

Conseil de la Concurrence

Douzième rapport d'activité Année 1998

Date du délibéré

Observations générales

SOMMAIRE

Première partie : BILAN D'ENSEMBLE DES TRAVAUX DU CONSEIL

Chapitre 1er : 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 et de rejet
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
2. Les arrêts rendus par la Cour de cassation

C. - LES AVIS

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

Deuxième partie : ANALYSE DES DECISIONS DU CONSEIL

Chapitre 1er : 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 du titre III de l'ordonnance
3. Les pratiques relevant de la compétence exclusive d'autres juridictions
4. L'application du droit communautaire

B. - LA PRESCRIPTION

C. - LE DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE CONTENTIEUSE

1. Les enquêtes administratives

- a) Les pouvoirs d'enquête au titre de l'article 47
- b) Les pouvoirs d'enquête au titre de l'article 48

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

E. - LA QUALIFICATION DES PRATIQUES

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. - LES ENTENTES ANTICONCURRENTIELLES

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

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

3. Entraves à l'accès au marché

4. Répartition de marché

5. Restrictions verticales

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

b) Conditions générales de vente et accords de coopération commerciale

6. Autres restrictions verticales

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 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 V : Les pratiques de prix abusivement bas

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 d'identité entre la personne juridique et l'entité économique
- c) Les entreprises ayant fait l'objet de procédures collectives

3. La publication des décisions

Troisième partie : ANALYSE DES AVIS DU CONSEIL

Chapitre 1er : Les concentrations

A. - LE CARACTÈRE CONTRÔLABLE DE L'OPÉRATION

- 1. La nature de l'opération (art. 39 de l'ordonnance)
- 2. Les seuils de part de marché et de chiffre d'affaires
 - a) La condition de part de marché La détermination des marchés pertinents
 - b) Le seuil de part de marché
 - c) Les conditions de chiffre d'affaires

B. - BILAN CONCURRENTIEL ET BILAN ÉCONOMIQUE

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

Quatrième partie : LES ACTIVITES COMMUNAUTAIRES ET INTERNATIONALES DU CONSEIL

- 1. Les relations avec les institutions communautaires
- 2. Les travaux au sein des organisations internationales
- 3. Les relations bilatérales

Par délibération en date du 16 mars 1999, 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 1^{er} décembre 1986 et les avis rendus en application des articles 1^{er}, 5, 6, 26 et du titre V de la même ordonnance ainsi que sur le fondement des articles L 36-7 (7°) et L. 36-10 de la loi de réglementation des télécommunications.

Observations générales

Le présent rapport est le douzième que publie le Conseil de la concurrence depuis sa création par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. La durée du mandat des membres étant de six ans, c'est donc un deuxième cycle de l'existence de cette institution qui s'achève. C'est dans cette perspective que seront présentées ces observations générales.

1.- Sur cette période, la nature des problèmes que le Conseil a eu à traiter s'est largement diversifiée, le champ de ses compétences s'est élargi, enfin, les relations entre le Conseil et les autorités sectorielles de régulation se sont développées. S'agissant de la nature des problèmes soumis au Conseil au cours de l'année 1998, on observera que l'évolution amorcée depuis ces dernières années s'est poursuivie et que le Conseil a été conduit, dans le cadre tant de saisines contentieuses que de son activité consultative, à aborder des secteurs nouveaux qui soit s'ouvrent à la concurrence, comme l'énergie où le Conseil a rendu deux avis importants concernant l'électricité, soit sont l'objet d'évolutions technologiques et économiques profondes et rapides, comme le secteur de l'audiovisuel ou des télécommunications. Dans chacun de ces cas, le Conseil a pu mener ses analyses en utilisant les concepts traditionnels du droit de la concurrence, qu'il s'agisse de la définition des marchés pertinents, de la qualification d'infrastructures essentielles ou de la détermination des abus de position dominante. Ceci confirme, s'il en était besoin, que le droit de la concurrence, qui se fonde sur des analyses économiques, s'applique, sans qu'il y ait lieu à des adaptations spécifiques, à l'ensemble des activités économiques et qu'il s'agit d'un droit horizontal et non vertical.

Pour autant, les analyses du Conseil ne se sont pas départies de leur réalisme et, dans les secteurs " convergents " des télécommunications ou de l'audiovisuel, le Conseil a tenu compte, dans l'avis qu'il a rendu à propos de la fusion des groupes CGE et Havas, de ce que l'évolution accélérée des techniques informatiques et audiovisuelles entraînait une transformation rapide des marchés, rendant précaire les positions des différents opérateurs.

La définition du champ de compétence du Conseil de la concurrence a également été précisée. S'agissant de sa compétence contentieuse et de l'interprétation qu'il convient de faire des dispositions de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le Conseil a été amené, à propos de la gestion du domaine public aéroportuaire et alors que les pratiques dénoncées mettaient en cause directement des décisions administratives, à considérer que, sous réserve de l'appréciation de la légalité de ces décisions, qui ne relève que de la juridiction administrative, il est compétent pour apprécier le caractère éventuellement anticoncurrentiel de telles décisions, dès lors que celles-ci sont prises en vue d'exercer une activité de production, de distribution ou de service au sens de l'article 53. Il s'agit là, sous réserve de l'appréciation qu'en feront les juridictions compétentes, d'une clarification importante alors que, compte tenu du phénomène de dérégulation des marchés, le Conseil se trouve de plus en plus fréquemment confronté à des situations dans lesquelles des organismes publics dotés de prérogatives de puissance publique exercent des activités économiques ou participent par leurs décisions à l'exercice de telles activités.

Dans le cadre de sa compétence consultative en matière de concentration, le Conseil a noté avec satisfaction que le projet de loi portant réforme de l'audiovisuel prévoit la faculté pour le ministre de l'économie de soumettre au Conseil les concentrations dans le secteur audiovisuel, mettant ainsi fin au régime d'exception instauré par les

dispositions de la loi n° 89-25 du 17 janvier 1989. Cette évolution correspond à la maturation économique de ce secteur. En revanche, il s'est interrogé sur la justification du maintien à l'écart de son champ de compétence des concentrations qui affectent le secteur bancaire, à un moment où celles-ci précisément se développent en France.

Enfin, compte tenu de la complexité des questions à traiter, le législateur prévoit de plus en plus fréquemment la consultation des autorités de régulation sectorielles sur les dossiers dont le Conseil de la concurrence est saisi. On assiste donc à un développement des relations entre autorités administratives indépendantes. Il paraît important que les modalités de ces relations respectent les compétences et les missions de chacune d'entre elles tout en permettant un meilleur traitement des dossiers. A cet égard, il faut relever que le Conseil applique les dispositions de l'article 16 du décret du 29 décembre 1986 qui prévoient la communication aux autorités administratives qui y sont énumérées de toute saisine entrant dans le champ de leur compétence. De telles dispositions permettent d'éclairer dès le départ l'instruction d'un dossier par les analyses des autorités sectorielles en charge du secteur tout en respectant les compétences de chacune des institutions concernées.

2.- La procédure devant le Conseil de la concurrence, codifiée dans l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et son décret d'application, ne peut rester à l'écart des conséquences que tire la Cour de cassation non seulement de la primauté des conventions internationales, et notamment de la convention européenne des Droits de l'Homme, sur le droit national, mais aussi des exigences particulières qu'impose l'article 6 de cette convention, notamment le respect du principe de la contradiction et de l'égalité des armes entre les parties. S'agissant de l'assistance au délibéré du rapporteur général et du rapporteur, l'arrêt tout récent de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 5 février 1999 concernant la procédure suivie devant la Commission des opérations de bourse, qui relève que le rapporteur qui a été chargé de l'instruction d'une affaire en menant toutes investigations utiles avec le concours des services administratifs ne peut pas participer au délibéré, pose la question de la validité des dispositions du dernier alinéa de l'article 25 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, selon lesquelles le rapporteur général et le rapporteur " assistent au délibéré sans voix délibérative ", et des conséquences, importantes s'agissant des méthodes de travail du Conseil, qu'il convient de tirer de l'orientation prise par la Haute juridiction.

Par ailleurs, soucieux de renforcer l'effectivité du droit de la concurrence et de son action, le Conseil porte une attention particulière au traitement rapide des demandes de mesures conservatoires. Il veille également à donner à celles qui lui paraissent justifiées une réponse adéquate dans le respect des dispositions de l'article 12 de l'ordonnance. A cet égard, des décisions importantes ont été rendues en 1998, notamment celles relatives aux conditions tarifaires offertes par France Télécom pour l'accès des établissements scolaires à internet. Dans cette affaire, où le comportement de France Télécom interdisait dans les faits aux opérateurs longue distance de présenter des offres concurrentes de la sienne dans des conditions économiques acceptables, au moment même où le secteur s'ouvrait à la concurrence, la mesure provisoire ordonnée à France Télécom par le Conseil de suspendre l'application de sa décision tarifaire et de proposer aux opérateurs une offre spécifique et non discriminatoire d'interconnexion à son réseau local de télécommunications pour l'accès des écoles à Internet a permis aux différents opérateurs d'engager une négociation et, d'ailleurs, de trouver une solution.

3.- Dans ses analyses contentieuses, le Conseil a continué à appliquer les principes jurisprudentiels qu'il a déjà eu à mettre en œuvre à maintes reprises à propos notamment des concertations ou ententes à l'occasion d'appels d'offres publics ou privés ou des pratiques des organisations professionnelles visant à l'exclusion du marché. Trois observations, d'ordre plus général, peuvent être formulées.

En premier lieu, plusieurs affaires examinées au cours de l'année ont donné l'occasion au Conseil de constater que la réglementation est bien souvent détournée par les entreprises de sa finalité et utilisée par elles à des fins anticoncurrentielles. Cette constatation a pu être faite à propos de secteurs d'activité nombreux et variés. Tel a été le cas, par exemple, pour les dispositions de l'article L. 588-1 du code de la santé publique qui fixe les principes d'organisation du service de garde des pharmaciens d'officine, pour la réglementation relative à la " liste orange " qui permet aux abonnés du téléphone figurant à l'annuaire de demander à ne pas figurer sur les fichiers commercialisés par l'opérateur public, pour les dispositions qui confient des missions de service public aux fédérations sportives, comme la Fédération française d'escrime, pour la réglementation du monopole du service extérieur des pompes funèbres, ou encore pour celle qui institue une zone géographique exclusive d'intervention au profit des centres de mise en place de semence bovine. Cette énumération est loin d'être exhaustive et, d'ailleurs, la même constatation d'un environnement juridique peu favorable à la concurrence a pu être faite par le Conseil dans le cadre de ses activités consultatives, que celles-ci concernent par exemple les opérations de fouilles archéologiques ou le marché de la gestion des fourrières animales pour les collectivités. Par ailleurs, dans des affaires concernant notamment le secteur de la santé, le Conseil a constaté que la transposition incomplète ou imprécise d'une directive pouvait de la même manière être utilisée pour tenter d'instaurer ou de justifier des pratiques anticoncurrentielles.

