs, que le GCA avait recommandé à ses adhérents de se séparer des comptes rendus de réunions antérieurs à 1995. S'agissant du rôle du journal Bonjour Canal 51, il a été relevé que si une réunion avait été organisée par son directeur, celle-ci avait été suscitée par les réactions des concessionnaires, qui avaient décidé de suspendre leurs insertions publicitaires dans ce journal d'annonces gratuites pour le contraindre à ne plus accepter de publicités de la société Mi. Le. Service.

Faisant application de nombreux précédents, le Conseil a sanctionné, dans sa décision concernant le Comité interprofessionnel des fournisseurs du laboratoire (CIFL) et certains de ses membres (185), les pratiques mises en oeuvre par cet organisme à l'encontre de l'Association pour le Salon du laboratoire (ASDL), organisatrice d'un salon pour les professionnels du laboratoire, dont il était, d'ailleurs, membre. Le conseil d'administration du CIFL, à la suite d'un désaccord avec l'ASDL, avait décidé de ne plus participer au Salon du laboratoire que celle-ci organisait et avait, à plusieurs reprises, incité ses membres à ne pas y participer, en réitérant ses critiques et en publiant ses décisions dans plusieurs bulletins de liaison syndicaux. Par la suite, le CIFL avait décidé de créer un salon plus adapté à ses objectifs et avait incité ses membres à le rejoindre. Le CIFL faisait valoir qu'il s'était borné à cesser de promouvoir le Salon du laboratoire qui ne répondait plus aux besoins de ses adhérents, que ceux-ci s'étaient déterminés librement et que la recommandation qui leur avait été adressée de ne pas retourner leur dossier d'inscription au Salon du laboratoire avait pour seul objet d'attendre l'issue des négociations entamées entre les deux organismes. Mais le Conseil a considéré qu'en publiant, notamment dans un communiqué de presse, la liste de ses adhérents qui étaient supposés avoir décidé de ne pas participer au Salon du laboratoire de l'automne 1993, le CIFL avait dévalorisé cette manifestation et incité toutes les entreprises à ne pas y participer, mettant ainsi en oeuvre une pratique de boycott que la mise en place d'une nouvelle manifestation ne saurait justifier.

Deux décisions rendues au cours de l'année 1997 concernent des pratiques d'exclusion dans le secteur de l'exploitation de taxis. Dans la première de ces affaires (186), le Conseil a considéré que plusieurs clauses des statuts et du règlement intérieur du GIE des taxis radios toulonnais (GIE TRT) étaient de nature à empêcher l'accès au marché de nouveaux entrants et à limiter le jeu de la concurrence. C'est ainsi que le Conseil a considéré que la clause des statuts du GIE TRT qui obligeait tout candidat à l'adhésion à justifier de son appartenance au syndicat professionnel des taxis du Var était de nature à empêcher des exploitants de taxis non membres du syndicat de devenir membres du GIE TRT et d'accéder à une part importante des courses de taxis à Toulon. Il a également considéré comme anticoncurrentiels trois articles du règlement intérieur interdisant la détention de moyens de communication personnels pour les exploitants de taxis adhérents et sanctionnant tout manquement par l'exclusion immédiate. De telles clauses étant de nature à supprimer toute possibilité pour les exploitants de taxis d'être contactés directement par d'éventuels clients et de se constituer une clientèle personnelle, le Conseil a donc enjoint au GIE TRT de les supprimer de son règlement intérieur. La même

injonction a été prononcée s'agissant des articles 31 et 32, instaurant un droit d'entrée de 100.000 F pour les exploitants de taxis acquérant un véhicule, dont le propriétaire n'était pas adhérent au GIE et une indemnité égale à trois mois de cotisation pour tout exploitant quittant le GIE pour devenir exploitant indépendant. Le Conseil a relevé le risque de dévalorisation de l'autorisation de stationnement d'un exploitant ayant quitté le groupement eu égard à l'importance du droit d'entrée à acquitter par son successeur, au cas où celui-ci souhaiterait adhérer au GIE. Il a également souligné le caractère discriminatoire de la clause visant le retrait d'un membre, puisque l'indemnité n'était à acquitter que si le retrait avait pour motif l'installation comme exploitant indépendant. Le Conseil a également considéré que l'intervention du GIE TRT et du syndicat professionnel des taxis du Var dans la procédure de transfert d'autorisation de stationnement, au lieu et place de la commission communale des taxis et voitures de petite remise, avait permis à ces deux organismes de bénéficier d'une exclusivité de fait de présentation des candidats et d'agrément des mutations d'autorisations de stationnement, de nature à restreindre le libre exercice de la concurrence sur ce marché en limitant les autorisations de stationnement accordées. Enfin, les pressions exercées par le GIE, notamment par l'intermédiaire de son président, pour dissuader certains hôteliers de faire appel à tel ou tel exploitant de taxi indépendant ont été sanctionnées, dès lors qu'elles étaient de nature à entraver l'activité de ces exploitants et à limiter le jeu de la concurrence. La cour d'appel de Paris a approuvé l'analyse faite par le Conseil, sauf en ce qui concerne l'immixtion du Syndicat des taxis du Var et du GIE TRT dans la procédure de transfert d'autorisation, considérant qu'il n'était pas établi que ces deux organisations aient provoqué ou suscité les carences administratives en la matière (187).

L'association " Allô Artisans Radio Taxis " regroupant des exploitants de taxis d'Agen a été sanctionnée pour avoir décidé, au cours d'une réunion, d'exclure une exploitante de taxi du réseau radiotéléphone, au cas où si cette dernière confierait l'exploitation du taxi dont elle était propriétaire à un salarié. Celle-ci n'avait pu, dans les faits, avoir accès au réseau radiotéléphone pendant un mois et demi et avait été, en conséquence, pendant cette période, évincée du marché de l'exploitation de taxis à Agen (188).

4. Répartition de marché

Les ententes de répartition de marché qui ont été sanctionnées par le Conseil au cours de l'année 1997 ont été constatées à l'encontre d'entreprises qui avaient mis en oeuvre d'autres pratiques prohibées, notamment d'exclusion de marchés, et qui ont donc, pour certaines, fait l'objet d'une analyse ci-dessus.

Dans sa décision relative à des pratiques mises en oeuvre par diverses entreprises sur le marché du béton prêt à l'emploi dans la région Provence-Alpes-Côte d'Azur (189), le Conseil a sanctionné des pratiques concertées de répartition de marché au niveau local, ainsi qu'au niveau de la région. Celles-ci avaient été dénoncées par un ancien salarié de la société Unibéton, qui avait affirmé, dans une déposition auprès de la direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, qu'il existait une entente généralisée de quotas entre les sociétés Béton de France, Béton Chantiers du Var, Super Béton et SMB sur le marché du béton prêt à l'emploi dans la zone de Toulon. Divers documents saisis dans ces entreprises venaient corroborer ces déclarations, en mettant notamment en évidence un suivi des offres des entreprises et des livraisons effectuées sur des chantiers locaux, dans le cadre d'un système " d'avances-retards " qui confirmait le fait que les membres de l'entente respectaient les quotas qui leur avaient été attribués. Cette entente de répartition du marché du béton prêt à l'emploi entre les sociétés Béton de France, Béton Chantiers du Var, Super Béton et Unibéton dans la zone géographique de Toulon s'était

poursuivie, après mai 1993, date à laquelle ce salarié avait quitté la société Unimix, pour la fourniture de béton prêt à l'emploi pour les travaux de construction de la traversée souterraine de la ville de Toulon. De telles ententes avaient pu être établies de la même façon sur les zones de Nice entre les sociétés Béton contrôle de la Côte d'Azur (BCCA), Béton Chantiers Nice et Béton de France, d'Avignon entre les sociétés Unibéton, Redland Granulats Sud, Béton de France et Béton Chantiers Prêt, auxquelles s'était associée, dans la zone de Cavaillon, la société Béton Granulats Sylvestre, dans la zone d'Aix-en-Provence entre les sociétés Béton de France, Midimix, Unibéton et le GIE BGP, et, enfin, dans une zone couvrant l'est du département du Var, l'entente associant alors les sociétés Unimix, SBBA, filiale de Béton de France, Redland Granulats Sud et Express Béton.

Le Conseil a écarté les moyens invoqués par les entreprises ainsi mises en cause, qui prétendaient notamment que les nombreux tableaux utilisés à charge par le rapporteur ne constituaient en fait que des tableaux de suivi de chantiers ou de contrôle de production de différentes centrales à béton. Il a relevé que ces documents n'avaient pu être élaborés qu'avant la conclusion des marchés en cause, dès lors que si un grand nombre d'indications se trouvaient vérifiées dans les faits, il n'en restait pas moins que, sur certains chantiers, l'attributaire désigné préalablement ne se trouvait pas retenu par le maître d'oeuvre, ce qui n'aurait pu se produire si le document en cause avait constitué précisément un relevé de chantiers. S'agissant des tableaux de suivi de production, le Conseil a souligné que ces documents extrêmement précis ne pouvaient avoir été élaborés qu'en concertation. De la même façon, le Conseil a pu établir une concertation de nature anticoncurrentielle s'agissant de la fourniture de béton pour la trémie Est de la traversée souterraine de Nice, dès lors que, avant même la date à laquelle devaient être connus les attributaires, les sociétés Béton de France, Super Béton, Béton Chantiers du Var et SMB envisageaient de confier le pilotage des opérations à la société Béton Chantiers du Var, alors que toutes ces entreprises s'étaient présentées dans la procédure d'appels d'offres comme des sociétés indépendantes et concurrentes. Si plusieurs sociétés ont également contesté la valeur probante des documents en cause, en soulignant que les chiffres de production qui y étaient mentionnés ne correspondaient pas à ceux effectivement réalisés, il a été souligné, d'une part, que certains de ces chiffres portaient sur des états élaborés en cours d'année et ne portant que sur certains marchés et que, d'autre part, nombre d'indications se trouvent confortées par d'autres documents ou déclarations, suffisant ainsi à établir la preuve de la concertation. Enfin, aux sociétés opposant la nécessité de concourir en groupement compte tenu de l'ampleur de certains chantiers, il a été rappelé que, s'il est loisible à des entreprises de répondre en groupement, en aucun cas de telles réunions ne doivent avoir pour objet ou pouvoir avoir pour effet de tromper les maîtres d'oeuvre ou d'ouvrage sur la réalité de la concurrence. Or, en l'espèce, s'agissant des travaux engagés pour la traversée souterraine de la ville de Toulon, aucune pièce du dossier ne permettait d'établir que la constitution d'un groupement ait été envisagée pour la fourniture de béton prêt à l'emploi.

Au-delà de ces répartitions de marché locales, a été établie l'existence d'une entente généralisée entre divers producteurs de béton prêt à l'emploi dans la région Provence-Alpes-Côte d'Azur. Le Conseil a d'abord relevé les liens existants entre les nombreuses sociétés exploitant des centrales à béton dans cette région. Ainsi, par exemple, pour le groupe Lafarge, le responsable exerçant les fonctions de " directeur de bassin de l'activité béton-granulats de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur " était également président-directeur général de la société Béton Chantiers Nice, administrateur de la société Béton Chantier Prêt et siégeait au conseil d'administration de la société Béton 83, filiale commune des sociétés Lafarge et Vicat. Par ailleurs, le directeur de la société Lafarge Béton Granulats était également président de la société Express Béton, autre filiale commune des sociétés Lafarge et Vicat. Les sociétés

Béton contrôle de la Côte d'Azur (BCCA) et Super Béton avaient le même directeur et la société Béton Travaux assurait la fonction de société holding dans le secteur du béton prêt à l'emploi du groupe Vicat, le responsable régional de la société Béton Travaux assurant aussi la présidence de la société BCCA. Il a également relevé que de nombreuses réunions se tenaient régulièrement, d'une part entre dirigeants des principales sociétés impliquées dans l'entente sous l'égide du syndicat régional UNICEM PACAC et d'autre part dans le cadre d'ententes géographiques locales. Certains documents saisis attestaient d'ailleurs de l'existence de compensations, notamment ceux relatant les négociations ayant suivi l'installation de la centrale de Fréjus de la société Redland, afin de " récupérer " les parts de marché perdues ou encore celui, trouvé chez Unimix, mentionnant une " prévision de cession " à Lafarge, la centrale de Fos d'Unimix ayant effectivement cessé son activité en 1993.

Plusieurs des sociétés ainsi mises en cause soutenaient que les ententes locales ne permettaient pas d'établir l'existence d'une entente généralisée sur la région et la société Lafarge soutenait que les liens relevés entre filiales ne pouvaient être portés à charge, soit qu'il s'agisse de liens purement capitalistiques, soit qu'ils aient cessé. Mais le Conseil, s'appuyant sur la jurisprudence dégagée par la Cour de Justice des Communautés européennes dans l'affaire BAT et Reynolds du 17 novembre 1987, qui a précisé que les autorités de concurrence doivent s'assurer si " *un investissement passif dans une entreprise concurrente, ne vise pas en réalité à (...) instaurer une coopération entre les entreprises en vue d'un partage de marché* " a relevé que la participation de représentants des groupes Lafarge et Vicat aux conseils d'administration de chacune des sociétés Express Béton et Super Béton, détenues chacune à 50/50, avait pu favoriser la concertation sur différents marchés sur lesquels elles intervenaient toutes deux, concertations d'ailleurs avérées s'agissant des marchés de Toulon et de Nice.

Dans sa décision relative à une saisine présentée par la société Reebok (190), était en cause, s'agissant de l'application de l'article 7 de l'ordonnance, une clause d'un accord conclu entre les sociétés Adidas et la société Uhlsport. Cette dernière société, qui traditionnellement équipe un grand nombre de gardiens de but, était, par ailleurs, le " sponsor " du club de football de l'AJ Auxerre, évoluant en première division du championnat de France, en vertu d'une convention du 12 octobre 1994. La société Adidas, qui, compte tenu des résultats de cette équipe, souhaitait en devenir le " sponsor ", avait engagé des discussions au début de l'année 1996, qui s'étaient conclues par la signature d'un contrat de parrainage. Dans ce cadre, une convention avait également été signée le 29 mai 1996, entre la société Adidas et la société Uhlsport, comportant un paragraphe aux termes duquel : " Les parties profitent de la présente convention pour rappeler que la société Uhlsport équipe depuis plusieurs années la plupart des gardiens de but des clubs de D1 et D2. La société Adidas, qui connaît cette situation, accepte cet état de fait et s'engage à ne pas le remettre en cause ". Le Conseil a considéré que cet accord, qui ne se limitait pas, contrairement à ce que soutenait la société Adidas, à un constat de la situation présente, mais comportait un engagement de sa part de ne pas remettre en cause pour l'avenir les contrats de parrainage obtenus par la société Uhlsport auprès des gardiens de but, constituait une convention organisant une répartition de marché entre ces deux sociétés, prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance. Il n'a pas retenu les arguments de la société Adidas, qui soutenait que la chronologie des événements suffisait à montrer que l'accord avec la société Uhlsport ne pouvait constituer une contrepartie de la renonciation par cette dernière de son droit à parrainer l'AJ Auxerre, cet accord ne faisant que constater la nouvelle situation issue des accords entre Adidas et ce club de football. Le Conseil a relevé que cet accord comportait bien un engagement de la société Adidas de ne pas contester les accords individuels que la société Uhlsport pouvait avoir conclu avec de nombreux gardiens,

alors même qu'en tant que " sponsor " de telle ou telle équipe, la société Adidas aurait pu les remettre en cause.

5. Ententes verticales

Les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance qui prohibe les conventions qui ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de fausser la concurrence sont applicables, non seulement aux actions concertées qui peuvent être le fait de concurrents potentiels, mais aussi aux relations qui peuvent s'instaurer entre des agents économiques qui se situent à des stades différents du processus de production et de commercialisation, telles notamment que les conventions liant un producteur ou un fabricant à ses distributeurs.

En 1997, le Conseil a examiné un grand nombre de clauses figurant dans des conditions générales de vente ou des contrats de coopération commerciale, ou encore dans des contrats de distribution sélective, exclusive ou de franchise.

a) contrats de distribution sélective ou exclusive, contrats de franchise

Dans sa décision relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des produits d'entretien professionnel (191), le Conseil a rappelé que ces systèmes de distribution sont conformes aux dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, dès lors qu'ils préservent une certaine concurrence sur le marché, si les critères de choix des distributeurs ont un caractère objectif et ne sont pas appliqués de manière discriminatoire, s'ils n'ont ni pour objet, ni pour effet d'exclure une ou des formes déterminées de distribution des produits concernés ou de créer des barrières artificielles à l'entrée sur le marché de la distribution de ces produits et s'ils maintiennent la liberté commerciale des revendeurs quant aux prix pratiqués vis-à-vis des consommateurs. Le Conseil a, en outre, précisé qu'il était loisible à un fournisseur de déterminer librement les conditions de distribution de ses produits et de faire coexister plusieurs catégories de distributeurs selon le type de relations commerciales qu'il entretient avec eux, dès lors qu'une telle pratique ne révèle de sa part aucune pratique discriminatoire de nature anticoncurrentielle. En l'espèce, le réseau de distribution mis en place par la société Johnson Française comportait d'une part des distributeurs ayant signé un contrat de distribution exclusive leur conférant une zone d'exclusivité territoriale et les obligeant à commercialiser l'intégralité de la gamme des produits d'entretien de la société Johnson et leur interdisant la commercialisation d'autres marques concurrentes et, d'autre part, des distributeurs liés seulement par une lettre avec la société Johnson Française, bénéficiant d'une exclusivité territoriale, mais gardant la possibilité de diffuser d'autres marques concurrentes. Le Conseil a estimé que cette différence de statut, qui ne révélait rien d'autre que le choix des distributeurs de commercialiser d'autres marques que celles de la société Johnson Française et la prise en compte effective des capacités commerciales et techniques de chacun des distributeurs du réseau, n'était pas de nature anticoncurrentielle. L'instruction, et notamment l'examen des contrats et de leur application, n'avait pas révélé que les distributeurs aient vu limiter leur liberté commerciale, notamment en matière de prix de revente, et il n'avait pas, non plus, été établi que le choix de distributeurs exclusifs dans certaines zones ait eu pour objet ou pu avoir pour effet de créer des barrières artificielles à l'entrée de marques concurrentes sur le marché.

L'application de la clause d'exclusivité territoriale dans le cas d'un marché public a donné l'occasion au Conseil de préciser sa jurisprudence en la matière. Lors d'un appel d'offres lancé par le groupement d'achat des lycées et collèges de la Sarthe en décembre 1992 concernant la fourniture de produits d'entretien pour l'année 1993, deux distributeurs du réseau de distribution de la société Johnson Française avait présenté une offre, la société Vallée Ivay et

la société Discol, cette dernière, moins-disante, l'emportant. La société Vallée Ivay devait toutefois exécuter le marché, après intervention de la société Johnson Française auprès du coordonnateur du groupement d'achat, lui rappelant que la société Vallée Ivay disposait de l'exclusivité de distribution de ses produits sur le secteur géographique visé par le marché. Pour analyser cette pratique, le Conseil a rappelé que l'interdiction faite par un fournisseur à son distributeur de revendre ses produits en dehors du territoire exclusif qui lui a été concédé n'est pas prohibée si le distributeur conserve la possibilité d'accepter des commandes provenant spontanément de clients situés hors de sa zone d'exclusivité. Dans le cas d'un appel d'offres, il convient donc d'apprécier si le dépôt d'une offre doit être considéré comme s'inscrivant dans une démarche active de prospection ou comme constituant une réponse à une demande spontanée d'un client extérieur à la zone. Dans ce dernier cas, les pressions exercées par le fournisseur et l'un de ses distributeurs pour qu'un autre distributeur du réseau retire son offre faite dans la zone concédée au premier constitueraient une pratique prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance, en conférant une protection territoriale absolue aux distributeurs. Le Conseil a toutefois estimé que la simple constatation du fait qu'un distributeur a répondu à un appel d'offres pour un client situé hors de sa zone territoriale était insuffisante pour établir que cette réponse correspondait à une démarche de prospection active ou bien à une simple sollicitation du client. En l'espèce, il a constaté qu'aucun élément du dossier ne lui permettait de qualifier les conditions dans lesquelles la société Discol avait répondu à l'appel d'offres de ce point de vue et que la société Vallée Ivay avait finalement exécuté le marché aux conditions proposées par la société Discol. Il en a donc conclu que l'instruction n'avait pas permis d'établir une entente de nature anticoncurrentielle entre la société Johnson Française et ses deux distributeurs.

Dans cette même décision, le Conseil n'a pas considéré que le système de " soutien au marché " par lequel la société Johnson Française accorde une aide financière à ses distributeurs soumissionnant à des appels d'offres, pouvant aller jusqu'à 15 p. cent du prix des produits demandés, était de nature anticoncurrentielle, dès lors que le soutien était accordé automatiquement et dans des conditions non discriminatoires aux distributeurs ayant remporté des marchés, et ayant donc, eu égard aux prix élevés des produits Johnson en général, dû consentir un effort financier important, allant jusqu'à revendre à prix coûtant.

Dans sa décision relative à une saisine présentée par la société STEA à l'encontre de la société Magneti-Marelli ([192](#)), le Conseil a sanctionné deux types de pratiques lors de l'examen du réseau de distribution exclusive mis en place par cet équipementier automobile. Il a d'abord considéré que le système de ristournes différées présentait un caractère confidentiel, que ces ristournes n'étaient pas calculées selon des critères objectifs et qu'elles avaient été appliquées de manière discriminatoire. Le Conseil n'a pas retenu l'argumentation de la société Magneti-Marelli qui soutenait que ce système constituait une simple incitation commerciale et n'avait pu avoir aucun effet sur le marché. Il a, en effet, considéré que ces avantages tarifaires consentis à certains de ses distributeurs, sans conditions objectivement définies permettant à toute entreprise qui les remplit d'y accéder et sans contreparties mises en oeuvre par leurs bénéficiaires, pouvaient avoir un effet anticoncurrentiel, limité toutefois aux cas dans lesquels les concessionnaires du réseau peuvent être en situation de concurrence passive, lorsqu'ils répondent à la demande de la clientèle. Par ailleurs, le Conseil a sanctionné les pratiques qui conféraient aux concessionnaires une protection territoriale absolue. En l'espèce, la STEA, qui s'était vu résilier son contrat de concession avec la société Magneti-Marelli, avait tenté de s'approvisionner auprès d'un autre concessionnaire, la société AFEPAC. L'instruction avait permis d'établir que la société Magneti-Marelli avait tenté par tous moyens, d'abord en invoquant la clause de territorialité du contrat de concession, puis par des retards ou refus de livraison ou encore des livraisons non conformes à la commande, d'empêcher

l'approvisionnement de la société AFEPAC, pour que celle-ci ne puisse livrer la société STEA. Par de telles pratiques, la société Magneti-Marelli avait, en fait, imposé à son concessionnaire exclusif une restriction de concurrence, qui l'avait empêché de répondre à une demande extérieure au territoire concédé, mais qui n'avait pas été suscitée par un démarchage actif. Conférant une protection territoriale absolue au concessionnaire et tendant à cloisonner les marchés, ces pratiques ne pouvaient bénéficier des dispositions du règlement d'exemption n° 1983/83 qu'invoquait la société Magneti-Marelli. Toutefois, en l'absence de tout élément permettant d'établir que les échanges intra-communautaires aient pu être affectés par ces comportements, le Conseil n'a retenu de qualification que sur le fondement du droit national.

Ce sont encore des pratiques tendant à conférer une protection territoriale absolue aux distributeurs de divers fabricants de matériels de détection de métaux que le Conseil a sanctionné dans sa décision relative à des pratiques relevées sur les marchés des appareils de détection des métaux (193). La société Prospections avait conclu des accords de distribution exclusive avec trois fabricants de matériels de détection de métaux, les sociétés Fisher, Garrett et Tesoro. Ces contrats conféraient à la société Prospections la qualité de distributeur exclusif pour la France, lui accordant l'utilisation des marques et des logos respectifs, la société Prospections s'engageant à assurer le service après-vente de tous les appareils. Or, l'obligation d'assurer le service après-vente avait été limitée aux seuls appareils importés par le distributeur exclusif sur les territoires concédés, ce que confirmaient plusieurs avertissements aux utilisateurs parus dans la presse. En outre, l'obligation pour la société Prospections d'assurer la protection des logos et marques avait fondé plusieurs actions en justice pour empêcher la revente d'appareils de ces marques importés directement par d'autres distributeurs que la société Prospections. De telles pratiques, qui avaient pour objet et pouvaient avoir pour effet de conférer au distributeur une protection territoriale absolue, ont été considérées comme contraires à l'article 7 de l'ordonnance et à l'article 85 § 1 du Traité de Rome, dans la mesure où elles étaient susceptibles d'affecter le commerce intra-communautaire. Le Conseil a également qualifié, sur le même fondement, une clause du contrat de distribution exclusive conclu entre la société Tesoro et la société IDS, son distributeur exclusif pour la France. Celle-ci prévoyait que le distributeur s'engageait " *à ne pas empiéter sur les droits et territoires spécifiquement attribués à d'autres distributeurs comme grossiste ou détaillant et à adresser toute demande d'information émanant de l'extérieur du territoire qui lui est concédé au distributeur agréé du territoire concerné ou à Tesoro* ". Une telle clause était de nature à assurer une protection territoriale absolue au distributeur et, en éliminant toute concurrence, même passive, à cloisonner les marchés. L'accord conclu entre la société White's et la société FDS, importateur exclusif, a également été sanctionné, dès lors que s'agissant d'un contrat type approuvé au niveau européen, sa mise en oeuvre s'était accompagnée de pratiques permettant, " *afin que (les) revendeurs travaillent dans de bonnes conditions, (...) d'arrêter dorénavant les importations parallèles* ". La cour d'appel de Paris a confirmé cette décision (194).

C'est également une clause de même nature que le Conseil a sanctionné dans sa décision relative à des pratiques relevées dans le secteur des films radiographiques et des films destinés aux arts graphiques (195). Les contrats de distribution exclusive de la société Typon contenaient une clause-type selon laquelle : " Sans l'approbation formelle de Typon, Sodigraph n'est pas autorisée d'exporter les produits Typon dans d'autres pays ". La mise en oeuvre d'une telle clause obligeait un revendeur ou un utilisateur d'un pays de la Communauté européenne, dont la France, à se fournir auprès du seul revendeur exclusif de la société Typon AG, en l'espèce Sodigraph pour la France, l'empêchant d'importer de Suisse ou d'un autre pays de la Communauté. Le revendeur exclusif se trouvait ainsi bénéficier d'une protection territoriale absolue, contribuant à un cloisonnement des marchés prohibé par les

dispositions de l'article 85 § 1 du Traité de Rome. C'est en raison de cet effet que le Conseil n'a pas fait droit à l'argumentation de la société Typon Ag qui invoquait les dispositions des règlements n° 1983/83 relatif à des catégories d'accords de distribution exclusive et n° 1984/83 relatif à des catégories d'accords d'achat exclusif. Le Conseil a également considéré qu'était invoquée à tort la communication de la Commission relative à des accords d'importance mineure, dans la mesure où, d'une part, il n'est pas lié par cette communication et où, d'autre part, les seuils qui y sont mentionnés apparaissaient dépassés. Enfin, si la société Typon AG soutenait que les dispositions de l'article 85 ne peuvent s'appliquer aux accords entre société mère et filiale, le Conseil a relevé qu'à l'époque des faits la société Sodigraph était juridiquement indépendante, suivait une politique commerciale autonome et commercialisait d'autres marques que celles de la société Typon AG.

La distribution des produits chlorocyanuriques, que la société Norsolor commercialise sous la marque Surchlor, est assurée par des distributeurs spécialement agréés quand ils sont destinés aux piscines publiques, tandis que la revente aux particuliers est assurée, outre par ces distributeurs agréés, dans différents types de commerce : détaillants spécialisés, " pisciniers " ou grandes surfaces. L'instruction avait permis d'établir que dans trois agréments de distributeurs figurait une clause imposant à ceux-ci " de se limiter strictement à la zone géographique qui (leur) est concédée ". Le Conseil a considéré que cette clause pouvait être interprétée comme interdisant à un distributeur agréé de répondre à une demande émanant d'un client extérieur à la zone concédée, interdisant ainsi même la concurrence passive. En conséquence, il a enjoint à la société Elf Atochem venant aux droits de la société Norsolor, de supprimer toute clause pouvant être interprétée comme conférant une protection territoriale absolue à des distributeurs (196).

L'examen de pratiques sur le marché de l'optique médicale (197), a conduit le Conseil à s'interroger sur la validité d'une clause du règlement intérieur de la Guilde des lunetiers de France, société coopérative d'opticiens, qui a développé trois réseaux sous les enseignes Krys, Vision Plus et Primoptic. Cette clause, en vigueur jusqu'en 1994, prévoyait que, pour l'implantation d'un magasin Primoptic sur une zone d'exclusivité sur laquelle étaient déjà implantés des magasins Krys ou Vision Plus, l'accord des " guildiens " concernés était requis, quel que soit le taux de couverture du marché qu'ils devaient réaliser. La rédaction de cette clause permettait de l'interpréter comme conférant aux opticiens à l'enseigne Krys ou Vision Plus une zone d'exclusivité sans conditions, les protégeant de toute concurrence avec l'enseigne Primoptic. Mais le Conseil a considéré qu'il était légitime que la Guilde des lunetiers ait cherché à définir les conditions d'implantation des magasins du réseau à l'enseigne Primoptic de manière à permettre la plus grande efficacité des réseaux déjà existants au sein de la coopérative. Il a, par ailleurs, relevé que cette clause n'avait jamais trouvé application et qu'elle avait fait, ensuite, l'objet d'une nouvelle rédaction, conforme aux règles retenues pour les implantations des autres enseignes et qui confèrent une exclusivité territoriale aux seuls adhérents qui parviennent à atteindre un certain taux de couverture du marché.

S'agissant des pratiques tarifaires dans ces réseaux, le Conseil a rappelé sa jurisprudence, exposée notamment dans sa décision relative à des pratiques constatées dans le secteur des lessives (198), selon laquelle : " dès lors que des commerçants ont fait le choix d'une politique commerciale basée sur une enseigne commune, il leur est loisible de déterminer en commun une formule de vente cohérente avec l'image qu'ils veulent donner à cette enseigne ; que, cependant, cette stratégie collective ne saurait aller jusqu'à limiter la liberté commerciale des adhérents en matière de prix, dès lors que certains d'entre eux sont susceptibles de se faire concurrence ; qu'en particulier, dans ce cas, la fixation de prix identiques ou minimums ou de

prix conseillés que tous les membres du réseau seraient, en fait, tenus de respecter constitue une pratique prohibée par les dispositions de l'article 7. " Après avoir constaté qu'il existait de nombreuses zones dans lesquelles des magasins à l'enseigne Kryos ou Vision Plus, qui visent largement la même clientèle, étaient susceptibles de se faire concurrence, le Conseil a considéré qu'étaient de nature anticoncurrentielle l'édition et la diffusion, lors des campagnes de promotion nationales organisées par la Guilde, de dépliants publicitaires comportant des indications de " prix généralement pratiqués ", considérés par un grand nombre d'adhérents interrogés comme " imposés ". De la même façon, le Conseil a considéré que l'édition d'un tarif national de lentilles de contact comportant des prix minimums, diffusé par les " guildiens " en direction des ophtalmologistes, était de nature anticoncurrentielle, dès lors que les adhérents du réseau étaient en situation de se faire concurrence. Enfin, l'examen des modalités selon lesquelles étaient rétrocédées par la Guilde les ristournes accordées par les fournisseurs qu'elle référence et auprès desquels s'approvisionnent les opticiens adhérents a également conduit le Conseil à les considérer comme anticoncurrentielles. Le système mis en place par la Guilde prévoyait que la rétrocession des ristournes de fin d'année se faisait de manière globale, tous fournisseurs confondus, de telle sorte que les adhérents ne connaissaient pas avec précision le taux de ristourne accordé par chaque fournisseur et ne pouvaient tenir compte dans leur prix de vente des ristournes obtenues, pourtant acquises et chiffrables, dans un grand nombre de cas, dès la signature des accords commerciaux. Par ailleurs, le montant des ristournes obtenues par chaque adhérent était bloqué sur un compte pendant deux ans. En ne permettant pas de donner à ses adhérents une information claire sur le montant exact des ristournes de fin d'année, le système mis en place par la Guilde ne permettait pas à ses adhérents de déduire ces ristournes de leurs prix d'achat, pour les répercuter dans leurs prix de vente, et pouvait ainsi limiter le jeu de la concurrence, d'une part, entre fournisseurs référencés par la Guilde et, d'autre part, entre les adhérents en situation de concurrence potentielle.

Lors de l'examen de pratiques dans le réseau de franchise Eras ([199](#)), qui occupe une position de premier plan dans le domaine des services pour la location de particuliers à particuliers, le Conseil a fait application de cette même jurisprudence. Les tarifs étaient établis en concertation lors de réunions associant le franchiseur et ses franchisés, diffusés dans la " bible " du franchisé et actualisés par voie de circulaire, tandis que chaque franchisé exerçait son activité dans une zone d'exclusivité définie contractuellement et comportant un portefeuille d'annonces correspondant à un secteur géographique déterminé couvrant la plupart du temps un département. Le Conseil a relevé que les franchisés exerçaient dans des zones géographiques distinctes et ne se trouvaient donc pas en concurrence, de telle sorte que la fixation en commun des prix des prestations offertes par les membres du réseau ne présentait pas de caractère anticoncurrentiel.

Il a fait la même analyse en examinant divers pratiques mises en œuvre par les membres du réseau de distribution de mobilier Home Salon ([200](#)). Après que l'instruction eut permis de vérifier que les distributeurs appartenant à ce réseau de distribution ne se trouvaient pas en situation de se faire concurrence, le Conseil a considéré que la fixation concertée de prix au sein du réseau ne revêtait pas un caractère anticoncurrentiel .

Dans sa décision relative à des pratiques relevées dans le réseau de franchise de lavage de véhicules par haute pression de la société Hypromat ([201](#)), le Conseil n'a pas suivi l'argumentation de celle-ci, qui contestait que la fixation des prix au sein du réseau puisse être qualifiée sur le fondement de l'article 7 de l'ordonnance, dès lors que les franchisés ne se trouvaient pas sur les mêmes zones de chalandise. Le Conseil a, en effet, constaté, après une étude de la situation géographique des centres de lavage franchisés dans plusieurs

départements, que, si dans certains cas la zone d'exclusivité territoriale contractuelle correspondait à une zone de chalandise, en revanche, dans d'autres cas, la zone de chalandise pouvait s'étendre au-delà de la zone d'exclusivité accordée aux franchisés, de telle sorte que certains d'entre eux se trouvaient en situation de se faire concurrence. En conséquence, le Conseil a sanctionné la décision prise lors d'une réunion du comité consultatif des franchisés de réduire la durée de fonctionnement des appareils, ce qui revenait à une augmentation des prix, dont l'enquête avait permis d'établir qu'elle avait été appliquée par la majorité des franchisés.

Dans les décisions concernant des réseaux de franchise, le Conseil a également été conduit à sanctionner des pratiques liées à des clauses d'approvisionnement exclusif. Ainsi, dans sa décision relative à des pratiques constatées dans le réseau de franchise Hypromat, dont d'autres aspects sont ci-dessus analysés (202), le Conseil a, s'appuyant sur les principes dégagés tant par la jurisprudence nationale que communautaire, considéré que certaines clauses d'approvisionnement exclusif étaient de nature anticoncurrentielle. En effet, un franchiseur est en droit d'imposer aux franchisés de s'approvisionner exclusivement auprès de sa société ou auprès de fournisseurs qu'il aura référencés lorsqu'il est prouvé qu'il n'est pas possible, en pratique, en raison de la nature des produits qui font l'objet de la franchise, d'appliquer des spécifications objectives de qualité, ces obligations pouvant être imposées dans la mesure où leur respect est nécessaire pour protéger les droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur ou pour maintenir l'identité commune ou la réputation du réseau. En l'espèce, le Conseil a constaté que certains matériels, pièces ou produits utilisés dans les centres Hypromat étaient susceptibles d'être acquis dans différents points de vente et achetés pour être revendus en l'état par la société Hypromat ; dès lors, les clauses d'approvisionnement exclusif figurant dans les deux premières versions du contrat de franchise, qui interdisaient aux franchisés de se procurer ces articles directement, ne pouvaient être justifiées ni par la spécificité des matériels en cause, ni par les exigences de qualité ou de sécurité ou encore par la préservation de l'image de marque du réseau. Il les a donc sanctionnées.

De la même manière, le Conseil a considéré dans sa décision relative à des pratiques relevées dans le réseau de franchise Eras (203) que les clauses relatives à l'équipement et à l'approvisionnement des franchisés étaient contraires à l'article 7 de l'ordonnance. Le franchiseur imposait, en effet, aux franchisés d'équiper leur centre dans un type de matériel informatique de marque IBM et d'effectuer leurs achats s'agissant des documents publicitaires, du papier à lettre, des cartes de visite, des documents contractuels, des matériels informatiques et bureautiques, des logiciels, auprès des seuls fournisseurs référencés par lui. Il n'était pas établi, en l'espèce, que ces matériels n'auraient pas pu faire l'objet de prescriptions objectives de qualité.

Des clauses d'approvisionnement exclusif ont également été sanctionnées par le Conseil dans sa décision relative à des pratiques constatées dans le secteur des chronotachygraphes (204). Les contrats signés par la société Mannesmann Kienzle avec les entreprises de son réseau de distribution de chronotachygraphes, installateurs ou réparateurs agréés, contenaient des clauses obligeant ces professionnels à ne s'approvisionner qu'auprès d'elle en outillages nécessaires pour l'exécution des travaux d'installation ou de réparation. Le Conseil a estimé que ces clauses étaient de nature à restreindre la concurrence entre les membres du réseau, en limitant leurs sources d'approvisionnement, mais aussi de limiter l'accès au marché de ces outillages, alors même que de telles restrictions n'étaient pas nécessaires au maintien de l'image de marque du réseau.

Dans cette même décision, le Conseil a considéré que la clause de réparation exclusive figurant dans les contrats de réparateur agréé, qui interdit à ces professionnels adhérents au réseau Mannesmann Kienzle de réparer tout chronotachygraphe de marque concurrente à la marque Kienzle avait un objet et pouvait avoir un effet anticoncurrentiel. En effet, compte tenu de la position dominante de la société Mannesmann Kienzle sur le marché de la seconde monte de chronotachygraphes, une telle clause pouvait dissuader les transporteurs routiers de choisir les appareils de marques concurrentes, dès lors qu'ils éprouveraient plus de difficultés à les faire réparer et, par conséquent, pouvait entraver l'accès au marché des entreprises concurrentes de la société Mannesmann Kienzle. Cette clause limitait également la liberté commerciale des réparateurs du réseau Kienzle, en restreignant artificiellement l'offre sur le marché. Le Conseil n'a pas retenu l'argumentation de la société mise en cause qui soutenait que cette clause se justifiait par l'important effort de formation réalisé dans le réseau, dont les fabricants de marques concurrentes auraient pu, se comportant ainsi en "passager clandestin", profiter. Il a, en effet, constaté que la formation n'était pas financée par le fabricant, mais par chacun des réparateurs membres du réseau.

Enfin, le Conseil a considéré qu'était également de nature anticoncurrentielle l'interdiction de rétrocession de pièces détachées inscrite dans les contrats de réparateur agréé. Une telle clause empêchait, en effet, les réparateurs non membres du réseau Kienzle, bien qu'agréés par les services de la métrologie du ministère chargé de l'industrie, de réparer des chronotachygraphes de marque Kienzle avec des pièces détachées de cette marque, limitant ainsi leur accès au marché de la réparation des chronotachygraphes, dans la mesure où les appareils de marque Kienzle constituent la majeure partie de la demande de remplacement et donc de réparation de chronotachygraphes.

Dans plusieurs de ces décisions, le Conseil a également sanctionné des clauses de non-concurrence. Ainsi, dans sa décision relative au réseau de franchise Eras (205), le Conseil a considéré que la clause interdisant au franchisé, à l'expiration du contrat le liant au franchiseur, de représenter un concurrent ou de s'associer à lui, pendant une durée de trois ans n'était pas justifiée par l'objectif qu'elle poursuivait et présentait un caractère anticoncurrentiel, dès lors qu'elle empêchait un franchisé de se réinstaller à son compte ou d'adhérer à un autre réseau sur la zone d'exclusivité pendant une durée qui pouvait paraître excessive, l'identité et le savoir-faire du réseau étant déjà protégés par une clause de confidentialité. Le Conseil a pris acte de ce que cette durée avait été ramenée, dans les contrats de franchise proposés à partir de 1991, à un an, durée considérée comme maximale par le règlement communautaire n° 4987/88.

Dans le contrat liant les franchisés à la société Hypromat dans le secteur du lavage automatique de véhicules (206), l'obligation de non-concurrence figurant dans les contrats de 1987 et 1988 était d'une durée de deux ans et visait le territoire métropolitain ; celle figurant dans les contrats conclus à partir de 1989 avait été ramenée à un an mais sa portée géographique avait été étendue à l'ensemble du territoire français. Le Conseil a considéré que ces clauses revêtaient un caractère anticoncurrentiel, dès lors qu'elles avaient une portée géographique excessive, compte tenu du fait qu'elles ne limitaient pas l'installation d'un ancien franchisé aux zones d'exclusivité telles que définies au contrat de franchise, ni aux zones de chalandise des franchisés, mais s'étendaient à l'ensemble du territoire. En outre, dès lors que le réseau Hypromat ne s'étendait pas aussi largement, laissant plusieurs départements sans franchisés, ces clauses de non-concurrence ne visaient pas seulement à empêcher un ancien franchisé de concurrencer un membre du réseau mais lui interdisaient d'exercer toute activité de lavage par haute pression sur tout le territoire, français ou métropolitain, allant donc au-delà de ce qui était nécessaire pour éviter que le savoir-faire et l'assistance du

franchiseur ne profitent à ses concurrents, ces éléments de la franchise étant d'ailleurs suffisamment protégés par une clause de confidentialité.

b) Conditions générales de vente et accords de coopération commerciale

M. Jean Chapelle et la société Jean Chapelle ont saisi le Conseil de la concurrence à plusieurs reprises s'agissant des conditions de vente mises en oeuvre par la société Philips et, en l'espèce, les pratiques dénoncées portaient plus précisément sur les remises octroyées en fonction des engagements d'achat des distributeurs, sur celles accordées en fonction des prestations spécifiques fournies par les distributeurs ainsi que sur des retards à communiquer les conditions générales de vente et divers documents commerciaux. Sur le premier point, les parties saisissantes soutenaient que les remises conditionnelles différées visaient à fausser le jeu de la concurrence en imposant des marges bénéficiaires aux distributeurs, qui se trouvaient empêchés de répercuter le montant des ristournes dans leurs prix de vente, tant que les objectifs fixés en termes d'achats n'étaient pas atteints.

Le Conseil a rappelé que si, à l'époque des faits, un distributeur ne pouvait revendre un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat, il avait toute faculté, pour établir son prix de vente, de déduire du montant de la facture du fournisseur les remises dont le principe était acquis et le montant chiffrable au jour de la facturation. Il a relevé par ailleurs que la cour d'appel de Versailles, par un arrêt définitif, avait considéré que ce type de remises était licite et ne relevait pas de la catégorie des prix imposés ou des marges minimales. Enfin, ces ristournes étaient calculées sur la base d'engagements d'achats négociés en fonction des potentialités des revendeurs et dont l'instruction n'avait pas fait ressortir le caractère irréalisable ou discriminatoire envers tel ou tel distributeur. La cour d'appel de Paris, sur recours contre la décision du Conseil, a confirmé l'analyse de celui-ci, en rappelant que " l'octroi de remises différées n'est pas restrictif de concurrence lorsque le principe et le montant de ces avantages sont acquis de manière certaine dès le franchissement des seuils quantitatifs qui en déterminent l'attribution et lorsque tous les distributeurs peuvent, sans aléas, ni restrictions, en répercuter le montant sur leurs prix de vente. "

S'agissant des remises octroyées en rémunération des prestations spécifiques fournies par les distributeurs, les auteurs de la saisine soutenaient que la rémunération de la coopération commerciale visait à fausser le jeu de la concurrence en imposant également des marges minimales aux distributeurs empêchés de répercuter ces avantages dans leurs prix de revente et que ceux-ci étaient, en outre, accordés de manière discriminatoire. Mais l'instruction ayant révélé que la société Philips réalisait un véritable contrôle sur la réalité des prestations de coopération commerciale que ses distributeurs s'étaient engagés à fournir, que le litige qui l'avait opposée à la société Chapelle n'avait révélé aucune intention d'éliminer une catégorie de revendeurs, que chaque distributeur demeurait libre d'adhérer ou non à la " charte qualité et service " qui conditionne un taux de remise supplémentaire et, enfin, que la différence des taux de rémunération constatée ne présentait aucun caractère discriminatoire, eu égard à la variété des services rendus, le Conseil a considéré que ces clauses ne présentait pas un caractère anticoncurrentiel. La cour a également sur ce point confirmé l'analyse du Conseil, en relevant que l'enquête administrative avait établi que la société Philips exerçait un contrôle sur la réalité des prestations de coopération commerciale que les distributeurs s'étaient engagés à assurer et que la preuve d'une application discriminatoire de ces accords n'avait pas été rapportée, et en soulignant que la rémunération du revendeur étant versée en contrepartie d'obligations détachables de celles inhérentes au contrat de vente et faisant l'objet d'une facturation autonome, de telle sorte que le moyen de la société Concurrence tiré d'une

prétendue imposition de marge consécutive aux conditions d'octroi des remises manquait en fait (207).

Chapitre III : Positions dominantes, situations de dépendance économique et abus anticoncurrentiels

L'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 prohibe, lorsqu'elle a pour objet ou peut avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, " l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises " :

" 1. D'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci ; "

" 2. De l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente. "

A LES ABUS DE POSITION DOMINANTE

L'application des dispositions du 1. de l'article 8 de l'ordonnance implique, tout d'abord, de définir le marché de référence, ensuite d'évaluer la position qu'occupe sur ce marché l'entreprise ou le groupe d'entreprises dont les pratiques ont été dénoncées et, enfin, au cas où la position dominante est caractérisée, d'examiner ces pratiques en vue de déterminer si elles présentent un caractère abusif et anticoncurrentiel.

Au cours de l'année 1997, le Conseil a pris quatorze décisions de fond concernant l'application de ces dispositions.

1. Définition du marché

Les rapports précédents ont fait le point sur les principes et les méthodes d'analyse qu'utilise le Conseil pour déterminer le marché pertinent.

Le marché, au sens où l'entend le droit de la concurrence, est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. En théorie, sur un marché, les unités offertes sont parfaitement substituables pour les consommateurs qui peuvent ainsi arbitrer entre les offreurs lorsqu'il y en a plusieurs, ce qui implique que chacun de ces derniers est soumis à la concurrence par les prix des autres offreurs. A l'inverse, un offreur sur un marché n'est pas directement contraint par les stratégies de prix des offreurs sur des marchés différents, parce que ces derniers commercialisent des produits ou des services qui ne répondent pas à la même demande et qui ne constituent donc pas, pour les consommateurs, des produits alternatifs à sa propre offre. Une substituabilité parfaite entre produits ou services s'observant rarement, le Conseil regarde comme substituables et comme se trouvant sur un même marché les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les regardent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande. Parmi les éléments à prendre en compte figurent notamment les caractéristiques propres des produits, leurs conditions d'utilisation technique, leurs coûts d'usage ou de mise à disposition, la stratégie de leurs offreurs.

Dans l'affaire relative à des pratiques mises en oeuvre par France Télécom et sa filiale Transpac dans le secteur de la transmission de données (208), la définition des marchés pertinents a été particulièrement discutée. France Télécom soutenait, en effet, qu'il existait, pour une entreprise souhaitant se doter d'un réseau interne de transmission de données, et en l'espèce la société d'assurances AXA, cinq solutions : - faire appel à France Télécom, - créer un réseau indépendant, - créer son propre service de données à partir de liaisons louées, - faire

appel à un opérateur exploitant des transmissions de données à partir d'une infrastructure louée à France Télécom, - faire appel à un exploitant des services de transmission de données à partir de sa propre infrastructure. La société Transpac soutenait également qu'il existait un degré de substituabilité suffisant entre au moins trois de ces solutions - réseau privé dédié ou constitué à partir de liaisons louées ou réseau virtuel en utilisant des services supports offerts au public ou non offerts au public dans le cadre d'un groupe fermé d'utilisateurs - pour considérer qu'elles appartenaient à un même marché de la transmission de données. Le Conseil n'a pas suivi ce raisonnement. Il a d'abord relevé que si certaines grandes entreprises peuvent dans certains cas créer et exploiter leur propre réseau, à partir de liaisons louées à France Télécom ou à partir d'infrastructures propres, les services réalisés sur de tels réseaux internes ne se trouvent pas sur le marché. Il a, en outre, relevé que la création d'un réseau indépendant n'est réalisable que si l'entreprise peut attendre un retour sur investissement et, qu'au cas d'espèce, l'ensemble des parties s'accordaient pour considérer que la création d'un réseau filaire entre les 3000 sites d'AXA n'était pas économiquement fondée. De ces constatations, le Conseil a déduit que les réseaux dits privés et indépendants ne pouvaient être regardés comme appartenant au même marché que ceux des services offerts par des opérateurs de télécommunications. S'agissant de la substituabilité entre ces services, le Conseil a constaté que si, à l'époque des faits, seule la société Transpac avait obtenu l'autorisation d'exploiter un service support, plusieurs opérateurs offraient des services dans le cadre de groupes fermés d'utilisateurs, soit par un réseau de lignes spécialisées louées à France Télécom, soit par un réseau satellitaire, comme la société BT le proposait en l'espèce. Il a considéré que tant en raison des caractéristiques du service offert, plus performant et d'un coût moins élevé d'environ 30 p. cent par rapport à l'accès par liaison louée, le service offert par Transpac par le canal D de Numéris n'était pas substituable aux autres services de transmission de données terrestres. En revanche, s'appuyant notamment sur des déclarations d'utilisateurs, le service Transpac par le canal D de Numéris a été regardé comme substituable aux services offerts par VSAT, tant en raison de la fonctionnalité du service que du niveau comparable des prix. C'était d'ailleurs les deux seules solutions qu'avait retenues la société AXA, au terme d'une première phase de sélection.

S'agissant de la définition géographique du marché, la société Transpac contestait que celui-ci puisse être regardé comme ayant un caractère national et France Télécom invoquait également la jurisprudence de la Commission européenne, notamment dans les affaires Atlas ou BT/MCI, retenant une dimension mondiale ou à tout le moins communautaire des marchés pertinents. Mais le Conseil a rappelé que, notamment dans la décision Atlas, la Commission avait pris en compte les différences importantes de prix des offres personnalisées de services pour en déduire qu'il existait au moins trois marchés distincts, un marché mondial, un marché régional transfrontalier et un marché national. En l'espèce, prenant en compte le fait qu'en 1993, même si une évolution se faisait sentir, la demande était limitée à la satisfaction des besoins nationaux, le marché pertinent a été considéré comme revêtant un caractère national.

Dans l'affaire concernant l'installation de fromageries fabriquant du fromage de reblochon ([209](#)), la question s'est posée de savoir si le marché pertinent était celui de l'installation des fromageries en général, comme le soutenait la société Châlon-Mégard mise en cause, ou celui de l'installation des fromageries fabriquant du reblochon d'appellation d'origine contrôlée. Le Conseil a pris en compte les caractéristiques de la fabrication des fromages de reblochon d'appellation d'origine contrôlée, fermiers ou laitiers, qui nécessite, notamment lors du pressage, la mise en oeuvre d'un procédé spécifique. Il a également considéré que s'il existe différents procédés pour réaliser les opérations de pressage, les spécifications réglementaires et les exigences techniques déterminent largement les matériels utilisés pour le pressage des fromages. Ainsi, pour de petites unités, fabriquant du fromage de reblochon AOC, dit fermier,

imposant le traitement deux fois par jour du lait produit sur l'exploitation, les producteurs utilisent quasi uniquement la technique traditionnelle de pressage par simple poids. En revanche, pour des volumes à traiter plus importants, les fromageries ont recours soit à l'autopressage, soit à la méthode de pressage par barre de poids, dont la société Châlon-Mégard a fait breveter un modèle mécanisé. Mais, dès lors que l'autopressage n'est pas préconisé par les instances professionnelles et ne répond pas aux normes de l'AOC, la presse mise au point par la société Châlon-Mégard apparaissait comme le seul dispositif adapté à la demande des fromageries fabriquant du fromage de reblochon AOC laitier. Ainsi, compte tenu des normes fixées, des contraintes techniques pour la fabrication de ces fromages, des caractéristiques des installations qui souhaitaient se moderniser, le Conseil a considéré qu'il existait une demande spécifique pour l'installation des fromageries fabriquant du reblochon AOC laitier, demande qui permettait de délimiter le marché pertinent.

Dans le dossier relatif aux appareils de détection des métaux ([210](#)) la délimitation d'un marché de la presse spécialisée dans l'information portant sur la prospection des métaux et des trésors a été opérée sur la base des critères suivants : caractéristiques des supports, structures de lectorat, contenu des revues. Le fait que cette presse constitue pour les annonceurs distributeurs de détecteurs de métaux un support privilégié de promotion de leurs produits a été également pris en considération.

Dans les deux décisions relatives à des pratiques dans le secteur des articles de sports destinés à la pratique du football en plein air ([211](#)), le Conseil a retenu l'existence de marchés des différents équipements spécifiques liés à la pratique du football, tels que les maillots et les chaussures, ces équipements n'étant pas substituables les uns aux autres. S'agissant plus particulièrement des chaussures, le Conseil a considéré qu'il existait un marché de la chaussure de football de marque, en s'appuyant sur trois critères : l'existence de normes figurant dans les règlements internes aux fédérations et de contraintes réglementaires qui peuvent peser sur certaines catégories de joueurs, le comportement des utilisateurs qui permet de distinguer d'une part les chausseurs de marque " haut de gamme " et " moyenne gamme " et d'autre part les chaussures " bas de gamme " pour lesquelles la marque ne joue qu'un rôle secondaire aux yeux des consommateurs et enfin la pratique courante des fabricants de chaussures de marque de conclure des contrats de parrainage avec des clubs de football professionnels.

En revanche, dans la première de ces décisions, le Conseil n'a pas retenu l'existence d'un marché des répliques, c'est-à-dire des copies des équipements sportifs portés par les équipes de football professionnelles. S'il existe, en effet, une forte demande pour ces équipements, il n'était pas établi que les répliques portant les couleurs de clubs participant à des championnats dans d'autres Etats membres de l'Union européenne ou à d'autres épreuves européennes ne soient pas substituables à celles des équipes participant au championnat de France de football professionnel.

Dans sa décision relative au réseau de distribution de la société Magneti-Marelli ([212](#)), le Conseil n'a pas considéré, contrairement à ce que soutenait la partie saisissante, que le carburateur pour automobile constituait un marché spécifique. Il a pris en compte, en effet, des éléments liés à l'usage du produit et au comportement de la demande et en particulier les circonstances que le carburateur fait partie d'un ensemble d'équipements nécessaires à la bonne marche du véhicule, l'absence de méthode de distribution spécifique et de circuit spécialisé de vente et de réparation. Il a précisé que la seule constatation que le carburateur possède des fonctions et des caractéristiques propres ne suffisait pas pour en déduire qu'il constituait à lui seul un marché particulier.

Dans le secteur des chronotachygraphes (213), le Conseil a considéré qu'il convenait de distinguer le marché de la seconde monte, sur lequel l'offre est constituée d'appareils révisés ou réparés et la demande émane de transporteurs dont les appareils doivent faire l'objet d'une révision ou d'une réparation, de celui de la première monte, où se confrontent l'offre de chronotachygraphes neufs des fabricants et la demande des constructeurs automobiles.

Dans ses six décisions relatives à des pratiques constatées dans le secteur des prestations funéraires (214), le Conseil s'est appuyé sur la définition du marché qu'il avait dégagée dans l'affaire concernant la société des Pompes funèbres du Sud-Est (Roblot), confirmée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 25 février 1994, la Cour de cassation ayant rejeté le pourvoi formé par cette société par un arrêt du 9 avril 1996. Le Conseil a constaté qu'en raison de la législation alors en vigueur, les familles ne pouvaient s'adresser, dès lors que le service extérieur était organisé, qu'au titulaire du monopole, soit directement, soit par l'intermédiaire d'une agence de funérailles, les dérogations introduites par la loi du 9 janvier 1986 n'élargissant les possibilités de choix de l'entreprise que si la commune de mise en bière n'était pas celle du domicile du défunt ou du lieu d'inhumation ou de crémation. Dans ces conditions et en tenant compte du comportement des familles qui, traditionnellement s'adressent à des entreprises locales, le Conseil a considéré que, pour des funérailles dans un lieu donné, le marché des prestations funéraires présentait des caractéristiques telles que l'offre qui émane d'entreprises ou régies municipales extérieures à cette zone n'est pas substituable, en droit ou en fait, à celle des entreprises locales. D'un point de vue matériel, le Conseil a rappelé que le marché comprenait l'ensemble des prestations qui sont demandées lors des funérailles. De ce point de vue, dans l'affaire relative à des pratiques mises en oeuvre par la société des PFG à Gonesse et dans les communes avoisinantes (215), le Conseil a considéré que les prestations de marbrerie funéraire faisaient l'objet d'une offre et d'une demande sur un marché distinct de celui des prestations funéraires, notamment parce que leur réalisation n'est pas nécessairement liée.

Dans le dossier relatif aux pratiques mises en oeuvre par la société Reynoird dans les départements de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Guyane (216), le Conseil a estimé dans un premier temps qu'en raison de l'assortiment et des services offerts aux consommateurs l'offre de produits de grande consommation émanant des hypermarchés et supermarchés se distinguait nettement de celle émanant des autres formes de commerces alimentaires. Ensuite il a pris en compte les critères géographiques liés au caractère insulaire de la Guadeloupe et de la Martinique et à l'éloignement de la Guyane pour conclure à l'existence de trois marchés géographiques distincts.

2. Définition de la position dominante

Ayant délimité les contours du ou des marchés pertinents, le Conseil examine ensuite la question de savoir si une entreprise ou un groupe d'entreprises détient une position dominante sur ce ou ces marchés. En d'autres termes, il recherche si une entreprise est en position de s'abstraire de la concurrence d'autres entreprises présentes sur le même marché. Ce faisant, il adopte une analyse conforme à la jurisprudence dégagée par la Cour de justice des Communautés européennes, qui a considéré que " la position dominante visée par l'article 86 concerne une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs ".

En premier lieu, le Conseil évalue la part de marché de l'entreprise, qui peut constituer un indice à prendre en considération pour établir l'existence d'une position dominante. Mais l'importance de la part de marché ne suffit pas à déterminer une position dominante.

Lorsque la part de marché est insuffisante pour conclure à l'existence ou non d'une position dominante, le Conseil est amené à prendre en compte d'autres éléments, tels que la part relative de chacun des intervenants sur le marché, le fait que l'entreprise en cause appartient ou non à un groupe d'entreprises puissant, le statut de cette entreprise ou, encore, le fait qu'elle a ou non un accès préférentiel à certaines sources de financement, ainsi que l'existence et la nature des barrières à l'entrée sur le marché.

Dans sa décision relative au secteur de la transmission de données (217), le Conseil a relevé que la société Transpac détenait un monopole de fait pour la fourniture de services accessibles par le canal D de Numéris, réseau public pour lequel France Télécom disposait du monopole légal. Il a également ajouté que la société Transpac bénéficiait, avant le lancement de cette technologie, d'un grand nombre de contrats pour des services utilisant la technologie d'accès par liaisons louées et qu'elle pouvait être assurée, en outre, du soutien commercial de France Télécom et de son image de marque. L'ensemble de ces éléments a permis d'établir la position dominante de la société Transpac sur le marché de la transmission de données assurée par le réseau Transpac accessible par le canal D de Numéris et par les réseaux VSAT.

Dans cinq des affaires relatives à des pratiques constatées dans le secteur des pompes funèbres, le Conseil a conclu à l'existence de la position dominante de l'opérateur principal qui était la société Pompes funèbres générales (PFG) dans les départements de Seine-Saint-Denis et du Val d'Oise (218), le Syndicat intercommunal des pompes funèbres des communes associées (PFCA) de la région brestoise (219) et la ville de Marseille (220). La position dominante a été établie en tenant compte de la part des convois réalisés par l'opérateur en cause, de celle réalisée par ses concurrents dans la même zone, mais aussi du fait que cet opérateur détenait le monopole du service extérieur, qu'il était également, dans certains cas, le gestionnaire de la chambre funéraire et, enfin, pouvait bénéficier de relations d'exclusivité pour recevoir les corps des personnes décédées dans les établissements sanitaires et sociaux locaux.

Dans le dossier des pompes funèbres de Pontivy (221), le Conseil, constatant que le principal opérateur avait réalisé environ 30 p. cent des convois funéraires, que la convention conclue avec l'hôpital de Pontivy ne prévoyait plus d'exclusivité du transfert en chambre funéraire à son profit et qu'il existait une vingtaine d'autres entreprises de pompes funèbres ainsi que neuf chambres funéraires, a estimé que la société Etablissements Beaudré n'occupait pas une position dominante sur le marché des pompes funèbres de la ville de Pontivy et des communes environnantes.

Dans sa décision relative à des pratiques mises en oeuvre par la société Châlon-Mégard (222), le Conseil a établi la position dominante de cette société en retenant trois éléments. Tout d'abord, celle-ci avait réalisé les trois-quarts des installations nouvelles de fromageries fabriquant des fromages de reblochon laitier. Deuxièmement, il a été tenu compte du fait que les demandes pour l'installation ou la modernisation de fromageries dans les dernières années avaient, pour leur grande majorité, retenu le système de pressage mis au point par la société Châlon-Mégard. Enfin, il apparaissait que le syndicat interprofessionnel du reblochon, qui assure la gestion de la filière et dont les avis conditionnent le bénéfice de l'AOC, ne préconisait plus que ce dispositif de pressage. Le Conseil a écarté l'argumentation de la société Châlon-Mégard qui soutenait que la position de l'entreprise devait s'apprécier par rapport à la part de production de reblochon réalisée avec la technique de la presse étagée

protégée par son brevet, qu'elle évaluait à 30 p. cent, voire à 20 p. cent si on prenait en compte la production de reblochons laitiers et fermiers. S'il a, en effet, admis que le parc installé de fromageries pouvait comporter d'autres dispositifs de pressage, il a relevé que la demande pour la modernisation d'équipements anciens et pour l'installation de nouvelles fromageries faisait très largement référence au système de pressage Châlon-Mégard et que celui-ci était aujourd'hui le seul préconisé par les instances professionnelles. Le Conseil a, en outre, souligné que la presse étagée Châlon-Mégard n'était pas rentable dans des fromageries fabriquant des reblochons fermiers et que, d'ailleurs, aucune de ces fromageries n'en était équipée.

Sur les marchés de la distribution au détail des biens de consommation courante dans les départements de la Guadeloupe et de la Guyane, examinés dans sa décision relative à des pratiques mises en oeuvre par la société Reynoird (223), la position dominante de cette société a été établie en prenant en compte ses parts de marché, la faiblesse relative des positions de ses concurrents, l'étroitesse et l'isolement des marchés pour les producteurs locaux. En revanche, sur le marché de la Martinique, le Conseil a estimé que la société Reynoird, qui détient 30 % du marché et qui se trouve en présence de trois autres distributeurs réalisant chacun environ 15 % du marché, ne détenait pas de position dominante.

C'est une démarche analogue qui a été suivie dans le dossier relatif aux chronotachygraphes (224), la position dominante de la société Mannesmann Kienzle ayant été définie par la prise en compte de sa part de marché et du fait que ses deux concurrents étaient en position de repli technologique et commercial sur les deux marchés de la première et de la seconde monte de chronotachygraphes.

Dans ses décisions relatives à des pratiques relevées dans le secteur des articles destinés à la pratique du football (225), trois critères ont été retenus pour établir la position dominante de la société Adidas. Le Conseil a d'abord relevé que cette société réalisait 43 p. cent des ventes sur l'ensemble du secteur de la chaussure de football, alors que la part de ses concurrents n'excédait pas 2 à 10 p. cent, et réalisait 68 p. cent des ventes sur le seul segment " haut de gamme " du marché de la chaussure de marque. Il a ensuite constaté que la marque Adidas bénéficiait d'une très grande notoriété dans le secteur du football, liée aux caractéristiques techniques des chaussures qu'elle fabrique, caractéristiques reconnues par de nombreux professionnels et qui lui ont permis d'obtenir de nombreux contrats d'exclusivité. Enfin, a été relevé le fait que la société Adidas appartient à un groupe commercialisant une marque célèbre et un logo de notoriété mondiale.

Il y a lieu, enfin, de souligner qu'examinant des pratiques sur le marché de la presse spécialisée dans l'information portant sur la prospection des métaux et des trésors, le Conseil a considéré que les sociétés Prospections et Traditions et Perspectives détenaient une position dominante collective (226) en raison des liens financiers et commerciaux qui les unissaient et de la part de marché qu'elles détenaient ensemble. Celles-ci avaient, en effet, deux actionnaires communs, qui détenaient la majorité de leur capital respectif et l'un d'entre eux était leur gérant commun et leur directeur de publication. Leur contenu éditorial était, en outre, d'après les déclarations recueillies auprès de ce dernier, complémentaire, de telle sorte que les ventes de la revue Trésors de l'histoire n'avaient subi aucune conséquence de la parution de Trésors et détection. Elles avaient, en outre, une même équipe de rédaction et étaient éditées par le même imprimeur. La cour d'appel de Paris a confirmé l'analyse du Conseil (227).

3. Abus de position dominante anticoncurrentiels

Dans les affaires concernant l'application de l'article 8 de l'ordonnance, le Conseil a été conduit à dire si les entreprises en cause avaient utilisé la position dominante qu'elles détenaient pour chercher à éliminer un concurrent ou à empêcher l'arrivée sur le marché d'une nouvelle entreprise, par des pratiques abusives.

Dans les deux dossiers relatifs aux pompes funèbres dans le département de Seine-Saint-Denis (228), la société Pompes funèbres générales (PFG) Ile-de-France a été sanctionnée pour avoir affiché dans sa vitrine un document la présentant comme pratiquant les prix les plus compétitifs et les prestations les meilleures, cette pratique étant de nature à dissuader la clientèle de s'adresser à ses concurrents.

Dans le Val d'Oise, deux catégories de pratiques ont été considérées comme étant constitutives d'un abus de position dominante de la société PFG Ile de France (229) : d'une part, celles qui entraînent une confusion dans l'esprit des familles entre les activités relevant du monopole du service extérieur des pompes funèbres et celles relevant des prestations libres (- agencement du funérarium - établissement des devis - information relative aux cercueils) d'autre part, celles qui étaient destinées à dissuader des sous-traitants de s'installer à leur compte en introduisant dans les contrats de mandat des clauses de non-concurrence dont la durée et l'extension géographique étaient excessives. Le syndicat des PFCA de la région bretonne (230) a été sanctionné pour avoir installé ses personnels dans les locaux de la section décès du bureau de l'état civil de la commune de Brest, créant ainsi une confusion entre ces services, pour avoir exploité des activités commerciales dans l'unique chambre funéraire dont il assurait la gestion et, enfin, pour avoir remis aux familles des devis et des informations relatives aux cercueils ne leur permettant pas d'exercer librement leur choix entre les divers produits et prestations offerts par les entreprises de pompes funèbres présentes sur le marché. La ville de Marseille (231) a été également sanctionnée pour des pratiques similaires : confusion entre les services de l'état civil et la régie municipale dans quatre hôpitaux de l'Assistance Publique représentant 30 p. cent des décès enregistrés à Marseille, information insuffisante des familles et aussi pour avoir traité les agences funéraires privées de façon discriminatoire par rapport à la régie municipale, créant ainsi des obstacles au développement de leurs activités dans le secteur non couvert par le monopole.