Le Conseil considère que l'extrême variété des secteurs concernés et la grande permanence constatée des tentatives de détournement de la réglementation doivent conduire le pouvoir législatif et réglementaire à veiller avec une attention toute particulière, lorsqu'il envisage de modifier ou d'instituer une réglementation régissant une activité économique, au choix du dispositif retenu, à ses incidences sur la concurrence et à l'interprétation qui peut en être faite par les opérateurs. En effet, le dispositif prévu par l'article 6 de l'ordonnance, qui prévoit la consultation obligatoire du Conseil sur tout projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau restrictif de concurrence, ne peut suffire à couvrir le champ des pratiques rencontrées.

En second lieu, en 1998 comme au cours d'années antérieures, le Conseil s'est trouvé confronté à la tâche délicate de concilier le droit de la concurrence avec certains droits fondamentaux, notamment le droit de propriété. Comme il avait déjà eu l'occasion de le faire, il a rappelé, par exemple, dans l'affaire qui opposait les sociétés TPS et Canal +, que le fait de se faire reconnaître une exclusivité ne peut être considéré en soi comme anticoncurrentiel mais qu'il peut en être autrement si cette exclusivité est utilisée à des fins qui contrarient le jeu normal du marché. En l'espèce, les clauses utilisées par une société en position dominante faisaient obstacle au développement d'un mode concurrent et émergent de diffusion de la télévision par abonnement. De même, une décision relative à la situation de la concurrence dans le secteur du disque a donné l'occasion au Conseil de préciser qu'une clause d'un accord de coopération commerciale qui subordonne l'octroi et le maintien des avantages de cette coopération au respect du droit de la propriété intellectuelle, en l'espèce, les droits d'exclusivité de reproduction acquis auprès des

auteurs par les producteurs de phonogrammes, ne présente pas en soi de caractère anticoncurrentiel, mais qu'une telle clause peut être détournée de sa fonction légitime et donner lieu par les conditions prévues pour son application à la mise en œuvre de pratiques prohibées par l'article 7 de l'ordonnance. Autrement dit, le droit de la concurrence ne remet nullement en cause l'existence de droits protégés, mais les opérateurs doivent veiller à ce que l'exercice de ces droits ne porte pas atteinte au fonctionnement concurrentiel du marché.

Enfin, le Conseil a eu l'occasion au cours de l'année 1998 d'examiner à six reprises des affaires dans lesquelles étaient invoquées des dispositions de l'article 10-1 de l'ordonnance, introduites par la loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996, qui prohibent les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas sans même qu'il y ait lieu d'établir l'existence d'une entente ou d'une position dominante. Dans aucun des cas examinés, et notamment dans ceux concernant le secteur du disque où le Conseil a mis en œuvre la méthodologie et les principes dégagés dans son avis n° 97-A-18 du 8 juillet 1997, le Conseil n'a pu constater que les conditions d'application de cet article 10-1 étaient réunies. Plusieurs explications peuvent être avancées pour rendre compte de cette situation, soit que l'on considère que l'on manque encore de recul pour réunir les éléments d'information suffisants à l'application du texte, soit que cette disposition ait produit immédiatement les effets recherchés en dissuadant les opérateurs de pratiquer des prix de nature à évincer leurs concurrents plus fragiles.

4.- Par ailleurs, le Conseil a poursuivi et développé de manière significative, son activité consultative.

Les opérations de concentration soumises à l'avis du Conseil, si elles ont été peu nombreuses, ont porté sur des affaires particulièrement importantes et ont donné lieu de la part du Conseil à des analyses remarquées, qu'il s'agisse notamment de l'opération de rachat d'Orangina par la compagnie Coca-Cola ou de la fusion absorption de la société Havas par la Compagnie générale des eaux. Par ailleurs, la mise en œuvre pour la première fois des dispositions du troisième alinéa de l'article 44 de l'ordonnance sur le respect d'engagements pris à l'occasion d'une opération de concentration marque la volonté d'assurer l'effectivité du contrôle des concentrations.

L'avis du Conseil a aussi été sollicité sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance. Tant la diversité et la qualité des demandeurs -Commission des finances du Sénat, Gouvernement, groupement de collectivités territoriales, syndicats professionnels- que la nature et l'ampleur des questions traitées -fonctionnement de la concurrence dans le secteur des assurances, transposition de la directive prévoyant l'ouverture du marché de l'électricité, politique tarifaire d'EDF, intervention des collectivités territoriales dans la création d'infrastructures de télécommunications- témoignent de ce que l'expertise du Conseil est recherchée et la qualité de ses travaux reconnue. Par ses avis rendus sur toute question concernant la concurrence, le Conseil est à même d'éclairer les pouvoirs publics et les opérateurs sur l'orientation générale de ses analyses concernant tel ou tel secteur économique ; il exerce là une action préventive et pédagogique qui doit être soulignée.

5.- La croissance des différentes activités du Conseil pose inévitablement la question des moyens qui lui sont nécessaires pour remplir efficacement sa mission. De ce point de vue, la situation actuelle reste préoccupante.

En termes quantitatifs, l'activité du Conseil est restée soutenue, avec un nombre de décisions rendues en ligne avec celui des années précédentes. En revanche, le nombre de saisines, notamment contentieuses, a crû de manière très sensible et a

atteint en 1998 un chiffre encore jamais égalé. Si on peut voir dans cette augmentation, et surtout dans le fait qu'elle est due à une croissance très forte du nombre de saisines directes émanant d'entreprises, une marque positive de l'intérêt et de la confiance que suscitent les travaux du Conseil, il n'en reste pas moins que le problème des moyens à mettre en œuvre pour faire face à cet afflux reste posé. Depuis 1996, le Conseil a obtenu un renforcement sensible du nombre de ses rapporteurs et de certains personnels administratifs. La loi de finances pour 1999 traduit un effort budgétaire supplémentaire qui devrait permettre une amélioration de l'organisation des travaux du Conseil et une modernisation de ses moyens. L'évolution du nombre de saisines enregistrées en 1998 peut faire craindre que cet effort reste insuffisant pour permettre une absorption du stock des affaires en instance, qui reste trop élevé, et un raccourcissement du délai de traitement des dossiers. A cet égard, et au nombre des mesures qui peuvent être envisagées, le Conseil ne peut que rappeler le souhait qu'il a déjà formulé dans des rapports antérieurs, et notamment celui de 1997, d'une modification des dispositions de l'article 22 de l'ordonnance qui, en relevant le plafond des sanctions qui peuvent être prononcées dans ce cadre, permettrait un usage plus fréquent de la procédure simplifiée et donc une accélération des délais d'instruction pour les affaires les plus simples et qui ne présentent pas de difficultés particulières.

6.- Enfin, l'année 1998 a été caractérisée par une intensification de la coopération entre les autorités de concurrence ainsi que de la réflexion sur les voies et moyens par lesquelles cette coopération internationale pourrait être approfondie dans le futur. Tout d'abord, il convient de noter que, dans le cadre des rencontres organisées régulièrement par la Commission européenne entre les autorités nationales de concurrence, le Conseil a participé aux importantes réflexions engagées sur la réforme des règles d'application des articles 85 et 86 du traité de Rome. Par ailleurs, le développement du droit de la concurrence dans de nombreux pays (près d'une centaine de pays sont désormais dotés ou en voie de se doter d'un droit de la concurrence) témoigne tout à la fois de la reconnaissance croissante du rôle dynamique que peut jouer l'économie de marché dans le développement économique et de la nécessité de s'assurer que des pratiques anticoncurrentielles ou monopolistiques ne confisquent pas au profit de certains agents économiques les bénéfices des efforts consentis par l'ensemble de la collectivité. La coopération internationale permet dans cette perspective, par l'échange d'idées et d'expériences qu'elle implique, d'assurer une plus grande cohérence et une plus grande pertinence des droits nationaux.

Enfin, l'accroissement du commerce international et de l'investissement étranger, qui contribue au développement économique international, lance un nouveau défi : Comment trouver les moyens de combler le fossé résultant, d'une part, de l'internationalisation des transactions et, d'autre part, de la juxtaposition de droits de la concurrence d'application territoriale limités dont relèvent ces transactions ? Les réflexions entreprises sur ce sujet visent à assurer une plus grande efficacité des droits nationaux tout en réduisant les coûts de transaction des opérateurs transnationaux. Cette tâche est d'autant plus difficile qu'il convient tout à la fois de trouver des solutions qui préserveront la souveraineté nationale des états et d'éviter que certains d'entre eux ne soient tentés de recourir à l'application extraterritoriale de leurs droits.

Ce n'est que par un dialogue entre les autorités de la concurrence et les responsables des politiques commerciales que ce défi peut trouver une solution, solution d'autant plus urgente que la globalisation des marchés sera durablement

accélérée par la libéralisation du commerce mondial, les mouvements nationaux de réformes réglementaires et l'évolution de la technologie.

Conscient du fait que le droit de la concurrence ne peut plus être un enjeu purement national, le Conseil a pris une part active à ce dialogue en recevant de nombreuses délégations de pays qui se sont récemment dotés de droits de la concurrence, en poursuivant une coopération bilatérale très fructueuse avec certaines autorités de concurrence étrangères, enfin par les importantes responsabilités assumées par l'un de ses vice-présidents, M. Frédéric Jenny au sein des instances de proposition et de réflexion constituées par l'OCDE et l'OMC sur les questions de concurrence et de politique commerciale.

Première partie : Bilan d'ensemble des travaux du Conseil

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

En 1998, le Conseil a enregistré cent trente cinq saisines contentieuses, dont vingt-huit comportaient une demande de mesures conservatoires, et vingtneuf demandes d'avis, soit au total cent soixante quatre affaires.

Le tableau suivant retrace l'évolution du nombre des saisines et des demandes d'avis depuis 1990.

A. LES SAISINES ET DEMANDES CONTENTIEUSES

1. Les saisines au fond

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

2. >Les demandes de mesures conservatoires

Le Conseil a enregistré en 1998 vingt-huit demandes de mesures conservatoires, soit un nombre largement supérieur à celui constaté en 1997, année au cours de laquelle avaient été enregistrées douze demandes de mesures conservatoires.

3. Observations générales sur le nombre des saisines contentieuses

L'année 1998 a été marquée par un accroissement important des saisines contentieuses par rapport à l'année précédente. Ce mouvement est dû à une forte augmentation du nombre des saisines émanant des entreprises (+ 23 par rapport à l'année précédente), représentant le nombre de saisines de cette origine le plus élevé depuis la création du Conseil. Vingt-huit de ces saisines étaient, en outre, assorties d'une demande de mesures conservatoires.

B. LES DEMANDES D'AVIS

Vingtneuf demandes d'avis ont été enregistrées en 1998, contre vingtsept l'année précédente. Parmi ces demandes :

- dix 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 (...) ". Parmi ces demandes, trois émanaient du ministre chargé de l'économie, six d'organisations professionnelles et une d'un groupement de collectivités territoriales.
- huit 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. "

- une 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 " ;
- trois demandes d'avis ont été présentées par l'Autorité de régulation des télécommunications sur le fondement de l'article L 367 (7°) et de l'article L 36-10 du code des postes et télécommunications ;
- enfin, une a été présentée sur le fondement de l'alinéa 3 de l'article 44 de l'ordonnance qui prévoit qu'en cas de non respect des décisions prises par le ministre chargé de l'économie en matière de concentration ou des engagements pris par les entreprises parties à une opération de concentration, " le ministre chargé de l'économie et le ministre dont relève le secteur économique intéressé peuvent, après consultation du Conseil de la concurrence et dans les limites de son avis, prononcer une sanction pécuniaire dont le montant est défini conformément au troisième alinéa de l'article 13 de la présente ordonnance. "
- Dixhuit des demandes d'avis enregistrées par le Conseil au cours de l'année 1998 émanent du ministre chargé de l'économie, soit un nombre légèrement supérieur à celui enregistré au cours de l'année 1997.

Chapitre II : Les délibérations du Conseil

Le tableau suivant présente le nombre des séances tenues par le Conseil dans ses différentes formations et le nombre de dossiers sur lesquels il a été statué au cours des dix dernières années.

Il ressort de ce tableau que l'activité du Conseil a maintenu au cours de l'année 1998 un rythme soutenu, comparable à celui constaté depuis 1994.

Le Conseil a, ainsi, tenu quatrevingtneuf séances, au cours desquelles cent trente-quatre dossiers ont été examinés. Ce rythme d'activité n'a toutefois pas suffi pour faire diminuer le stock d'affaires en instance, eu égard au nombre de saisines et de demandes d'avis enregistrées en 1998.

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

- dixhuit séances en formation plénière,
- trentedeux séances dans l'une des trois sections,
- trenteneuf séances en commission permanente.

La commission permanente, composée du président et des viceprésidents, 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 est seule compétente, 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 la mise en œuvre des pouvoirs 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. Pour l'exercice de ces attributions, la commission permanente s'est réunie vingt-six fois au cours de l'année 1998.

A. LES DÉCISIONS

Les décisions contentieuses prises par le Conseil au cours de l'année 1998 se répartissent comme suit : (tableau manquant)

En outre, le président du Conseil a pris dix 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 nonlieu 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 et de rejet

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.

Quatre décisions d'irrecevabilité ont été fondées, exclusivement ou notamment, sur le fait que les faits dénoncés 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 quatre (4).

En outre, une demande d'avis a été rejetée, l'organisme saisissant constituant en fait une entreprise et non une organisation professionnelle visée par l'article 5 de l'ordonnance.

2. Les décisions de classement

Les vingt décisions de classement rendues en 1998 résultent d'un retrait de saisine ou de demande d'avis.

3. Les décisions de nonlieu à poursuivre la procédure

Les décisions de nonlieu à poursuivre la procédure rendues en 1998 peuvent être classées en trois 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 ; dans quinze affaires, le Conseil est parvenu à cette conclusion sur la base d'une proposition de nonlieu présentée par le rapporteur (5).

Dans un cas, 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, de telle sorte 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 [\(6\)](#).

Enfin, dans dix cas, le Conseil a constaté que les faits sur la base desquels des griefs avaient été notifiés devaient être considérés comme prescrits, en application de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 1^{er} décembre 1995 Société L'Entreprise industrielle, devenu irrévocable à la suite du rejet du pourvoi formé à son encontre (Cour de cassation, arrêt n° 1848 P du 8 juillet 1997). En conséquence, le Conseil a fait application de l'article 20 de l'ordonnance [\(7\)](#).

4. Les décisions de sursis à statuer

Dans les trois affaires [\(8\)](#) qui ont fait l'objet d'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 trentequatre décisions rendues par le Conseil au terme d'une procédure au cours de laquelle des griefs avaient été notifiés aux parties, on relèvera que :

- dans deux d'entre elles, l'instruction de plusieurs dossiers avait été jointe [\(9\)](#) ;
- neuf ont été rendues aux termes 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 [\(10\)](#) ;

dans trentedeux décisions, le Conseil a prononcé des sanctions ou des injonctions, parmi lesquelles :

- dixsept dans lesquelles il n'a prononcé que des sanctions [\(11\)](#) ;
- onze dans lesquelles il a prononcé des sanctions et des injonctions [\(12\)](#) ;
- quatre dans lesquelles il n'a prononcé que des injonctions [\(13\)](#) ;
- deux dans lesquelles il a ordonné la publication de sa décision [\(14\)](#) ;
- dans deux décisions [\(15\)](#), le Conseil a considéré qu'il n'y avait lieu ni à sanction, ni à injonction.

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

6. Les décisions en cas de demande de mesures conservatoires

Sur les vingtdeux demandes de mesures conservatoires examinées au cours de l'année 1998 :

- cinq ont été rejetées du fait que les saisines au fond qu'elles accompagnaient étaient irrecevables [\(16\)](#) ;

- quatorze ont été rejetées après que le Conseil eut constaté que les conditions de fond prévues par le deuxième alinéa de l'article 12 de l'ordonnance n'étaient pas réunies ;
- enfin, trois demandes ont donné lieu au prononcé de mesures conservatoires [\(17\)](#).

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° 87499 du 6 juillet 1987. Le pourvoi en cassation, formé contre l'arrêt de la cour, est exercé dans un délai d'un mois suivant la notification de la décision.

1. Les arrêts rendus par la cour d'appel de Paris

Depuis le précédent rapport adopté par le Conseil dans sa séance du 5 mai 1998, la cour d'appel de Paris s'est prononcée sur les recours concernant une décision rendue en 1996, treize décisions rendues en 1997 et quinze décisions rendues en 1998.

La cour a annulé la décision rendue par le Conseil le 29 octobre 1996 concernant des pratiques mises en œuvre par la société CocaCola Beverages [\(18\)](#) en considérant que, si l'instruction avait été reprise par un rapporteur nouvellement désigné par le président du Conseil, celle-ci faisait suite à une proposition de nonlieu à poursuivre la procédure établie par le rapporteur précédemment nommé, qui avait été notifiée aux parties, mais n'avait pas été soumise au Conseil. La cour a considéré que la décision de poursuivre la procédure ne pouvait émaner que du Conseil ; en l'espèce, ne lui ayant pas été soumise, une telle décision était entachée d'incompétence, cette irrégularité viciant toute la procédure subséquente.

La cour a, par ailleurs, confirmé entièrement neuf des décisions rendues en 1997 et relatives à des pratiques :

- relevées dans le secteur des pompes funèbres dans le département de Seine-SaintDenis [\(19\)](#) ;
- mises en œuvre par France Télécom et par la société Transpac dans le secteur de la transmission de données [\(20\)](#) ;
- relevées dans le secteur du travail temporaire dans les départements de l'Isère et de la Savoie [\(21\)](#) ;
- relevées dans le secteur de la distribution des boules lyonnaises [\(22\)](#) ;
- relevées lors du marché de création de la bibliothèque multimédia et de réhabilitation des bâtiments de l'ancien hôpital à Limoges [\(23\)](#) ;
- mises en œuvre par différentes entreprises dans le secteur du béton prêt à l'emploi dans la région ProvenceAlpesCôte d'Azur [\(24\)](#) ;
- relevées dans le secteur des pompes funèbres de Gonesse et des communes limitrophes et dans le secteur de la marbrerie funéraire [\(25\)](#) ;
- concernant l'exécution de la décision n° 96D51 du 3 septembre 1996 relative à des pratiques de la SARL HéliInter Assistance [\(26\)](#) ;

- à une saisine de la société moderne d'assainissement et de nettoyage (SMA) [\(27\)](#) ;

Elle a réformé partiellement la décision du Conseil relative à des pratiques mises en œuvre par la société Reynoird dans les départements de la Guyane, de la Martinique et de la Guadeloupe [\(28\)](#) ainsi que celle relative à des pratiques constatées lors du marché de restructuration de la trésorerie générale de la Loire à SaintEtienne [\(29\)](#). La cour a réformé au fond la décision du Conseil relative à la situation de la concurrence dans le secteur de l'exploitation des taxis à Toulon en considérant qu'un des griefs notifiés au syndicat professionnel des taxis de Toulon pour s'être immiscé dans la procédure de transfert d'autorisations de stationnement n'était pas fondé, mais n'a pas modifié le montant des sanctions prononcées par le Conseil [\(30\)](#). Enfin, la cour a annulé la décision n° 97D28 relative à des pratiques relevées dans le secteur des pompes funèbres dans le département de SeineSaintDenis, en considérant que, dans cette affaire, les seules pièces sur lesquelles le Conseil avait fondé le grief notifié avaient été irrégulièrement établies et qu'il y avait donc lieu de les écarter des débats.

Dixneuf des décisions rendues par le Conseil au cours de l'année 1998 ont fait l'objet d'un recours. Au 15 mars 1999, la cour avait statué sur quinze recours.

Elle a confirmé entièrement huit décisions relatives à :

- une saisine présentée par la société Ad Valorem [\(31\)](#) ;
- des pratiques relevées dans le secteur des pompes funèbres à Nîmes, Tarascon et Beaucaire [\(32\)](#) ;
- des pratiques mises en œuvre par l'Office d'annonces (ODA) dans le secteur de la commercialisation des espaces publicitaires dans les annuaires téléphoniques [\(33\)](#) ;
- des pratiques mises en œuvre dans le secteur des analyses de biologie médicale [\(34\)](#) ;
- une demande de mesures conservatoires présentée par la commune de SaintMichelsurOrge et l'Union fédérale des consommateurs [\(35\)](#) ;
- des pratiques relevées dans le secteur des travaux de voirie et de revêtements de sols dans le département des AlpesMaritimes [\(36\)](#) ;
- des pratiques relevées lors de la passation du marché de rénovation des installations de chauffage du parc scientifique et technologique de Luminy [\(37\)](#) ;
- la situation de la concurrence sur le marché des services d'assistance en escale et sur le marché des locaux et espaces nécessaires aux activités des compagnies aériennes mis à leur disposition par Aéroports de Paris sur l'aéroport d'Orly [\(38\)](#).

La cour a considéré comme irrecevables trois recours introduits contre les décisions du Conseil relatives à :

- une saisine présentée par M. Christophe Palma [\(39\)](#) ;

- une saisine présentée par le Syndicat national des artisans teinturiers traditionnels [\(40\)](#) ;
- une demande de mesures conservatoires présentée par la société Avantage [\(41\)](#) ;

La cour a, par ailleurs, réformé la décision du Conseil relative à des pratiques mises en œuvre par le barreau de Marseille, en ramenant la sanction prononcée à 300 000 F [\(42\)](#), ainsi que celle relative à des pratiques relevées lors de la passation du marché de fourniture et de pose d'écrans acoustiques pour la dénivellation de la voie rapide de Poisy en réduisant le montant des sanctions prononcées [\(43\)](#). Enfin, la cour a annulé la décision relative à une demande de mesures conservatoires présentée par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie concernant des pratiques mises en œuvre par la société SuezLyonnaise des eaux [\(44\)](#).

Elle a également annulé la décision relative à une mesure conservatoire présentée par la société Toffolutti [\(45\)](#).

Le bilan des recours devant la cour d'appel de Paris sur les décisions rendues par le Conseil au 31 décembre 1998 est le suivant :

(tableau manquant)

2. Les arrêts rendus par la Cour de cassation

Par ailleurs, la Cour de cassation a rendu au cours de l'année 1998 et du premier trimestre 1999, depuis la parution du précédent rapport du Conseil, plusieurs arrêts sur des pourvois formés contre des arrêts de la cour d'appel de Paris statuant sur des recours contre des décisions du Conseil. Elle a ainsi rejeté le pourvoi formé par M. Yves Collin contre l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 18 juin 1998 sur recours contre la décision n° 95D54 du Conseil [\(46\)](#). Par un arrêt en date du 1^{er} décembre 1998, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par la société Viafrance contre un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 25 octobre 1996 statuant sur recours contre une décision n° 96D07 du Conseil relative à des pratiques relevées à l'occasion de la passation de marchés publics et privés dans le secteur de l'assainissement et de travaux de bâtiment dans le département du Gard [\(47\)](#). La Cour de cassation a également rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 18 mars 1997 statuant sur recours contre la décision n° 96D36 relative à des pratiques relevées dans le réseau de franchise de vêtements pour enfants de la marque Z [\(48\)](#).