Dans le dossier relatif à des pratiques mises en oeuvre par la société Châlon-Mégard (232), dont plusieurs aspects ont été évoqués plus haut, était posé le problème de l'application des règles de concurrence aux pratiques d'une société en position dominante, qui invoquait, pour les justifier, les droits de propriété intellectuelle qu'elle détenait d'un brevet. La société Châlon-Mégard, qui a pour activité l'installation de fromageries, détient, en effet, un brevet sur une presse à fromages étagée, ce dispositif étant aujourd'hui le seul préconisé par les instances de contrôle de la fabrication du reblochon AOC. La société Damiani-Grisollet avait saisi le Conseil en dénonçant les manoeuvres dilatoires que lui avait opposées la société Châlon-Mégard quand elle lui avait commandé une presse à reblochons étagée, afin de l'installer dans la fromagerie du Cruet-Saint-Eustache dont elle assurait les opérations de modernisation. La société Châlon-Mégard, qui s'était également portée candidate sur la même opération de modernisation, s'était livrée à diverses manoeuvres dilatoires pour différer la livraison de la " presse étagée " à son concurrent : pressions auprès du maître d'oeuvre et du maître d'ouvrage pour obtenir le marché à la place de la société Damiani-Grisollet, demandes répétées de précisions techniques sur l'équipement commandé, modifications des conditions commerciales, etc. La société Châlon-Mégard faisait également valoir qu'elle n'avait pas à livrer cet équipement, dès lors qu'elle procédait elle-même à des installations complètes de fromageries et que cette solution était la seule pour assurer une parfaite cohérence entre les équipements et matériels. Le Conseil a estimé que le délai de huit mois mis par la société

Châlon-Mégard pour livrer une presse étagée à son concurrent présentait un caractère excessif, que ne pouvaient justifier ni les améliorations apportées à cet équipement, ni les imprécisions de la commande de la société Damiani-Grisollet, rapidement levées, ni, enfin, le manque de personnel. Il a donc considéré que le comportement de la société Châlon-Mégard, alors que celle-ci avait manifesté le souhait de réaliser la modernisation de la fromagerie du Cruet-Saint-Eustache et qu'elle disposait de l'exclusivité sur la fourniture de la presse étagée, visait à empêcher la société Damiani-Grisollet d'accéder au marché de l'installation de fromageries de reblochons et constituait un abus de sa position dominante sur ce marché.

La société Reynoird, en situation de position dominante sur le marché de la grande distribution dans les départements de la Guadeloupe et de la Guyane (233), avait élaboré un projet de construction d'un centre commercial situé dans la commune de Baie-Mahault avec la société Sadeco, filiale du groupe Hayot, regroupant des sociétés de production et de négoce spécialisées dans l'importation de produits de marque. Cet équipement commercial devait être finalement mené à bien par le seul groupe Hayot. A cette époque, la société Reynoird avait cessé ses achats auprès de diverses sociétés du groupe Hayot, en prétendant que ce comportement constituait une réponse au non-respect par le groupe Hayot de ses engagements. Le Conseil a considéré qu'en déréférençant brutalement les entreprises locales de production et de négoce appartenant au groupe Hayot, la société Reynoird avait mis en oeuvre une pratique qui s'analysait comme un boycott et qui, mise en oeuvre par une société en position dominante, était visée par les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance, comme constituant une exploitation abusive de celle-ci.

Dans le dossier relatif aux pratiques mises en oeuvre par France Télécom et la société Transpac (234), le Conseil a également qualifié sur le fondement de l'article 8 de l'ordonnance des pratiques examinées au regard de l'article 7 et qui ont été commentées ci-dessus. On rappellera ici que France Télécom et sa filiale Transpac avaient répondu conjointement à l'appel d'offres organisé par AXA pour améliorer son réseau de transmission de données. Les composantes financières de cette offre comportaient la gratuité des frais d'accès à Numéris ainsi qu'un abonnement gratuit de deux mois, alors que le tarif applicable au moment des faits prévoyait un prix unitaire de 675 F par accès de base, sans gratuité d'abonnement à Numéris. Pour les prestations autres que celles liées à l'accès à Transpac via Numéris, plusieurs dérogations au tarif public du fournisseur étaient prévues. Enfin, une ultime proposition financière avait été formulée par la société Transpac le 9 septembre 1993 prévoyant une remise rétroactive sur le prix du trafic Transpac depuis le 1^{er} janvier 1993, sous réserve d'un engagement de la société AXA avant le 30 septembre.

Le Conseil a considéré que les propositions tarifaires de France Télécom et de sa filiale Transpac étaient destinées à protéger la technologie Transpac via le canal D de Numéris, au détriment de la technologie VSAT présentée par la société BT France, filiale de British Télécom et que, mises en oeuvre par des entreprises en position dominante, elles étaient visées par les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance et de l'article 86 du Traité de Rome. S'agissant du rabais consenti à AXA sur le contrat en cours, le Conseil a estimé que ce rabais, consenti rétroactivement par une entreprise se trouvant en situation de position dominante sur le marché et reposant sur l'avantage dont disposait Transpac en raison du contrat en cours, était de nature à fausser le jeu de la concurrence et se trouvait donc également prohibé par les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance.

Le Conseil a, en revanche, écarté l'argumentation présentée par la société BT France qui mettait en cause les pratiques tarifaires de France Télécom et de Transpac vis-à-vis des " grands comptes " ainsi que le rabais accordé à AXA pour la location-maintenance des

adaptateurs canal D. Sur le premier point le Conseil a considéré que la preuve n'était pas rapportée que Transpac avait refusé la communication de ses barèmes " grands comptes " à la société BT France et qu'au cas d'espèce, cette dernière, qui avait présenté une offre VSAT (réseau satellitaire), ne se trouvait pas dans une situation d'utilisateur potentiel du réseau Transpac, mais comme un de ses concurrents, à l'égard duquel, dans le cadre d'offres sur mesure, ne s'appliquaient donc pas les principes de transparence des tarifs prévus par l'arrêté portant autorisation de fourniture au public de services-supports. Sur le second point, le Conseil a estimé qu'il n'était pas établi que le tarif applicable à AXA pour la location-maintenance des adaptateurs canal D présentait un caractère d'éviction.

Dans ses décisions relatives à diverses pratiques reprochées notamment à la société Adidas dans le secteur des équipements destinés à la pratique du football (235), le Conseil a examiné, entre autres pratiques, une clause des contrats conclus par cette société avec des clubs de football professionnels de première et deuxième divisions. Cette clause conférait un droit de priorité à Adidas par rapport à ses concurrents à l'échéance des contrats. Le club ou son représentant s'engageaient, en effet, à adresser à la société Adidas, quatre mois avant l'échéance du contrat, copie de toutes les propositions de parrainage qui auraient pu lui être faites, de telle sorte que celle-ci puisse faire valoir son droit de priorité à des conditions équivalentes. Une telle clause, qui, organisant une asymétrie dans la négociation, permet à la société bénéficiaire de pouvoir conserver le marché sans avoir à surenchérir sur ses éventuels concurrents, a été sanctionnée par le Conseil, conformément à sa jurisprudence (236) et à celle des autorités communautaires (237), comme constituant un abus de position dominante.

Les sociétés Prospections et Traditions et Perspectives (238), en situation de position dominante collective sur le marché de la presse spécialisée dans l'information portant sur la prospection de métaux et trésors, ont été sanctionnées pour avoir mis en oeuvre des pratiques destinées à empêcher l'activité de leurs concurrents sur le marché des détecteurs de métaux. Elles avaient ainsi diffusé des allégations dévalorisantes sur les distributeurs de détecteurs de métaux de marques concurrentes à celles qu'elles distribuaient et refusé l'insertion de communiqués publicitaires de deux d'entre eux dans les revues qu'elles éditaient.

Enfin, dans le dossier relatif à la distribution des chronotachygraphes (239), le Conseil a considéré que les obligations d'outillage exclusif et de réparation des seuls chronotachygraphes de sa marque, ainsi que l'interdiction de rétrocession des pièces détachées, clauses qu'avait introduites la société Mannesmann Kienzle dans ses contrats de réparateur agréé et de revendeur agréé, constituaient non seulement des pratiques prohibées par l'article 7 de l'ordonnance, qui ont fait l'objet d'un commentaire ci-dessus, mais aussi un abus de position dominante anticoncurrentiel.

B- LA SITUATION DE DÉPENDANCE ÉCONOMIQUE

L'application du 2 de l'article 8 de l'ordonnance conduit, en premier lieu, à déterminer si l'entreprise concernée se trouve dans une situation de dépendance économique vis-à-vis d'un de ses fournisseurs ou d'un de ses clients et, en second lieu, à se demander si ce fournisseur ou ce client a abusé de cette situation en mettant en oeuvre des pratiques de caractère anticoncurrentiel.

En 1997, le Conseil n'a pas rendu de décision sur le fondement de ces dispositions. En revanche, il a procédé à une analyse approfondie de cette notion et a dégagé des principes méthodologiques propres à ce type de situation dans son avis relatif à la concentration de la distribution, qui est commenté ci-dessous dans la troisième partie.

Chapitre IV : Les pratiques de prix abusivement bas

La loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 a introduit un article 10-1 dans l'ordonnance qui prévoit : " Sont prohibées les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits. Les coûts de commercialisation comportent également et impérativement tous les frais résultant des obligations légales et réglementaires liées à la sécurité des produits. Ces dispositions ne sont pas applicables en cas de revente en l'état, à l'exception des enregistrements sonores reproduits sur supports matériels. "

Ces dispositions qui ont pour objectif de permettre de sanctionner des pratiques de prix prédatrices, sans qu'il y ait lieu d'établir l'existence d'une entente ou d'une position dominante, ont été appliquées par le Conseil à deux reprises au cours de l'année 1997, une troisième affaire ayant été renvoyée à l'instruction.

La société Cathild Industrie, qui fabrique des séchoirs à bois, avait participé à un appel d'offres organisé par la chambre de commerce et d'industrie de Rodez-Espalion pour la construction d'une unité de séchage à bois. Après l'ouverture des plis, le maître d'ouvrage, souhaitant adjoindre de nouveaux équipements aux cellules de séchage, avait demandé aux deux entreprises les moins-disantes, les sociétés Cathild Industrie et Nardi, de compléter leur offre et de faire une nouvelle proposition tarifaire. Le marché devait être finalement attribué à la société italienne Nardi. La société Cathild Industrie soutenait devant le Conseil que les prix proposés par la société Nardi pour l'installation des onze séchoirs à bois étaient abusivement bas.

Le Conseil a relevé que les prestations de séchage dans l'installation en cause seraient effectuées par du personnel de la chambre de commerce et d'industrie et seraient facturées aux entreprises clientes par l'organisme consulaire sur la base des volumes traités. La chambre de commerce et d'industrie de Villefranche-Espalion agissait en l'espèce comme une entreprise et l'offre de prix proposée dans le cadre de l'appel d'offres concernait donc des prestations entre entreprises, n'entrant pas dans le champ d'application de l'article 10-1 de l'ordonnance. Le Conseil a considéré, au surplus, que la société Cathild Industrie n'avait pas apporté d'éléments suffisamment probants qui auraient permis de qualifier les prix proposés par la société Nardi d'abusivement bas. Si le prix proposé par cette entreprise pour les séchoirs à bois était effectivement inférieur de 6,27 p. cent à ceux proposés par la société Cathild Industrie, il n'était pas établi que les deux entreprises aient des coûts d'exploitation similaires, d'autant plus que la société saisissante avait indiqué que la société Nardi ne faisait pas de recherche-développement et n'avait pas mis en place de service après-vente. Le Conseil a donc déclaré la saisine irrecevable.

La deuxième affaire concernait des offres de prix présentées lors de l'appel d'offres organisé par le Syndicat intercommunal pour le traitement des ordures ménagères de l'aire de Fréjus-Saint-Raphaël (SITOM) pour l'exploitation d'une décharge contrôlée à Bagnols-en-Forêt. Au terme de la première phase de la procédure d'appel d'offres restreint, quatre entreprises ont été retenues : la société Monin ordures services (MOS), la Société moderne d'assainissement et de nettoyage (SMA), la société France-Déchets et la société Coved. Ces deux dernières sociétés n'ont pas déposé d'offres dans le cadre de la deuxième phase de la consultation. L'offre de la SMA a été retenue comme mieux-disante pour un montant de 13.768.482 F, tandis que l'offre de la société MOS s'élevait à 7.217.200 F. Estimant le marché entaché

d'irrégularités, le préfet du Var en saisissait le tribunal administratif de Nice, en demandant le sursis à exécution.

La SMA soutenait devant le Conseil que l'offre de la société MOS était abusivement basse et donc contraire aux dispositions de l'article 10-1 de l'ordonnance. Le Conseil n'a pas retenu cette argumentation. En effet, en passant le marché pour la concession de l'exploitation de cette décharge intercommunale, le SITOM de l'aire de Fréjus-Saint-Raphaël était intervenu pour déléguer une mission de service public, exerçant ainsi une fonction collective dans l'intérêt des collectivités locales concernées et non en tant que consommateur, personne physique ou morale contractant pour satisfaire ses besoins personnels. L'offre de prix effectuée dans ce cadre par la société MOS n'entrait donc pas dans le champ d'application de l'article 10-1 de l'ordonnance. En revanche, le Conseil a considéré qu'il n'était pas exclu que les pratiques dénoncées puissent entrer dans le champ d'application des articles 7 et 8 de l'ordonnance et l'instruction de cette affaire se poursuit donc sur ces fondements.

Chapitre V : Les conditions d'application de l'article 10 de l'ordonnance

A. LES PRATIQUES RÉSULTANT D'UN TEXTE

Aux termes du 1 de l'article 10 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, les pratiques " qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application " ne sont pas soumises aux dispositions des articles 7 et 8 de cette même ordonnance. Selon une jurisprudence constante, ces dispositions ne trouvent à s'appliquer que pour autant que les pratiques constatées sont la conséquence directe et nécessaire de ces textes.

Ces dispositions ont été invoquées par le conseil central de la section A de l'Ordre des pharmaciens et les divers conseils régionaux mis en cause par le Conseil dans ses décisions relatives à des pratiques relevées dans le secteur du portage des médicaments à domicile (240). Ces instances ordinales faisaient valoir que les dispositions du décret n° 87-965 du 30 novembre 1987 qui interdisent que les véhicules affectés au transport sanitaire puissent être utilisés pour d'autres activités s'opposaient au développement de l'activité de portage de médicaments à domicile, souvent le fait d'ambulanciers. Elles soutenaient également que l'article L 589 du code de la santé publique, qui interdit aux pharmaciens " de recevoir des commandes de médicaments par l'entremise habituelle de courtiers " justifiait leur opposition au développement de cette activité et les refus de vente qui avaient été opposés par certains pharmaciens à des salariés d'entreprises de portage de médicaments. Mais le Conseil a considéré que les dispositions du décret du 30 novembre 1987 n'interdisaient pas l'activité de portage en elle-même et ne pouvait donc justifier l'action anticoncurrentielle menée. Il a relevé, par ailleurs, que les entreprises de portage de médicaments se bornent à rendre un service de messagerie et n'agissent jamais en tant qu'intermédiaire mettant en relation deux parties en vue de la conclusion d'un contrat, de telle sorte que les dispositions législatives invoquées ne pouvaient leur être opposées. Il a, enfin, écarté les arguments invoqués par les parties en cause tenant à la mission de l'Ordre des pharmaciens, notamment en ce qui concerne la déontologie professionnelle, en considérant que celui-ci était sorti du cadre de cette mission en appelant à un boycott.

Le Conseil national de l'Ordre des architectes faisait valoir, pour justifier la diffusion d'un contrat-type comportant un barème des taux usuels de rémunération de la mission normale de l'architecte ainsi que d'une notice explicative donnant des taux indicatifs d'honoraires pour certaines missions complémentaires, que l'établissement d'une convention d'honoraire entre l'architecte et son client correspond à un devoir essentiel de l'architecte prévu par l'article 11

du code des devoirs de l'architecte et que l'élaboration de ces documents s'était inspiré du décret du 28 février 1973 qui posait le principe d'une rémunération forfaitaire. Mais le Conseil a rejeté cette argumentation en relevant qu'aucun de ces textes ne prévoyait l'élaboration d'un contrat-type et d'une notice explicative comportant des taux de rémunération.

Dans sa décision relative à une saisine de divers fabricants d'articles de sport (241), le Conseil a écarté l'argumentation de la Ligue nationale de football (LNF) qui soutenait que l'accord en cause qu'elle avait conclu avec la société Adidas était justifié par les dispositions de l'article 18-1 de la loi du 16 juillet 1984 qui dispose que : " Le droit d'exploitation d'une manifestation ou d'une compétition sportive appartient à l'organisateur de cet événement, tel qu'il est défini aux articles 17 et 18 " ainsi que par les dispositions de l'article 4 de la convention signée entre la LNF et la Fédération française de football qui prévoit que la LNF est compétente pour réglementer dans son secteur d'activité, (..), la publicité sur les équipements sportifs et dans les stades ". Il a relevé que les dispositions de l'article 18-1 de la loi de 1984 n'impliquaient nullement que la LNF fasse obstacle au libre jeu de la concurrence en concluant un accord sans appel préalable à la concurrence, pour une durée excessive et comportant une clause de préférence au profit d'Adidas. Par ailleurs, le Conseil a considéré que la LNF invoquait à tort la convention signée avec la Fédération française de football (FFF), s'agissant d'un contrat signé entre personnes privées, qui ne saurait être assimilé aux textes législatifs ou réglementaires visés par l'article 10 de l'ordonnance.

B. LES PRATIQUES CONTRIBUANT AU PROGRÈS ÉCONOMIQUE

Selon les dispositions du 2. de l'article 10 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, les pratiques anticoncurrentielles d'entente, d'abus de position dominante ou d'abus de dépendance économique ne sont pas soumises aux prohibitions édictées par les articles 7 ou 8 de l'ordonnance lorsque leurs auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. La loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 a ajouté à ces dispositions en prévoyant que ces pratiques " peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de la production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun. " Ces dispositions, comme celles du 1. de l'article 10, sont d'interprétation stricte.

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

Dans plusieurs affaires, les entreprises en cause soutenaient que les pratiques reprochées étaient justifiées par leur situation économique. Ainsi, les entreprises de tonnellerie regroupées dans le GIE des tonnellerie de Bourgogne (242) soutenaient que la clause de non-concurrence figurant dans le règlement intérieur du GIE était justifiée par le progrès économique que constituait ce groupement, destiné à favoriser l'exportation de leur production. Le Conseil a écarté cette argumentation, en relevant qu'il n'était pas démontré que cette clause, en l'occurrence qui avait fait l'objet d'une application à un ancien adhérent, ait été indispensable pour atteindre cet objectif.

Pour justifier les conditions dans lesquelles elle avait conclu un accord de principe avec la société Adidas, faisant bénéficier celle-ci du droit d'utiliser le titre de " fournisseur officiel et exclusif de la LNF ", ainsi que de la possibilité de représenter la marque et l'image des clubs de première et deuxième divisions participant au championnat de France, en contrepartie de l'équipement des joueurs de ces clubs et d'une dotation financière de 60 millions de F, la LNF soutenait qu'il n'existait aucun autre moyen pour parvenir à doter les clubs professionnels de ressources financières à la fois importantes, plus stables et mieux réparties, apportant ainsi une contribution au progrès économique, non seulement à l'égard de ces clubs, mais plus largement du mouvement sportif national, cette restructuration ayant, en outre, des effets bénéfiques pour l'économie générale. Le Conseil a rejeté cette argumentation (243). Il a relevé que le progrès économique au sens du 2. de l'article 10 ne saurait se réduire à l'intérêt des clubs concernés par l'accord et que la pratique dénoncée avait pour objet et pouvait avoir pour effet de limiter la concurrence de manière durable sur le marché de la chaussure de football de marque, au détriment de l'ensemble des consommateurs désirant acquérir ces produits. Le Conseil a également souligné que la LNF n'avait pas établi que cet objectif n'aurait pu être atteint sans mettre en oeuvre une pratique anticoncurrentielle, soit en mettant en concurrence les divers équipementiers pour l'attribution du contrat de parrainage, soit en limitant la durée d'exclusivité.

Le GIE GMR 95, regroupant divers marbriers funéraires du Val d'Oise, invoquaient les dispositions du 2. de l'article 10, en soutenant que la répartition de leurs interventions par zone géographique ainsi que la tarification qu'ils avaient adoptée, notamment en ce qui concerne les prestations assurées en sous-traitance, contribuaient au progrès économique en assurant aux familles un éventail plus large de produits et de prestations et en permettant le maintien en activité de nombreuses petites entreprises. Le Conseil a écarté cette argumentation (244), en considérant que le progrès économique allégué n'était pas la conséquence directe des pratiques en cause et qu'il n'était pas établi qu'il n'aurait pu être obtenu par d'autres voies. Il a également relevé qu'à supposer que le maintien en activité de certaines entreprises du secteur puisse constituer un progrès économique au sens de l'article 10 de l'ordonnance, il n'était pas établi que les prix fixés en concertation aient été calculés à un niveau juste suffisant pour atteindre cet objectif, ni qu'il n'ait pu être atteint par un autre moyen qu'une répartition géographique du marché et une concertation tarifaire.

Le Comité interprofessionnel des fournisseurs du laboratoire (CIFL), à qui il était reproché d'avoir incité ses adhérents au boycott d'un salon professionnel organisé par l'Association pour le Salon du laboratoire (245), justifiait son comportement en soutenant qu'il avait eu pour conséquence d'améliorer les conditions d'exercice de la concurrence sur le marché de la fourniture de produits de laboratoire, puisque lui-même avait créé une nouvelle manifestation professionnelle, offrant ainsi aux entreprises du secteur une possibilité supplémentaire de se rencontrer. Le Conseil n'a pas fait droit à cette argumentation, car si la création d'un nouveau salon pouvait constituer un progrès économique, la mise en oeuvre d'un boycott à l'égard de l'autre manifestation professionnelle en place n'était pas nécessaire à la réalisation de cet objectif.

Chapitre VI : L'action du Conseil en matière de pratiques anticoncurrentielles

En application de l'article 13 de l'ordonnance, le Conseil peut, lorsqu'il a constaté des pratiques anticoncurrentielles prohibées, ordonner aux intéressés qu'il soit mis fin à ces pratiques dans un délai déterminé, imposer des conditions particulières et infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions. Les pouvoirs du Conseil en matière contentieuse sont ainsi fixés de manière limitative.

A. L'ASPECT CORRECTIF : LES INJONCTIONS

Les dispositions de l'article 13 de l'ordonnance relatives au pouvoir d'injonction dotent le Conseil des moyens juridiques de faire cesser les pratiques dont il a constaté le caractère prohibé au regard des dispositions du titre III de l'ordonnance. Dans ce cadre, le Conseil peut soit ordonner aux intéressés qu'il soit mis fin aux pratiques qui leur sont reprochées, soit leur imposer des conditions particulières. Lorsque le Conseil a prononcé une injonction, il peut, en application de l'article 14 de l'ordonnance, vérifier que celle-ci a été exécutée.

1. Injonction de s'abstenir de certaines pratiques

Lorsque le Conseil constate que les pratiques anticoncurrentielles qu'il décide de sanctionner se poursuivent, il peut enjoindre aux parties concernées d'y mettre fin. En 1997, le Conseil a utilisé cette possibilité à plusieurs reprises.

Le Conseil a ainsi enjoint au Syndicat des pharmaciens de l'Aveyron de cesser de pratiquer toute discrimination entre les organismes d'assurance complémentaire à l'assurance maladie dans la mise en oeuvre du système de dispense d'avance des frais (246).

Dans ses décisions relatives à des pratiques en matière d'honoraires mises en oeuvre par les barreaux des Hautes-Alpes et de Clermont-Ferrand (247), le Conseil a enjoint à chacun de ces Ordres de ne plus élaborer ni diffuser de barème d'honoraires, chacun des avocats devant, en outre, être destinataire de la décision du Conseil.

Le Conseil a enjoint à chacune des organisations syndicales départementales affiliées à la Confédération de l'artisanat et des petites entreprises (CAPEB) mises en cause (248) de ne plus diffuser de série de prix ou d'études de prix de revient comportant des coefficients forfaitaires de frais généraux et de marges bénéficiaires.

Dans sa décision relative à des pratiques mises en oeuvre par le Conseil national de l'Ordre des architectes (249), le Conseil a enjoint à cette instance ordinaire de ne plus élaborer, ni diffuser de barèmes d'honoraires et, d'autre part, de dénoncer " le tableau indicatif des taux usuels de rémunération de la mission normale de l'architecte " et la " notice explicative à l'usage exclusif de l'architecte (chapitre IV) " à l'ensemble des architectes inscrits à l'Ordre.

Le Conseil a également enjoint à la Guilde des lunetiers, qui regroupe les enseignes Krys, Vision Plus et Primoptic, de s'abstenir d'éditer des tarifs qui comportent des prix de vente au public uniques ou minimums (250).

Dans sa décision relative à des pratiques relevées dans le secteur de la vente de véhicules automobiles dans le département de la Marne (251), le Conseil a enjoint à la société Comareg de s'abstenir de toute pratique discriminatoire visant à refuser l'insertion de publicités d'intermédiaires mandatés et de revendeurs indépendants de véhicules provenant d'importations parallèles. Une telle injonction pourrait d'ailleurs être invoquée par cette société à l'encontre de concessionnaires automobiles, qui, à l'instar de ceux mis en cause dans cette décision, auraient fait pression sur elle en la menaçant de supprimer toute insertion publicitaire dans les journaux d'annonces gratuites qu'elle édite, si elle persévérait à insérer des annonces de mandataires automobiles ou d'importateurs parallèles de véhicules automobiles.

2. Injonction de prendre certaines mesures

A huit reprises au cours de l'année 1997, le Conseil a enjoint aux entreprises de prendre certaines mesures et, notamment, de modifier certaines clauses contractuelles.

Ainsi, le Conseil a enjoint au GIE des tonnelleres de Bourgogne (252) de modifier l'alinéa 2 de l'article 10 de ses statuts, pour réduire la durée de la clause de non-concurrence y figurant en la fixant à deux ans maximum.

Dans sa décision relative à des pratiques relevées sur les marchés des appareils de détection des métaux (253), le Conseil a enjoint à la société Tesoro de supprimer de son contrat de distribution la clause selon laquelle : " Le distributeur s'engage à ne pas empiéter sur les droits et territoires spécifiquement attribués comme grossiste ou comme détaillant et il s'engage également à adresser toute demande d'information émanant de l'extérieur du territoire qui lui est concédé au distributeur agréé du territoire concerné ou à Tesoro. "

Le Conseil a enjoint à la Guilde des lunetiers, dans sa décision relative à des pratiques mises en oeuvre sur le marché de l'optique médicale (254), d'informer ses adhérents du montant exact des réductions inconditionnelles de prix qu'elle obtient, à leur profit, des fournisseurs qu'elle référence, une telle mesure, en permettant aux membres du réseau de tenir compte de ces remises dans leurs prix de vente, étant de nature à renforcer la concurrence entre eux, ainsi qu'entre ces fournisseurs, qui pourraient ainsi trouver la possibilité de mieux valoriser les efforts commerciaux qu'ils consentent.

Les contrats de parrainage signés entre la société Adidas et certains clubs de football professionnels contenaient une clause conférant à cette société, à l'échéance du contrat, un droit de priorité lui permettant d'être informée de toute offre concurrente et, dans un délai de trente jours à compter de la réception de chaque proposition, de faire valoir son droit de priorité à des conditions équivalentes. Dans deux des décisions dans lesquelles le Conseil a examiné des pratiques de la société Adidas (255), il a fait injonction à celle-ci de supprimer cette clause de ses contrats de parrainage ; celle-ci organise, en effet, une asymétrie dans la négociation à l'échéance du contrat permettant à la société titulaire du contrat de connaître l'identité des offreurs et le montant de leurs offres et lui permet ainsi d'être assurée de conserver le parrainage du club sans avoir à surenchérir sur les offres concurrentes.

Dans sa décision relative à des pratiques constatées dans la distribution des produits chlorocyanuriques (256), le Conseil a enjoint à la société Elf-Atochem de prendre les mesures nécessaires pour que sa filiale Celloplast, à laquelle elle avait confié la distribution des produits chlorocyanuriques qu'elle fabrique, supprime dans les contrats passés avec les distributeurs grossistes toute clause qui pourrait suggérer que ceux-ci bénéficient d'une protection territoriale absolue.

Ayant considéré comme anticoncurrentiels plusieurs aspects du réseau de réparateurs agréés et d'installateurs-réparateurs mis en place par la société Kienzle VDO Services pour la distribution et la réparation des chronotachygraphes qu'elle fabrique, le Conseil a enjoint à cette société de supprimer les clauses des contrats qu'elle conclut avec ses distributeurs (257).

Dans sa décision relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des boules lyonnaises (258), le Conseil a enjoint à la société La Boule Intégrale et à la Fédération française du sport boules de mettre fin aux clauses des conventions conclues entre elles qui accordent à la première une exclusivité, un droit de préemption ou un droit de regard s'agissant des publicités sur les lieux de compétition et dans la revue Sport-boules Magazine.

Dans sa décision relative à des pratiques mises en oeuvre par la régie municipale des pompes funèbres de Marseille (259), le Conseil a enjoint à la régie municipale de dissocier, dans les quatre hôpitaux de l'Assistance publique dans lesquels sont installés des postes de conseillers funéraires, l'activité relevant de l'état civil de celle relevant des pompes funèbres et de garantir aux agences funéraires privées des conditions d'accès identiques à celles dont bénéficie le service municipal des pompes funèbres, dans les bureaux de l'état civil, dans les bureaux de règlement des obsèques et dans la chambre funéraire municipale.

3. Examen du respect des injonctions

Les dispositions de l'article 14 de l'ordonnance ouvrent au ministre chargé de l'économie, qui, en application de ces dispositions, veille à l'exécution des décisions du Conseil, ainsi qu'aux entreprises et organismes mentionnés à l'article 11, la faculté de saisir le Conseil du non-respect des injonctions que ce dernier a prononcées sur le fondement des articles 12 ou 13 de l'ordonnance. Dans ce cas, l'examen auquel se livre le Conseil n'a pas pour objet de déterminer à nouveau si les pratiques dont il est saisi présentent un caractère anticoncurrentiel, mais vise exclusivement à déterminer si ses injonctions ont bien été respectées. Si le Conseil constate que tel n'est pas le cas, il peut infliger une sanction pécuniaire.

En 1997, le Conseil a rendu deux décisions dans le cadre de cette procédure (260).

Dans sa décision relative à des pratiques mises en oeuvre par la société Héli-Inter assistance, le Conseil avait condamné la société Héli-Inter Assistance à une sanction pécuniaire et lui avait enjoint de " justifier auprès du Conseil de la concurrence dans un délai de deux mois à compter de la notification de la présente décision d'une proposition de tarification des prestations de services liées à l'hélistation de Saint-Crescent-le-Vieil par la SA Jet Systems pour l'exécution du marché de fournitures de transports sanitaires héliportés du centre hospitalier de Narbonne dans des conditions objectives, transparentes, non discriminatoires et orientées vers les coûts encourus pour répondre à cette demande ". Le Conseil a observé que la société Héli-Inter Assistance lui avait communiqué un tarif le 23 janvier 1997, qui était présenté comme étant celui des prestations de services liées à l'utilisation de l'hélistation de Saint-Crescent-le-Vieil par la SA Jet Systems, avec les éléments justificatifs des diverses prestations offertes.

Le Conseil a considéré qu'en lui communiquant ce document, qui avait ensuite été affiché sur la porte du hangar de l'hélistation et communiqué à sa demande à la société Jet Systems, la société Héli-Inter Assistance s'était conformée à l'injonction. En revanche, s'agissant des conditions tarifaires de cette proposition, le Conseil a relevé que la société Héli-Inter Assistance s'était contentée de procéder par comparaison avec les redevances exigées sur d'autres héliports, alors même que ceux-ci avaient des coûts d'exploitation tout à fait différents de ceux de l'hélistation de Saint-Crescent-le-Vieil. Sur ce point, le Conseil a donc considéré que la société Héli-Inter Assistance n'avait pas satisfait à l'injonction prononcée, n'ayant pas pris les mesures appropriées pour s'y conformer. Il a donc prononcé une sanction de 10 000 F à l'égard de cette entreprise.

Dans une décision du 12 juillet 1995, le Conseil avait enjoint à Ligue nationale de football de suspendre l'application de l'article 315 du règlement des championnats de France de football professionnel de première et deuxième divisions et de ne pas s'opposer à l'exécution des contrats en cours signés entre les clubs participant au championnat et leurs fournisseurs respectifs pour l'équipement des joueurs. Il avait également enjoint à la LNF et à la société Adidas, dans l'attente d'une décision au fond, de suspendre l'accord relatif à la fourniture

d'équipements aux clubs de première et deuxième divisions. Il avait, enfin, enjoint à la LNF de transmettre sa décision à l'ensemble de ces clubs. La cour d'appel s'était reconnue incompétente pour suspendre l'application de l'article 315 du règlement du championnat de France, ce point ayant été par la suite infirmé par la Cour de cassation, mais, en revanche, avait confirmé la décision du Conseil pour le reste, et donc notamment en ce qui concerne l'injonction portant sur la suspension de l'accord conclu entre la société Adidas et la LNF.

La société Reebok avait saisi le Conseil de pratiques qui auraient été mises en oeuvre par la société Adidas et la LNF en soutenant que le parrainage du club de l'Olympique de Marseille (OM) aurait été obtenu par la société Adidas grâce à la poursuite de l'accord conclu avec la LNF et dénoncé par le Conseil. Elle soutenait donc que le contrat de parrainage conclu entre l'OM et la société Adidas, comme le fait que cette société ait finalement réussi à obtenir le parrainage de 27 clubs supplémentaires en 12 mois, révélait que les injonctions prononcées par le Conseil n'avaient pas été respectées, et demandait, en conséquence, que toute mesure utile soit prononcée pour mettre fin à une telle situation.