C. LES AVIS

1. Les avis rendus en matière de concentration

En 1998, le Conseil a rendu quatre avis en matière de concentrations, sur saisine du ministre chargé de l'économie, en application de l'article 38 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Ces quatre avis 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 donc commentés ciaprès.

2. Les autres avis

Par ailleurs, le Conseil a rendu vingt et un avis en 1998.

Dix 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 trois cas par le ministre chargé de

l'économie et dans cinq cas par des organisations professionnelles ou un groupement de collectivités territoriales.

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

Le Conseil a rendu, en outre, trois avis à la demande de l'Autorité de régulation des télécommunications.

Par ailleurs, un avis rendu par le Conseil en 1997 a fait l'objet d'une publication en 1998 et est donc repris dans l'analyse menée cidessous.

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

Deuxième partie : Analyse des décisions du Conseil

Chapitre 1^{er} : Questions de compétence, de procédure et de preuve

A. LE CHAMP DE COMPÉTENCE DU CONSEIL

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

En 1998, le Conseil s'est à nouveau prononcé sur la portée de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui définit le champ d'application de ce texte et, par voie de conséquence, celui des 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° 95127 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 plusieurs affaires, dans lesquelles les parties avaient soulevé l'incompétence du Conseil, celui-ci a estimé qu'il pouvait valablement délibérer sur les pratiques qui étaient soumises à son examen.

Ainsi, dans une décision concernant des pratiques de la Fédération française d'escrime (FFE), le Conseil a, tout d'abord, confirmé la jurisprudence qu'il avait dégagée dans le cadre des affaires mettant en cause la Ligue nationale de football [\(49\)](#). La FFE avait refusé l'octroi d'un stand commercial à une entreprise à l'occasion des compétitions qu'elle organise, ainsi que l'inscription de celle-ci sur le serveur Minitel 3615 Escrime. Soutenant que la mise à disposition d'un stand commercial réservé à l'entreprise assurant l'assistance technique des compétitions faisait partie de sa mission de service public et ne pouvait donc être qualifiée d'activité de production, de distribution ou de services, la Fédération française d'escrime contestait que le Conseil puisse examiner ces pratiques. Celui-ci a, toutefois, considéré que lorsque la FFE, qui n'assure pas elle-même l'assistance technique des compétitions qu'elle organise, passe un contrat de droit privé avec un fournisseur de matériel d'escrime, aux termes duquel celui-ci bénéficie, en contrepartie des prestations d'assistance technique qu'il offre aux sportifs, d'un emplacement pour exposer et vendre ses produits, elle exerce une activité de service au sens de l'article 53 de l'ordonnance, détachable de la mission de service public d'organisation des compétitions [\(50\)](#).

Dans l'affaire relative à des pratiques relevées dans le secteur du mobilier urbain [\(51\)](#), la compétence du Conseil était contestée par les sociétés du groupe Decaux. Celles-ci faisaient valoir que les pratiques qui leur étaient reprochées ne pouvaient exister en dehors des décisions des collectivités territoriales de leur confier l'équipement de leur territoire en mobilier urbain et soulignaient que la remise en cause de clauses de ces contrats, de caractère administratif, reviendrait à mettre en échec les décisions d'approbation de ces actes, prises par les organes délibérants des collectivités territoriales concernées dans le cadre de leurs prérogatives de puissance publique et dont le contentieux relève donc exclusivement de la juridiction administrative. Le Conseil a relevé que l'activité exercée par les sociétés du groupe Decaux, qu'il s'agisse de la fourniture de mobilier urbain aux collectivités locales ou de la commercialisation des espaces publicitaires aménagés sur ce mobilier urbain, est une activité de service au sens de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, la circonstance que cette activité s'exerce sur le domaine public et qu'elle implique la conclusion de contrats administratifs avec les collectivités

publiques étant sans influence sur son caractère commercial. Il a, en outre, précisé que les pratiques dénoncées visaient, d'une part, l'élaboration par ces sociétés de clauses contractuelles types de nature à leur éviter d'être confrontées à la concurrence et, d'autre part, les pressions qu'elles avaient pu exercer pour que les collectivités locales acceptent de telles clauses. En revanche, le Conseil s'est reconnu incompétent pour prononcer, comme le lui demandait l'organisation saisissante, la nullité des conventions conclues par les sociétés du groupe Decaux avec les collectivités territoriales.

Le Conseil a également affirmé sa compétence dans quatre affaires dans lesquelles était en cause la gestion du domaine public aéroportuaire.

Ainsi, dans sa décision relative à des pratiques constatées sur le marché des services d'assistance en escale et sur le marché des espaces nécessaires aux activités des compagnies aériennes mis à leur disposition par Aéroports de Paris (ADP) sur l'aéroport d'Orly (52), ADP soutenait être étranger à la décision de transfert de certaines compagnies aériennes d'Orly ouest vers Orly sud, celle-ci relevant du directeur général de l'aviation civile et constituant donc un acte de nature administrative dont le Conseil ne pouvait connaître. ADP soutenait, en outre, que les pratiques qui lui étaient reprochées relevaient d'une mission de service public administratif et avaient été prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, les actes de gestion des infrastructures aéroportuaires constituant le cœur même de la mission confiée au gestionnaire des aéroports par le code de l'aviation civile et s'analysant comme une mesure de gestion du domaine public aéroportuaire.

Le Conseil a, d'abord, relevé qu'antérieurement à l'accord donné par le directeur général de l'aviation civile au principe d'un regroupement des activités des compagnies du groupe Air France sur Orly ouest, celles-ci s'étaient au préalable concertées avec ADP et que, nonobstant l'existence d'une décision du directeur général de l'aviation civile approuvant le plan de regroupement des compagnies du groupe Air France, il lui appartenait de se prononcer sur les pratiques concertées mises en œuvre au préalable par ADP et ces compagnies. Le Conseil a ensuite, observé qu'ADP était un établissement public inscrit au registre du commerce et des sociétés et qu'il lui incombait d'aménager, d'exploiter et de développer l'ensemble des installations de transport civil aérien ayant leur centre en région parisienne.

Il a alors estimé, en se référant à deux décisions de la Commission européenne (53), qu'il y avait lieu de distinguer dans le cadre de la mission confiée à ADP ce qui relevait, d'une part, des tâches de surveillance et de régulation des trafics, de police et de sécurité et, d'autre part, des services de nature économique rendus moyennant une redevance exigée, notamment, des compagnies aériennes. S'agissant des espaces et installations aéroportuaires, qui sont fournis moyennant une redevance, dont les taux sont fixés par le conseil d'administration d'ADP et varient en fonction de la nature et de la consistance des prestations, le Conseil a considéré que la fourniture de ces infrastructures devait être regardée comme une activité de service au sens de l'article 53 de l'ordonnance. En conséquence, il s'est déclaré compétent pour examiner les pratiques reprochées à ADP et aux compagnies du groupe Air France, en soulignant que n'était pas en cause en l'espèce l'appréciation de la légalité d'actes relatifs à l'occupation du domaine public. Cette décision a été déférée à la cour d'appel de Paris qui a confirmé la compétence du Conseil de la concurrence, rejeté le déclinatoire de compétence déposé par le préfet de la région Île de France et a sursis à statuer jusqu'à l'expiration du délai imparti au préfet pour élever éventuellement le conflit et, le cas échéant, jusqu'à la décision du Tribunal des conflits (54).

Les trois autres affaires concernant ce secteur ont permis au Conseil de confirmer sa compétence, alors même que les pratiques dénoncées par les parties saisissantes constituaient non plus des pratiques détachables d'un acte administratif, mais mettaient directement en cause le caractère anticoncurrentiel de décisions de nature administrative.

Dans la première de ces affaires, l'Association du parc hôtelier situé à la périphérie de l'aéroport de Roissy-Charles de Gaulle (APHPAR), qui regroupe une dizaine d'hôtels situés en bordure de l'aéroport, à l'extérieur du territoire concédé à Aéroports de Paris (ADP), avait demandé au gestionnaire du domaine aéroportuaire la possibilité de faire installer une signalisation dans les aérogares permettant à leur clientèle de se diriger vers les points d'arrêt de leurs navettes. ADP avait refusé à plusieurs reprises en invoquant notamment le fait que les avantages demandés par les membres de l'APHPAR ne pouvaient être accordés à d'autres entreprises que les hôtels concessionnaires, qui eux acquittaient une redevance pour l'occupation du domaine public et bénéficiaient en contrepartie d'un certain nombre d'avantages, notamment en termes de signalisation et d'aides au transport. ADP justifiait également le refus d'étendre la signalisation à des immeubles implantés hors du site aéroportuaire par ADP par un souci de préserver la lisibilité des indications données aux usagers.

Pour contester la compétence du Conseil, ADP soutenait que les refus qui lui étaient reprochés constituaient des actes administratifs par nature, dès lors que ces décisions relevaient d'une mission de service public et qu'elles ne correspondaient à aucune activité de production ou de service, ne mettant en cause que la gestion du domaine public dont le contentieux est confié à la juridiction administrative par l'article 84 du code du domaine de l'Etat.

Le Conseil a écarté cette argumentation. S'appuyant sur l'analyse qu'il avait menée s'agissant de l'affaire cidessus commentée, il a considéré que l'activité d'ADP qui consiste à mettre à la disposition d'opérateurs économiques, directement ou indirectement, en contrepartie de redevances, des installations permettant à ces opérateurs d'informer les usagers des aéroports de leur existence ou de leur localisation est une activité de service au sens de l'article 53 de l'ordonnance. S'agissant des décisions en cause, le Conseil a souligné qu'il ne lui appartenait pas de connaître de leur légalité, s'agissant d'actes administratifs dont l'appréciation relève de la seule juridiction administrative, mais a considéré que celles-ci ayant été prises par ADP en vue d'exercer une activité de service au sens de l'article 53 de l'ordonnance, il était compétent pour en apprécier le caractère éventuellement anticoncurrentiel sur le fondement du titre III de l'ordonnance.

C'est le même raisonnement qu'a tenu le Conseil dans les deux affaires dont il a été saisi par des entreprises de location de véhicules, qui dénonçaient le fait qu'elles n'avaient pu obtenir du gestionnaire de l'aéroport un stand commercial. La première de celles-ci, la société EDA, mettait en cause ADP, en dénonçant les conditions dans lesquelles avait été organisé l'appel d'offres pour le renouvellement des concessions aux loueurs de véhicules sans chauffeur sur les aéroports de Roissy-Charles de Gaulle et d'Orly ; elle sollicitait, en outre, le prononcé de mesures conservatoires. Le Conseil s'est reconnu compétent pour examiner ces pratiques, en écartant l'argumentation d'ADP qui faisait valoir qu'elles mettaient directement en cause des décisions liées à la conservation ainsi qu'à la gestion du domaine public, actes de nature administrative. De la même façon, dans l'affaire dont l'avait saisi la société Citer, dont la candidature n'avait pas été retenue à la suite de la consultation lancée par la Chambre de commerce et d'industrie de Nice-Côte d'Azur (CCINCA) pour le

renouvellement des concessions des entreprises de location de véhicules sur l'aéroport de Nice, le Conseil a écarté l'argumentation de cet organisme consulaire qui soutenait que le Conseil était incompétent, en faisant valoir que les seules pratiques dénoncées relevaient directement de décisions prises dans l'exercice d'une mission de service public et liées à cette consultation relative à la gestion du domaine public aéroportuaire. Le Conseil a ici encore relevé que la CCINCA, en mettant à disposition, moyennant une redevance, des locaux et espaces nécessaires à l'activité de location de véhicules, exerçait une activité de service au sens de l'article 53 de l'ordonnance. Comme dans l'affaire précédente, le Conseil a considéré que, s'il ne lui appartenait pas d'apprécier la légalité des décisions administratives en cause, il était compétent pour examiner au regard du titre III de l'ordonnance ces décisions, dès lors qu'elles avaient été prises en vue d'exercer une activité de service.

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

S'agissant du titre III de l'ordonnance, le Conseil a une compétence d'attribution, limitée aux pratiques anticoncurrentielles mentionnées aux articles 7, 8 et 101. Plusieurs décisions rendues au cours de l'année 1998 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, ainsi que de l'article 101 qui prohibe les prix ou les offres de prix aux consommateurs anormalement bas.

L'examen de pratiques relevées dans le secteur des fromageries fabriquant du comté et de l'emmental (55), dans le secteur du verre spécial au plomb destiné à l'industrie nucléaire (56), dans le secteur de la distribution des appareils médicaux (57), ou encore dans celui de la distribution des disques (58) a permis de rappeler que les contrats de distribution exclusive ou sélective, comme les conditions générales de vente ou encore les accords de coopération commerciale proposés par un fournisseur ou un fabricant à des 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 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.

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

Dans plusieurs décisions rendues au cours de l'année 1998, le Conseil a rappelé qu'il n'avait pas compétence pour se prononcer sur la légalité d'actes administratifs. Ainsi, dans sa décision relative à une saisine de la société Ad Valorem (59), le Conseil a considéré que ne relevaient pas de sa compétence les décisions du ministre de l'intérieur, contestées par la société saisissante, qui avaient eu pour objet d'organiser dans plusieurs préfectures une procédure spécifique de télétransmission des demandes d'immatriculation de véhicules ainsi que de désigner les entreprises chargées de gérer le système informatique permettant l'accès au fichier national des immatriculations. Ces décisions, qui ne pouvaient être regardées comme des activités de production, de distribution ou de service, ne relevaient que de la juridiction administrative.

De la même façon, le Conseil a considéré que ne constituaient pas des activités de service au sens de l'article 53 de l'ordonnance, les décisions du conseil général du Val d'Oise de mettre des locaux à la disposition de la Société protectrice des animaux pour exécuter le service public de gestion de la fourrière départementale ainsi que d'octroyer une subvention pour la réalisation de cet équipement. Ces décisions, comme celles déterminant les conditions d'exécution de ce service public et l'appréciation de la légalité de la convention passée entre le département du Val-d'Oise et la SPA, ne relevaient donc pas de sa compétence, mais de celle de la juridiction administrative (60).

Le Conseil a également considéré qu'il ne lui appartenait pas d'examiner la légalité de la mise à disposition gratuite de locaux par le département des AlpesMaritimes à la Chambre de commerce et d'industrie de NiceCôte d'Azur (61) en tant que gestionnaire d'un établissement scolaire.

Enfin, prenant acte de la décision du Tribunal des conflits en date du 4 novembre 1996, le Conseil a constaté que la délibération du conseil d'administration de la Ligue nationale de football d'unifier la billetterie des compétitions qu'elle organise par un logiciel acquis auprès de la société Monacosoft ne constituait pas une activité de service au sens de l'article 53 de l'ordonnance, mais une décision de nature administrative dont il ne lui appartenait pas de connaître (62).

4. 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° 921282 du 31 décembre 1992, qui a introduit l'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 (63), l'application du droit national est compatible avec le droit communautaire " sous réserve cependant que cette mise en œuvre 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 Etats membres pour le traitement d'affaires relevant des articles 85 et 86 du traité trace des lignes directrices 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 1998, le Conseil a fait application du droit communautaire dans cinq décisions.

Dans sa décision relative à des pratiques relevées dans le secteur du verre spécial au plomb destiné à l'industrie nucléaire ou à la protection contre les rayons X (64), le Conseil a considéré que la clause du contrat d'exclusivité signé entre la société Pilkington Special Glass (PSG) et la société ADH Technologie permettait d'interdire à cette dernière de vendre les produits à l'extérieur du territoire qui lui était concédé, fût ce en réponse à une demande spontanée d'un client situé à l'extérieur de ce territoire. Cette clause, pouvant ainsi avoir pour effet de restreindre le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché commun et étant susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres, a été déclarée contraire aux dispositions de

l'article 85 § 1 du traité. Par ailleurs, la clause du même contrat par laquelle la société PSG s'interdisait, " sauf consentement écrit de ADH Technologie, de vendre à un tiers dans le territoire ou hors du territoire, le produit ou tout produit concurrent, sachant que ledit tiers a l'intention de vendre ou d'établir dans le territoire le produit ou ledit produit concurrent " a également été considérée comme contraire à l'article 85 du traité, dans la mesure où un autre distributeur aurait pu, par le jeu de cette clause, se voir refuser par la société PSG la livraison du produit destiné à satisfaire la commande d'un client localisé dans la zone concédée à ADH Technologie.

Dans sa décision relative à des pratiques constatées dans le secteur du mobilier urbain (65), le Conseil a considéré que le jeu cumulé des clauses des contrats proposés par les sociétés du groupe Decaux aux collectivités locales souhaitant s'équiper en mobilier urbain permettait à ces sociétés d'éviter d'être confrontées à la concurrence et de conserver l'exclusivité de l'installation des principaux types de mobiliers urbains publicitaires pour des durées excédant largement celles fixées dans les contrats initiaux. De telles pratiques avaient eu pour objet et pour effet de restreindre artificiellement la concurrence sur le marché de la fourniture aux collectivités locales de mobilier urbain publicitaire et sur une partie substantielle du marché connexe de la publicité extérieure. Mises en œuvre par un opérateur occupant une position dominante sur une partie substantielle du marché commun, elles avaient pu empêcher des entreprises d'autres pays de la Communauté européenne d'accéder au marché national et étaient, par suite, prohibées par les dispositions de l'article 86 du traité de Rome.

Les contrats de distribution conclus par les filiales françaises des plus grandes maisons de disques (66) que sont les sociétés BMG France, Polygram, Sony Music Entertainment France, EMI France et Groupe Virgin Disques comportent plusieurs clauses que le Conseil a examinées à la fois sur le fondement du droit national et du droit communautaire. S'agissant de la clause subordonnant l'octroi et le maintien des avantages résultant de la coopération commerciale au respect du droit de la propriété intellectuelle que la société Polygram avait introduite dans ses contrats, le Conseil, après avoir énoncé qu'une telle clause constitue l'expression d'un droit et ne présente pas, en soi, un caractère anticoncurrentiel, a considéré qu'en l'espèce cette clause était contraire aux dispositions de l'article 85 § 1 dès lors qu'elle tendait à dissuader et empêcher tout approvisionnement par un autre canal que Polygram et avait donc pour objet et pouvait avoir pour effet de cloisonner le Marché commun. Le Conseil a effectué la même analyse s'agissant d'une clause dite " de retour d'inventus ", par laquelle les sociétés Polygram, BMG France, et Groupe Virgin Disques subordonnaient l'acceptation des retours des disques inventus à un approvisionnement exclusif auprès d'elles. Le Conseil a, en effet, estimé que la préoccupation des éditeurs ne pouvait légitimer une obligation d'approvisionnement exclusif portant sur l'ensemble du catalogue. Enfin, s'agissant des clauses d'approvisionnement exclusif figurant aux contrats des sociétés Sony Music Entertainment et EMI France, le Conseil a retenu qu'elles contribuaient également à dissuader et à empêcher les détaillants de s'approvisionner dans d'autres Etats membres de la Communauté européenne et étaient donc contraires aux dispositions de l'article 85 §1 du traité de Rome.

En revanche, dans sa décision relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution de matériels médicaux (67), le Conseil, se référant à l'analyse menée par le Tribunal de première instance des Communautés européennes dans l'arrêt Parker Pen c/ Commission en date du 14 juillet 1994, a considéré que les clauses

contenues dans les contrats passés entre la société General Electric Medical Systems France (GEMS France) et ses distributeurs dans les départements d'outre-mer, conférant à ces derniers une protection territoriale absolue, échappaient à la prohibition de l'article 85 §1. En effet, les caractéristiques du système de distribution mis en place par la société GEMS France, intégré en métropole et faisant appel à des distributeurs agréés dans les départements d'outremer, et le peu de vraisemblance de l'existence d'un courant d'échanges entre les départements d'outremer et un Etat membre permettaient de considérer que les clauses en question ne comportaient pas de risque sensible, actuel ou potentiel pour les courants d'échange entre les Etats membres.

Dans l'affaire opposant l'Association du parc hôtelier de la périphérie de l'aéroport de Roissy (APHPAR) à ADP, le Conseil a également écarté l'application du droit communautaire, en constatant que les pratiques dénoncées ne pouvaient avoir d'effet sensible sur aucun marché de dimension communautaire dont le fonctionnement serait susceptible d'être affecté par des distorsions constatées sur le marché local de l'hôtellerie [\(68\)](#)

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. "

S'agissant de la période antérieure à la saisine du Conseil, celui-ci a été conduit à écarter le moyen tiré de la prescription qu'avaient soulevé plusieurs parties dans l'affaire relative à des pratiques constatées sur le marché de la collecte des ordures ménagères en ÎledeFrance [\(69\)](#) Les sociétés Sita, SUS et Staru faisaient ainsi valoir qu'un délai de plus de trois ans s'était écoulé entre la date des pratiques relevées lors de l'appel d'offres lancé par la ville d'Asnières en mars 1990 et celle de l'audition du directeur général de la société Sita, premier acte interruptif de prescription, en date du 12 juillet 1993. Mais le Conseil a relevé, d'une part, que l'appel d'offres en question était un marché pluriannuel comportant une clause de prix révisable, qui avait donné lieu, sur la base d'un contrat d'une durée de trois ans, renouvelable par tacite reconduction, à la signature d'un acte d'engagement le 2 mars 1990 et, d'autre part, que ce marché s'inscrivait dans le cadre d'une stratégie du groupe Sita, qui se traduisait par une concertation entre les différentes entreprises du groupe à l'occasion des marchés d'enlèvement des ordures ménagères pendant la période considérée. Ayant constaté qu'au cours de cette période, plusieurs actes interruptifs de prescription avaient été accomplis, le Conseil a considéré qu'il pouvait examiner les pratiques relevant de cet appel d'offres.