Le Conseil n'a pas fait droit à cette demande. Il a d'abord estimé qu'étaient insuffisants pour caractériser le non-respect de l'injonction prononcée les éléments apportés par la société Reebok s'agissant des conditions dans lesquelles avait été conclu le contrat entre la société Adidas et l'Olympique de Marseille, qui consistaient en des articles de presse, faisant état de ce que le président de la LNF avait présenté le président de la société Adidas au maire de Marseille, qui souhaitait mettre fin au statut de société d'économie mixte du club de l'OM. Par ailleurs, le Conseil a rappelé que, pour apprécier si ses injonctions avaient été respectées, il en fait une lecture stricte. En l'espèce, il a constaté que la Ligue nationale de football avait envoyé une lettre à l'ensemble des présidents de ces clubs les informant de la suspension du projet d'accord avec la société Adidas pour la fourniture d'équipements à l'ensemble des clubs de première et deuxième divisions et l'octroi d'une dotation financière de 60 millions de F. Il a, en conséquence, estimé qu'il n'était pas établi du seul fait que la société Adidas ait pu obtenir le parrainage de l'OM, ainsi que d'autres clubs, même si cette situation pouvait résulter de l'effet d'annonce de ce projet d'accord avant la décision du Conseil du 12 juillet 1995, que la LNF et la société Adidas n'aient pas respecté l'injonction du Conseil, qui ne concernait que la suspension de l'accord entre ces deux parties.

B. L'ASPECT DISSUASIF : LES SANCTIONS

Quarante-huit des décisions annexées au présent rapport correspondent à des affaires dans lesquelles des griefs avaient été notifiés. Dans huit cas, le Conseil a estimé que les pratiques reprochées n'étaient pas établies.

Dans une décision, le Conseil n'a prononcé ni sanction, ni injonction ([261](#)). Dans trois décisions ([262](#)), le Conseil a estimé que des mesures correctrices du type de celles évoquées ci-dessus étaient suffisantes pour rétablir le bon fonctionnement du marché.

Dans trente-six décisions, le Conseil a estimé que les pratiques relevées justifiaient le prononcé de sanctions pécuniaires.

Le Conseil peut infliger des sanctions pécuniaires à des entreprises ou organismes soit sur le fondement du deuxième alinéa de l'article 13 de l'ordonnance au terme d'une instruction portant sur des pratiques que le Conseil considère comme anticoncurrentielles au sens des articles 7 ou 8 de l'ordonnance, soit sur le fondement de l'article 14 de cette même ordonnance, dans le cas où l'entreprise n'a pas respecté les mesures prises par le Conseil en

application de l'article 12 ou les injonctions et mesures de publication de ses décisions prises en application de l'article 13.

Le Conseil, en 1997, a infligé des sanctions pécuniaires pour un montant total de 164 422 500 F à 82 entreprises et 39 organisations professionnelles.

1. Les motivations des sanctions

Les conditions de détermination du montant des sanctions pécuniaires infligées par le Conseil sont fixées par les troisième et quatrième alinéas de l'article 13 de l'ordonnance aux termes desquels : " Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 pour cent du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos. Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le maximum de la sanction est de dix millions de francs. "

Ainsi, contrairement au droit pénal, qui fixe une " échelle des peines " en fonction de la gravité des infractions, le droit de la concurrence ne comporte aucun classement des pratiques anticoncurrentielles en fonction d'un ou de plusieurs des critères retenus ni par conséquent aucune échelle des sanctions applicables. La seule indication chiffrée figure au quatrième alinéa de l'article 13 de l'ordonnance qui fixe un plafond général de 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France pour les entreprises et de 10 millions pour les autres contrevenants. Le Conseil a donc été conduit à définir, à partir de l'analyse économique et financière, une méthodologie pour calculer le montant des sanctions. En effet, le respect du principe de proportionnalité implique que soient définies les méthodes d'évaluation d'une part du degré de gravité, en second lieu de l'étendue, voire du montant du dommage à l'économie et, en troisième lieu, de la situation de l'entreprise.

Le Conseil veille également à ce que le caractère proportionnel de la sanction, comme son caractère personnel, soit compatible avec l'objectif de dissuasion recherché.

a) La gravité des faits

La gravité de la pratique ne peut donner lieu à la construction d'une échelle graduée qui permettrait de classer automatiquement les pratiques, qui seraient ainsi affectées d'un coefficient ou d'un degré de gravité objectif, dans la mesure où la même pratique, une entente, un boycott ou un abus de position dominante, peut revêtir des formes différentes (contrat, convention tacite, échange d'informations, prix prédateurs, etc.), qui ne peuvent être classées d'une manière certaine et définitive, indépendamment des particularités du secteur où elles s'exercent, de la taille et du nombre des entreprises concernées, du mode de fonctionnement du marché, de son dynamisme, etc. Dès lors, un classement précis et hiérarchisé des pratiques anticoncurrentielles pose problème.

En revanche, le Conseil a défini un certain nombre de lignes directrices qui permettent de répartir en grandes catégories les pratiques en fonction du trouble causé au fonctionnement du marché, c'est-à-dire de la profondeur et de l'étendue de l'atteinte à l'exercice de la concurrence.

Une première catégorie de pratiques regroupe celles qui ne causent qu'un trouble limité au fonctionnement du marché et n'affectent la concurrence que d'une manière marginale. Ces pratiques peuvent être inspirées par des considérations étrangères à la concurrence, comme

par exemple l'homogénéité d'un réseau de distribution, la préservation d'une image de marque, etc. : ainsi, des restrictions verticales, qui résultent de clauses anticoncurrentielles qui figurent dans certains contrats liant un fournisseur et des distributeurs ou un franchiseur et ses franchisés, mais qui, sur des marchés par ailleurs concurrentiels, n'affectent que marginalement le jeu de la concurrence.

Une deuxième catégorie concerne des pratiques dont l'objet et la potentialité d'effet sont manifestes, qui portent atteinte à la concurrence, mais conservent un caractère ponctuel ou conjoncturel. Ainsi, en est-il des ententes qui portent sur un marché limité, certaines restrictions verticales qui limitent l'entrée sur le marché de certains distributeurs, mais laissent subsister une concurrence réelle entre les opérateurs.

Les infractions les plus graves concernent celles qui ferment ou tentent de fermer d'une manière efficace un marché et ont pour objet soit de procéder au partage de ce marché, soit d'interdire l'accès du marché à un nouvel entrant : pratiques d'entente sur des marchés oligopolistiques, cartels, prix prédateurs, boycott des entrants potentiels, abus de position dominante, etc.

La gravité des pratiques s'apprécie également en fonction soit de circonstances de fait, soit de leurs répercussions : conditions de mise en œuvre de la pratique, intentionnalité des acteurs qui peut manifester une volonté délibérée de restreindre la concurrence, situation du marché ou des marchés connexes, effet d'entraînement ou d'exemplarité (ainsi la gravité d'une pratique sera différemment appréciée selon que son auteur est une grande ou une petite entreprise, un syndicat professionnel minoritaire ou un Ordre professionnel disposant d'un magistère moral), ou encore réitération.

Inversement, l'abandon spontané d'une pratique, l'adhésion passive ou plus ou moins contrainte à une entente, l'absence d'application d'une clause anticoncurrentielle sont de nature à atténuer le degré de gravité d'une pratique.

Conformément aux principes ci-dessus exposés, la gravité des faits est appréciée selon trois critères principaux :

La nature des pratiques en cause :

Certaines pratiques présentent en elles-mêmes un caractère particulier de gravité. Ainsi, les pratiques de boycott ou d'exclusion sont par leur nature même parmi les plus graves au regard des exigences d'un fonctionnement normal du marché, élément dont a tenu compte le Conseil dans toutes ses décisions concernant des pratiques d'exclusion ou d'entraves à l'accès au marché (263). Dans sa décision relative à des pratiques mises en œuvre par le syndicat de chirurgiens-dentistes d'Indre-et-Loire, le Conseil a souligné que l'incitation au boycott lancée par cette organisation syndicale avait visé l'ensemble des prothésistes dentaires exerçant en France qui étaient fournisseurs de ses adhérents. Dans sa décision relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la distribution automobile dans le département de la Marne (264), le Conseil a souligné que les pratiques d'exclusion constatées étaient d'autant plus graves qu'elles tendaient à évincer un mandataire automobile et, par là, à faire obstacle à l'achat par les consommateurs de véhicules automobiles aux meilleures conditions d'achat dans le marché commun.

Dans sa décision relative à des pratiques mises en œuvre par le Syndicat des pharmaciens de l'Aveyron (265), le Conseil a relevé que les pratiques reprochées à cette organisation syndicale avaient entraîné sur le marché de l'assurance complémentaire à l'assurance maladie

une restriction de concurrence d'autant plus grave que le système du tiers payant représente un service valorisant pour les acteurs de ce marché, dans la mesure où il est particulièrement demandé par la clientèle en ce qui concerne les achats de produits pharmaceutiques, fréquents, et mettant en jeu des sommes élevées.

Dans sa décision relative à des pratiques relevées sur le marché des appareils de détection des métaux (266), le Conseil a relevé que les pratiques reprochées aux fabricants de ces appareils avaient eu pour objet et pu avoir pour effet de limiter la concurrence entre revendeurs des appareils de la marque, mais aussi, dans certains cas, entre marques.

De la même façon, le Conseil a souligné, dans sa décision relative à des pratiques relevées dans le secteur des films radiographiques (267), que les pratiques reprochées à la société Typon tendant à instaurer une protection territoriale absolue pour ses distributeurs, supprimant ainsi toute concurrence à l'intérieur du marché commun étaient par nature anticoncurrentielles.

Les caractéristiques des pratiques relevées :

Le Conseil tient compte notamment de leur ancienneté, de leur durée, de leur ampleur et de leur répétition, ainsi que du contexte dans lequel elles interviennent.

Dans sa décision relative à des pratiques relevées lors de la passation de marchés d'aménagement des berges de la Seine (268), le Conseil a relevé le nombre de marchés dans lesquels chaque entreprise mise en cause était impliquée, ainsi que leur montant.

Dans ses décisions relatives à des pratiques relevées dans le secteur du portage des médicaments à domicile (269), le Conseil a souligné que le communiqué du conseil central de la section A de l'Ordre des pharmaciens avait connu une large diffusion. Cet élément d'appréciation a également été retenu s'agissant des documents diffusés par les barreaux de Clermont-Ferrand et des Hautes-Alpes (270), l'ensemble des membres de chacun de ces barreaux en ayant été destinataire.

Dans sa décision relative à des pratiques mises en oeuvre par divers syndicats du bâtiment affiliés à la CAPEB (271), le Conseil a relevé que l'étude de prix élaborée en concertation avait été diffusée auprès de 10 200 entreprises environ, mais qu'elle n'avait plus comporté à partir de 1995 qu'une étude des " déboursés ", laissant à chaque artisan le soin de calculer sa marge bénéficiaire.

Le Conseil a retenu, lors de l'examen des pratiques mises en oeuvre par diverses entreprises du second oeuvre lors de la passation d'appels d'offres pour des travaux de construction d'HLM et de collèges dans le département de la Sarthe, le fait que les échanges d'informations et les soumissions de couverture s'étaient répétées à l'occasion de la passation des trois marchés et qu'elles étaient intervenues dans des secteurs dont le financement est assuré par des collectivités publiques et dans un environnement peu concurrentiel, chaque marché n'ayant suscité que de trois à cinq offres. Dans sa décision relative à des pratiques concernant le marché de l'extension du service des urgences à l'hôpital de Strasbourg (272), le Conseil a relevé que les pratiques avaient été mises en oeuvre par des entreprises d'importance départementale, dans un secteur peu concurrentiel, l'appel d'offres n'ayant suscité, sur certains lots, que peu de candidatures. Pour apprécier la gravité des pratiques constatées lors de travaux engagés pour la réhabilitation de l'ancien hôpital de Limoges (273), le Conseil a relevé qu'elles avaient associé deux des quatre entreprises dont la soumission était recevable

et que la concertation avait trompé le maître d'ouvrage sur la réalité de la concurrence, l'empêchant de contracter aux meilleures conditions.

Pour apprécier la gravité des pratiques mises en oeuvre par le syndicat des chirurgiens-dentistes d'Indre-et-Loire (274), le Conseil a souligné que cette organisation syndicale ne pouvait ignorer la décision n° 89-D-36 du Conseil, confirmée par la cour d'appel de Paris et publiée dans la revue *Le chirurgien-dentiste de France*, par laquelle la Confédération nationale des syndicats dentaires ainsi que vingt-deux syndicats départementaux affiliés avaient été sanctionnés pour des consignes de boycott similaires.

Dans sa décision relative à des pratiques relevées dans le réseau de franchise Hypromat (275), il a été tenu compte du fait que les clauses d'approvisionnement exclusif imposé aux franchisés avaient eu pour effet d'augmenter le prix des matériels, pièces et produits achetés par ceux-ci et que la clause de non-concurrence, appliquée dans un seul cas, avait été supprimée du nouveau contrat de franchise élaboré par le franchiseur.

Dans sa décision relative à une saisine présentée par la société Reebok France (276), le Conseil a relevé que, par l'accord conclu avec la société Uhlsport, aux termes duquel celle-ci renonçait au parrainage du club de l'AJ Auxerre, la société Adidas s'engageait à ne pas inclure dans ses accords de parrainage l'équipement des gardiens de but lorsque ces joueurs étaient déjà parrainés par la société Uhlsport et il a souligné que la convention signée entre ces deux sociétés n'était pas limitée dans le temps et était de nature à figer durablement les positions acquises par la société Uhlsport, en ce qui concerne l'équipement des gardiens de but.

Pour apprécier le degré de gravité des pratiques mises en oeuvre par la société Mannesmann Kienzle dans le secteur des chronotachygraphes (277), le Conseil a constaté que ce fabricant avait modifié un de ses contrats de distribution dès 1992, mais avait maintenu dans ses contrats avec les réparateurs agréés les clauses relatives à l'obligation d'outillage exclusif, d'interdiction de réparations de marques concurrentes et d'interdiction de rétrocession de pièces détachées, clauses considérées comme anticoncurrentielles ; il a toutefois souligné que la société Mannesmann Kienzle était la seule à avoir mis en place un réseau de réparateurs, à l'intention desquels elle organise des stages de formation et qu'elle n'était jamais intervenue pour faire respecter les clauses incriminées.

Les auteurs des pratiques :

Le comportement des auteurs :

Pour apprécier la gravité des comportements reprochés à la société des Pompes funèbres générales dans le département de Seine-Saint-Denis (278), le Conseil a relevé que ceux-ci avaient eu pour objet et pu avoir pour effet de réduire le degré de concurrence possible dans un secteur où l'ouverture du marché était, à l'époque des faits, encore réduite. Cet élément a été également pris en considération dans la décision relative à des pratiques de cette même société à Gonesse et dans les communes avoisinantes (279), étant souligné, dans cette dernière décision, le fait que la société des Pompes funèbres générales avait déjà fait l'objet d'une sanction par le Conseil dans ses décisions n° 90-D-06 et n° 93-D-14.

Le Conseil a souligné dans sa décision relative à des pratiques mises en oeuvre par divers fabricants de béton prêt à l'emploi dans la région Provence-Alpes-Côte d'Azur (280), que par la concertation qui leur était reprochée, ces fabricants s'étaient réparti les marchés du béton prêt à l'emploi dans cette région et s'étaient entendus pour maintenir des prix artificiellement

élevés dans une aire géographique étendue, puis évincer du marché un nouvel entrant, pour assurer la pérennité de l'entente.

Dans sa décision relative à des pratiques relevées sur le marché de l'exploitation des taxis à Agen (281), le Conseil a relevé que, si la pratique de boycott n'avait duré qu'un mois et demi, elle avait cessé, non par la volonté des entreprises mises en cause, mais sur injonction des services de la direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

Le Conseil a également souligné, dans sa décision relative à des pratiques relevées lors du marché de restructuration de la trésorerie générale de la Loire à Saint-Etienne (282), que l'appel d'offres s'était déroulé dans des conditions contraires à la volonté expresse du maître d'ouvrage qui souhaitait que la concurrence entre soumissionnaires porte à la fois sur les prix unitaires et les métrés.

Le pouvoir d'influence des auteurs :

Dans certains cas, le comportement des auteurs des pratiques anticoncurrentielles constatées est jugé d'autant plus grave que ceux-ci occupent une position importante sur le marché ou exploitent l'influence que leur confèrent des responsabilités particulières.

Dans ses décisions relatives à des pratiques relevées dans le secteur du portage des médicaments à domicile (283), le Conseil a souligné que les instances ordinales mises en cause avaient diffusé auprès des pharmaciens une interprétation de certains articles du code de la santé publique, dans un sens qui pouvait laisser supposer que les pharmaciens qui délivreraient des médicaments à des entreprises de portage de médicaments à domicile ne respecteraient pas la législation en matière de dispensation du médicament.

Dans ses décisions relatives à des pratiques mises en oeuvre par les barreaux de Clermont-Ferrand et des Hautes-Alpes (284), le Conseil a relevé que ces instances ordinales ne pouvaient ignorer les dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et que le ministère d'avocat était obligatoire dans de nombreuses procédures.

Pour apprécier la gravité du comportement des entreprises de béton prêt à l'emploi mises en cause dans la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, le Conseil a relevé que celles-ci appartenaient à des groupes multinationaux qui exercent leur activité dans la production de ciment et de granulats, matières premières du béton prêt à l'emploi (285).

Dans sa décision relative à des pratiques mises en oeuvre par la société Reynoird (286), le Conseil a souligné que celle-ci disposait d'un important pouvoir de négociation, en tant que première société de distribution dans les départements des Antilles, alors que la concurrence apparaissait, au surplus, limitée dans ce secteur. Pour apprécier les comportements de la société Magneti-Marelli, consistant d'une part à attribuer des ristournes discriminatoires et à assurer une protection territoriale absolue à ses distributeurs, le Conseil a relevé que cette entreprise appartenait à un groupe de dimension mondiale, faisant lui-même partie du groupe FIAT, et était le seul fabricant de carburateurs dont étaient équipés les véhicules automobiles fabriqués par les constructeurs italiens et français (287).

Le Conseil a également souligné, dans sa décision relative à des pratiques mises en oeuvre par France Télécom et par la société Transpac (288), que France Télécom, opérateur public, disposait d'un monopole légal et que Transpac exploitant le réseau public de transmission de données par paquets disposait également d'un monopole pour la fourniture de services-supports accessibles par le canal D de Numéris.

Dans sa décision relative à des pratiques mises en oeuvre par le syndicat des chirurgiens-dentistes d'Indre-et-Loire (289), le Conseil a relevé que cette organisation syndicale bénéficiait d'une forte audience parmi les praticiens du département, puisqu'elle était affiliée à la confédération majoritaire des syndicats de chirurgiens-dentistes libéraux, unique signataire, à l'époque des faits, de la convention dentaire avec la caisse nationale d'assurance-maladie.

Pour apprécier la gravité des pratiques mises en oeuvre par la société des Pompes funèbres générales (PFG), le Conseil a tenu compte du fait que cette société était concessionnaire du service extérieur des pompes funèbres, qui est un service public, et qu'elle jouissait d'une forte notoriété (290). Dans sa décision relative à des pratiques mises en oeuvre par le SIVOM des pompes funèbres des communes associées de la région brestoise dans le secteur des pompes funèbres (291), le Conseil a également souligné le fait que le Syndicat des pompes funèbres jouissait d'une forte notoriété liée à son statut d'établissement public. Il en a été de même à l'égard de la régie municipale des pompes funèbres de Marseille, qui détenait le monopole du service extérieur depuis 1904, dans une zone regroupant environ 800 000 habitants et dans laquelle sont constatés près de 10 000 décès par an (292).

Dans sa décision relative à une saisine présentée par divers fabricants d'articles de sport (293), le Conseil a tenu compte pour apprécier la gravité des pratiques mises en oeuvre par la société Adidas du fait que celle-ci occupait une position dominante sur le marché de la chaussure de football de marque, qu'elle parrainait déjà les équipes de France dans le cadre d'un accord avec la Fédération française de football (FFF) et les équipes participant à la coupe de la Ligue et à la coupe de France et que, dans ce contexte, l'accord passé avec la Ligue nationale de football (LNF) concernant l'ensemble des clubs de première et deuxième divisions participant au championnat de France, épreuve bénéficiant d'une large couverture médiatique, était de nature à priver durablement les autres équipementiers d'un accès au parrainage sportif. Il a retenu ces mêmes éléments dans sa décision relative à une saisine de la société Reebok (294), en soulignant que les sociétés Adidas et Uhlsport disposaient, pour la première, d'une position dominante sur le marché de la chaussure de football de marque et ; pour la seconde, d'une forte notoriété en matière d'équipements de gardiens de but.

Pour apprécier la gravité des pratiques mises en oeuvre par la Fédération du sport-boules et la société La Boule intégrale, le Conseil a relevé qu'elles avaient pour objet et pouvaient avoir pour effet de limiter l'accès au marché d'autres entreprises et de limiter la concurrence par les prix entre les distributeurs de boules et avaient été mises en oeuvre par la société qui disposait d'une place de premier rang dans ce secteur et par la fédération sportive concernée, qui jouit de prérogatives de puissance publique.

Dans sa décision relative à des pratiques mises en oeuvre par le Comité interprofessionnel des fournisseurs du laboratoire (295), le Conseil a relevé que cet organisme regroupait la plupart des grandes entreprises de la profession et que celles-ci occupaient une très grande partie des surfaces d'exposition du Salon du laboratoire, de telle sorte que leur présence sur la liste, largement diffusée, des entreprises ayant décidé de ne pas participer à cette manifestation ne pouvait manquer d'avoir un grand retentissement.

b) Le dommage à l'économie

Le deuxième paramètre en fonction duquel le montant de la sanction est fixé est l'importance du dommage causé à l'économie.

Le dommage à l'économie qui peut s'analyser théoriquement comme la conséquence d'une allocation sous-optimale des ressources et d'un détournement de tout ou partie du surplus

collectif au profit des auteurs des pratiques anticoncurrentielles, ne se réduit pas à une " perte " objectivement mesurable qui serait facteur de l'étendue du marché concerné, de la durée de la pratique et de son " effet " sur le marché. D'autres facteurs sont également pris en compte pour apprécier le dommage à l'économie, tels que la nature du produit ou du service ainsi que les caractéristiques du marché selon par exemple qu'il s'agit d'un marché où les demandeurs sont avertis et ont un pouvoir d'expertise et de négociation -marchés interindustriels par exemple- ou d'un marché de biens ou de services de première nécessité, caractérisés par une faible élasticité des prix, pour lesquels il n'existe pas de substituts et auxquels les demandeurs, quels que soient leurs revenus, sont obligés de recourir.

Il convient cependant d'observer que l'effet réel de la pratique, même lorsqu'il est établi, est souvent difficile à mesurer puisqu'il ne peut être évalué qu'en comparant la situation résultant de la pratique à la situation qui aurait prévalu en l'absence de cette pratique. Ainsi, il est presque toujours impossible, par exemple, de déterminer à quelle entreprise et à quelles conditions un marché passé à la suite d'un appel d'offres faussé par une entente prohibée aurait été attribué si cette concertation n'avait pas eu lieu.

En second lieu, le dommage résulte de l'objet et/ou de la potentialité d'effet anticoncurrentiel d'une pratique, dès lors quelle fausse ou empêche le jeu de la concurrence et, par conséquent, porte atteinte au fonctionnement du marché.

S'agissant de *l'étendue des conséquences sur l'économie*, le Conseil a retenu à ce titre :

- le fait que les pratiques en cause ont été mises en oeuvre par la société de distribution de produits alimentaires la plus importante dans les départements d'outre-mer ([296](#)) ;
- le fait que la société Traditions et Perspectives occupe une position dominante sur le marché de la presse spécialisée dans l'information portant sur la prospection de métaux et de trésors ([297](#)) ;
- le fait que, jusqu'en 1992, dans l'ensemble des communes du département de Seine-Saint-Denis, la société des Pompes funèbres générales était concessionnaire du service extérieur des pompes funèbres et qu'elle jouissait d'une position dominante lui permettant de faire obstacle au développement ou au maintien d'entreprises concurrentes ([298](#)) et que les pratiques de cette société concernent toutes les familles, y compris les plus modestes, qui doivent faire appel aux services du concessionnaire ([299](#)). Ce fait a également été retenu dans la décision du Conseil relative à des pratiques mises en oeuvre par la régie municipale des pompes funèbres de Marseille ([300](#)) ;
- le fait que le béton prêt à l'emploi étant un matériau d'un emploi très étendu dans le bâtiment et les travaux publics, pour lequel il n'y a ni substitut, ni possibilité de recourir à des fournisseurs éloignés, les entreprises de gros oeuvre, comme les maîtres d'ouvrage publics ou privés qui ont eu recours aux fabricants de béton prêt à l'emploi en région Provence-Alpes-Côte d'Azur, ont été victimes des pratiques mises en oeuvre par ces derniers, qui ont touché six marchés dans les départements des Bouches-du-Rhône, du Var, du Vaucluse et des Alpes-Maritimes ([301](#)) ;
- le fait que le réseau radiotéléphonique de l'association " Allô Artisans Radio Taxis " d'Agen reçoit la grande majorité des commandes téléphoniques de

courses de taxis, les pratiques d'exclusion mises en oeuvre empêchant dès lors quasiment toute activité à l'exploitant de taxi visé, la pratique intervenant sur un marché déjà protégé, sur lequel le nombre d'intervenants est contingenté (302).

Le Conseil a également retenu la circonstance que les pratiques reprochées avaient associé l'ensemble des syndicats affiliés à la Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment (CAPEB), qui regroupe le tiers des professionnels du bâtiment réalisant environ 20 % du chiffre d'affaires du secteur (303).

Le Conseil a tenu compte, pour apprécier le dommage à l'économie résultant des pratiques mises en oeuvre par la société Magnetti-Marelli (304), du fait qu'en restreignant l'approvisionnement en carburateurs d'un concessionnaire, elle avait limité le jeu de la concurrence au stade de la réparation des véhicules automobiles au détriment des consommateurs, mais il a aussi relevé que les pratiques n'avaient eu qu'une portée limitée, ne concernant notamment qu'un concessionnaire et portant sur des remises de très faible montant.

S'agissant des pratiques reprochées à l'Ordre national des architectes (305), le Conseil a relevé que le contrat d'architecte, accompagné d'un " tableau indicatif des taux usuels de rémunération de la mission normale d'architecte ", avait été diffusé aux vingt-trois mille architectes inscrits à l'Ordre et que les documents en cause visaient des prestations rendues aux particuliers, nécessairement moins avertis que les professionnels.

Dans le cas du réseau de franchise de lavage de véhicules Hypromat (306), le Conseil a relevé que les pratiques avaient été mises en oeuvre dans un réseau comprenant, en France, 352 centres de lavage automatique de voitures, soit environ 40 % du marché du lavage par haute pression, la société Hypromat étant le principal offreur de ce type de services en France.

Dans ses décisions concernant des appels d'offres, le Conseil tient compte de la dimension des marchés concernés. Ainsi, dans sa décision relative à des pratiques relevées dans des marchés d'aménagement des berges de la Seine (307), le Conseil a tenu compte du nombre et de l'ampleur des marchés dans lesquels était impliquée chacune des entreprises mises en cause. Dans sa décision relative à des pratiques relevées à l'occasion de marchés de travaux de construction et de rénovation des HLM et d'un collège dans le département de la Sarthe (308), le Conseil a relevé que le montant des trois marchés concernés s'élevait à 14,5 millions de F. S'agissant des pratiques relevées à l'occasion de l'appel d'offres pour l'extension du service des urgences de l'hôpital de Hautepierre à Strasbourg (309), le montant du lot concerné par les pratiques sanctionnées s'élevait à 2 millions de F. Dans sa décision relative à des pratiques constatées lors du marché de restructuration de la trésorerie générale de la Loire (310), le Conseil a constaté que les pratiques avaient eu pour objet de faire échec au déroulement d'une consultation portant sur un marché de plus de 5 millions de F. S'agissant des pratiques relevées lors du marché passé pour la création de la bibliothèque multimédia et de réhabilitation des bâtiments de l'ancien hôpital de Limoges (311), le Conseil a constaté que le marché représentait plus de 4 millions de F de travaux.

Cet élément est parfois retenu à décharge par le Conseil. Ainsi, dans sa décision relative à des pratiques mises en oeuvre par le syndicat des chirurgiens-dentistes d'Indre-et-Loire (312), le Conseil a relevé que l'initiative de ce syndicat départemental était restée isolée et qu'il n'était pas établi que l'incitation au boycott ait conduit à une rupture des relations commerciales des chirurgiens-dentistes avec leurs prothésistes.

La durée des pratiques :

Dans de nombreuses affaires, le Conseil tient compte de cet élément pour apprécier le dommage à l'économie. Ainsi, dans sa décision relative à des pratiques mises en oeuvre par le conseil national de l'Ordre des architectes, le Conseil a noté que la diffusion du " tableau indicatif des taux usuels de rémunération de la mission normale d'architecte " avait cessé à partir de 1994. Dans sa décision relative à des pratiques constatées dans le secteur des films radiographiques (313), le Conseil a constaté que les contrats contenant les clauses reprochées à la société Typon AG n'étaient plus en vigueur. Dans sa décision relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des boules lyonnaises (314), le Conseil a relevé que les pratiques s'étaient poursuivies jusqu'à la fin de la saison sportive ayant précédé la séance du Conseil, mais a également souligné que le chiffre d'affaires réalisé sur le marché concerné s'élevait à environ 15 millions de F, dont un tiers concernait les boules.

Les effets structurels :

Dans ses décisions relatives à des pratiques relevées dans le secteur du portage des médicaments à domicile (315), le Conseil a relevé que les pratiques de boycott mises en oeuvre par le conseil central de la section A de l'Ordre des pharmaciens et divers conseils régionaux avaient eu pour objet et pu avoir pour effet d'empêcher le développement d'une activité nouvelle, particulièrement utile pour certaines catégories de la population, notamment celles à mobilité réduite.

De la même façon, le Conseil a relevé que les pratiques mises en oeuvre par la société Reynoird dans les départements des Antilles visaient notamment à entraver le développement des productions locales (316).

Dans sa décision relative à des pratiques mises en oeuvre par France Télécom et la société Transpac dans le secteur de la transmission de données (317), le Conseil a souligné que les pratiques reprochées avaient pour objet de protéger une technologie au détriment d'une autre et avaient pu avoir pour effet de limiter l'accès au marché de la technologie VSAT, que l'on s'accordait, à l'époque des faits, à considérer comme susceptible de concurrencer les services offerts par la société Transpac via le canal D de Numéris.

Dans sa décision relative à des pratiques mises en oeuvre par le Comité interprofessionnel des fournisseurs du laboratoire (318), le Conseil a relevé que, si cette organisation professionnelle avait incité ses membres à quitter le Salon du laboratoire, cette manifestation avait quand même pu se tenir et que la création de Forum Labo sous son égide avait permis de proposer une nouvelle manifestation à la profession, en alternance avec le Salon du laboratoire.

Les effets conjoncturels :

Dans ses décisions relatives à des pratiques mises en oeuvre par divers barreaux en matière d'honoraires (319), le Conseil a apprécié le dommage à l'économie en considérant que les documents diffusés donnaient des indications d'honoraires comportant notamment des montants minimaux, pour des listes de quatre-vingts à quatre-vingt-dix prestations juridiques, concernant les principales procédures devant l'ensemble des juridictions.

Pour apprécier le dommage à l'économie résultant de l'accord passé entre la Ligue nationale de football et la société Adidas (320), le Conseil a relevé que si cet accord avait été suspendu, il avait néanmoins produit des effets, un grand nombre de clubs ayant rompu ou n'ayant pas renouvelé le contrat de parrainage avec un autre fabricant d'articles de sport pour se conformer à l'accord général conférant une exclusivité à la société Adidas à l'égard de

l'ensemble des clubs professionnels participant au championnat de France de première et deuxième divisions. Dans sa décision relative à une saisine présentée par la société Reebok France (321), le Conseil a également souligné que la convention critiquée, par laquelle la société Adidas s'engageait à ne pas remettre en cause les parrainages obtenus par la société Uhlsport, était susceptible de s'appliquer à un grand nombre de clubs, puisque cette dernière société parrainait déjà quinze des vingt gardiens de but des clubs participant au championnat de France, et lui permettait ainsi de se protéger très largement de la concurrence que pouvait lui faire la société Adidas sur le marché de l'équipement des gardiens de but.

Dans sa décision relative à des pratiques relevées dans le réseau de franchise de lavage de véhicules par haute pression Hypromat (322), le Conseil a souligné que les pratiques en matière de prix avaient eu pour objet et pour effet d'augmenter les prix au sein du réseau, alors, au surplus, qu'en égard à l'importance du réseau, ceux-ci pouvaient servir de référence aux autres centres de lavage.

c) La situation de l'entreprise

Elle doit être évaluée de deux manières : la taille de l'entreprise, sa situation financière.

La première renvoie à l'idée de proportionnalité. Il est, en effet, nécessaire pour fixer le montant de la sanction de tenir compte de la taille de l'entreprise, afin d'éviter qu'une sanction calculée " objectivement ", c'est-à-dire uniquement en fonction de la nature des pratiques, de la dimension du marché, de la gravité et du dommage à l'économie, ne conduise à des sanctions inadaptées notamment lorsque les auteurs des pratiques sont des entreprises de tailles très différentes.. L'indicateur le plus représentatif et le plus accessible de la taille d'une entreprise étant son chiffre d'affaires, il est cohérent, pour fixer le montant de la sanction, d'appliquer à la base initialement retenue un " coefficient de dimension " tenant compte de cet élément ; ce coefficient peut éventuellement prendre en considération d'autres facteurs, comme le statut juridique de l'entreprise (entreprise indépendante, filiale d'un grand groupe) ou la diversité de ses activités.

Le second critère concerne la situation financière de l'entreprise, au sens habituel du terme, c'est-à-dire ses résultats exprimés par ses comptes. Indépendamment des situations extrêmes, dépôt de bilan, redressement ou liquidation judiciaires, qui justifient un traitement particulier et peuvent conduire le Conseil à fixer la sanction à un montant symbolique ou à renoncer à prononcer une sanction, le montant de la sanction peut être réduit pour tenir compte des résultats déficitaires de l'entreprise ; dans ce cas, cependant, les résultats d'un seul exercice ne reflètent pas nécessairement la situation financière réelle de l'entreprise, en raison notamment de l'incidence que peuvent avoir sur les résultats d'une année non seulement les accidents conjoncturels, mais aussi les opérations exceptionnelles et le changement des méthodes comptables. Aussi, le Conseil, dans toute la mesure du possible, se réfère-t-il à l'évolution des comptes sur plusieurs exercices, qui est de nature à donner une image plus fidèle de la situation de l'entreprise. Par ailleurs, la moyenne des résultats des entreprises rapportés à leur chiffre d'affaires (ou à leur valeur ajoutée ou à leurs fonds propres) variant très sensiblement d'un secteur à l'autre, cet élément doit également être pris en considération.