En revanche, dans l'affaire relative à des marchés lancés par le Port autonome du Havre [\(70\)](#), le Conseil a considéré que les pratiques relevées sur un des marchés étaient prescrites. En effet, l'entreprise attributaire n'ayant pas participé à la concertation et aucune prestation de soustraction n'ayant été exécutée par une des entreprises mises en cause, la pratique de concertation avait été strictement limitée à la période antérieure à la passation de ce marché. La date limite de remise des plis pour ce marché remontant à plus de trois ans à la date de la saisine, le Conseil a constaté que la prescription était acquise.

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, devenu irrévocable à la suite du rejet par la Cour de cassation du pourvoi formé à son encontre [\(71\)](#), 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 ". Dans dix affaires rendues au cours de l'année 1998, le Conseil a fait application de cette jurisprudence et a constaté en conséquence qu'il ne pouvait plus examiner les faits qui lui avaient été dénoncés.

Toutefois, dans un arrêt du 9 mars 1999, la cour d'appel de Paris a précisé que le délai de trois ans " se trouve suspendu à l'égard de l'entreprise ayant saisi le Conseil en application de l'article 11 de l'ordonnance, lorsque cette partie a été mise dans l'impossibilité d'agir pour faire exécuter un acte interruptif ". Elle a estimé que, dans ce cas, la prescription n'est pas acquise et qu'il y a lieu de poursuivre la procédure.

En revanche, dans plusieurs décisions, le Conseil a écarté le moyen tiré de la prescription des pratiques relevées qu'invoquaient les parties mises en cause en s'appuyant sur cette jurisprudence de la cour d'appel de Paris, en constatant qu'un ou plusieurs actes d'instruction avai(en)t interrompu le cours de la prescription.

Ainsi, dans sa décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des analyses de biologie médicale (72), le Conseil a rejeté le moyen tiré de la prescription des faits qu'opposait une des parties en cause en soutenant que la lettre de saisine ne pouvait interrompre le cours de la prescription. Il a, au contraire, estimé, en se fondant sur les termes des articles 11 et 27 de l'ordonnance, que la saisine constitue un acte interruptif de prescription.

Il a, dans cette même décision, indiqué qu'étant saisi *in rem* du fonctionnement d'un marché, le procès-verbal d'audition d'une partie, régulièrement établi, interrompt la prescription à l'égard de toutes les parties mises en cause. Cette analyse, confirmée par la cour d'appel de Paris (73), a également été rappelée dans les décisions relatives à des pratiques relevées sur le marché de la rénovation des installations de chauffage du parc scientifique de Luminy (74), à des pratiques relevées dans le secteur des travaux souterrains pour le gaz et l'électricité en région parisienne (75) et à des pratiques mises en œuvre à l'occasion de la passation de marchés publics de voirie et réseaux divers dans le département de l'Hérault (76).

Dans ces deux dernières décisions, certaines des parties en cause contestaient le contenu des actes d'instruction auxquels avaient procédé les rapporteurs pour leur dénier tout caractère interruptif de prescription, voire pour soutenir que ces actes constituaient un détournement de procédure contraire aux droits de la défense. Le Conseil a écarté ces arguments. Dans l'affaire relative à des pratiques constatées dans le secteur des travaux souterrains pour le gaz et l'électricité, il a relevé que les personnes auditionnées par le rapporteur appartenaient aux entreprises les plus fréquemment mises en cause dans un grand nombre de marchés soumis à l'examen du Conseil et que les déclarations recueillies portaient sur l'état de la concurrence dans le secteur des travaux EDFGDF, sur l'organisation des entreprises auxquelles appartenait la personne entendue, sur le niveau et la formation des prix dans ce secteur, tous ces éléments ayant donc un lien direct avec le dossier, contrairement à ce que soutenaient plusieurs parties en cause. Dans la troisième affaire cidessus citée, le Conseil a relevé que le rapporteur avait réclamé à neuf entreprises des éléments relatifs à leur chiffre d'affaires, leur organisation géographique, la situation juridique de certains de leurs secteurs d'activité et d'éventuelles cessions, toutes ces informations étant indispensables pour établir à quelles entreprises devaient être imputées les pratiques relevées.

C. LE DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE CONTENTIEUSE

1. Les enquêtes administratives

En application des dispositions de l'article 45 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, 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.

Toutefois, l'article 50 de l'ordonnance prévoit qu'à la demande du président du Conseil de la concurrence, l'" autorité dont dépendent les agents visés à l'article 45 désigne les enquêteurs et fait procéder sans délai à toute enquête que le rapporteur juge utile. Ce dernier définit les orientations de l'enquête et est tenu informé de son déroulement ".

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 procèsverbaux 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 sa jurisprudence en la matière dans ses arrêts Société Hyperrallye du 8 avril 1994, Entreprise Bronzo SA du 5 juillet 1994, Martinken SA du 14 avril 1995, Société ProGec du 2 avril 1996.

Se fondant sur les principes ainsi dégagés, le Conseil a répondu, dans plusieurs décisions rendues au cours de l'année 1998, à divers moyens mettant en cause la validité des procèsverbaux établis par les fonctionnaires habilités par le ministre.

a) 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 procèsverbaux établis lors de ces enquêtes doivent répondre aux prescriptions de l'article 46 de l'ordonnance qui prévoit : " Les procèsverbaux 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 procèsverbaux 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 procèsverbal. "

S'agissant de la nature des contrôles effectués, les sociétés Spapa, ColasMidi-Méditerranée et Sacer, mises en cause dans l'affaire relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion de la passation de marchés publics de voirie et réseaux divers dans le département de l'Hérault [\(77\)](#), soutenaient que la possibilité de mener des actions simultanées auprès de plusieurs entreprises n'était prévue que dans le cadre des investigations menées sur le fondement de l'article 48 de l'ordonnance et, qu'en l'espèce, en procédant ainsi

dans le cadre d'une enquête diligentée sur le fondement de l'article 47, les enquêteurs avaient commis un détournement de procédure. Le Conseil a écarté cet argument en relevant que les dispositions de l'article 47 permettent aux enquêteurs de procéder à certaines opérations de contrôle de manière non coercitive, peu important que ces opérations aient lieu simultanément ou pas.

S'agissant de l'étendue des investigations, plusieurs sociétés mises en cause dans l'affaire des marchés de travaux souterrains pour l'électricité et le gaz en région parisienne (78) soutenaient que les enquêteurs ne pouvaient saisir des documents relatifs à des marchés autres que ceux cités dans l'ordonnance du président du tribunal de grande instance autorisant les visites et saisies. Mais le Conseil a rappelé qu'il n'était pas compétent pour apprécier la régularité de ces actes ou les conditions dans lesquelles ces investigations s'étaient déroulées.

Plusieurs parties soutenaient également que les enquêteurs auraient recueilli des éléments sur d'autres marchés que ceux visés par leur lettre de mission, ce qui devait entraîner la nullité de l'ensemble des investigations subséquentes. Le Conseil a écarté cet argument en relevant que, dans le cadre de l'article 47, aucune disposition législative ou réglementaire ne limite la capacité des agents à procéder à des enquêtes ou ne soumet cette faculté à l'obligation de se limiter à un ou des marchés spécifiquement désignés et que, dès lors, les enquêteurs, qui agissaient " sur la base d'une présomption d'entente à l'occasion de pose de canalisations de gaz et d'électricité à Arcueil, Bagneux, Gentilly et Montrouge ", étaient habilités à demander aux services d'EDF et GDF communication de pièces concernant d'autres marchés.

Le Conseil a donné la même réponse dans l'affaire relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion de la passation de marchés publics dans le département de l'Hérault (79), en écartant le moyen d'une des parties qui soutenait que les enquêteurs auraient dû limiter leurs investigations au seul marché pour lequel ils avaient recueilli des indices de concertation.

S'agissant de l'objet de l'enquête, la jurisprudence dégagée par la cour d'appel de Paris précise que celui-ci 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 a rappelé à plusieurs reprises que cette jurisprudence 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, intrinsèques ou extrinsèques, 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.

Par application de ces principes, le Conseil a été conduit à écarter plusieurs procès-verbaux de déclaration de dirigeants d'entreprises établis dans le cadre de l'enquête administrative ayant donné lieu à une saisine ministérielle portant sur des pratiques relevées dans le secteur du dépannage remorquage dans le département de Loiret-Cher (80). Le Conseil a, en effet, constaté que ces actes ne portaient ni mention de l'objet de l'enquête, ni de ce que celui-ci avait été indiqué à la personne auditionnée, et que leur contenu même ne permettait pas de s'assurer que celle-ci en avait été clairement informée.

Dans sa décision relative à des pratiques relevées dans le secteur des travaux de voirie et de revêtement de sols dans les AlpesMaritimes (81), le Conseil a rejeté le

moyen tiré de la nullité d'un procès-verbal d'audition soulevé par la société Jean Lefèbvre. Celle-ci faisait valoir que cet acte d'instruction avait recueilli les déclarations de deux personnes mais n'indiquait pas que l'ensemble des formalités avait été exécuté à l'égard de l'une et de l'autre. Le Conseil a constaté que le procès-verbal en cause avait été dressé pour recueillir les déclarations d'un chef de centre et de la secrétaire du président, qu'il portait sur chaque page les paraphes de ces deux personnes, qu'il avait été signé, sans réserve, par celles-ci et les deux enquêteurs et que les personnes entendues ne pouvaient, en conséquence, ignorer l'objet de l'enquête, porté en première page. Par ailleurs, une copie avait été remise au chef de centre entendu, en présence de la secrétaire, qui ne pouvait donc ignorer que cette copie lui était également destinée.

Dans l'affaire relative au marché de rénovation des installations de chauffage du parc scientifique de Luminy [\(82\)](#), les sociétés Crystal, Entreprise Lefort Francheteau et Tunzini SNC faisaient valoir que le procès-verbal de communication de pièces recueillies auprès du directeur de l'agence de la société Somesys à Marseille était irrégulier, dès lors que le chef d'exploitation, qui avait également reçu les enquêteurs, n'avait pas eu connaissance de l'objet de l'enquête et n'avait pas signé ce procès-verbal, dont le contenu ne permettait pas, par ailleurs, de connaître quels documents avaient été demandés par les enquêteurs. Le Conseil a relevé que le procès-verbal contesté indiquait que le directeur de l'agence était la personne qui avait communiqué les documents demandés, qu'il avait été informé de l'objet de l'enquête et qu'il avait signé sans réserve le procès-verbal, peu important dès lors que le chef d'exploitation de l'agence, qui ne pouvait être considéré dans ces conditions comme une personne intéressée par les investigations, ait été informé de l'objet de l'enquête. Par ailleurs, le Conseil a relevé qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'imposait de préciser la liste des documents demandés par les enquêteurs. Le procès-verbal des pièces communiquées par le directeur de l'agence a donc été considéré comme régulier.

C'est à la même analyse qu'a procédé le Conseil dans l'affaire relative à divers marchés de travaux souterrains pour le gaz et l'électricité, déjà commentée cidessus (Cf. note 78). Écartant le moyen invoqué par plusieurs des sociétés mises en cause, qui soutenaient que certains procès-verbaux étaient irréguliers faute d'avoir été signés par les personnes entendues, le Conseil a rappelé que les procès-verbaux doivent être signés de l'enquêteur et "de la personne concernée par les investigations". Il s'est donc attaché à vérifier, en l'espèce, quelle était la personne qui avait participé à l'ensemble des investigations, communiqué les documents, effectué des déclarations et, ayant constaté que cette personne avait signé, d'ailleurs sans réserve, le procès-verbal, a considéré celui-ci comme régulièrement établi, peu important que l'autre personne qui avait assisté à l'audition n'ait pas signé le procès-verbal en cause.

Cette même affaire a permis au Conseil d'écarter à nouveau le moyen tiré de ce qu'un procès-verbal ne comportait que la mention préimprimée selon laquelle les enquêteurs avaient indiqué l'objet de l'enquête, et non l'énoncé de celui-ci. Il a rappelé que la jurisprudence de la cour d'appel n'exige pas que l'objet de l'enquête soit formulé explicitement, la mention selon laquelle celui-ci a été indiqué à la personne auditionnée constituant une preuve suffisante que les personnes entendues ont été clairement informées de cet objet. Cette même jurisprudence l'a conduit à écarter le moyen tiré de ce que l'objet de l'enquête n'aurait été indiqué que de façon succincte "dans le cadre d'une enquête relative à la collecte et au traitement des ordures ménagères", en constatant que les procès-verbaux établis

dans ce cadre comportaient la mention que l'objet de l'enquête avait été indiqué aux personnes entendues et avaient été signés sans réserve par celles-ci (83).

Dans sa décision relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion de la passation de marchés publics dans le département de l'Hérault (84), le Conseil a également écarté le moyen des sociétés Spapa, ColasMidiMéditerranée et Sacer, qui soutenaient que le procès-verbal d'inventaire de documents remis par le dirigeant de l'une de ces entreprises le 13 juin 1990 aurait dû également être signé par la personne qui avait initialement reçu les enquêteurs, et que l'absence de mention de l'objet de l'enquête sur le procès-verbal de déclaration de ce même dirigeant le 25 septembre suivant, ainsi que le fait qu'il n'ait pas été indiqué qu'un double lui avait été remis, entachaient cet acte d'irrégularité. Le Conseil a d'abord relevé que le dirigeant qui avait communiqué les documents énumérés était la seule personne concernée par les investigations et qu'il n'était donc pas nécessaire que la personne qui avait reçu les enquêteurs avant son arrivée signe le procès-verbal de remise de documents. Le Conseil a ensuite relevé que le procès-verbal du 13 juin 1990 portait mention que l'objet de l'enquête avait été indiqué au dirigeant entendu ; dès lors, celui-ci n'avait pu se méprendre sur la portée de ses déclarations lors de la deuxième visite des enquêteurs le 25 septembre suivant. Enfin, le Conseil a considéré que, si le texte de l'article 46 de l'ordonnance prévoit qu'un double du procès-verbal est laissé aux parties intéressées, aucune disposition ne prescrit à peine de nullité que mention de cette remise soit portée au procès-verbal, les parties en cause ne démontrant pas en quoi cette omission porterait atteinte aux droits de la défense. Dans cette même affaire, le Conseil a écarté l'argument développé par la société Entreprise Allier et Cie selon lequel tous les procès-verbaux seraient nuls puisqu'ils ne comporteraient ni les mentions relatives à la nature des constatations, ni celles concernant le lieu où celles-ci avaient été effectuées. Il a, en effet, considéré que ces dispositions ne sont pas prescrites à peine de nullité et qu'en l'espèce il n'était pas démontré en quoi les omissions alléguées auraient pu faire grief aux entreprises en cause. En revanche, il a écarté deux procès-verbaux qui ne contenaient aucune indication relative à l'objet de l'enquête et aucune référence aux dispositions de l'ordonnance.

Dans sa décision relative à des pratiques constatées sur le marché de la collecte des ordures ménagères en Ile de France (85), le Conseil a rejeté le moyen de la société SUS, qui soutenait que le procès-verbal de déclaration de son dirigeant était irrégulier, dès lors que n'avaient été clairement indiqués ni l'objet de l'enquête, ni le fait qu'un procès-verbal serait établi à l'issue de l'audition. Il a constaté que ce procès-verbal comportait mention de l'objet de l'enquête, avait été signé par la personne entendue, qui n'avait formulé aucune réserve, et l'a donc considéré comme régulièrement établi.

S'agissant de la forme dans laquelle les déclarations doivent être recueillies, le Conseil a écarté, dans sa décision relative à des pratiques mises en œuvre par le barreau des Alpes de Haute-Provence (86), le moyen tiré de ce que les renseignements collectés n'auraient pas été recueillis selon les procédures imposées par l'ordonnance, en constatant que, si le rapport d'enquête faisait état de " plusieurs déclarations hors procès-verbaux ", celles-ci n'avaient jamais été utilisées dans le cadre de la procédure diligentée devant le Conseil.

Il a également écarté, dans sa décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des analyses de biologie médicale (87), le moyen tiré de la nullité d'un procès-verbal au motif qu'il ne portait pas la date complète à laquelle il avait été établi. En effet, le Conseil a constaté que, si ce procès-verbal ne comportait que la

mention " établi le vendredi 31 août à 13 heures ", il avait été suivi d'un procès-verbal de remise de document établi le 11 septembre 1990, dans lequel la même personne auditionnée indiquait : " se voir remettre en retour les tarifs communiqués (...), conformément à sa demande du 31 août 1990 ". Le Conseil a donc estimé que l'omission de l'année dans le premier procès-verbal constituait une simple erreur matérielle qui n'affectait pas sa régularité.

Dans cette même affaire, le Conseil a rappelé qu'aucune disposition législative n'impose que l'habilitation de l'enquêteur par le ministre soit mentionnée sur les procès-verbaux de déclaration.

Enfin, il peut être noté que, rejetant l'argumentation d'une entreprise mise en cause dans l'affaire relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion de la passation de travaux de voirie dans l'Hérault (88), qui soutenait que le rapport d'enquête administratif était nul, en raison des appréciations portées par les enquêteurs, lesquelles étaient de nature à exercer une influence sur le jugement du Conseil et, partant, à violer les droits de la défense, le Conseil a énoncé que le rapport prévu à l'article 46 de l'ordonnance n'est qu'un document de synthèse auquel ne sont attachés aucune force probante ni aucun effet juridique particulier.

b) 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 relative à des pratiques relevées dans le secteur des travaux souterrains pour le gaz et l'électricité (89), plusieurs entreprises faisaient valoir que les enquêteurs n'étaient pas autorisés à saisir des documents relatifs à des marchés non expressément cités dans l'ordonnance du président du tribunal de grande instance de Nanterre, que diverses mentions figurant sur des documents recueillis au cours de ces investigations porteraient sur d'autres marchés que ceux cités dans cette ordonnance et que les procès-verbaux dressés dans ce cadre seraient irréguliers, faute de comporter la signature de toutes les personnes auditionnées. Elles demandaient, en conséquence, au Conseil de surseoir à statuer jusqu'à ce les vices affectant l'enquête soient purgés. Le Conseil n'a pas accueilli cette demande en rappelant qu'il n'avait pas compétence pour apprécier la régularité des ordonnances en cause, ni celle des opérations de visite et de saisies et en constatant que l'autorité judiciaire, saisie par plusieurs entreprises mises en cause, avait d'ores et déjà tranché de la régularité de ces investigations, un seul pourvoi en cassation restant à juger.

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 (90), il a constaté que la saisine avait été présentée par M. Palma et deux sociétés qui avaient été mises en liquidation judiciaire et avaient cessé toute activité à la date de la saisine. Le Conseil a, en conséquence, considéré qu'à la date de la saisine M. Palma et les deux sociétés n'avaient plus qualité pour agir devant le Conseil, eu égard au dessaisissement consécutif au prononcé de la mesure susvisée.

Dans sa décision relative à des pratiques en matière d'honoraires mises en œuvre par le barreau des Alpes de Haute-Provence (91), le Conseil a rejeté le moyen soulevé par le représentant du barreau, selon lequel l'auteur de la saisine n'aurait pas eu qualité pour agir, s'agissant d'une saisine formée par un membre d'une association de consommateurs, qui aurait utilisé le truchement de cette association pour agir à des fins personnelles. Le Conseil a, en effet, relevé qu'il avait été saisi par le président de la Confédération syndicale du cadre de vie, organisation de consommateurs agréée, celui-ci étant dûment habilité conformément à l'article 28 de ses statuts.

b) Le champ de la saisine

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

Le champ des investigations effectuées par le rapporteur est souvent contesté eu égard à la formulation de la lettre de saisine.

Ainsi, l'Ordre des avocats au barreau de Grenoble (92) soutenait que la lettre de saisine du ministre chargé de l'économie ne faisant référence qu'à l'état récapitulatif des honoraires généralement pratiqués, c'était à tort que le rapporteur avait fait porter son instruction sur d'autres documents qui avaient été élaborés et diffusés. Mais le Conseil a rappelé qu'il était saisi *in rem* et que le rapporteur pouvait " sans commettre d'erreur " faire porter son instruction sur le fonctionnement du marché, en s'appuyant sur l'ensemble des documents versés au dossier.

Dans l'affaire relative à la situation de la concurrence dans le secteur des pompes funèbres à Nîmes, Tarascon et Beaucaire (93), la société des Pompes funèbres du SudEst soutenait que la confusion entre le rôle d'exploitant de la chambre funéraire de Tarascon et celui d'agent commercial de l'entreprise de pompes funèbres n'ayant pas été dénoncée dans la saisine ne pouvait donner lieu à grief. De la même façon, plusieurs des organisations professionnelles mises en cause dans la décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'expertise des objets d'art et de collection (94) faisaient valoir que ni les conditions d'admission à ces organisations, ni la limitation du nombre des spécialités pouvant être exercées par leurs membres, ni l'obligation de s'adjoindre les services d'experts dans des disciplines différentes n'avaient été évoquées dans la lettre de saisine, non plus que lors de l'enquête administrative. Un des syndicats soutenait, en outre, qu'il n'était pas visé par la lettre de saisine. Ils en concluaient que les griefs correspondants leur avaient été notifiés à tort.

Rappelant qu'il était saisi *in rem* du fonctionnement d'un marché et qu'il n'était tenu ni par les demandes de la partie saisissante, ni par les faits dénoncés dans la saisine, ni par les qualifications proposées, le Conseil a écarté cette argumentation, en soulignant également dans la seconde de ces affaires que le rapporteur n'était pas

tenu d'indiquer aux parties préalablement à la notification des griefs, les pratiques qui pourraient leur être reprochées.

c) Les modalités de la saisine

Dans l'affaire citée plus haut relative à des pratiques mises en œuvre par le barreau des Alpes de Haute-Provence, comme dans celle relative à des pratiques mises en œuvre par le barreau d'Aurillac (95), l'Ordre des avocats mis en cause soutenait que la saisine s'appuyait sur des éléments recueillis de façon déloyale pour avoir été obtenus par l'un des membres de l'organisation de consommateurs saisissante, sans indication de l'objectif poursuivi par celui-ci. Le Conseil a écarté cette argumentation, en constatant que la saisine était accompagnée des éléments recueillis par un consommateur, par ailleurs membre de l'association agréée saisissante, lors d'une démarche auprès du secrétariat de l'Ordre, afin de s'informer du prix d'une procédure de référé et a estimé qu'une telle demande ne pouvait être considérée comme un procédé déloyal.