2. Le plafond des sanctions

Aux termes de l'article 13 de l'ordonnance, le montant maximal de la sanction pécuniaire susceptible d'être infligée à une entreprise est de 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos et, s'il ne s'agit pas d'une entreprise, de 10 millions de F. Si la jurisprudence est aujourd'hui bien établie s'agissant de l'assiette à

retenir quand l'entreprise en cause n'exerce pas un seul type d'activité, en revanche dans un certain nombre de cas, des difficultés ont pu se présenter pour déterminer à quelle entité appliquer la sanction. Ces difficultés se sont révélées notamment lorsque les entreprises en cause avaient fait l'objet de restructurations importantes et que l'entité juridique responsable des pratiques s'avère ne plus réaliser qu'un chiffre d'affaires limité, réduisant par là même le caractère effectif des sanctions.

a) La pluralité d'activités

Le Conseil a, à plusieurs reprises, rappelé qu'aux termes mêmes de l'article 13 de l'ordonnance, la seule référence pertinente est le chiffre d'affaires total de l'entreprise et a écarté, en conséquence, le moyen selon lequel le plafond de la sanction devrait être calculé en tenant compte du seul chiffre d'affaires réalisé dans tel ou tel secteur de leur activité, en rapport avec les pratiques reprochées.

Cette interprétation a été confirmée par la cour d'appel de Paris (323), ainsi que par la Cour de cassation (324).

b) L'absence de coïncidence entre l'entité juridique et l'entité économique

Cette situation a fait l'objet d'une première analyse au point C-4-c du chapitre 1^{er} ci-dessus s'agissant des entreprises qui doivent être destinataires de la notification de griefs et du rapport. Cette question se pose à nouveau lorsque le Conseil décide d'infliger des sanctions et qu'il convient alors de déterminer quelle est l'entité juridique qui doit être sanctionnée.

La jurisprudence est aujourd'hui bien fixée s'agissant des cas dans lesquels l'entreprise comprend des structures régionales ou locales dotées d'une certaine autonomie. Dans l'arrêt rendu le 24 juin 1993 sur recours contre la décision du Conseil n° 92-D-63 relative à des pratiques relevées lors d'un appel d'offres passé par la commune de Vénarey-les-Laumes, la cour d'appel a précisé que le chiffre d'affaires d'une entité telle qu'une direction régionale ou une agence locale d'une entreprise ne pourrait être seul pris en compte pour déterminer le montant maximal de la sanction que dans le cas où cette structure locale auteur des pratiques constitue une organisation jouissant d'une autonomie réelle de décision dans le domaine économique, de telle sorte qu'elle-même doive être considérée comme une entreprise dans le contexte du droit de la concurrence.

Par ailleurs, la question a pu se poser de savoir quelle entreprise devait être sanctionnée, de l'auteur des pratiques, ne subsistant que sous la forme d'une holding financière, ou de la société ayant repris, à la suite d'un apport partiel d'actifs, la totalité de la branche d'activités d'un groupe et notamment, donc, l'ensemble des moyens matériels et humains ayant concouru à la commission des pratiques constatées.

Le Conseil, dans cette analyse, s'appuie sur les principes dégagés par la jurisprudence communautaire, notamment dans les arrêts Enichem Anic Spa et All Weather Sports Bénélux B.V. cités ci-dessus au point C-4-c du chapitre 1^{er}. Il a ainsi, dans sa décision relative à des pratiques relevées lors de la passation de marchés d'aménagement des berges de la Seine (325), rejeté l'argumentation de la société Quillery qui soutenait qu'elle avait été mise en cause à tort dès lors qu'elle avait filialisé ses activités de production depuis 1995 et que l'agence de travaux publics/génie civil de Normandie, au sein de laquelle avaient été mises en oeuvre les pratiques constatées, avait été transférée avec l'ensemble des moyens matériels et humains à la société générale des entreprises Quillery travaux publics/génie civil. Le Conseil a considéré que cette circonstance, qui était invoquée pour faire porter la responsabilité sur la

société générale des entreprises Quillery travaux publics/génie civil, était mal fondée, dès lors que la société générale des entreprises Quillery n'avait pas disparu en tant qu'entité juridique : cette dernière continuant d'exister devait donc répondre des pratiques qu'elle avait mises en oeuvre, conformément aux principes dégagés par le Tribunal de première instance des Communautés européennes, selon lesquels " lorsque l'existence d'une infraction est établie, il convient de déterminer la personne physique ou morale qui était responsable de l'exploitation de l'entreprise au moment où l'infraction a été commise, afin qu'elle réponde de celle-ci ", la question de la continuité d'entreprise ne se posant que lorsque " la personne responsable de l'exploitation de cette entreprise a cessé d'exister juridiquement ".

c) Les entreprises ayant fait l'objet de procédures collectives

On rappellera ici que lorsque l'entreprise a fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire avec un plan de cession, le Conseil considère que la continuité économique et fonctionnelle est assurée par le cessionnaire qui acquiert tels ou tels éléments de l'entreprise faisant l'objet de cette procédure. Mais, dans ce cas, le Conseil, se fondant sur les dispositions de l'alinéa 3 de l'article 62 de la loi du 25 janvier 1985, dont il résulte qu'un cessionnaire ne peut être tenu des charges non prévues au plan de cession, considère que le cessionnaire ne peut se voir infliger une sanction pour des faits antérieurs à la cession. Cette solution a été appliquée dans la décision du Conseil relative à des pratiques relevées lors de la passation de marchés d'aménagement des berges de la Seine à l'égard de la société Hayet, reprise par la société routière Beugnet ([326](#)).

Il y a lieu, en outre, de mentionner ici l'arrêt de la Cour de cassation rendu le 4 mars 1997 ([327](#)) sur recours contre un arrêt de la cour d'appel de Paris confirmant une décision du Conseil n° 92-D-22 relative à des pratiques relevées lors de l'appel d'offres pour la construction du centre de secours et de lutte contre l'incendie de Tourcoing, qui avait sanctionné plusieurs entreprises pour des pratiques anticoncurrentielles. Les sociétés RCFC Nord et Desbarbieux s'étaient pourvues en cassation en faisant grief à l'arrêt attaqué de les avoir condamnées pour des pratiques concertées antérieures au jugement ayant ouvert leur redressement judiciaire, alors que le Trésor public n'avait procédé à aucune déclaration de créance de ce chef. Ces deux sociétés invoquaient l'article 50 de la loi du 25 janvier 1985, aux termes duquel les créances de sommes d'argent contre un débiteur en redressement judiciaire doivent, lorsque leur cause est antérieure à l'ouverture de la procédure, être déclarées au représentant des créanciers et l'article 47 de la même loi dont les dispositions prévoient que le jugement de redressement judiciaire suspend ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont le droit a son origine antérieurement audit jugement et tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent. La Cour de cassation a rejeté cette argumentation en relevant qu'aux termes de l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, les condamnations prononcées par le Conseil sont des sanctions pécuniaires et que c'était à bon droit que la cour d'appel avait constaté que la créance du Trésor n'existait que depuis la décision du Conseil, de sorte que cette créance, qui n'avait pas son origine antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective, n'était pas soumise aux dispositions de la loi du 25 janvier 1985.

Enfin, on relèvera que, lorsque l'entreprise a fait l'objet d'une liquidation judiciaire, le Conseil constate cette situation, ainsi que l'absence d'activité économique, et décide, dans ces conditions, qu'il n'y a pas lieu au prononcé de sanctions.

C. LA PUBLICATION DES DÉCISIONS

Neuf des décisions au fond rendues par le Conseil au cours de l'année 1997 ont fait l'objet d'une publication. Conformément à la jurisprudence dégagée par la cour d'appel de Paris ([328](#)), la décision de publier la décision du Conseil fait l'objet d'une motivation.

Troisième partie : Analyse des avis du Conseil

Le Conseil a rendu vingt-six avis en 1997, qui se répartissent de la manière suivante : sept sur le fondement du titre V de l'ordonnance relatif à la concentration économique, onze sur le fondement de l'article 5, quatre sur le fondement de l'article 6, deux sur le fondement de l'article 26 en réponse à des juridictions et deux sur le fondement des dispositions nouvelles de la loi de réglementation des télécommunications à la demande de l'Autorité de régulation des télécommunications.

Chapitre I : Les concentrations

Six des sept opérations soumises au Conseil pour avis ont fait l'objet d'une décision ministérielle explicite qui a été publiée accompagnée de l'avis du Conseil. Ces six avis, qui seront analysés ci-après, concernent la prise de contrôle du groupe Barry par la société Callebaut AG, l'acquisition de la Compagnie française de sucrerie par la société Eridiana Béghin Say, la prise de participation de la société Carrefour dans le capital de la société Grands magasins B (GMB), l'acquisition de la société SEPEREF par la société TEFIPAR, l'acquisition de la société Loctite Corporation par la société Henkel KgaA, le projet de regroupement des activités de gestionnaire de réseaux de contrôle technique automobile de la société MAAF Assurances et de l'association Dekra e.V.

L'examen d'une opération de concentration conduit le Conseil, en premier lieu, à s'assurer que cette opération entre dans le champ d'application du titre V de l'ordonnance et, en second lieu, à apprécier si l'opération porte atteinte ou risque de porter atteinte à la concurrence et si la contribution qu'elle apporte, le cas échéant, à l'économie est suffisante pour compenser cette atteinte.

A LE CARACTÈRE CONTRÔLABLE DE L'OPÉRATION

1. La nature de l'opération (article 39 de l'ordonnance)

Aux termes de l'article 39 de l'ordonnance : " La concentration résulte de tout acte, quelle qu'en soit la forme, qui emporte transfert de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens, droits et obligations d'une entreprise ou qui a pour objet ou pour effet de permettre à une entreprise ou à un groupe d'entreprises d'exercer, directement ou indirectement, sur une ou plusieurs autres entreprises une influence déterminante ".

Dans une des opérations examinées par le Conseil au cours de l'année 1997, s'est posée la question de savoir si l'opération qui lui était soumise constituait une concentration au sens de l'article 39 de l'ordonnance. A la suite de trois prises de participation successives dans le capital de la société Grands magasins B. (GMB), la société Carrefour avait acquis 42,391 p. cent des parts de cette société et le même pourcentage en termes de droits de vote. Il convenait d'apprécier si cette participation donnait à la société Carrefour les moyens d'exercer une influence déterminante sur la société GMB Le Conseil a répondu par la négative en s'appuyant sur plusieurs éléments. La société GMB, opposée à l'opération, avait fait connaître l'existence d'un pacte d'actionnaires portant sur le reste du capital, à savoir 54,6 p. cent. Par ailleurs, la configuration du capital ne lui permettait pas d'intervenir dans la gestion de l'entreprise. En effet, en vertu de l'article 155 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, toutes les décisions relatives au fonctionnement courant des sociétés anonymes sont prises par les organes délibérants à la majorité des voix exprimées. Or, les décisions relevant de l'assemblée générale portent sur des éléments essentiels, tels que la désignation

des dirigeants et du conseil d'administration de l'entreprise, la définition de sa politique commerciale, l'approbation des comptes et l'affectation des résultats. A cet égard, le Conseil a relevé que la société Carrefour, malgré sa demande, n'avait pu obtenir un siège au conseil d'administration, que la cession par GMB de sa filiale Révillon ou l'adhésion de Cora à la centrale d'achat Europartners avaient eu lieu sans consultation de la société Carrefour. Sur la base de ces éléments, il a conclu qu'en l'état la prise de participation de la société Carrefour n'avait pas eu pour conséquence de faire disparaître un opérateur indépendant sur le marché et ne saurait constituer une concentration au sens de l'article 39.

Le ministre chargé de l'économie a eu une appréciation différente, en estimant que cette opération constituait bien une concentration au sens de l'article 39 de l'ordonnance. Il a ajouté qu'il serait procédé " à un nouvel examen du dossier en cas de modification du partage du pouvoir en faveur de la société Carrefour, notamment en cas de modification dans la répartition du capital ou dans les conventions entre les actionnaires de la société GMB. "

En revanche, dans les autres opérations analysées par le Conseil au cours de l'année 1997, une société se proposait d'acquérir ou avait acquis la totalité du capital d'une autre société, de telle sorte qu'il était patent que ces opérations constituaient des concentrations au sens des dispositions du titre V de l'ordonnance. Tel a été ainsi le cas de la prise de contrôle du groupe Barry (329), la société Callebaut AG ayant acquis la totalité du capital de la société SCI Associés, maison mère du groupe Barry, lui permettant ainsi d'exercer une influence déterminante sur cette société. Dans l'opération réalisée dans le secteur du sucre (330), la société Eridiana Béghin Say (EBS), titulaire d'un droit de préférence sur les actions de la Compagnie française de sucrerie (CFS) depuis 1991, avait acquis la totalité des actifs et passifs composant le patrimoine de la CFS. De même, dans le secteur des canalisations en polychlorure de vinyle (PVC), la société Tefipar avait acquis l'intégralité des actions de la société Seperef auprès de la société Sabla SA (331). S'agissant de l'opération dans le secteur des réseaux de contrôle technique automobile (332), les sociétés MAAF Assurances SA et Dekra e.V. avaient constitué une société par actions simplifiée, dénommée Dema, qui avait acquis la totalité du capital de la société DEKRA-Veritas Automobile. Dans l'opération réalisée dans le secteur des colles (333) la société Henkel KgaA avait indirectement acquis 61 % du capital de la société américaine Loctite Corporation, dont elle détenait déjà 35 % du capital, puis, dans un deuxième temps, les 4 % des actions de Loctite Corporation qu'elle ne détenait pas encore. En acquérant la totalité du capital de la société Loctite Corporation, la société Henkel KgaA était devenue indirectement propriétaire de la société Loctite France, filiale à 100 % de Loctite Corporation.

2. Les seuils de part de marché et de chiffre d'affaires (article 38 de l'ordonnance)

Lorsqu'elle satisfait aux conditions énoncées par l'article 39 de l'ordonnance, une opération de concentration, pour être contrôlable, doit encore répondre à l'une des deux conditions fixées par l'article 38 de l'ordonnance.

Il faut, en effet, vérifier que les entreprises qui sont parties à l'acte ou qui en sont l'objet ou qui leur sont économiquement liées aient soit réalisé ensemble plus de 25 % des ventes, achats ou autres transactions sur un marché national de biens, produits ou services substituables ou sur une partie substantielle d'un tel marché, soit totalisé un chiffre d'affaires hors taxes de plus de sept milliards de francs, à condition que deux au moins des entreprises parties à la concentration aient réalisé un chiffre d'affaires d'au moins deux milliards de francs.

a) La condition de part de marché

La détermination des marchés pertinents

Pour déterminer le chiffre d'affaires réalisé ou la part de marché détenue par l'entreprise, le Conseil procède tout d'abord à la détermination du ou des marchés pertinents ; cette détermination, nécessaire tant pour vérifier que la condition de part de marché en valeur relative est remplie, que pour apprécier, par la suite, les conséquences de l'opération, a parfois été l'occasion d'un débat.

Dans le secteur du chocolat (334), les groupes Barry et Callebaut sont présents à différents stades de la filière de fabrication de chocolat : le premier, pratiquement à tous les stades depuis le broyage des fèves de cacao jusqu'à la fabrication de produits finis, le second, au stade de la fabrication du chocolat de couverture. Partant de la constatation qu'à chaque stade les produits résultant de la transformation du cacao font l'objet d'une offre et d'une demande spécifiques, le Conseil a délimité plusieurs marchés. En premier lieu, celui de la masse de cacao et, en second lieu, un marché pour chacun des produits fabriqués à partir de cette masse de cacao : le beurre de cacao, la poudre de cacao et le chocolat de couverture.

S'agissant de l'opération dans le secteur du sucre (335), le Conseil a considéré, eu égard aux propriétés et aux caractéristiques spécifiques du sucre et des produits édulcorants, que ces produits se trouvaient sur des marchés distincts. S'agissant du sucre proprement dit, il a considéré qu'il existait deux marchés, le premier du sucre destiné à la consommation directe et le second du sucre destiné à l'industrie. En effet, si la réglementation communautaire ne distingue pas entre les deux types de débouchés et que les quotas sont attribués et les prix fixés sans distinction de l'usage final du sucre, il n'en reste pas moins qu'il existe différentes catégories de demandeurs en fonction de la destination du sucre, qui sont les distributeurs, la restauration collective et les industries de transformation, le produit étant conditionné de façon différente selon sa destination, rendant nécessaire l'installation d'ateliers spécialisés pour le conditionnement du sucre de bouche. En outre, les différences de prix entre sucre industriel et sucre de bouche sont importantes et certains producteurs n'assurent pas la fabrication du sucre destiné à la consommation directe.

Dans l'analyse de l'opération d'acquisition de la société Seperef par la société Tefipar (336), se posait la question de savoir si les tubes en polychlorure de vinyle (PVC) et en polyéthylène (PE) se trouvaient sur le même marché ou sur des marchés spécifiques. Reprenant l'analyse qu'il avait menée dans sa décision relative à des pratiques de la société Pont-à-Mousson, confirmée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 7 mai 1997, le Conseil a considéré qu'il existait un marché des tubes en PVC et un marché des tubes en polyéthylène pour chacune des applications dans lesquelles ces matériaux sont employés, notamment l'adduction d'eau, l'irrigation et l'assainissement. En effet, si les parties faisaient état des possibilités de substitution pour certains usages entre les divers matériaux et notamment entre le PVC et le polyéthylène, celles-ci apparaissaient dans les faits limitées, ces matériaux présentant des caractéristiques propres qui rendent chacun d'eux plus particulièrement adapté sous certaines contraintes d'utilisation. Pour l'adduction d'eau, si plusieurs matériaux sont utilisés, les canalisations en fonte forment un marché spécifique en raison de leurs caractéristiques techniques propres, de leurs prix et du comportement des utilisateurs. Pour ce même usage, la substituabilité entre le PVC et le polyéthylène apparaissait également faible, en raison des contraintes de réseaux et des usages ; elle était encore attestée par des différences de prix supérieures à 20 % pour le polyéthylène et le fait que, dans la plupart des marchés, le matériau se trouve spécifié, les canalisations étant effectivement posées dans le matériau indiqué.

Le secteur du contrôle technique automobile comprend deux catégories d'intervenants : les contrôleurs, chargés de vérifier les organes de sécurité des véhicules, et les gestionnaires de réseaux dont la mission consiste à s'assurer de la bonne exécution des visites techniques effectuées par les contrôleurs, à transmettre à l'organisme central de contrôle les données relatives à ces visites et à collecter les redevances destinées à cet organisme ainsi qu'aux directions de l'industrie, de la recherche et de l'environnement. En outre, les gestionnaires de réseaux ont développé certains services spécifiques à destination des centres de contrôle, notamment en matière de promotion de la marque du réseau. En conséquence, le Conseil a, lors de l'examen de l'opération entre les sociétés MAAF Assurances et l'association Dekra e.V. (337), retenu deux marchés : celui du contrôle technique automobile et celui des prestations destinées aux centres de contrôle.

S'agissant de la prise de participation de Carrefour dans la société GMB (338), le Conseil a pu s'appuyer sur les critères dégagés dans plusieurs avis déjà rendus concernant la distribution et, notamment, dans l'avis relatif à la concentration de la distribution qui est examiné ci-dessous et auquel il est donc renvoyé.

Pour définir les marchés pertinents concernés par l'opération entre les groupes Henkel et Loctite (339), le Conseil a d'abord distingué selon les utilisations des colles, les modes de distribution, de conditionnement et les marques différant selon que ces produits sont destinés à un usage professionnel ou à un usage domestique. S'agissant des utilisations à des fins professionnelles, il a ensuite relevé l'utilisation préférentielle de certains types de colles selon les activités, ce constat étant confirmé par les déclarations des professionnels qui indiquaient que les variations des prix relatifs des colles étaient insuffisantes pour provoquer un transfert de consommation d'une famille chimique de colles vers une autre, de tels transferts étant encore réduits par la relative rigidité des processus de production. Dès lors, il convenait de retenir autant de marchés de colles à usage professionnel que de familles chimiques de colles.

S'agissant des colles à usage domestique, le Conseil a relevé que le choix des consommateurs était très directement influencé par les préconisations des fabricants, permettant de distinguer entre les colles d'assemblage, les colles de rénovation et de décoration et les colles de papeterie, qui diffèrent dans leur composition chimique, leur présentation et sont distribuées par des réseaux différents. Il a donc retenu l'existence de trois marchés distincts dans ce secteur.

Le seuil de part de marché

Après avoir défini le ou les marchés pertinents, le Conseil examine si le seuil de part de marché fixé par l'article 38 de l'ordonnance est atteint.

S'agissant de l'opération entre les groupes Callebaut et Barry (340), le Conseil a relevé que, si ces groupes étaient présents de manière marginale dans le secteur des produits finis de chocolat, le seuil en valeur relative fixé par l'article 38 de l'ordonnance était dépassé par le nouvel ensemble sur chacun des marchés du beurre de cacao, de la poudre de cacao et du chocolat de couverture.

Lors de l'examen de l'acquisition de la Compagnie Française de Sucrierie (CFS) par la société Eridania Béghin-Say (EBS) (341), le Conseil a constaté que cette dernière détenait à elle seule une part de 29,59 p. cent sur le marché du sucre destiné à la consommation directe et de 29,66 p. cent sur le marché destiné à la transformation, c'est-à-dire supérieure au seuil en valeur relative fixé à l'article 38.

Sur le marché des tubes en PVC (342), les entreprises parties à la concentration et celles qui leur étaient économiquement liées, c'est-à-dire la société Sotra Industries, filiale de la société Tefipar, réalisaient ensemble plus de 25 p. cent des ventes sur le marché national des tubes en PVC destinés à l'adduction d'eau potable. En revanche, sur le marché des tubes en polyéthylène, la part cumulée des sociétés Sotra Industries et Seperef s'élevait à environ 7 p. cent, de sorte que le seuil de l'article 38 n'était pas atteint.

Contrairement à la société Cecomut (343), la société Dekra-Veritas Automobile était présente à la fois sur le marché des prestations destinées aux centres de contrôle et sur celui du contrôle technique automobile. Sur ce dernier marché, la part de la société Dekra-Veritas Automobile, d'environ 4 p. cent, n'atteignait pas le seuil fixé par l'article 38. En revanche sur le marché des prestations destinées aux centres de contrôle la part du nouvel ensemble était estimée à 47 p. cent.

Dans le secteur des colles (344), le Conseil a relevé que les sociétés Loctite et Henkel se trouvaient simultanément présentes sur le marché des colles réactives à usage professionnel avec une part de marché en 1995 de près de 54 p. cent, supérieure donc au seuil en valeur relative de l'article 38. Le nouvel ensemble dépassait également ce seuil sur le marché des colles d'assemblage à usage domestique

b) Les conditions de chiffre d'affaires

Pour toutes les opérations soumises à son examen au cours de l'année 1997, le Conseil a constaté que les conditions de chiffre d'affaires n'étaient pas remplies et a donc vérifié celles relatives à la part de marché en valeur relative, comme il a été exposé ci-dessus.

B. LE BILAN CONCURRENTIEL

Lorsqu'une opération est contrôlable, le Conseil doit, en application de l'article 41 de l'ordonnance, apprécier si le projet de concentration ou la concentration comporte des risques pour la concurrence et, en cas de réponse affirmative, si la contribution au progrès économique est suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence. Il doit, dans cette analyse, tenir compte de la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale.

Le Conseil établit, dans un premier temps, un bilan concurrentiel de l'opération, c'est-à-dire qu'il détermine si l'opération risque de porter atteinte à la concurrence, soit par les modifications qu'elle entraîne dans la structure du marché, soit par les changements de comportement qu'elle peut induire.

Si le Conseil estime que l'opération n'est pas de nature à restreindre l'exercice de la concurrence, c'est-à-dire si le bilan concurrentiel est positif (l'opération étant de nature à stimuler la concurrence) ou neutre (sans incidence prévisible sur la concurrence), son analyse est achevée. En revanche, s'il estime que l'opération présente un bilan concurrentiel négatif (restriction vraisemblable de l'exercice de la concurrence), le Conseil doit alors établir un bilan économique et examiner si la contribution éventuelle de l'opération au progrès économique est de nature à compenser les atteintes prévisibles à la concurrence.

Dans cette hypothèse, il examine, sur le ou les marchés concernés, les conséquences économiques de l'opération - non seulement pour les entreprises en cause pour lesquelles il existe une forte présomption qu'elles seront favorables -, mais au regard de l'économie dans son ensemble, notamment pour les consommateurs.

Deux cas peuvent alors se présenter : les conséquences favorables sont insuffisantes pour compenser les atteintes à la concurrence, ou bien les conséquences favorables paraissent suffisamment étendues pour compenser les atteintes à la concurrence telles que les a appréciées le Conseil.

Le bilan concurrentiel mené lors de l'examen de l'acquisition de la société Seperef par la société Tefipar (345) ne faisait pas apparaître de risque d'atteinte à la concurrence. Le Conseil a, en effet, noté que, si l'opération permettait au nouvel ensemble de prendre la deuxième place sur le marché des tubes en PVC destinés à l'adduction en eau potable, il restait de nombreux fabricants en France, les importations connaissaient une forte progression et la production de tubes en PVC ne nécessitant que peu d'investissements pourrait être développée par de nombreuses entreprises fabriquant aujourd'hui des tubes à titre accessoire. En outre, les acheteurs, qu'il s'agisse des distributeurs spécialisés ou des gestionnaires de réseaux disposent d'une capacité de négociation importante et peuvent recourir facilement aux importations qui répondent aux normes françaises. Enfin, le Conseil a souligné que l'opération permettait de supprimer l'avantage concurrentiel dont disposait la société Seperef avec son intégration dans le groupe de la Compagnie générale des eaux.

Il en a été de même pour l'opération concernant le secteur du contrôle technique automobile (346). Sur le marché des prestations destinées aux centres de contrôle, l'opération avait certes pour effet de regrouper trois des six réseaux existants, lui conférant une part de marché deux fois et demie supérieure à celle du second opérateur. Mais le nouvel ensemble ne pourrait que difficilement augmenter ses tarifs sans risquer de perdre ses affiliés, les centres de contrôle pouvant très facilement changer de réseau. Par ailleurs, si l'opération pouvait permettre de réduire les charges d'exploitation, autorisant une baisse des redevances et une amélioration de la qualité des services, celles-ci n'étaient pas de nature à entraîner une captation des centres de contrôle vers le nouvel ensemble, comme le suggérait la demande d'avis. Une partie des économies réalisées devait, en effet, permettre le retour à l'équilibre des entreprises concernées et, en tout état de cause, les redevances des réseaux qu'elles géraient resteraient supérieures à celles de leurs concurrents, même si la totalité des économies escomptées de l'opération était affectée à une baisse des redevances. De même, l'amélioration des services rendus aux exploitants de centres concurrents n'est pas apparue suffisante pour susciter l'adhésion au nouvel ensemble de centres affiliés à des réseaux concurrents. Le Conseil s'est également prononcé sur les effets de l'opération sur le marché du contrôle technique automobile, en constatant que le risque que le nouvel ensemble coordonne la politique tarifaire des centres de contrôle affiliés était réduit en raison de la forte concurrence des autres réseaux au niveau local. Par ailleurs, à l'égard des fournisseurs de matériels pour les centres de contrôle, le renforcement du pouvoir de négociation de la centrale d'achat des réseaux DEKRA et Veritas Automobile n'est pas apparue comme comportant des risques d'atteinte à la concurrence. Cette centrale, qui n'intervient pas dans le référencement des matériels, ne réalise, en effet, qu'environ 30 % des achats des centres de contrôle affiliés, l'affiliation n'entraînant aucune obligation de ce point de vue. Par ailleurs, la demande pour ce type de matériels n'émane pas que des centres de contrôle, mais aussi de l'ensemble des réparateurs automobiles, qui développent une activité de "précontrôle". Enfin, ces fournisseurs commercialisent d'autres types d'équipements et la part des matériels pour centres de contrôle représente, en règle générale, une faible part de leurs ventes.

S'agissant de l'opération dans le secteur des colles (347), le Conseil a considéré qu'elle ne présentait de risques d'atteinte à la concurrence ni sur le marché des colles réactives destinées aux utilisateurs professionnels, ni sur les marchés des colles destinées au grand public. Sur le premier, l'opération avait pour effet d'augmenter significativement la part du marché des

colles réactives détenue par le nouveau groupe Henkel et d'enrichir sa gamme de colles pour professionnels. Mais l'effet de gamme est apparu sans réelle portée sur ce marché, dans la mesure où le choix des utilisateurs s'opère, eu égard à la faible incidence du coût des adhésifs sur le coût global des produits, en fonction des caractéristiques des produits, de leur degré d'adéquation à l'usage requis et à la qualité de l'assistance offerte par le fournisseur, étant noté en outre que la puissance d'achat des principaux utilisateurs constitue un contrepois efficace à la position acquise par le groupe Henkel. Sur le deuxième marché concerné, le nouveau groupe détenait une part de marché de 48 % sur les colles d'assemblage et de 81 % sur les colles cyanoacrylates, la marque Superglue de la société Loctite apparaissant, en outre, comme " incontournable ". Mais le Conseil a relevé que les distributeurs avaient indiqué pouvoir facilement importer des produits concurrents et faire fabriquer sous marque de distributeur. Par ailleurs, le marché des colles cyanoacrylates est en contraction régulière depuis deux ans et certaines marques concurrentes de Superglue, également présentes dans tous les types de colles d'assemblage et appartenant à des groupes internationaux, améliorent leur part relative. Enfin, si l'objectif de rationalisation des approvisionnements peut conduire certains distributeurs à donner un avantage comparatif à certains fabricants qui proposent une gamme étendue de produits, l'existence d'offres concurrentes émanant d'entreprises ayant une taille et des capacités technologiques comparables, le développement des marques de distributeurs et le souci de ces derniers d'éviter toute dépendance à l'égard d'un fournisseur permettaient de considérer que l'opération ne présentait pas de risque pour la concurrence.

Dans son avis relatif à la prise de contrôle du groupe Barry par la société Callebaut (348), le Conseil a estimé que les risques d'atteinte à la concurrence que comportait l'opération n'étaient pas compensés par la contribution au progrès économique telle qu'exposée par les parties. En effet, l'opération avait pour conséquence de conférer au nouvel ensemble sur le marché du chocolat de couverture une part trois fois supérieure à celle du deuxième opérateur, la société Soboca, les autres opérateurs, hormis le groupe Cantalou, ne disposant que de parts de marché comprises entre 1 et 4 %. Un renforcement significatif des positions de la société Callebaut pouvait également être constaté en Europe, le nouvel ensemble n'étant plus confronté qu'à deux concurrents significatifs, le groupe Grace Cocoa et la société Schokinag. Les parties estimaient que ces positions pouvaient être remises en cause, dès lors qu'il existait des capacités de production disponibles et que les entreprises intégrées pouvaient également décider de mettre leur production sur le marché. Le Conseil n'a pas retenu cette argumentation, en constatant que ces capacités de production excédentaires, en tout état de cause très inférieures à celles du nouvel ensemble Callebaut-Barry, appartenaient à des entreprises dont aucune ne pouvait satisfaire les besoins d'un client important et dont certaines n'étaient pas présentes sur le marché. Les utilisateurs estimaient eux-mêmes que les entreprises présentes sur le marché ou susceptibles d'y entrer ne disposaient pas de capacités suffisantes pour satisfaire leurs besoins et soulignaient, en outre, que les possibilités pour un utilisateur de changer de fournisseur étaient limitées en raison du manque d'homogénéité des productions et de la nécessité de conserver la constance du goût des produits pour le consommateur final. Le Conseil a également souligné que les entreprises intégrées qui produisent du chocolat de couverture pour la fabrication de produits finis n'auraient aucun intérêt à fournir les utilisateurs de chocolat de couverture à des conditions favorables dans la mesure où ceux-ci sont également leurs concurrents sur les marchés des produits finis. Par ailleurs, l'intégration verticale du nouvel ensemble, avec des parts de marché importantes aux différents stades de la filière de production, créait une nouvelle barrière à l'entrée, alors que celles-ci apparaissaient déjà élevées sur les marchés de la première transformation du cacao, très capitalistiques et à faible valeur ajoutée.

Si les parties notifiantes faisaient valoir que l'opération permettrait une rationalisation de la production des usines des deux groupes et une fusion de leurs centres de recherche, le Conseil a relevé qu'il n'était pas démontré que l'opération ait été nécessaire pour atteindre ces objectifs, les parties soulignant elles-mêmes qu'au-delà d'un certain seuil, aucune économie d'échelle n'était possible et que la recherche, qui ne nécessitait que des moyens limités, pouvait être soit sous-traitée, soit conduite en collaboration avec les utilisateurs. L'augmentation des exportations et le développement industriel du nouveau groupe n'étaient pas mieux établis, l'opération apparaissant d'autant moins nécessaire de ce point de vue que le groupe Barry était déjà fortement implanté à l'étranger. Le Conseil a conclu que cette opération n'apportait pas au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les risques d'atteinte à la concurrence qu'elle comportait.

Dans le dossier relatif à l'acquisition de la Compagnie française de sucrerie par la société EBS (349), le Conseil a considéré que l'opération ne présentait pas de risque d'atteinte à la concurrence sur le marché amont de l'approvisionnement, dès lors qu'elle ne modifiait guère le pouvoir de négociation de ces entreprises à l'égard des planteurs, protégés par la réglementation communautaire et l'organisation interprofessionnelle. Sur le fonctionnement des marchés en aval, le Conseil a, après avoir rappelé que le secteur sucrier était marqué par un environnement réglementaire structurellement limitatif de concurrence, relevé que l'opération faisait disparaître un opérateur indépendant, renforçait la part de quotas détenue par la société EBS et accroissait ainsi la structure oligopolistique de l'offre, dans laquelle le nouveau groupe confortait sa première place. Au niveau de la commercialisation, l'opération conduisait également à renforcer la concentration, alors que l'ensemble des acheteurs soulignaient le caractère peu concurrentiel du marché. Le Conseil a donc estimé que, sur les marchés du sucre de bouche et du sucre à destination de l'industrie, l'opération comportait des risques d'atteinte à la concurrence. Mais poursuivant son analyse pour établir le bilan économique de cette opération, le Conseil a considéré que ces risques étaient compensés par une contribution au progrès économique et une amélioration de la compétitivité internationale des entreprises. L'opération s'inscrivait, en effet, dans un vaste plan de restructuration de l'appareil productif, avec la fermeture des sites industriels les moins performants et permettait un allongement de la durée de la campagne sucrière d'environ 10 p. cent. Une partie de ces progrès de productivité avaient été répercutés dans les prix du sucre à destination des industriels. Par ailleurs, l'opération était également susceptible d'améliorer la compétitivité de l'industrie sucrière française dans son ensemble, celle-ci étant moins concentrée et nettement moins performante que ses concurrentes en Europe. Dans la perspective du démantèlement progressif de la protection communautaire, qui devrait entraîner une intensification de la concurrence, le Conseil a considéré que l'opération pouvait être justifiée par les nécessités d'une réorganisation industrielle importante de ce secteur et l'amélioration de la compétitivité de l'appareil productif qui devait en résulter.

Dans son avis relatif à la prise de participation de la société Carrefour dans le capital de la société GMB (350), le Conseil, pour répondre à la demande formulée par le ministre sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance, a analysé les effets potentiels que pourrait avoir une éventuelle opération ultérieure de concentration entre les deux sociétés sur certains marchés locaux de la vente au détail en hypermarchés et en supermarchés, ainsi que sur les marchés amont de l'approvisionnement. Dans le secteur de la vente au détail, un tel rapprochement aurait pour effet de permettre à la société Carrefour de développer son activité dans des zones où l'enseigne est peu ou pas présente, ainsi que sur le marché de la vente en supermarchés, sur lequel elle est absente. Procédant, ensuite, site par site, le Conseil a mis en évidence une quinzaine de zones de chalandise, dans lesquelles les deux sociétés étaient présentes. Dans la plupart des cas, l'opération n'apparaissait pas de nature à altérer le fonctionnement de la

concurrence, grâce à la présence d'enseignes concurrentes puissantes. En revanche, dans cinq zones, Charleville-Mézières, Dijon, Evreux, Mulhouse et Reims, l'opération conférait une position prééminente au nouvel ensemble, susceptible d'affecter la concurrence.

Sur les marchés de l'approvisionnement, la part généralement peu élevée de chacun des deux opérateurs dans le chiffre d'affaires de leurs fournisseurs ainsi que les réactions de ces derniers face à une nouvelle étape dans le rapprochement étudié, a conduit le Conseil à considérer, en l'état actuel du dossier, que l'opération ne serait pas de nature à conférer au groupe qui en résulterait une position dominante ou à mettre ses fournisseurs en état de dépendance économique.

Chapitre II : Les autres avis

Le Conseil ne peut faire état que des avis qui ont été publiés. Il convient à cet égard de rappeler que, conformément aux dispositions de l'article 10 du décret du 29 décembre 1986, pris pour l'application de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 :

- les avis rendus en application de l'article 1^{er} (projets de décret réglementant les prix) et de l'article 6 (projets de texte instituant des régimes restrictifs de concurrence) sont publiés avec les textes auxquels ils se rapportent ;
- les avis rendus en application de l'article 5 (questions générales de concurrence posées au Conseil) et destinés à une commission parlementaire ou au Gouvernement peuvent être publiés par leur destinataire ou, avec l'accord de ce dernier, par le Conseil de la concurrence, celui-ci pouvant publier de sa propre initiative les avis demandés par d'autres personnes. Compte tenu de ces dispositions, dix des avis rendus sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sont analysés dans le présent rapport.

Par ailleurs, le dernier alinéa de l'article 26 de l'ordonnance prévoit que les avis rendus par le Conseil sur le fondement de ces dispositions peuvent être publiés après le non-lieu ou le jugement. Deux avis rendus par le Conseil au cours de l'année 1996 sont publiés au présent rapport, les juridictions à l'origine de ces avis ayant rendu leur jugement.

A. AVIS RENDUS SUR LE FONDEMENT DE L'ARTICLE 5 DE L'ORDONNANCE ET D'AUTRES DISPOSITIONS

1 -Le Conseil a été saisi d'une demande d'avis du ministre relative à diverses questions liées au phénomène de concentration dans le secteur de la distribution ([351](#)). A partir d'une réflexion approfondie sur la définition des marchés, le Conseil a procédé à une appréciation du degré de concentration de ce secteur, en le comparant à la situation d'autres pays, a précisé la notion de dépendance économique et a recensé les critères utiles à l'analyse de la puissance d'achat et de pouvoir de marché.

La méthodologie d'analyse des marchés de la distribution procède d'abord à une distinction conforme à la jurisprudence tant nationale que communautaire entre les marchés de la vente au détail et les marchés de l'approvisionnement et propose des critères adaptés aux caractéristiques de chacun de ces deux marchés.

Pour le commerce de détail, le Conseil a dégagé trois catégories de critères permettant de délimiter les marchés : le service commercial rendu, la nature des produits et la situation géographique. Le marché de la vente au détail est en effet fonction des spécificités du service

commercial rendu : dimensions des magasins, gammes, références, nature des prestations offertes aux consommateurs (libre-service, nature des produits, assortiment, prix, présence d'un vendeur). Les décisions et avis rendus par la Commission européenne et le Conseil distinguent ainsi de façon constante entre les diverses formes de vente. La même analyse fondée sur le service rendu conduit généralement à distinguer la distribution des produits par les distributeurs spécialisés de celle assurée par les grandes surfaces à dominante alimentaire : gamme de produits et assortiment plus étendus, services d'accueil, de conseil ou d'information aux consommateurs offerts par les distributeurs spécialisés. Pour autant, cette analyse n'est pas contradictoire avec la définition de marchés de produits : en effet, lorsque le service commercial proposé influence peu l'acte d'achat, des produits substituables, vendus par des formes de commerce différentes, peuvent appartenir à un même marché.

Lorsqu'il s'agit de produits vendus à la fois par des grandes surfaces spécialisées, des commerces traditionnels et des rayons de grands magasins à dominante alimentaire, le Conseil a précisé que l'analyse devait également tenir compte du degré de développement des grandes surfaces alimentaires par rapport au petit commerce, de l'émergence des grandes surfaces spécialisées, de la localisation des commerces dans un centre commercial.

Enfin, la situation géographique constitue également un critère déterminant pour délimiter les zones de distribution. En effet, si la concurrence se limite aux points de vente de proximité en cas d'achat de petites quantités, les achats de dépannage ou de produits d'usage courant, elle s'exerce dans un rayon plus grand pour les achats en grande quantité ou les achats de biens de consommation durables.

Au niveau des approvisionnements, le Conseil a considéré qu'il existe autant de marchés que de familles de produits sur lesquelles porte la négociation, chaque distributeur mettant en concurrence les divers fournisseurs sur chacun de ces marchés. Une des difficultés majeures d'appréciation de la substituabilité des produits, à l'intérieur d'une même famille de produits, provient de l'existence de produits similaires vendus sous marque de distributeur et de produits dits de premier prix. La réponse à cette question dépend du comportement du consommateur tel qu'il peut être observé sur le marché aval. Au-delà de l'analyse technique des produits, plusieurs méthodes peuvent être utilisées par les autorités de marché pour évaluer si des biens sont considérés comme substituables par les consommateurs (enquêtes auprès des consommateurs, études marketing, méthode économétrique visant à déterminer la sensibilité des ventes d'un produit aux variations de prix d'autres produits...). En règle générale, lorsqu'il existe une hiérarchie très marquée entre les premiers prix, les prix des marques de distributeurs et les prix des grandes marques, le Conseil considère que la concurrence entre les trois catégories de produits correspondants est limitée, la persistance de différences de prix importantes traduisant le fait que les consommateurs ne considèrent pas les produits comme substituables.

Analysant les critères de mesure de la concentration, le Conseil a exposé que l'analyse des parts de marché par enseigne, qui ne fournit qu'une indication partielle du pouvoir de marché effectif des opérateurs sur le marché aval, doit être complétée par une étude des conditions d'accès aux marchés et de sortie des marchés, qui sont des facteurs déterminants pour l'établissement ou le maintien d'un pouvoir de marché durable. A cet égard, l'analyse doit prendre en compte les conséquences de la réglementation spécifique prévue par la loi du 27 décembre 1973 qui subordonne à une autorisation administrative préalable l'ouverture de toute nouvelle surface de vente au-delà d'un certain seuil. Ce dispositif constitue, en effet, une barrière à l'entrée de nouveaux concurrents et confère aux opérateurs en place un avantage appréciable dans la mesure où il introduit une rigidité dans la capacité des entreprises à

adapter leur offre au développement de la demande, à accroître leur clientèle ou à répondre aux pratiques d'un distributeur plus puissant qui pourrait profiter d'une position renforcée sur un marché.

Sur les marchés de l'approvisionnement, le Conseil a estimé que l'analyse de la concentration devait être effectuée, non au niveau de l'enseigne, critère ici peu pertinent, mais au niveau des centrales d'achat ou de référencement.

On distingue en général trois catégories de centrales auxquelles adhèrent les distributeurs nationaux et qui peuvent être liées à des centrales européennes :

- les centrales opérant pour plusieurs groupes pouvant relever de divers segments de la distribution, auxquels se joignent parfois des sociétés affiliées ;
- la deuxième catégorie concerne les centrales des groupements de commerçants ;
- la dernière catégorie regroupe les centrales indépendantes.

Le Conseil a relevé que les pratiques de ces centrales à l'égard des fournisseurs étaient extrêmement variables, s'agissant du niveau de la négociation, de son objet, de l'implication des adhérents, au niveau régional ou local. Dans les faits, chacune de ces structures remplit une mission qui ne se limite pas à la seule négociation de rabais et de remises mais contribue à rationaliser l'approvisionnement des magasins dans l'intérêt des producteurs comme des distributeurs. La puissance de chacune d'entre elles varie sensiblement selon ses modalités de fonctionnement et son rôle dans la négociation avec les fournisseurs.

A partir des critères de mesure de la concentration ainsi définis, le Conseil a dressé, pour répondre à la demande du ministre, un état de la concentration en France et a procédé à une comparaison internationale. Sur le marché aval, l'analyse effectuée à partir de différentes sources (Insee, Nielsen, LSA) a mis en évidence que quatre groupes de distribution assuraient, en 1995, plus de la moitié des ventes sur les marchés de la grande distribution à dominante alimentaire (ce taux atteignant 70 p. cent lorsque sont prises en compte uniquement les ventes réalisées par les hypermarchés appartenant à ces quatre enseignes). Le Conseil en a déduit qu'aucun opérateur ne disposait d'une part de marché importante au plan global quel que soit l'indicateur considéré, tout en constatant un important mouvement de rapprochement, marqué par un renforcement des groupes déjà les plus puissants, ce phénomène étant encore plus marqué pour les hypermarchés. S'agissant des marchés de l'approvisionnement, le Conseil a relevé que la présence de regroupements d'indépendants puissants limitait la concentration financière de la distribution et que la centralisation des achats n'accroissait pas sensiblement la concentration, dans la mesure où, dans de nombreux cas, ce sont de petits opérateurs qui apportent leur capacité d'achat en complément d'opérateurs puissants. Enfin, le Conseil a souligné qu'au delà de l'analyse globale, c'est au plan local que doit être appréciée la situation, afin de déterminer si le consommateur se trouve en situation de faire jouer la concurrence.

La comparaison menée avec les pays étrangers, au-delà des difficultés méthodologiques, a permis de mettre en évidence que le degré de concentration et la puissance d'achat des groupes de la distribution ne sont généralement pas plus élevés en France que dans les pays voisins. Une des spécificités du secteur tient, en revanche, au développement de l'hypermarché, une forme de commerce qui a pris en France une importance considérable par rapport aux autres structures. Ce phénomène est renforcé par la présence de plusieurs groupes

particulièrement puissants, face à un nombre restreint d'opérateurs plus modestes, alors que, dans de nombreux autres pays, s'il existe des groupes plus puissants qu'en France, ils sont en nombre limité, répartissent leur activité entre plusieurs modes de distribution et sont soumis à la concurrence de groupes de taille moyenne, mais nombreux et dynamiques, qui permettent aux fournisseurs de diversifier leurs débouchés.

Poursuivant son analyse, le Conseil a apprécié l'effet de la concentration de la distribution sur la concurrence sur les marchés aval et amont. Sur le marché aval, il a relevé que ni l'évolution des structures du marché vers une plus grande concentration, ni les mouvements qui affectent les formes de commerce, avec l'apparition par exemple du maxidiscompte, ne laissent supposer un relâchement de la pression concurrentielle, notamment par les prix. Dans les relations fournisseurs-distributeurs, la puissance de la grande distribution dépend de nombreux facteurs qui contribuent à définir les marges effectives de négociation dont disposent les producteurs face aux distributeurs. A cet égard, si la négociation des accords de référencement, comme celle des conditions commerciales ou des accords de coopération participent de la liberté contractuelle, le Conseil a rappelé, en s'appuyant sur plusieurs de ses décisions, dans quelles limites devaient s'inscrire les relations entre fournisseurs et distributeurs, sauf à révéler des comportements abusifs au regard des règles de concurrence.

Au-delà de ce constat, le Conseil a proposé des principes méthodologiques permettant d'apprécier les effets sur la concurrence de la puissance d'achat de la distribution vis-à-vis de ses fournisseurs, notamment à travers l'analyse de la dépendance économique. Cette notion recouvre la situation dans laquelle se trouve une entreprise dans sa relation avec une autre, cliente ou fournisseur, caractérisée par une position de puissance telle à son égard qu'elle ne peut s'y soustraire. Dans cette situation, si les relations commerciales viennent à être interrompues, la continuité d'exploitation de la première entreprise n'est plus assurée. Si la notion peut trouver à s'appliquer à des fournisseurs vis-à-vis de la grande distribution, elle peut aussi caractériser la situation d'un distributeur dépendant de tel ou tel fournisseur de produits de marque dont la notoriété les rend incontournables. Les critères jurisprudentiels pour apprécier une telle situation sont la part de chiffre d'affaires réalisée par le fournisseur avec le distributeur, l'importance du distributeur dans la commercialisation des produits concernés, les facteurs ayant conduit à la concentration des ventes auprès de ce distributeur - choix stratégique ou nécessité technique et, enfin, l'existence de solutions alternatives. S'agissant plus particulièrement de la dépendance d'un fournisseur à l'égard d'un distributeur, la dépendance économique serait avérée à la double condition, d'une part, que le premier ne pourrait trouver d'autre client de taille comparable pour les biens ou services qu'il offre, alors que la demande additionnelle des autres clients sur ce marché ne représenterait qu'une faible part de la demande de ce client, ne lui permettant pas de couvrir ses coûts fixes et, d'autre part, que les facteurs de production de ce fournisseur se trouveraient être spécialisés dans la fabrication de biens pour le distributeur, sans pouvoir être utilisés ou adaptés à d'autres productions à un coût économiquement acceptable.

Cette analyse conduit donc d'abord à déterminer, sur une base comptable, la part du distributeur dans les ventes du fournisseur et les conséquences de la perte de ce client, puis à apprécier dans quelle mesure, compte tenu de la structure des marchés, le fournisseur est à même d'échapper à cette dépendance.

D'un point de vue global, en raison de l'évolution de l'organisation de la distribution et de la déspecialisation des grandes surfaces, les achats des grands distributeurs se trouvent représenter une part dans le chiffre d'affaires des fournisseurs beaucoup plus élevée que celle que représentent les ventes des producteurs dans le chiffre d'affaires des distributeurs, une

telle situation fragilisant la situation des fournisseurs vis-à-vis de la distribution. Toutefois, l'avantage concurrentiel des distributeurs est limité par la mobilité des consommateurs, qui peuvent privilégier leur préférences pour une marque par rapport à leur fidélité à une enseigne.

L'existence de solutions alternatives doit être appréciée en tenant compte de la possibilité pour les fournisseurs de reporter leurs ventes d'une forme de commerce à une autre, cette possibilité devant être envisagée au cas par cas, la nature des produits ou les conditions de leur livraison pouvant rendre difficile dans les faits le report d'une forme de commerce vers une autre. L'analyse devra aussi tenir compte des conditions qui ont pu conduire le fournisseur à segmenter son offre, pour évaluer les coûts de report. Elle devra encore prendre en compte la taille des marchés qui sont accessibles aux fournisseurs, ainsi que la nature des produits qu'ils offrent, qui peuvent être plus ou moins adaptés aux marchés locaux, nationaux ou internationaux. Le Conseil a, dans ce cadre, étudié le cas particulier des fournisseurs de produits de marque de distributeur (MDD), pour lesquels il existe des situations très contrastées. La dépendance peut être particulièrement forte, lorsque le fournisseur a choisi la fabrication de MDD pour limiter son effort de recherche, s'il existe de nombreux autres fournisseurs prêts à répondre à cette demande et, enfin, si les produits sont interchangeables. A l'opposé, si ce type de fabrication résulte d'une véritable stratégie industrielle, fondée sur des coûts compétitifs, le fournisseur peut être en situation de force dans la négociation avec le distributeur. Enfin, le Conseil a souligné que la puissance d'achat des distributeurs dépendait largement de la capacité des fournisseurs à se reporter ou non vers d'autres secteurs que la distribution, tels la restauration collective par exemple.

Dans le cadre spécifique du contrôle d'une concentration, l'analyse conduira à comparer la puissance d'achat des distributeurs et le pouvoir de marché des fournisseurs et à apprécier les risques de dépendance engendrés par la nouvelle situation. L'analyse de la puissance d'achat est effectuée à partir de critères multiples qu'il est difficile de hiérarchiser. Parmi ceux-ci, figurent les conditions dans lesquelles sont négociés les achats (fonctionnement des structures d'achat), les caractéristiques des enseignes, les limites des surfaces de vente, le comportement des consommateurs, le degré de développement des MDD, leur positionnement par rapport aux marques nationales ainsi que le processus d'intégration verticale.

Le fonctionnement des centrales d'achat ou de référencement doit être un des points essentiels de cette analyse. En particulier, la part des achats hors des centrales d'achat ou des achats avec des fournisseurs non référencés peut être décisive pour l'appréciation du caractère de partenaire obligé des distributeurs. Mais le Conseil a estimé que, s'il n'était pas possible de se prononcer en termes généraux sur une situation aussi hétérogène que celle des centrales d'achat et de référencement, l'éventualité d'une atteinte à la concurrence dans l'hypothèse d'une reconstitution de " super-centrales ", examinée dans un avis antérieur, ne saurait être écartée a priori, mais ne pourrait être établie qu'au terme d'une analyse spécifique. De manière générale, les restrictions de concurrence inhérentes à l'existence même d'une centrale, comme celles qui peuvent résulter de l'effet cumulatif de ces centrales sur un marché, doivent être appréciées au regard de l'amélioration de l'efficacité de la distribution et des services rendus aux fournisseurs, qui peuvent avoir pour effet d'aviver la concurrence et/ou d'accroître l'efficacité économique des producteurs.

De la même façon, pour déterminer si l'adhésion à une structure européenne constitue ou non un renforcement de la puissance des distributeurs, l'analyse devra être menée au cas par cas, en fonction des spécificités juridiques de chaque groupement et de son impact sur le marché.

D'autres indicateurs pourraient également être pris en compte. Ainsi en est-il des relations entre l'enseigne et la marque, qui peuvent constituer un indice utile à l'analyse de la puissance de la grande distribution. L'image de l'enseigne peut être prépondérante sur la marque des produits, dans les secteurs où le marché amont est atomisé et où il n'existe que très peu de marques de producteurs. De même, le poids de la distribution se trouve renforcé lorsque celle-ci est largement dominée par un opérateur qui réalise une part importante de ses ventes avec des produits fabriqués en sous-traitance à sa propre marque ou encore lorsque les parts prises par les MDD sont très élevées. La surface des rayons qui conditionne les capacités de référencement des marques peut constituer un autre indicateur. La stratégie commerciale des enseignes, qui consiste à limiter dans certains cas le référencement à une ou deux marques, peut toutefois contrebalancer la puissance des fournisseurs. L'étude du comportement des consommateurs, notamment à travers les moyens mis en oeuvre par un groupe ou une enseigne pour fidéliser ses clients (cartes de fidélité, bons de réduction, etc.), peut également être utile à l'analyse.

Le degré de développement des marques de distributeurs, leur positionnement par rapport aux marques de fabricants ainsi que l'examen des éléments d'intégration verticale permettent de préciser la puissance de la distribution. Dans cette perspective, doivent être examinés les liens de partenariat qui naissent entre distributeurs et certains de leurs fournisseurs, sous des formes diverses, accords exclusifs, accords de partenariat généraux souscrits avec une filière, actions menées avec les producteurs dans le but d'améliorer la logistique, la gestion des commandes ou des stocks. L'échange des données informatisées (EDI) est en la matière la forme la plus aboutie actuellement puisqu'elle vise à instaurer un échange d'informations entre l'amont et l'aval. Les campagnes promotionnelles sont aussi l'occasion d'accords bilatéraux.

Le pouvoir de marché des fournisseurs peut s'apprécier à travers des critères tels que la notoriété de la marque, le savoir-faire, le développement d'actions commerciales et la capacité à offrir des produits innovants ou différenciés, qui constituent autant d'éléments propres à contrebalancer la puissance de l'acheteur, au point de rendre le rapport de force favorable au producteur. L'analyse devra donc déterminer si les marchés sont dominés par des marques de fabricant, si les marques de distributeur et les premiers prix ont pu pénétrer ou si les marques de producteur ont réussi à se maintenir voire à progresser, les producteurs ayant su contrer la stratégie des distributeurs avec leurs propres armes, telles la baisse des prix ou le gain de parts de linéaires grâce à l'innovation.

En conclusion, le Conseil a mis l'accent sur la nécessité d'adapter la méthode d'analyse au cas par cas, en fonction de la situation concrète des marchés en raison de la diversité et de l'évolution des situations susceptibles d'être examinées. L'analyse de chaque dossier de concentration devra s'attacher à appliquer les critères ainsi définis, mais sans qu'il soit possible d'établir une hiérarchisation entre eux, la dépendance comme la puissance d'un opérateur ne pouvant être établie qu'à partir d'un faisceau d'éléments tirés de l'application de plusieurs critères. Il a par ailleurs estimé qu'aucune mesure de nature structurelle ne pouvait être prise de façon systématique, dès lors qu'aucun élément ne permettait d'établir l'existence d'atteintes ou de risques d'atteinte à la concurrence sur un ou plusieurs marchés définis et qu'en particulier, aucune mesure de déconcentration de structures commerciales ne paraissait pouvoir être fondée sur une approche générale.

2 -Plusieurs des avis rendus par le Conseil au cours de l'année 1997 ont concerné le secteur des télécommunications, et ont porté plus particulièrement sur diverses questions liées aux conditions d'exercice de la concurrence dans un secteur, qui reste dominé par l'opérateur historique.

Le Conseil a ainsi été interrogé par l'Association française des opérateurs privés de télécommunications (352) sur les questions que pose, au regard du droit de la concurrence, la coexistence au sein de France Télécom, dans une même structure juridique et commerciale, d'activités de télécommunications exercées en situation concurrentielle, notamment dans les domaines de la radiotéléphonie mobile et de la radiomessagerie, et sous monopole.

France Télécom a, à l'origine, organisé la gestion du secteur des mobiles autour de deux services : France Télécom mobiles radiotéléphone (FTMRT) chargé de *Radiocom 2000* et d'*Itinériss* et France Télécom mobile Pointel (FTMP), en charge de *Bi-Bop*. Ces services ont été fusionnés en 1996 dans la division France Télécom Mobiles, qui gère directement les réseaux de radiotéléphone et assure la coordination stratégique des autres activités mobiles du groupe France Télécom, exploitées par des filiales spécialisées.

Le secteur du téléphone mobile et de la radiomessagerie comporte, outre France Télécom, deux offreurs : Cegetel, dont une des branches rassemble les offres de la Société française de radiotéléphone (SFR), de la Société française de transmission de données par radio (TDR) et de la Compagnie générale de radiocommunications de proximité (CGRP), et Bouygues Télécom. Ces deux opérateurs sont dépendants de l'opérateur historique pour l'interconnexion de leurs réseaux au réseau téléphonique commuté public, malgré l'existence éventuelle d'infrastructures alternatives.

Le Conseil, se référant à ses avis n° 94-A-15 relatif à la diversification des activités d'EDF et de GDF, n° 95-A-18 relatif aux activités de messagerie de la SNCF et n° 96-A-10 relatif au fonctionnement des services financiers de La Poste, a rappelé que les difficultés soulevées par l'existence au sein d'une entreprise détenant un monopole public d'activités relevant du secteur concurrentiel présentent un enjeu particulier dans le cas d'un opérateur historique qui gère une facilité essentielle, assure une mission de service public, bénéficie de l'image associée au service public et se trouve en concurrence pour certains services avec des entreprises privées. Il a souligné que les conditions de financement des activités en concurrence présentent une influence déterminante sur l'équilibre du secteur des mobiles compte tenu des investissements nécessaires à la constitution des réseaux et que l'absence d'actionnaires privés pouvait conduire à assouplir les contraintes de rentabilité et de rémunération des fonds propres ou, du moins, à avoir une exigence plus globale de rentabilité. Le Conseil a observé également que les activités de France Télécom dans le secteur des radiocommunications sont exercées soit par une division au sein de l'entreprise, soit par des filiales, de façon totalement imbriquée avec les autres activités de France Télécom, notamment en ce qui concerne les infrastructures commerciales et techniques, ainsi que la recherche, de telle sorte qu'il ne pourrait être exclu que les charges d'exploitation imputables aux services mobiles soient partiellement supportées par d'autres activités de cet opérateur et donnent lieu à des subventions croisées. Il a, enfin, remarqué que, si le respect de l'égalité de traitement et la non-discrimination sont nécessaires à l'exercice de la concurrence, il n'en reste pas moins que, dans certains cas, il y a lieu de s'interroger sur le niveau même de ces prix de cession pour s'assurer qu'ils ne sont pas disproportionnés par rapport aux services rendus.

S'appuyant sur les principes dégagés dans les avis ci-dessus cités, le Conseil a suggéré des solutions propres à garantir le respect des règles de concurrence dans ce secteur. Il a notamment relevé que l'obligation imposée à France Télécom par le ministre de réaliser l'individualisation comptable de ses activités en concurrence permettrait de s'assurer qu'il n'existe pas de transfert de charges et de ressources entre les diverses activités du groupe et serait de nature à réduire les éventuelles distorsions de concurrence, compte tenu des risques spécifiques d'atteinte à la concurrence liés à la situation de l'opérateur historique. Il a

également rappelé qu'il était parfois souhaitable de procéder à une séparation juridique des entités assurant des activités différentes, solution envisagée en l'espèce tant par l'Autorité de régulation des télécommunications que par le ministre chargé des télécommunications pour permettre la plus grande transparence possible, cette solution ayant d'ailleurs été appliquée par de nombreux pays étrangers. Le Conseil a indiqué que si cette solution devait être retenue, il conviendrait d'abord d'élaborer un bilan d'ouverture, qui soit le reflet à la fois de l'activité et de la situation patrimoniale de cette ou de ces filiales, tout en prenant en compte les particularités de leur gestion, notamment en matière de personnel, alors que serait ainsi séparée de la société mère l'exploitation de services représentant un enjeu stratégique et un axe majeur de son développement.

Le Conseil a également été consulté par le ministre chargé de l'économie s'agissant de certaines propositions tarifaires de France Télécom, qui souhaitait pérenniser trois tarifs expérimentaux dénommés Modulance Partenaires 300, Modulances Partenaires 500 et Modulances Partenaires 800 (353). Ces propositions, qui sont destinées aux clients multisites, consistent à faire bénéficier contractuellement les abonnés de réductions sur le prix des communications par rapport aux tarifs du catalogue de prix de France Télécom, y compris les avantages horaires, moyennant le paiement de frais d'accès au service, d'un abonnement pour l'ensemble du réseau et d'un ou deux abonnements par site selon l'option réseau choisie. Ces contrats donnent droit, contre le paiement de frais d'accès au réseau et d'un abonnement mensuel à l'option réseau, à une " réduction site " et à une " réduction réseau ". La réduction " site " s'applique sur l'assiette de trafic " Modulances partenaires " enregistré pour chaque site. Elle se compose d'une réduction pour " le trafic partenaire " qui varie, suivant les options entre 10 et 35 % et d'une réduction pour le trafic " externe " qui est comprise entre 5 et 17 %. La réduction " réseau " est une réduction complémentaire de 3,5 ou 8 % selon l'option choisie, qui s'applique sur l'assiette de trafic Modulance Partenaires après déduction des remises précédentes. En outre, une prime de fidélité pour les contrats de 3 ou 5 ans est accordée sur le montant hors taxes de l'assiette de trafic de Modulance Partenaires, après déduction de l'ensemble des réductions.

Le Conseil a relevé que les concurrents de France Télécom pouvaient offrir aux entreprises multisites des services relatifs aux communications tant internes, dans le cadre autorisé des groupes fermés d'utilisateurs pouvant être assimilés aux " partenaires ", qu'externes, en utilisant le réseau public commuté, le service téléphonique entre points fixes étant réservé à l'opérateur historique jusqu'au 31 décembre 1977. Jusqu'à cette date, ce dernier facturait le service correspondant soit sur la base du prix de détail, soit en les faisant bénéficier d'options tarifaires qui apparaissaient généralement moins avantageuses que celles procurées par " Modulances Partenaires ". Le fait de coupler dans les contrats Modulances Partenaires les avantages tarifaires consentis pour les communications internes (entre sites) de ses clients à des avantages tarifaires pour leurs communications externes et en leur offrant une remise supplémentaire sur l'ensemble de ces communications a été considéré comme liant artificiellement deux services distincts, dont l'un était d'ores et déjà ouvert à la concurrence. Les entreprises multisites étaient, dans ces conditions, découragées de s'adresser à un opérateur concurrent pour leur trafic entre sites, même si cet opérateur leur offrait des conditions aussi intéressantes que celles prévues au titre des réductions pour le " trafic partenaires " accordées par les contrats " Modulances Partenaires ". En effet, ces entreprises ne pourront dans ce cas, bénéficier ni des avantages consentis dans le cadre du contrat " Modulances Partenaires " sur leurs communications externes, ni de la remise globale supplémentaire calculée sur ces communications. Si les concurrents de France Télécom avaient souhaité offrir, en complément du service entre sites, un service de communication externe, ils auraient alors été dans la dépendance de France Télécom pour l'utilisation du

réseau public commuté et n'auraient pu, en tout état de cause, acheminer les communications externes de leurs clients multisites à des conditions aussi intéressantes que celles des contrats Modulances Partenaires, sauf à ce qu'ils y souscrivent, option dont il n'était pas contesté qu'elle ne présentait aucun intérêt économique.

Le Conseil a encore souligné que, compte tenu de la durée de ces contrats, qui allait au-delà de la date d'ouverture à la concurrence des services de téléphonie vocale, de leur caractère tacite, de la durée indéterminée de leur reconduction et du montant de la pénalité exigible, en cas de résiliation anticipée, l'existence d'une remise de fidélité était de nature à inciter les entreprises qui ont besoin d'un service comprenant deux prestations, dont l'une est ouverte à la concurrence, à contracter dès maintenant avec France Télécom et à les dissuader de s'adresser à un des concurrents de l'opérateur historique, lorsque les deux services seront ouverts à la concurrence.

En conclusion, le Conseil a considéré qu'il convenait de supprimer des options tarifaires " Modulance Partenaires " les dispositions relatives au couplage des remises pour le trafic " partenaire " à celles pour le " trafic externe " et les dispositions relatives à la " prime de fidélité ".

Peut également être commentée ici la demande d'avis présentée par l'Autorité de régulation des télécommunications, sur le fondement de l'article L 36-10 du code des postes et télécommunications, concernant le projet de cahier des charges annexé au projet d'arrêté autorisant la société France Télécom à établir et exploiter un réseau de télécommunications ouvert au public et à fournir un service téléphonique au public. Cette demande faisait suite à l'avis rendu par le Conseil sur le projet de décret relatif aux clauses types des cahiers des charges associés aux autorisations attribuées en application des articles L 33-1 et L 34-1 du code des postes et télécommunications ([354](#)). Le Conseil avait alors indiqué que, pour l'opérateur historique, seule une étude approfondie pourrait lui permettre d'apprécier le niveau des garanties qui devaient lui être imposées pour permettre un exercice effectif de la concurrence. Les dispositions de l'article L 36-10 du code des postes et télécommunications permettent au Président de l'ART de saisir pour avis le Conseil notamment sur toute question de concurrence.

Le projet de cahier des charges se compose de dix-huit chapitres, parmi lesquels le chapitre 13 traite des " conditions nécessaires pour assurer une concurrence loyale " sur les marchés couverts par l'autorisation. De façon générale, le Conseil a rappelé que si France Télécom devait respecter l'ensemble des règles de concurrence et que si cette obligation devait être inscrite dans son cahier des charges, il conviendrait alors de compléter ces dispositions en y incluant une référence au Traité de Rome. Il s'est interrogé également sur la nécessité de reprendre dans ce cahier des charges particulier, un ensemble de dispositions figurant déjà soit dans le code des postes et télécommunications, soit dans le décret n° 96-1225 du 27 décembre 1996, soit encore dans le cahier des charges de France Télécom.

Le Conseil a également relevé que l'article 13.2 du projet de cahier des charges qui lui était soumis, intitulé " Transparence et non-discrimination ", faisait référence aux dispositions de l'article 14 du cahier des charges de France Télécom, qui impose à l'opérateur historique de séparer ce qui relève du service universel des autres services de télécommunications et précise également que France Télécom peut proposer une offre sur mesure dans le respect du principe de non-discrimination. L'exploitant est ainsi tenu d'explicitier de manière précise les conditions dans lesquelles les services qu'il fournit, comme ceux de ses filiales ou partenaires, utilisent ses autres services, ressources ou activités. Les modalités de cette utilisation sont définies par différents documents appelés, selon le cas, conventions, protocoles ou documents. S'agissant

des relations internes entre entités de France Télécom, le Conseil a estimé qu'il convenait de limiter les obligations aux seuls documents concernant des ressources susceptibles d'être utilisées dans la fourniture de services concurrencés pour s'assurer de l'absence de subventions croisées, et de lever l'ambiguïté des termes " services " et " activités ", qui ont un caractère de généralité trop grand. Le paragraphe 13.3, intitulé " Comptabilité ", impose notamment à France Télécom de se doter d'un système d'information et de comptabilité analytique permettant d'allouer " précisément " aux différents produits et services les coûts communs, notamment ceux relatifs à l'utilisation des agences commerciales, à la publicité, à la recherche, en fonction de l'utilisation effective de ces prestations. Une telle disposition devrait permettre de supprimer toute discrimination et faire apparaître les bases de facturation des services que l'exploitant se rend à lui-même, notamment en ce qui concerne les conditions d'interconnexion et la fourniture du service universel. Le Conseil a rappelé que le respect des dispositions comptables était particulièrement important s'agissant d'un opérateur en position dominante, qui peut être tenté d'utiliser la force que lui confère cette position pour mettre en oeuvre des pratiques de prix prédatrices.

Le Conseil a rappelé qu'en ce qui concerne les coûts d'interconnexion, il était favorable à ce que soit utilisée à terme la méthode du coût moyen incrémental de long terme et qu'en tout état de cause, la méthode d'évaluation des éléments de coûts liés à l'activité d'interconnexion devait être identique à celle permettant à France Télécom d'élaborer ses tarifs à destination de ses clients.

Le chapitre " Séparation comptable " prévoit une généralisation de l'obligation faite à France Télécom de tenir une comptabilité séparée pour les activités d'interconnexion à l'ensemble des activités suivantes : le réseau général, le réseau d'accès et chacun des principaux services fournis par l'exploitant. Le Conseil a souligné que si l'opérateur doit fournir à l'ART la " définition des activités et les comptes séparés conformément à la liste des activités qu'elle établit ", il appartiendra à France Télécom de préciser le périmètre de chacun des services correspondant à ces " activités ". Il conviendra également de s'assurer que l'intégralité des coûts, directs et indirects, sont ventilés sur les diverses " activités " de la liste. Le Conseil a estimé, sur ce point, que ces activités présentaient un caractère global et que pour permettre une exacte appréciation des coûts des services concurrencés supportés par France Télécom, il conviendrait de réaliser une analyse plus fine, selon des normes d'imputation comptables définies préalablement par l'ART et inscrites dans le cahier des charges.

S'agissant des obligations de France Télécom en matière de " Transparence dans les comptes et dans l'action commerciale ", lui imposant la communication des éléments pertinents du système d'information, des données comptables et des comptes séparés, le Conseil a relevé que si la production de ces informations pouvait contribuer à l'objectif de transparence, il convenait que soit précisé le niveau de détail auquel elles devaient être communiquées.

Enfin, l'obligation faite à France Télécom de " ne pas utiliser les informations qu'il obtient dans le cadre de ses relations de fourniture de services à des entreprises concurrentes à d'autres fins que celles prévues dans le cadre de la fourniture du service concerné " s'applique à l'opérateur historique vis-à-vis d'opérateurs de télécommunications concurrents. Le Conseil a estimé qu'il conviendrait d'ajouter que France Télécom, qui offre des produits et services diversifiés, ne peut utiliser les informations confidentielles qu'il recueille dans l'exercice de ses activités de service universel à des fins commerciales pour la fourniture de services concurrencés, le respect de cette obligation étant plus facile à contrôler si elle était inscrite dans le cahier des charges, plutôt que dans un protocole interne.

S'agissant des obligations de France Télécom en matière commerciale, le Conseil a pris acte de ce que l'ART n'avait pas voulu imposer des obligations de type comportemental, les pratiques de cet opérateur relevant des règles du droit commun de la concurrence et a rappelé sa jurisprudence en matière tarifaire notamment.

3 -Le secteur des chemins de fer a également fait l'objet d'importantes réformes, s'inscrivant dans le cadre de plusieurs directives communautaires en vue du développement et de la libéralisation du transport ferroviaire au plan européen. Dans le cadre de ces réformes, le ministre a demandé l'avis du Conseil sur un projet de décret, qui allait devenir le décret n° 97-446 du 5 mai 1997, concernant les redevances d'utilisation du réseau ferré national et qui fait partie d'un ensemble de textes pris application de la loi n° 97-135 du 13 février 1997, qui a transféré à un établissement public à caractère industriel et commercial, " Réseau ferré de France " (RFF), la propriété des infrastructures ferroviaires, consacrant ainsi la séparation des infrastructures et de l'exploitation, conformément aux objectifs définis par la directive 91/440 du 29 juillet 1991. Parmi les ressources dont bénéficie RFF pour assurer son fonctionnement figurent les redevances d'utilisation du réseau ferré national.

La directive 91/440 a prévu que les entreprises ferroviaires et les regroupements internationaux d'entreprises ferroviaires doivent acquitter une redevance pour l'utilisation de l'infrastructure et que les modalités de calcul de cette redevance, fixées de manière non discriminatoires, sont définies par les États membres après consultation du gestionnaire de l'infrastructure. Selon les termes de la directive 95/19 du 19 juin 1995, " les redevances sont fixées notamment selon la nature du service, la période du service, la situation du marché ainsi que la nature et l'usure des infrastructures ", principes repris par les dispositions de l'article 13 de la loi du 13 février 1997.

Pour le calcul de ces redevances, le projet de décret répartit le réseau ferré en sections élémentaires regroupées en quatre catégories correspondant à des caractéristiques de trafic : lignes périurbaines, grandes lignes interurbaines, lignes à grande vitesse, autres lignes. Ces catégories peuvent elles-mêmes être divisées en sous-catégories correspondant à des niveaux du trafic. Pour chaque section élémentaire, la redevance d'utilisation du réseau ferré national se décompose en trois parties : un terme forfaitaire correspondant à l'accès à cette section pour une période donnée, un terme correspondant à la réservation d'une capacité d'infrastructure et un terme correspondant à la circulation effective.

Le terme forfaitaire, dont le paiement ouvre droit à l'accès au réseau, pourrait constituer pour les nouveaux opérateurs une barrière à l'entrée sur le marché, s'il était fixé à un niveau excessif et représentait une part importante de la redevance totale. Le Conseil a rappelé que la fixation du droit d'accès dans de telles conditions pourrait être regardé comme un refus d'accorder l'accès des infrastructures à certains opérateurs, un tel refus d'accès à une facilité essentielle, pouvant s'analyser, au regard de la jurisprudence tant nationale que communautaire, soit comme une entente de nature anticoncurrentielle entre le détenteur de l'installation et un opérateur soit, comme un abus de position dominante de la part de l'entreprise détentrice du monopole. En l'absence de précisions suffisantes, il a indiqué ne pas avoir été en mesure d'apprécier si les conditions de fixation prévues étaient de nature à garantir un accès non discriminatoire des entreprises ferroviaires à l'infrastructure.

Le terme correspondant à la réservation est calculé en fonction de la longueur de la section élémentaire à partir d'un prix kilométrique fixé par catégorie de section élémentaire, du type de convoi ou de trafic et du tonnage. Exigible même si la capacité réservée n'est pas utilisée, le projet de décret envisage l'éventualité d'un remboursement. Le Conseil a souligné la nécessité de déterminer objectivement les conditions de remboursement, conformément aux

prescriptions des directives communautaires. Par ailleurs, il a noté que des difficultés pourraient surgir en raison de l'absence de précision des objectifs recherchés par la modulation des redevances dues au titre de la réservation et de la circulation ainsi que de la multiplication des paramètres de variation des redevances, risquant de rendre la tarification complexe et peu transparente. Il a donc indiqué qu'il était nécessaire que le texte réglementaire précise les objectifs recherchés par chacun des éléments de la modulation des termes " réservation " et " circulation " de la redevance ainsi que les conditions et l'amplitude de cette modulation. Il a également signalé l'absence d'indication sur les modalités de tarification des prestations complémentaires énumérées à l'article 7 du projet de décret.

Par ailleurs, nonobstant les règles de calcul des redevances ainsi définies, le projet de décret fixe un plafond aux redevances dues par la SNCF en 1997 et 1998. Le Conseil a souligné le caractère artificiel de ce mode de fixation qui, correspondant à la " capacité contributive " actuelle de la SNCF, ne prend en compte ni le coût de l'infrastructure, ni la situation du marché des transports, ni l'harmonisation des conditions de la concurrence intermodale. Il a également relevé que l'hétérogénéité des règles de calcul des redevances d'infrastructure au niveau européen (tarification aux coûts complets ou tarification nulle) pouvait conduire à des phénomènes de détournement de trafic.

Enfin, s'agissant du traitement des litiges, le Conseil a noté qu'en prévoyant que les litiges soulevés par une entreprise ferroviaire faisaient l'objet d'un recours préalable devant le ministre chargé des transports avant d'être portés devant une juridiction, le décret n'organisait pas une procédure conforme aux dispositions de la directive 95/19, qui, en son article 13, prévoit que les litiges en matière de répartition des capacités d'infrastructure et de perception des redevances sont portés devant une instance indépendante sur demande écrite d'une entreprise ferroviaire.

4 -Outre les avis rendus dans le secteur des télécommunications, deux avis rendus par le Conseil en 1997 concernent des opérateurs publics, qui ont diversifié ou prolongé leur activité sur des marchés ouverts à la concurrence.

Ainsi, le groupement des éditions et de la presse nautiques qui rassemble des éditeurs d'ouvrages nautiques membres de la Fédération des industries nautiques, a demandé l'avis du Conseil sur plusieurs questions de concurrence soulevées par la politique éditoriale du Service hydrographique et océanographique de la Marine (SHOM) ([355](#)).

Le SHOM, service du ministère de la Défense dont les attributions ont été définies par le décret n° 71-396 du 25 mai 1971, a une mission de collecte et de traitement de l'information nautique, qui s'inscrit dans les engagements internationaux de la France en matière d'actions en mer. Il lui incombe en vertu des mêmes dispositions de diffuser ou de contrôler la diffusion des documents nautiques auprès des utilisateurs. Les documents réalisés par le SHOM relèvent de trois catégories : les cartes marines, les ouvrages nautiques, qui décrivent les côtes et leurs abords, conseillent les meilleures routes et décrivent les ports et les mouillages, et les avis aux navigateurs. L'activité du SHOM se développe dans deux directions, celle des éditeurs privés et celle des navigateurs. Vis-à-vis des éditeurs privés, le SHOM est l'offreur unique d'informations nautiques, car il est le seul service d'État pouvant les valider et leur conférer la qualité d'information officielle permettant aux navigateurs de remplir les obligations réglementaires auxquelles ils sont assujettis. Il tire des droits de propriété intellectuelle qu'il possède sur ces informations des redevances versées en contrepartie des autorisations de reproduction consenties aux éditeurs privés. Vis-à-vis des navigateurs, le SHOM et les éditeurs privés qui lui achètent les droits de reproduction, sont en situation d'offres d'ouvrages nautiques.

Pour répondre plus spécifiquement à la demande d'information des plaisanciers, le SHOM a décidé de publier un ouvrage dénommé " Instructions nautiques pour la plaisance ". Cet ouvrage serait, selon le groupement des éditions de la presse nautique, auteur de la demande d'avis, directement concurrent des guides de loisirs pour la navigation de plaisance, édités par certains de ses adhérents, et perturberait un marché étroit, qu'ils ont contribué à créer. Le groupement des éditeurs de la presse nautique estime, en effet, que le SHOM bénéficie, en tant que service de l'État, de conditions de production lui permettant de s'exonérer des contraintes économiques pesant sur les opérateurs privés et de pratiquer des prix de vente au public particulièrement bas par rapport aux prix de revient réels. Il pourrait, en outre, utiliser son image de service public, pour promouvoir ce type d'ouvrages.

Après avoir rappelé que le statut d'organe de l'État du SHOM ne le faisait pas échapper au droit de la concurrence, conformément à l'article 53 de l'ordonnance, le Conseil a examiné les questions posées, tenant d'une part aux conditions de cession des droits de reproduction des informations nautiques officielles et d'autre part aux prix de vente au public des ouvrages élaborés par le SHOM, en s'appuyant sur les principes méthodologiques qu'il avait dégagés dans d'autres avis (356) et qui pouvaient être appliqués à une situation de ce type, dans laquelle sont confrontés sur un même marché un opérateur public détenant des droits exclusifs lui conférant un monopole et des entreprises qui ne bénéficient pas d'une telle situation.

La première question posée visait le cas d'un opérateur qui, détenant des droits exclusifs lui conférant un monopole sur un produit ou une prestation indispensable à ses concurrents sur un autre marché, chercherait à gêner leur développement sur ce second marché en utilisant le pouvoir conféré par sa position. L'hypothèse examinée soulevait en conséquence la question des applications respectives du droit de la propriété intellectuelle et du droit de la concurrence. En effet, si les restrictions d'accès ou d'utilisation de ses produits opposées par un opérateur dominant à ses concurrents peuvent constituer des abus de position dominante, une analyse menée sur le fondement du droit de la concurrence ne peut conduire à dénier tout effet à l'existence de droit tels ceux visant à protéger la propriété intellectuelle. Le Conseil a rappelé les principes dégagés par la Cour de justice des Communautés européennes dans les arrêts Hoffman-La Roche du 28 mai 1978 et RTE-ITP c/ Commission du 6 avril 1995, selon lesquels " *l'exercice d'un droit de (propriété intellectuelle) n'est pas contraire à l'article 86 du Traité pour le seul motif qu'il est le fait d'une entreprise en position dominante, (s'il) n'a pas été utilisé comme instrument de l'exploitation d'une telle position* ". Dans la deuxième décision, la Cour a considéré que le refus opposé par des sociétés de télévision de fournir à des éditeurs de magazines des informations sur les émissions qu'elles diffusaient a fait obstacle à l'apparition de magazines de télévision complets et a été regardé comme un abus de position dominante.

Le SHOM ayant le statut d'un service public, et pouvant se prévaloir des dispositions du § 2 de l'article 90 du Traité, le Conseil a rappelé les principes dégagés par la jurisprudence communautaire dans les arrêts Corbeau (CJCE 19 mai 1993) et Commune d'Almelo (CJCE 19 janvier 1994), dans lesquels la Cour a admis que des restrictions à la concurrence sont possibles dans la mesure où elles s'avèrent nécessaires à l'exercice de la mission que remplit un service d'intérêt général, compte étant tenu des conditions économiques dans lesquelles est placé le service, des coûts qu'il doit supporter et des réglementations particulières auxquelles il est soumis. Le Conseil a indiqué que s'il était démontré que le SHOM établissait des prix de cession des droits de reproduction des données nautiques dans des conditions discriminatoires ou imputait dans le prix de revient de ses propres ouvrages un coût correspondant inférieur à la redevance perçue auprès des opérateurs privés avec lesquels il est en concurrence, il pourrait être conclu à l'existence d'une entrave au jeu de la concurrence.

La seconde question formulée dans la demande d'avis visait la situation dans laquelle un opérateur en position dominante sur un marché pratique des prix, sur ce marché ou sur un marché connexe, qui peuvent avoir pour effet d'éliminer ses concurrents. Le Conseil a rappelé que l'analyse à mener devait tenir compte de ce que les prémisses, sur lesquelles repose la jurisprudence dégagée par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'arrêt AKZO du 3 juillet 1991 pour établir l'abus de position dominante d'une entreprise pratiquant des prix prédateurs, ne sont qu'imparfaitement satisfaites dans le cas où se trouvent confrontés sur un même marché un opérateur public disposant d'une position de monopole associée à l'exercice d'une mission de service public et des opérateurs privés. En effet, ces opérateurs ne sont pas soumis aux mêmes contraintes de rentabilité et peuvent ne pas produire dans les mêmes conditions de coûts. Dès lors, la circonstance que l'opérateur public enregistre des pertes sur la partie concurrencée de son activité ne signifie pas que la pratique de prix qui lui est reprochée s'explique nécessairement par un objet anticoncurrentiel, même si tel est son effet réel ou potentiel. Dans un tel cas l'autorité de concurrence ne pourra conclure à l'existence d'une pratique prohibée qu'après avoir examiné la pratique de prix dénoncée à travers les réponses apportées à une série de questions portant sur la comparaison des prix des différents intervenants sur le marché, sur la stratégie commerciale de l'opérateur dominant à l'égard de ses concurrents et sur l'efficacité comparée de l'opérateur public et de ses concurrents.

Après avoir ainsi défini la méthode qu'il appliquerait s'il était saisi au contentieux, le Conseil a précisé que son application était subordonnée à l'existence d'un système comptable permettant véritablement d'examiner les coûts. Il a par ailleurs rappelé que les abus de position dominante ne se limitent pas aux pratiques prédatrices ou aux refus d'accès à un bien, mais que des agissements déloyaux peuvent également être de nature anticoncurrentielle.

La Fédération des ascenseurs (357) a saisi le Conseil d'une demande d'avis relative à la situation de la concurrence créée par la diversification des activités de la Régie Autonome des Transports Parisiens (RATP) sur le marché de la maintenance des ascenseurs et escaliers mécaniques. Il était plus particulièrement demandé si la concurrence faite par la RATP, par l'intermédiaire de sa filiale Urbiel, sur le marché en question était licite et si la diversification de la RATP par le biais de la société Urbiel n'entraînait pas de distorsions de concurrence.

Le Conseil a examiné les conditions d'intervention de la RATP sur le marché de la maintenance des ascenseurs et escaliers mécaniques au regard des principes qu'il a dégagés dans ses avis du 10 mai 1994 sur la diversification des activités d'EDF et de GDF et du 17 octobre 1995 sur les activités de messageries de la SNCF. Il a mis en évidence la nécessité d'une séparation stricte entre les activités liées au monopole et celles de diversification : les activités liées au monopole et les activités de diversification doivent faire l'objet d'une séparation juridique, les activités de diversification doivent être exercées indépendamment de l'établissement public, c'est-à-dire par des moyens matériels et humains propres, des dispositions comptables et financières doivent permettre d'identifier clairement les flux financiers entre l'établissement public et ses filiales et de vérifier que les activités de diversification ne bénéficient pas de subvention provenant des profits du monopole.

Le Conseil a estimé que les modalités de fonctionnement de la société Urbiel remplissaient les conditions ci-dessus. En effet, la société Urbiel loue les bureaux qu'elle occupe dans les locaux du siège social de la RATP et rembourse les frais d'administration et de logistique à due proportion de son occupation. Si elle emploie exclusivement du personnel de la RATP placé en disponibilité spéciale, elle supporte aux termes d'une convention signée en 1994 entre la RATP et sa filiale, la charge de son personnel et est responsable des actes qu'il peut

commettre. Pour réaliser des études, elle fait appel au personnel qualifié de la RATP qui lui adresse, pour chaque étude, un devis détaillé à partir duquel est établie une convention qui détermine les délais de réalisation et de paiement de l'étude.

Sur le plan comptable la société Urbiel, qui a le statut de société anonyme, est soumise aux règles comptables de droit commun. Le Conseil a constaté que sa comptabilité permettait de distinguer ses activités de prestataire de services de conseil en organisation de transports et la maintenance des ascenseurs et des escaliers mécaniques. De même dans la comptabilité figurent tous les mouvements financiers entre la maison mère et sa filiale.

Le Conseil a ensuite analysé l'incidence de l'activité de la société Urbiel sur le marché de la maintenance des ascenseurs et escaliers mécaniques à partir de trois éléments : sa part de marché, l'utilisation de la notoriété de la RATP, les coûts salariaux et le montant de son capital. Il a constaté que la part de marché de la société Urbiel ne représente que 0,19 % du marché des ascenseurs et escaliers mécaniques de la région Île-de-France. En ce qui concerne l'utilisation de la notoriété de la RATP, il a observé que les principales sociétés qui interviennent sur le marché des collectivités publiques appartiennent à quatre grands groupes internationaux qui bénéficient également d'une très forte notoriété nationale et internationale.

L'examen des coûts salariaux a montré qu'ils étaient très supérieurs pour la société Urbiel par rapport à ceux des entreprises du secteur. Malgré cette différence, la société Urbiel a emporté à deux reprises le marché de la maintenance des ascenseurs et escaliers mécaniques du Louvre pour un prix sensiblement inférieur à son concurrent. A partir des éléments portés à sa connaissance, le Conseil a estimé que cette compétitivité de la société Urbiel pouvait s'expliquer, pour ce marché, par une meilleure quantification des heures de présence des agents de maintenance sur le site, ainsi que des pièces détachées.

Le Conseil s'est toutefois interrogé sur l'apparente disproportion entre le montant du capital et le montant du chiffre d'affaires réalisé par la société Urbiel. En réponse à la RATP qui a expliqué que cette disproportion s'expliquait par le fait que la société Urbiel est une société qui, au-delà de son activité principale, est susceptible de reprendre des participations financières antérieurement détenues par la RATP, le Conseil a recommandé de confier les participations financières à une société holding, solution qu'il avait déjà préconisée dans son avis relatif à la diversification des activités d'EDF et de GDF pour ces établissements.

En conclusion le Conseil a estimé que l'entrée de la société Urbiel sur le marché de la maintenance des ascenseurs et remontées mécaniques avait pour effet d'augmenter le nombre des offreurs sur un segment sur lequel seuls quatre opérateurs appartenant à des groupes internationaux intervenaient et qu'en conséquence elle était favorable à la concurrence.

5 -L'Ordre des experts-comptables et trois organismes professionnels représentatifs de cette profession ont demandé un avis au Conseil portant "*sur la restriction de leur activité professionnelle dans le domaine juridique que semblent vouloir leur imposer, par la revendication d'un quasi-monopole, certains organismes représentatifs de la profession d'avocat*" (358). Cette demande d'avis s'inscrivait dans un contexte conflictuel entre les professions d'expert-comptable et d'avocat, dont l'enjeu porte sur les conditions d'exercice d'une activité juridique au profit des entreprises.

Le marché des prestations juridiques aux entreprises comprend trois types d'activités : le conseil, la rédaction d'actes, l'assistance et la représentation devant les juridictions. Le segment des prestations juridiques destinées aux petites et moyennes entreprises en dessous de cinquante personnes est très disputé entre experts-comptables et avocats, avec une présence

déjà forte des experts-comptables. En effet, pour certains professionnels, experts-comptables et avocats sont considérés comme en situation de concurrence bien que le champ légal de leur intervention dans le domaine juridique soit différent.

Les relations difficiles entre experts-comptables et avocats sont précisément dues pour partie à la réglementation de l'activité juridique. D'un côté l'ordonnance du 19 septembre 1945 organisant la profession d'expert-comptable donne la possibilité aux experts-comptables d'intervenir dans le domaine juridique. D'un autre côté, la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, modifiée par la loi du 31 décembre 1990, accorde le droit de donner des consultations juridiques et de rédiger des actes sous seing privé aux personnes exerçant une activité professionnelle réglementée " dans les limites autorisées par la réglementation qui leur est applicable ", les consultations juridiques devant relever de leur " activité principale " et les actes sous seing privé devant constituer " l'accessoire direct de la prestation fournie ".

Le champ d'intervention dans le domaine juridique des experts-comptables est ainsi cumulativement fixé par ces deux séries de dispositions dont la combinaison soulève des difficultés d'interprétation, les tribunaux étant fréquemment saisis de litiges visant à faire respecter le " périmètre du droit ". Le rapprochement de ces dispositions est rendu particulièrement malaisé, dès lors que l'ordonnance de 1945 semble moins restrictive que la loi de 1971, qui a introduit la notion " d'accessoire direct de la prestation fournie ". Sans chercher à procéder à une interprétation des textes, le Conseil, après avoir rappelé que les dispositions législatives de 1990, à l'occasion desquelles il avait émis un avis ([359](#)), n'ont pas institué une situation de monopole au profit des avocats, a, d'une part, mis en évidence les facteurs susceptibles d'affecter le fonctionnement du marché des prestations juridiques aux entreprises et, d'autre part, énuméré les moyens susceptibles d'améliorer la concurrence sur ce marché sans qu'il soit nécessaire de remettre en cause la réglementation dans ce secteur.

Sur le premier point le Conseil a noté que l'incertitude qui pèse sur la délimitation du champ d'intervention des experts-comptables est susceptible d'affecter le fonctionnement du marché sur lequel se présentent les avocats et les experts-comptables. En effet, ces derniers face aux risques de poursuites judiciaires engagées par des avocats peuvent être dissuadés de présenter leurs services alors que la demande existe. A la question de savoir si la sécurité juridique et les impératifs de gestion pouvaient être simultanément assurés par le maintien d'une zone de libre concurrence et plus particulièrement pour les petites et moyennes entreprises en ce qui concerne les prestations juridiques courantes, le Conseil a souligné qu'il n'avait pas à prendre parti sur la compétence des professions, à laquelle renvoie la notion de sécurité juridique, et qu'il appartient aux entreprises, en fonction de leurs besoins, d'évaluer les qualifications qu'elles attendent de leurs prestataires de services, dont l'offre est large et diversifiée. Il a, toutefois, mis en garde contre l'introduction de notions comme les " prestations juridiques courantes " ou de catégories tenant à la taille des entreprises, de tels critères, outre les difficultés d'interprétation qu'ils soulèvent, pouvant conduire à une sorte de répartition de marché entre les différentes professions.

Sur le second point, pour répondre à la question posée par les experts-comptables sur le risque de surenchérissement du coût des prestations juridiques dû à l'intervention d'un avocat, particulièrement pour les petites et moyennes entreprises, le Conseil a observé que le mode de facturation forfaitaire utilisé par les experts-comptables peut masquer pour l'entreprise qui fait appel à leurs services le coût réel de la prestation juridique qu'ils assurent et peut donc fausser la comparaison sur les niveaux de prix respectifs pratiqués par les deux professions. La situation de la démographie de la profession d'avocat et, notamment l'absence de numerus

clausus, constitue une garantie pour les entreprises de pouvoir faire jouer la concurrence par les prix entre ces professionnels. En réalité, plus que le coût du recours à un avocat, c'est la méconnaissance du niveau de prix susceptible d'être pratiqué, résultant de l'impossibilité pour les avocats de faire de la publicité sur les prix, qui peut constituer un frein à la consommation juridique pour les petites entreprises, étant observé que les experts-comptables sont également soumis à cette même interdiction. En d'autres termes, une intensification de la concurrence par les prix entre avocats peut répondre à la préoccupation des entreprises et des experts-comptables relative au coût des prestations juridiques.

Le Conseil a relevé par ailleurs que le caractère conflictuel des relations institutionnelles entre avocats et experts-comptables n'empêche pas le développement de certaines formes de collaboration entre les deux professions, qui résultent davantage d'une conception fondée sur la dynamique du marché et sa progression que sur sa répartition, et qui pourrait être de nature à apporter une réponse à la concurrence active que font les cabinets d'origine anglo-saxonne, non seulement auprès des grandes entreprises, mais aussi des PME. Des outils juridiques permettant le développement de l'interprofessionnalité ont été créés par le législateur. Ils devraient permettre de répondre également à la demande des entreprises en créant un effet de " guichet unique " pour l'offre de services juridiques et comptables.

6 -Le ministre chargé de l'économie a demandé l'avis du Conseil sur l'interprétation qu'il convenait de donner aux dispositions de l'article 10-1 de l'ordonnance, dans le cas particulier de la revente de phonogrammes, afin de déterminer une méthodologie de traitement des plaintes dont ses services pouvaient être saisis (360). Ces dispositions prévoient que : " Sont prohibées les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits. (...) Ces dispositions ne sont pas applicables en cas de revente en l'état, à l'exception des enregistrements sonores reproduits sur supports matériels. "

Avant de définir les principes méthodologiques propres au secteur du disque, le Conseil a rappelé, comme il l'avait fait dans son avis n° 96-A-05 (361) que même si le texte de l'article 10-1 ne fait pas expressément référence à la notion de " prix de prédation ", la définition qu'il donne du prix abusivement bas s'inscrit dans la droite ligne de la jurisprudence communautaire et nationale sur les prix de prédation. En vertu de cette jurisprudence lorsqu'une entreprise en position dominante fixe son prix de vente en dessous de ses coûts variables, la présomption de sa volonté d'éviction d'un concurrent est établie. Lorsque son prix de vente est inférieur à ses coûts totaux, la volonté d'élimination doit être démontrée à partir de l'analyse des pratiques et du comportement de leur auteur. La caractéristique commune à ces deux situations est l'existence d'une configuration de marché structurellement déséquilibrée, que vise implicitement l'article 10-1, même en l'absence de position dominante ou d'entente.

Les conditions posées par l'article 10-1, à savoir l'existence d'un lien entre la pratique de prix et l'effet d'éviction d'un marché conduisent à exclure d'un examen au titre de cet article la simple constatation de prix bas par rapport aux prix habituellement pratiqués et à s'interroger sur les critères de délimitation du marché ainsi que sur les critères propres à caractériser une stratégie d'éviction.

Sur la question de la détermination du marché pertinent, le Conseil, faisant application des démarches méthodologiques présentées dans ses avis n° 96-A-05, ci-dessus cité, et n° 97-A-04 relatif à diverses questions portant sur la concentration de la distribution (362), ci-dessus

analysé, a estimé qu'il existe un marché du disque sur lequel la seule segmentation envisageable est d'ordre géographique. En effet l'analyse des comportements des consommateurs confirmée par les professionnels tend à démontrer que les achats de disques sont essentiellement des achats d'impulsion pour lesquels les critères de choix principaux sont les niveaux de prix et la proximité des lieux d'achat. Toutefois, il ne peut être exclu que des pratiques de prix très bas limitées à quelques disques ou une catégorie de disques puissent être considérées comme prohibées par les dispositions de l'article 10-1 de l'ordonnance, si elles sont de nature à évincer un distributeur d'un marché du disque géographiquement délimité.

Le Conseil a ensuite circonscrit le champ d'application de l'article 10-1 aux pratiques qui ont véritablement un effet d'éviction, excluant de ce fait les pratiques de prix attractifs qui sont la manifestation de l'exercice normal de la concurrence. Les circonstances pouvant justifier l'examen de prix dénoncés comme abusivement bas tiennent à trois catégories de circonstances :

- le déséquilibre des rapports de force entre distributeurs : pourrait revêtir un caractère abusif une pratique de prix très bas mise en oeuvre par un distributeur dont le maintien sur le marché est en tout état de cause assuré en raison de sa part de marché, de ses capacités financières, de ses structures commerciales, étant établi que cette pratique est de nature à évincer un concurrent qui ne dispose pas des mêmes moyens ;
- la constatation du caractère durable et étendu de la pratique, de telle sorte que l'on puisse en déduire qu'elle fait partie d'une stratégie de détournement de la clientèle d'un concurrent et d'éviction de celui-ci ;
- l'effet d'attraction exercé par les disques faisant l'objet de prix très bas, qui serait tel que, mêmes limitées à ces produits, les pratiques pourraient constituer une menace pour l'activité d'un discaire.

Si ces conditions sont remplies, il convient de s'interroger sur les coûts à prendre en considération pour apprécier si le prix d'un disque présente un caractère de prédation. Conformément à la jurisprudence communautaire et nationale, les coûts à prendre en compte en premier lieu sont les coûts variables, le premier de ces coûts étant le prix d'achat du produit qui devra correspondre, dans un souci de cohérence avec les dispositions de la loi du 1^{er} juillet 1996, au prix d'achat effectif tel qu'il est défini par l'article 32 de l'ordonnance. Les coûts moyens totaux pourraient être pris en considération s'il était avéré que le prix de vente du disque était fixé dans le cadre d'un plan visant à éliminer un concurrent. Sur la question de la répartition de ces coûts, les modalités de calcul entre les différentes formes de distribution sont trop différentes pour qu'il soit possible d'envisager une clef de répartition unique à l'ensemble des entreprises.

Les critères d'appréciation qu'il convient d'appliquer à la politique de différenciation des marges pratiquée à l'intérieur d'une même chaîne d'un magasin à l'autre, relèvent d'une démarche identique à celle qui a été développée pour les prix abusivement bas. En effet, si une politique de marges différenciées, et notamment plus faibles sur les disques qui font l'objet d'une forte demande ou jouissent d'une grande notoriété, n'est pas en elle-même abusive, elle pourrait être considérée comme présentant un caractère de prédation si elle remplissait les conditions d'éviction définies ci-dessus. Le Conseil a précisé qu'en tout état de cause il n'est pas possible de fixer des niveaux de marge qui permettent de caractériser une pratique de prix de prédation.

7 -Le Conseil a également été consulté par le ministre de l'économie sur un avant-projet de loi portant réforme du code des marchés publics. Cet avant-projet de loi constituait l'aboutissement des consultations auxquelles il a été procédé à la suite du rapport de M. Trassy-Paillogues, sur lequel le Conseil avait déjà émis un avis (363). S'inscrivant dans le prolongement de cet avis, le Conseil a d'abord souligné que les modifications apportées aux procédures de passation des marchés, prévoyant notamment l'abandon de la procédure d'adjudication et la création d'une procédure de consultation négociée en-dessous d'un certain montant, la procédure d'appel d'offres étant maintenue au-delà, lui semblaient de nature à renforcer l'exercice de la concurrence, sous réserve que soit renforcé le rôle dévolu à la commission des marchés dans le choix de l'attributaire et rappelé que l'acheteur public devait veiller à l'absolue indépendance des offres qui lui sont soumises, cette indépendance fondant et légitimant l'appel à la concurrence dans les marchés publics.

S'agissant du rôle de la commission des marchés, le Conseil a observé que la rédaction du projet de texte qui lui était soumis levait les ambiguïtés du texte qui lui avait été antérieurement soumis en précisant que cette commission décide du choix de l'attributaire pour les marchés passés par appel d'offres ou du titulaire pour les marchés passés selon la procédure négociée et, enfin, en prévoyant que, pour les marchés de faible montant, elle émet un avis. Par ailleurs, il est expressément prévu que les représentants de l'Etat non seulement assistent aux commissions de marchés, mais encore sont directement informés de leur exécution.

Le Conseil a également précisé l'analyse qu'il avait menée dans son précédent avis sur les " offres anormalement basses ". Il avait conclu, à partir de sa propre expérience, que les dispositions relatives à ces offres ne devaient pas être retenues, tout en précisant que les dispositions actuellement en vigueur permettant à l'acheteur public d'écarter de telles offres sous réserve d'un examen contradictoire n'étaient pas incompatibles avec le principe de libre concurrence. Le Conseil a observé que si, dans le nouveau projet, l'acheteur public n'était plus tenu de rejeter de telles offres, la procédure de détection était devenue un " mécanisme ", mis en oeuvre par la commission des marchés, dont il a souligné les risques. En effet, pourraient être considérées comme " particulièrement basses " et donc détectées, les offres non seulement économiquement aberrantes, mais aussi les offres réellement concurrentielles. Dans plusieurs affaires, le Conseil a eu l'occasion de constater que des offres plus basses que les autres avaient été présentées par des entreprises " dissidentes ", c'est-à-dire n'ayant pas participé à l'entente entre les autres soumissionnaires, leur ayant permis de présenter des offres " anormalement élevées ". Le Conseil a souligné que ce dispositif revenait à renverser la charge de la preuve, puisque c'était l'entreprise qui avait joué le jeu de la concurrence qui devrait s'en justifier. Enfin, le Conseil a indiqué que, si un tel mécanisme devait être institué, l'appréciation du niveau d'une offre ne pourrait résulter que de l'analyse du rapport entre le bordereau de prix unitaires et la structure des coûts de l'entreprise concernée et, en tout état de cause, ne pourrait être qualifiée d'anormalement basse du seul fait qu'elle est inférieure aux autres.

S'agissant de l'attribution des marchés aux mieux-disants, le Conseil a observé qu'il y avait lieu de distinguer entre la spécification précise de la demande de l'acheteur et la publicité a priori des critères de choix qui seront utilisés par l'acheteur pour apprécier l'offre la mieux-disante. Le Conseil a souligné que toutes les dispositions qui visaient à ce que l'acheteur public spécifie précisément sa demande et qui, donc, permettaient aux entreprises de s'engager en toute connaissance de cause, étaient susceptibles d'améliorer le fonctionnement de la concurrence dans le cadre de ces procédures. En revanche, il a souligné les risques liés à la communication dans le règlement de la consultation des critères de choix de l'attributaire aux

soumissionnaires. Le Conseil a indiqué qu'il avait pu constater à de nombreuses reprises que les entreprises, qui refusaient les aléas propres au jeu concurrentiel, avaient cherché à se procurer l'estimation faite par le maître de l'ouvrage des travaux envisagés, ainsi que ses critères de choix, afin d'adapter leurs offres, de sorte que l'entreprise au profit de laquelle l'entente avait été conclue fût désignée attributaire. De la sorte, les dispositions visant à communiquer aux entreprises soumissionnaires les critères et leur quantification respective sur la base desquels sera désigné l'attributaire sont susceptibles de rendre plus simple et moins détectable la conclusion d'ententes anticoncurrentielles. Sans même qu'une entente de prix ait été conclue, des offres apparemment compétitives du point de vue des prix pourraient, parce qu'elles ne remplissent pas tel ou tel autre critère, être écartées, sans qu'elles aient pu être détectées comme constituant des offres de couverture.

Par ailleurs, le Conseil a renouvelé ses observations sur les " attributaires préférentiels " et l'allotissement des marchés. S'agissant de la sous-traitance, il a souligné que les dispositions de l'avant-projet de loi semblaient moins contraignantes que celles envisagées dans le rapport Trassy-Paillogues et étaient susceptibles de faciliter certains comportements anticoncurrentiels.

8 -L'Union féminine civique et sociale (UFCS) ([364](#)) a saisi le Conseil d'une demande d'avis portant sur des questions de concurrence concernant l'exploitation des chambres funéraires.

La première question posée était celle de la compatibilité avec les règles de la concurrence de l'exploitation, par une entreprise de pompes funèbres, au sein d'un même bâtiment d'une chambre funéraire et de locaux commerciaux. Du point de vue des règles de concurrence, le Conseil a reconnu que cette situation confère à l'entreprise en place un avantage important par rapport à ses concurrents lorsqu'elle est la seule à gérer une chambre funéraire : cette entreprise sera en effet généralement la première à rencontrer les familles et pourra profiter de cette circonstance pour leur proposer l'ensemble de ses services. Il a souligné que l'ouverture totale du marché à la concurrence à compter du 10 janvier 1998 ne se traduira pas nécessairement par la disparition de la position dominante détenue par certaines entreprises gestionnaires de chambre funéraire ni des risques d'abus qui sont susceptibles d'en résulter. Il a recommandé en conséquence aux associations de consommateurs d'informer leurs adhérents et d'inciter les familles à exercer, dans toute la mesure du possible, la faculté qui leur est désormais ouverte de faire jouer la concurrence.

La seconde question portait sur la tarification des prestations liées au transfert et à la conservation des corps en chambre funéraire. Elle visait plus particulièrement certaines pratiques tarifaires susceptibles d'être mises en oeuvre par les exploitants de chambres funéraires dans leurs relations commerciales avec des entreprises de pompes funèbres et qui consistent à accorder des conditions tarifaires préférentielles quand l'organisation des obsèques est confiée à la même entreprise que celle qui gère la chambre funéraire. Le Conseil a rappelé qu'il avait considéré dans plusieurs avis ou décisions que les pratiques tarifaires d'opérateurs en position dominante, qui font bénéficier artificiellement les demandeurs d'avantages qui peuvent conduire ces derniers à renoncer à s'adresser aux entreprises concurrentes, sont de nature à fausser le jeu de la concurrence.

B. AVIS RENDUS SUR LE FONDEMENT DE L'ARTICLE 6 DE L'ORDONNANCE

Le Conseil a été saisi d'un projet de décret relatif aux établissements pharmaceutiques portant application des articles L 596 à L 600 du code de la santé publique et transposant en droit interne les dispositions de deux directives du Conseil, 75/319 relative aux spécialités pharmaceutiques et 92/25 relative à la distribution en gros des médicaments à usage humain.

Les dispositions des articles 4 et 5 du projet de texte ont fait l'objet d'un examen particulier par le Conseil, les autres dispositions n'appelant pas d'observations au regard des règles de concurrence. Il s'est notamment interrogé sur le point de savoir si ces dispositions nouvelles n'étaient pas de nature à fausser le jeu de la concurrence entre les divers opérateurs de la chaîne pharmaceutique. S'agissant d'abord des produits, le Conseil a estimé que les articles du projet de texte qui définissent les catégories d'établissements pharmaceutiques et les activités qui peuvent y être exercées ne doivent concerner que des produits dont la fabrication, l'importation, l'exportation, la distribution et l'exploitation sont réservées par la loi aux établissements pharmaceutiques, toute extension à d'autres produits constituant une contrainte supplémentaire non justifiée par un objectif de santé publique. S'agissant des opérateurs, le Conseil a noté que le texte soumis à son examen n'introduisait pas de distorsion de concurrence entre les établissements appartenant à une même catégorie ou entre établissements appartenant à des catégories différentes. Il a, néanmoins, souligné qu'au cas où les établissements pharmaceutiques des armées, qui peuvent fabriquer des produits qui sont également élaborés par divers laboratoires, viendraient à les distribuer sur les marchés " civils ", il conviendrait de s'assurer que la concurrence entre ces divers opérateurs ne soit pas faussée.

Par ailleurs, le Conseil a observé que la rédaction de la disposition prévoyant que " l'exploitation d'une officine de pharmacie est incompatible avec les activités mentionnées à l'article R 5106 ", c'est-à-dire avec les activités de fabrication, d'importation en vue de la vente en gros, de dépositaire, de grossiste-répartiteur, de distributeur en gros de médicaments et de dérivés du sang, ne permettait pas, par sa généralité, de faire apparaître si l'interdiction concernait l'exercice de la profession de pharmacien responsable dans une entreprise ou toute participation, même non pharmaceutique, à une telle entreprise, ce qui peut être le cas de l'associé non-gérant d'une société exploitant une officine. Si ces dispositions devaient être interprétées dans un sens restrictif, elles seraient de nature à restreindre l'accès aux marchés sur lesquels interviennent les établissements pharmaceutiques. Enfin, le Conseil a estimé qu'il conviendrait de préciser les contours de l'interdiction de sous-traitance fixée par l'article R 5115-4 nouveau, de sorte à limiter strictement les restrictions apportées à la liberté des établissements pharmaceutiques de sous-traiter au regard des impératifs de santé publique.

Le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a également soumis à l'avis du Conseil un projet de décret portant application de l'article 16 de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat. Les dispositions de cet article instaurent, à l'égard des entreprises, quels que soient leur statut juridique et leurs caractéristiques, une exigence de qualification professionnelle pour l'exercice de certaines activités dont l'accès n'était jusqu'alors pas réglementé. L'obligation de qualification professionnelle ne concerne pas l'ensemble des personnels de l'entreprise et n'est pas une condition de son installation, mais de l'exercice d'une activité, que ce soit à titre principal ou à titre complémentaire. Les activités visées sont extrêmement nombreuses, de l'entretien et la réparation des véhicules, de la construction, de l'entretien et de la réparation des bâtiments, à toutes les professions liés aux réseaux, au chauffage des immeubles, à tous les métiers de bouche, etc. Le II de l'article 16 fixe les modalités d'application du texte, en instaurant un principe de proportionnalité entre, d'une part, " la complexité de l'activité " et les " risques qu'elle peut présenter pour la sécurité et la santé des personnes " et, d'autre part, le niveau de qualification exigée. La qualification peut être constatée par la détention de diplômes ou par la validation d'une expérience professionnelle.

Le Conseil a souligné que, s'il n'avait pas à se prononcer sur le bien-fondé des dispositions qui lui étaient soumises, celles-ci avaient nécessairement un effet restrictif sur la concurrence

dans la mesure où elles constituaient une barrière à l'entrée sur un certain nombre de marchés et pouvaient également rendre plus difficile le développement des entreprises qui souhaiteraient répondre à l'évolution de la demande par la diversification de leurs activités, sans que les effets sur la concurrence puissent être clairement appréciés, le caractère général du projet de texte ne permettant pas de tenir compte de la diversité des situations. Il a toutefois noté que le projet de décret prévoyait que les conditions exigées par l'article 16 étaient remplies par la détention d'un diplôme de niveau V, correspondant au niveau de qualification le moins élevé. Le Conseil a également souligné le risque de distorsion de concurrence entre d'une part, les entreprises exerçant sur plusieurs sites, qui ne seraient pas en mesure d'augmenter leurs effectifs qualifiés, et celles exerçant sur un seul site, et, d'autre part, celles qui existaient avant l'entrée en vigueur de la loi, dont les personnels se sont vus ipso facto reconnaître leur qualification, et celles qui s'installeront après. Il a également relevé que l'article 16 énumérait des activités bien définies (ramonage, réalisation de prothèses dentaires, boucherie, par exemple) et par ailleurs des activités qui recouvrent, en fait, des secteurs entiers d'activité comme la réparation automobile ou la construction des bâtiments. Enfin, si le législateur avait entendu améliorer la prévention des risques liés à telle ou telle activité, l'existence d'une relation entre le niveau de qualification professionnelle et ces risques n'était pas établie, alors qu'il existe déjà de nombreuses dispositions relatives à la prévention des risques.

Procédant à l'examen de chacune des dispositions du projet de décret, le Conseil a relevé que certaines d'entre elles allaient au-delà de ce qui semblait nécessaire à la mise en oeuvre des dispositions législatives. Il a notamment souligné l'imprécision du terme " *activité* " qui était susceptible de créer une insécurité juridique pour les entreprises souhaitant diversifier leur activité dans des " secteurs " connexes. Il a également relevé que le texte soumis à son avis ne prévoyait aucune disposition relative aux modalités de validation de l'expérience professionnelle, cette absence d'indications étant susceptible de freiner l'installation de nouvelles entreprises. Une telle conséquence pouvait également résulter du fait que si l'article 16 de la loi du 5 juillet 1996 prévoit qu'un décret en Conseil d'État interviendrait, pour chaque activité, pour déterminer, en fonction de sa complexité et des risques qu'elle pouvait présenter, les titres et diplômes requis, le projet de décret n'apportait aucune précision sur ce point. Enfin, le Conseil a observé que les dispositions du projet de décret, en prévoyant la délivrance par le préfet du département d'une attestation reconnaissant la détention d'un diplôme et en ne permettant pas la prise en compte de l'expérience professionnelle, ne respectaient pas les directives communautaires intervenues pour permettre la coordination des dispositions nationales relatives à l'exercice de certaines activités professionnelles, celles-ci prévoyant la délivrance de cette attestation par l'État de provenance et la prise en compte de l'expérience professionnelle.

C. AVIS RENDUS SUR LE FONDEMENT DE L'ARTICLE 26 DE L'ORDONNANCE

Trois avis rendus sur le fondement de l'article 26 de l'ordonnance peuvent être commentés ici, une décision judiciaire étant intervenue dans l'affaire ayant donné lieu à demande d'avis.

Le tribunal de commerce de Meaux a saisi le Conseil dans le cadre de l'instruction d'une plainte d'une entreprise de marbrerie et de pompes funèbres de Meaux visant la société des Pompes funèbres générales à travers son établissement secondaire situé à Meaux. Il était reproché à l'agence PFG de Meaux dont les bureaux étaient situés à proximité de l'hôpital d'avoir installé un local commercial dans l'enceinte même de la chambre funéraire municipale de Meaux dont la gestion lui avait été confiée par une convention signée en 1975 pour une période de 30 années au cours de laquelle la ville de Meaux s'était engagée à ne pas créer d'autre chambre funéraire sur le territoire communal. Il a été également constaté que les

informations figurant sur l'annuaire minitel étaient de nature à entretenir la confusion entre les deux activités et ne permettaient pas d'identifier chacun des deux établissements qui apparaissaient sous le même libellé.

Depuis le 31 octobre 1992, date de résiliation de la concession du service extérieur dont était titulaire la société PFG depuis 1973, les prestations du service extérieur des pompes funèbres de la commune de Meaux sont organisées librement. Le Conseil a constaté que, malgré la suppression des restrictions au libre choix des familles et la progression des interventions émanant d'opérateurs extérieurs à la commune, plus de 80 % des convois étaient assurés par des entreprises locales situées sur le territoire de la commune. Sur la base de ces éléments et en prenant également en considération le comportement des familles, qui, lorsque survient un décès, se tournent de préférence vers les agences de pompes funèbres de proximité, le Conseil a défini le marché pertinent comme celui coïncidant avec le territoire de la commune de Meaux.

Sur le marché ainsi défini, la société PFG a réalisé, en 1994, 54 % des convois. De plus, en vertu d'une convention signée entre le centre hospitalier de Meaux et la société PFG, environ 90 % des corps des personnes décédées à Meaux transitent par la chambre funéraire. Compte tenu de ces éléments, la société PFG a été regardée comme occupant une position dominante sur le marché des pompes funèbres de Meaux.

Le Conseil a considéré que les deux catégories de pratiques : l'installation du local commercial dans le bâtiment abritant la chambre funéraire municipale et l'information sur l'annuaire Minitel étaient constitutives d'une exploitation abusive de la position dominante détenue par la société PFG. Le tribunal de commerce de Meaux a suivi l'avis du Conseil.

La cour d'appel de Paris a sollicité l'avis du Conseil dans le cadre d'un litige commercial opposant la coopérative d'achat mutualiste des instituteurs de France (CAMIF) à l'Union de groupements d'achats publics (UGAP), lui demandant de déterminer, sur le marché des fournitures publiques, la part de marché de ces deux entreprises et, au cas où l'UGAP se trouverait en position dominante, de dire si son comportement était abusif.

Le montant global de la commande publique s'élevait en 1992 pour les marchés publics recensés de l'État, des collectivités locales et de leurs établissements publics à 277 milliards de F, montant auquel il convient d'ajouter environ 300 milliards de F pour les commandes hors marché. Rapprochés du chiffre d'affaires réalisés par l'UGAP et la CAMIF avec des collectivités publiques, ces chiffres permettent d'évaluer la part de l'UGAP à environ 0,9 p. cent et celle de la CAMIF à 0,1 p. cent dans le total des achats publics.

Dans les secteurs d'activité où l'UGAP est plus particulièrement présente, sa part de marché est évaluée à environ 5 à 6 %, les produits informatiques représentant la part la plus importante de ses ventes avec 25,6 %, devant les véhicules, l'équipement médical, le mobilier scolaire et collectif et le mobilier de bureau. S'agissant plus particulièrement du secteur de l'éducation nationale, la part moyenne de l'UGAP dans ce secteur a pu être estimée à environ 20 %, sa part dans les achats des communes ne représentant toutefois que 2 %.

Sur la deuxième question posée par la cour, le Conseil a analysé les conditions dans lesquelles les acheteurs publics pouvaient acquérir les matériels et mobiliers collectifs destinés plus particulièrement aux établissements d'enseignement, soit en procédant à des appels d'offres, soit en s'approvisionnant sans appel à la concurrence préalable auprès de l'UGAP, soit, pour les achats d'un montant inférieur au seuil fixé aux articles 123 et 321 du code des marchés publics, en procédant à des achats directement négociés, sans appel à la concurrence.

L'UGAP a indiqué que le chiffre d'affaires réalisé à la suite de procédures d'appels d'offres est d'environ 2 %, son taux de succès étant évalué à 10 %, reflétant ainsi une position marginale sur ces marchés.

En revanche, l'UGAP est la seule entreprise qui soit susceptible de permettre aux collectivités publiques de se dispenser du recours à des appels à la concurrence, quel que soit le montant des achats, leur offrant ainsi un service spécifique qui consiste à leur épargner les risques, les incertitudes et les coûts éventuels liés à la mise en œuvre des procédures de mise en concurrence obligatoires pour les achats excédant le montant prévu aux articles 123 et 321 du code des marchés publics. L'UGAP possède le monopole de la fourniture de ce service spécifique, distinct de l'offre des mobiliers et des matériels scolaires et collectifs et qui constitue pour elle un argument qu'elle utilise pour promouvoir son activité commerciale. Dans le secteur de l'enseignement public, il existe ainsi de nombreuses conventions passées entre l'UGAP et les collectivités concernées, concernant l'approvisionnement tout au long de l'année en matériels et mobiliers, sur la base d'une enveloppe budgétaire. L'analyse du fonctionnement du secteur permettait donc de mettre en évidence une demande spécifique des collectivités pour un service accessoire à l'approvisionnement en mobilier et matériels éducatifs consistant dans la prise en charge des procédures obligatoires de mise en concurrence, service que seule l'UGAP était susceptible d'offrir. Le croisement de cette demande spécifique et de cette offre constitue un marché, sur lequel l'UGAP se trouve en situation monopolistique. Le Conseil n'a pas considéré, en revanche, que la CAMIF puisse être considérée, au regard des critères définis par la jurisprudence, comme en position de dépendance économique à l'égard de l'UGAP.

Le Conseil a ensuite examiné les comportements dénoncés par la CAMIF, consistant d'abord dans des refus de vente qui lui auraient été opposés par deux fabricants de mobiliers empêchant ainsi son entrée sur le marché. Mais ces refus avaient pu être justifiés par des difficultés de production et il n'était pas établi que la CAMIF n'ait pu s'adresser à d'autres fournisseurs sur ce marché. S'agissant de l'utilisation du serveur Edutel de l'Éducation nationale et de l'argumentaire commercial utilisé par l'UGAP, le Conseil a relevé que cette dernière avait installé son propre serveur et que le simple rappel des dispositions qui donnent la possibilité aux acheteurs publics de se dispenser d'appels à la concurrence en recourant à l'UGAP ne pouvait être considéré comme un abus de position dominante. Le Conseil n'a pas non plus qualifié sur le fondement de l'article 8 diverses pratiques liées à trois retards de facturation ou de livraison, qui présentaient un caractère marginal et isolé. Il a ainsi considéré que les pratiques en cause ne constituaient pas une exploitation abusive de la position dominante de l'UGAP.

La demande d'avis du tribunal de grande instance de Grenoble portait sur un des griefs dénoncés par le gestionnaire d'un ensemble de loisirs, dénommé " La Ferme Drac-Ouest " qui avait porté plainte avec constitution de partie civile à l'encontre de la Société des auteurs compositeurs et éditeurs de musique (SACEM), en reprochant notamment à cette dernière de ne diligenter des poursuites en recouvrement des redevances qu'à l'encontre de certains exploitants de discothèques, qu'elle considérerait comme les plus réfractaires. Le tribunal demandait donc si une telle pratique peut être considérée comme discriminatoire.

Le Conseil a rappelé que le fait d'agir en justice est l'expression d'un droit fondamental et que, dès lors, l'action en justice d'une organisation professionnelle ne peut être considérée, en elle-même, comme une action concertée anticoncurrentielle. Il en est de même de la décision de ne pas agir en justice. Il a considéré à cet égard que le fait pour un créancier de décider de diligenter des poursuites en paiement à l'encontre des débiteurs les plus anciens et de ceux qui

ont manifesté le plus de résistance à ses demandes est l'expression d'un choix de politique de recouvrement et ne peut être considéré en soi comme une pratique anticoncurrentielle. En revanche, il en irait différemment si le fait d'agir ou de ne pas agir en justice s'inscrivait dans le cadre d'une pratique d'entente ou d'abus de position dominante anticoncurrentielle. De ce point de vue, le Conseil a vérifié, à partir de l'enquête administrative, que la société " La Ferme Drac-Ouest " n'avait pas fait l'objet, dans la façon dont la SACEM a procédé au recouvrement des redevances de droits d'auteur, de demandes qui puissent être qualifiées d'abus de position dominante ou qui procéderaient d'une entente entre cet organisme et d'autres discothèques.

Quatrième partie : les activités communautaires et internationales du Conseil

Le Conseil entretient des relations suivies tant avec les institutions communautaires et les organisations internationales qu'avec les autorités nationales de la concurrence d'autres États. Comme les années précédentes, il a été procédé à de nombreux échanges de vues, à l'occasion de réunions internationales, d'entretiens bilatéraux ou de colloques scientifiques.

Chapitre I : Les relations avec les institutions communautaires

C'est avec la Commission européenne et plus particulièrement avec la Direction générale de la concurrence (Direction générale IV) que le Conseil entretient les liens les plus étroits et les plus fréquents.

Ces relations s'inscrivent tout d'abord dans le cadre des comités consultatifs qui ont été institués auprès de la Commission soit par l'article 10 du règlement 17/62 qui est le premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, soit par l'article 19 du règlement 4064/89 du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises ; le Conseil de la concurrence, dans le cadre de la délégation française, participe aux séances de ces comités.

Le Conseil assiste en outre aux réunions sur les comités ad hoc ou comités d'experts qui sont mis en place auprès de la Commission pour étudier les évolutions du droit ou de la pratique qui permettraient d'améliorer la surveillance du fonctionnement des marchés. L'année 1997 a connu à cet égard une activité soutenue qui a notamment conduit à la publication du règlement n° 131/97 du 30 juin 1997 modifiant le règlement n° 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, à celle de la communication 97/C 1310/03 en date du 15 octobre 1997 relative à la coopération entre la Commission et les autorités de concurrence des États membres pour le traitement d'affaires relevant des articles 85 et 86 du Traité, à celle de la communication n° 97/C 372/03 sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence et à celle de la communication 97/C 372/04 du 9 décembre 1997 concernant les accords d'importance mineure.

Les modifications du règlement 4064/89 portent essentiellement sur le traitement des notifications multiples et sur l'extension de la procédure applicable aux concentrations à toutes les créations d'entreprises communes de plein exercice, qu'elles soient de type concentratif ou coopératif ; par contre l'abaissement des seuils de référence, sur lequel les discussions ont longtemps porté, a été limité à la fixation de la taille des opérations à notification multiples qui relèvent dorénavant de la compétence communautaire. Ce nouveau règlement est entré en vigueur le 1^{er} mars 1998 ;

La communication 97/C 313/03 a pour objet de clarifier les conditions dans lesquelles les dossiers qui relèvent du droit communautaire mais dont l'impact est essentiellement national seront traités en priorité au niveau national tandis que les dossiers d'importance communautaire feront l'objet d'un examen prioritaire par la Commission. Il convient de rappeler à cet égard que les modifications introduites dans l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 par la loi du 29 décembre 1992 tendaient déjà à favoriser l'application du droit communautaire par le Conseil de la concurrence et que les affaires entrant dans le champ d'application de ce droit donnent déjà lieu à information mutuelle sur l'état d'avancement des procédures et sur

l'orientation générale des investigations. Ces consultations réciproques devraient, dans la nouvelle pratique proposée par la Commission, s'étendre à un nombre d'affaires plus important que par le passé et se trouver facilitées -dans un proche avenir- par une meilleure régulation des échanges d'information entre la Commission et les États-membres, mais supposent, par ailleurs, que des précisions soient apportées à l'article 11 du règlement 17/62 relatif aux demandes de renseignements et que la jurisprudence dite " Banque Espagnole " prohibant l'utilisation contentieuse par un Etat membre d'informations transmises par la Commission soit abandonnée.

La communication n° 97/C 372/03 a pour objet d'expliquer la manière dont la Commission applique le concept de marché de produits ou de marché géographique en cause, dans sa mise en œuvre du droit communautaire de la concurrence, en particulier dans l'application du règlement n° 17/62 et du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, des règlements équivalents dans des secteurs tels que le charbon et l'acier, l'agriculture ou les transports. En rendant publiques les procédures qu'elle applique pour déterminer le marché et en indiquant les critères et les éléments d'appréciation sur lesquels elle se fonde pour arrêter sa décision, la Commission entend améliorer la transparence de sa politique et de son processus décisionnel en matière de politique de concurrence.

La communication 97/C 372/04 concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85 paragraphe 1 du Traité instituant la Communauté européenne se substitue à la communication du 3 septembre 1986 qui avait le même objet ; le seuil est toujours fixé à 5 % pour les accords horizontaux mais passe à 10 % pour les accords verticaux et toute référence à un chiffre d'affaires est supprimée ; en outre les accords entre PME, même si les seuils mentionnés ci-dessus sont dépassés, ne feront l'objet d'aucune procédure de la part de la Commission.

Sur les autres thèmes abordés, il faut mentionner le traitement des restrictions verticales au sujet duquel les discussions se poursuivent et devraient aboutir à un allègement substantiel de leur contrôle à l'automne 1998 ; pour ce qui est de la méthode de calcul des amendes en droit communautaire, la Commission a publié en fin d'année des lignes directrices qui seront soumises à discussions dès le début de l'année prochaine ; enfin, sur le thème de l'échange d'informations la Commission européenne et les États membres, ou les États membres entre eux ou encore les États membres avec des pays tiers, les travaux se poursuivent sur la base d'un recensement exhaustif des régimes juridiques nationaux applicables actuellement à ce type d'échanges.

Enfin, le Conseil de la concurrence a été associé à la mise en oeuvre des programmes de coopération technique de la Communauté, notamment les programmes organisés dans le cadre des accords d'association avec les pays d'Europe centrale et orientale, et en particulier avec la Roumanie.

Chapitre II : Les travaux au sein des organisations internationales

A l'initiative de plusieurs pays de l'Union européenne, dont la France, et à la suite de la présentation du rapport d'experts dit Rapport Van Miert sur la politique de la concurrence dans le nouvel ordre économique international (juillet 1995), l'année 1997 a marqué l'émergence d'une nouvelle organisation internationale en matière d'étude et d'analyse du droit et de la politique de la concurrence sur le plan international : l'Organisation mondiale du Commerce (OMC). Les activités du groupe de travail sur l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence créé en son sein sont ainsi venues s'ajouter à celles du comité du

droit et de la politique de la concurrence de l'OCDE et celles du groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence de la CNUCED.

A la suite de l'accord de Marrakech intervenu au terme de l'Uruguay Round, la plupart des obstacles tarifaires aux échanges internationaux sont en voie d'être éliminés. Toutefois, divers obstacles privés et publics aux échanges commerciaux subsistent dans le monde que ce soit au plan national ou régional, tels que des régulations sectorielles restrictives, des contraintes pesant sur les investissements directs étrangers ou l'accès aux marchés publics, des réglementations en matière d'environnement, des pratiques anticoncurrentielles ayant un caractère international, etc.

Dès juillet 1997, les pays membres du groupe de travail de l'OMC sur l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence ont désigné à sa présidence M. Jenny, vice-président du Conseil. Ce groupe s'est réuni à trois reprises en 1997. Son objet est d'étudier le contenu des règles de concurrence en vigueur dans le monde et la mise en place éventuelle de règles de concurrence susceptibles de faire l'objet d'une surveillance au plan international enfin de ne pas entraver le commerce international.

A cet effet, après l'adoption à l'unanimité d'un programme de travail de deux ans en vue d'un rapport à la Conférence ministérielle de l'OMC de 1999, le groupe a cherché à identifier les problèmes soulevés par les pratiques anticoncurrentielles internationales et l'application du droit et de la politique de la concurrence dans le cadre des échanges internationaux. En outre, à la demande de la majorité des États membres a été placée au coeur de ses travaux l'étude des contributions du droit et de la politique de la concurrence au développement économique, thème repris au cours d'un symposium organisé à Genève en novembre 1997 par plusieurs organisations internationales. Ce thème représente l'un des sujets économiques dominants traité actuellement et pour la première fois au plan international.

Le Comité du droit et de la politique de la concurrence de l'OCDE, qui est présidé depuis avril 1994 par M. Jenny, vice-président du Conseil, constitue un forum d'échanges d'informations sur les développements des politiques de concurrence mises en oeuvre dans les États membres de l'Organisation ainsi qu'un laboratoire de recherche et de réflexion sur l'application de ces politiques. L'année 1997 a vu un renforcement des activités de ce comité, en particulier avec la création d'un comité conjoint des échanges internationaux et du droit et de la politique de la concurrence, chargé d'étudier les relations existant entre politique commerciale internationale et politique de la concurrence et de promouvoir des réflexions et études convergentes sur le thème de la coopération internationale. Ce comité conjoint pourra également contribuer à préparer certains travaux de l'OMC. Le Conseil de la concurrence a été représenté aux trois séances annuelles du comité conjoint ainsi qu'aux trois séances annuelles du comité du droit et de la politique de la concurrence et des ses deux groupes de travail traitant du droit de la concurrence et de la réglementation et de la coopération entre États membres. Le comité du droit et de la politique de la concurrence a tenu un rôle essentiel dans la préparation du rapport sur la déréglementation présenté à la Conférence ministérielle de l'OCDE pour 1997, qui a placé la politique de la concurrence et les institutions chargées de la mise en oeuvre du droit de la concurrence au centre du mouvement de déréglementation. Plus particulièrement, le comité a élaboré des recommandations sur les questions de concurrence relatives aux régimes de déréglementation sectoriels, notamment pour l'électricité, les services aéroportuaires et les transports routiers. En outre, le Conseil a participé aux tables rondes consacrées notamment aux prix imposés dans le secteur des biens culturels (livres et presse) et aux rapports entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle.

Le comité a poursuivi ses travaux sur la convergence des politiques de concurrence des pays membres de l'Organisation et sur celle des approches du problème de la coopération internationale. A cet égard, une recommandation de l'OCDE condamnant les ententes injustifiables a été ratifiée par les États membres et le comité contribue à élaborer un formulaire de notification de concentration. En outre, celui-ci a procédé à l'examen en profondeur des politiques de concurrence du Mexique, des Pays-Bas et de la Suisse, cet examen complétant l'exercice de présentation des rapports de l'ensemble des autorités nationales de concurrence représentées au sein de l'Organisation. Enfin, la politique de la concurrence de plusieurs États observateurs (Brésil, Argentine, Russie) a fait l'objet de présentations et discussions.

Le Conseil est également membre de la délégation française du groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence institué auprès de la CNUCED. Ce groupe a pour objet d'élaborer et de mettre en application un ensemble de principes visant à promouvoir la concurrence au sein des pays membres des Nations-unies (celles-ci regroupant un nombre d'États plus important que ceux représentés à l'OMC et incluant en particulier la République de Chine). Ce groupe d'experts met notamment en place des programmes d'assistance technique en faveur des États en voie de développement ou qui sont nouvellement acquis à l'économie de marché et qui procèdent à des réformes économiques. Un rapporteur permanent du Conseil, chargé des affaires multilatérales, est le coordinateur des pays de l'OCDE au sein de ce groupe depuis 1995. En 1997, une réorganisation des travaux, s'inspirant très fortement des mécanismes en vigueur au sein de l'OCDE, a été engagée. Trois tables rondes ont notamment été organisées, sur le thème du traitement des monopoles publics par les autorités de concurrence, des restrictions verticales autres que celles relatives aux prix et de la coopération internationale. En outre deux sessions spéciales ont marqué l'activité de la CNUCED en 1997, auxquelles des représentants du Conseil ont été invités à titre d'experts : d'une part, un séminaire a été organisé sur le thème de la libéralisation des investissements par le secrétariat de la CNUCED, à l'occasion de la publication annuelle du rapport mondial de la CNUCED sur l'investissement en septembre 1997 ; d'autre part, une réunion en présence de nombreuses délégations ministérielles de pays en développement a été organisée en octobre 1997 dans le cadre du Conseil du commerce et du développement de la CNUCED sur le thème " mondialisation, concurrence. compétitivité et développement ".

Il convient enfin d'indiquer que pour garantir la cohérence des positions qui sont défendues par la France au sujet des échanges internationaux et de la concurrence dans les différentes enceintes internationales, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a souhaité voir poursuivre les activités du groupe de travail créé en 1996 et associant la direction des relations économiques extérieures, la direction générale des stratégies industrielles, la direction de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, la direction de la prévision et le Conseil de la concurrence. La présidence de ce groupe de travail, confiée à M. Jenny, vice-président du Conseil, a été confirmée.

Chapitre III : Les relations bilatérales

Le Conseil de la concurrence entretient des relations régulières avec les autorités de la concurrence de nombreux pays ; au cours de ces dernières années, ces relations se sont particulièrement développées avec les pays asiatiques, les pays d'Europe centrale et orientale et les pays d'Afrique francophone.

En 1997, le Conseil a organisé à Paris les entretiens annuels avec son homologue japonais et reçu deux missions de Chine, pays dans lequel les questions de concurrence suscitent un

intérêt croissant. A l'égard de l'Europe continentale, plusieurs missions ont été organisées dans le cadre du programme Phare (Ukraine, Roumanie, Bulgarie, Lituanie, Lettonie). Avec les pays du Maghreb les relations se sont poursuivies sur un rythme soutenu. Enfin, des premiers contacts ont été établis avec le Sénégal ainsi qu'avec la Turquie où vient d'être mise en place une autorité de la concurrence.