Dans l'affaire relative à des pratiques relevées dans le secteur des travaux souterrains pour le gaz et l'électricité (96), trois des entreprises mises en cause soutenaient que la saisine et, en conséquence, le dossier mis à disposition des parties ne comportaient ni les documents qui avaient été présentés au président du tribunal de grande instance de Nanterre pour obtenir une autorisation de visite et de saisie, ni la demande d'enquête adressée par le ministre à la direction nationale des enquêtes de concurrence, ni la commission rogatoire adressée par le président du TGI de Nanterre à celui de Versailles, ni, enfin, l'ordonnance rendue par cette dernière juridiction. Mais le Conseil a rejeté cette argumentation en rappelant, d'une part, que l'administration n'ayant pas à justifier des motifs pour lesquels elle a décidé de procéder à une enquête, les documents internes à l'administration n'avaient pas à accompagner la saisine du ministre et, d'autre part, que les contestations relatives à la requête aux fins de visite et saisie et aux autres pièces produites à l'appui de cette requête relèvent de l'autorité judiciaire.

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 n'est recevable que si elle est présentée 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 1998, le Conseil a rendu cinq décisions de cette nature (97).

Lorsque le Conseil considère que, sous réserve d'une instruction au fond, les pratiques dénoncées sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application des articles 7, 8 ou 101 de l'ordonnance, il examine alors la demande de mesures conservatoires. Tel a été le cas en 1998 dans dixsept affaires.

b) Le bienfondé 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 1998, le Conseil a considéré que ces conditions étaient remplies dans trois affaires.

Dans la première (98), étaient en cause les conditions tarifaires offertes par France Télécom pour l'accès des établissements scolaires à Internet. L'accès à Internet s'appuie sur trois prestations distinctes : la première (segment 1) consiste à acheminer la communication de l'abonné jusqu'au point d'entrée d'un réseau de transport de données, la deuxième (segment 2) est constituée du transport de données entre le réseau local et le fournisseur d'accès au réseau Internet (FAI) et la troisième (segment 3) consiste en l'accès au réseau Internet vers le FAI. Les sept principaux fournisseurs d'accès au réseau Internet destinés au grand public sont Wanadoo (France Télécom), AOL, Club Internet, HavasonLine, Infonie et MSN. La proposition tarifaire de France Télécom consistait en une offre groupée comportant soit les segments 1,2 et 3, soit les seuls segments 1 et 2. Il y a lieu de souligner que la prestation offerte par France Télécom sur le segment 3 ne comportait pas l'ensemble des services qu'offre généralement un serveur ; toutefois, les établissements souhaitant avoir accès à de tels services pouvaient choisir Wanadoo. Le forfait annuel pour la prestation comportant les segments 1, 2 et 3, sur la base de 1 900 heures de connexion par an, s'élevait à 5 800 F TTC ou 8 000 F TTC, selon le parc d'ordinateurs.

Or, pour un concurrent de France Télécom, le coût moyen complet de l'utilisation pendant 1 900 heures d'un accès à Numéris par le commutateur local (segment 1) s'élevait à 9 080 F TTC par an. Le coût de l'acheminement de la communication de l'abonné à Internet s'élevait, pour la même durée, à environ 19 300 F TTC pour un concurrent disposant d'un réseau longue distance qui s'interconnecterait au " commutateur régional " de France Télécom. Quant à l'utilisation du service " kiosque micro " par le FAI, elle reviendrait à 15 878 F TTC par an. Ces chiffres révélaient que le tarif d'interconnexion offert par France Télécom à ses concurrents était au moins 60 % plus élevé que le forfait global qu'elle proposait aux établissements scolaires pour les segments 1, 2 et 3. Dans ces conditions, le Conseil a considéré que, par cette mesure, France Télécom interdisait dans les faits aux opérateurs longue distance de présenter des offres concurrentes de la sienne dans des conditions économiques acceptables. Il a souligné le caractère de gravité de cette stratégie d'exclusion au moment où ce secteur s'ouvrait à la concurrence et alors que le gouvernement souhaitait que " *le service public de l'éducation nationale puisse bénéficier pleinement des effets de la concurrence et de l'innovation technologique* ". Il a encore relevé que ce secteur allait connaître un essor important et durable, notamment par la familiarisation du public scolaire avec ces techniques et

que les expériences étrangères montraient que les abonnés étaient peu enclins à modifier leur choix initial du transporteur de données. Pour apprécier le caractère immédiat de l'atteinte portée au secteur, le Conseil a tenu compte du calendrier du *programme d'action gouvernemental* en la matière et des délais de nature technique et administrative nécessaires à la mise en place de l'accès à Internet dans les établissements scolaires.

En conséquence, le Conseil a enjoint à France Télécom de suspendre l'application de cette décision tarifaire, jusqu'à ce que cette société propose aux opérateurs longue distance une offre tarifaire spécifique et non discriminatoire d'interconnexion à son réseau de télécommunications local pour l'accès à Internet des écoles et des établissements scolaires. Les différents opérateurs sont parvenus depuis à trouver une solution.

Le Conseil a également accueilli la demande de la société Arenis Leo [\(99\)](#). Celleci, qui a pour activité la production d'événements artistiques et sportifs et qui organise notamment des compétitions de planche à voile en salle, a saisi le Conseil de pratiques mises en œuvre par la Professional Windsurfers Association (PWA) et les sociétés Williwaw et Sese appartenant au groupe Canal Plus, en indiquant que ces sociétés avaient conclu un contrat avec la PWA ayant pour objet l'organisation de compétitions en salle donnant lieu à un classement dans le cadre du PWA World Tour. Or, ce contrat contenait une clause d'exclusivité " ayant pour effet d'interdire à tous les sportifs adhérant à cette association de participer à des manifestations de planche à voile en salle qui ne seraient pas organisées directement ou indirectement par Canal Plus ou l'une de ses filiales ". La société Arenis Leo soutenait que ce contrat assurait à Canal Plus ou à ses filiales le monopole de l'organisation et de l'exploitation par son réseau télévisé des événements de planche à voile en salle au moins jusqu'à la fin de l'année 1998. En outre, une option prioritaire, figurant à l'article 12 du contrat, était prévue au bénéfice de la société Williwaw, dès lors que la PWA déciderait de participer à une compétition en Europe au cours des années 1999, 2000 ou 2001. La société Arenis Leo estimait qu'elle était ainsi exclue de ce marché et qu'il convenait donc de suspendre les effets de cette clause d'exclusivité.

Ayant constaté que la PWA, en tant que seule organisation professionnelle de véliplanchistes établissant un classement de ces sportifs et dont les membres se seraient engagés à ne participer qu'aux compétitions ayant obtenu son agrément, était susceptible de disposer d'une position dominante sur le marché de l'organisation des manifestations de planche à voile, le Conseil, après avoir rappelé que des relations d'exclusivité n'étaient pas prohibées en soi, a estimé qu'il ne pouvait être exclu que les conditions dans lesquelles pouvait être mise en œuvre l'exclusivité conférée aux sociétés Williwaw et Sese soient contraires aux dispositions du titre III de l'ordonnance, comme des articles 85 et 86 du traité de Rome.

S'agissant de la demande de mesures conservatoires, le Conseil a retenu que la société Arenis Leo n'avait pas apporté d'éléments suffisants pour établir une atteinte grave et immédiate à ses intérêts. En revanche, il a considéré que les conditions dans lesquelles le contrat d'exclusivité en cause était susceptible d'être renouvelé, permettant à un opérateur de conserver le bénéfice de droits exclusifs sans remise en concurrence ou dans des conditions ne permettant pas le plein exercice de la concurrence, représentait un danger grave et immédiat pour le secteur intéressé. Il a donc enjoint, à titre de mesures conservatoires, aux sociétés Williwaw et Sese, d'une part, et à la PWA et à son agent commercial, d'autre part, de renoncer, dans l'attente

d'une décision au fond, à l'application de la clause 12 du contrat en cause, pour les événements organisés en France au cours des années 1999 à 2001.

Dans sa décision relative à des pratiques dénoncées sur le marché des enrobés bitumineux dans le Calvados, le Conseil a également fait droit à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Toffolutti. Cette entreprise, qui exerce son activité dans le secteur des travaux routiers et du terrassement, alléguait que, dans le Calvados, les sociétés Screg ÎledeFrance Normandie, Colas ÎledeFrance Normandie et Devaux, toutes trois filiales du groupe Bouygues, ainsi qu'Eurovia, filiale du groupe SGE, pratiquaient des prix prédateurs sur les marchés d'enrobés bitumineux dans le département du Calvados. Le Conseil, s'appuyant sur une analyse qu'il a déjà effectuée pour apprécier des pratiques de prix dénoncés comme prédateurs, a rappelé qu'une entreprise de pose de revêtements routiers qui choisit de réaliser la mise en oeuvre d'un produit industriel banalisé à un prix inférieur au coût variable de cette prestation augmente délibérément ses pertes par rapport à celles qu'elle enregistrerait si elle s'abstenait de réaliser cette prestation puisqu'à la perte sur coûts fixes, qu'elle encourrait en tout état de cause, s'ajoute une perte supplémentaire sur les coûts variables qu'elle supporte. Une telle pratique concertée était révélatrice d'une entente pour éliminer des concurrents indépendants ou d'une exploitation abusive de la position dominante collective des entreprises en cause. Or, le dossier faisait ressortir des indices précis et concordants que les sociétés Screg ÎledeFrance Normandie, Colas ÎledeFrance Normandie, Devaux et CocheryBourdin-Chausse, pour les marchés du département du Calvados qu'elles avaient obtenus en mai et juin 1998, avaient proposé des prix de mise en oeuvre de bétons bitumineux inférieurs aux prix d'achat de ces produits relevés à la même période auprès des centrales d'enrobés qui les approvisionnaient. Le Conseil a considéré que ces pratiques constituaient manifestement une atteinte grave et immédiate à l'économie du secteur intéressé, en réduisant le nombre d'opérateurs et en décourageant toute tentative d'entrer sur le marché. Il a donc enjoint, jusqu'à l'intervention d'une décision au fond, aux sociétés Screg ÎledeFrance, Colas ÎledeFrance, Devaux et Eurovia (pour la société CocheryBourdinChausse) de ne pas proposer dans le département du Calvados, directement ou indirectement pour les marchés publics de fourniture et de mise en oeuvre d'enrobés bitumineux, des prix inférieurs au coût moyen variable de fourniture et de mise en oeuvre de ces produits. Cette décision a toutefois été annulée pour un motif de procédure par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 25 février 1999 (voir note n° 75).

Il convient d'indiquer que, si le Conseil avait estimé que les conditions pour le prononcé de mesures conservatoires n'étaient pas réunies dans l'affaire concernant des pratiques reprochées à la société SuezLyonnaise des Eaux (SLE) à l'occasion du renouvellement de contrats de délégation de service public de l'eau potable de plusieurs communes de l'Essonne [\(100\)](#), la cour d'appel de Paris, saisie du recours formé par le ministre chargé de l'économie, a considéré au contraire que les pratiques en cause comportaient un risque d'atteinte grave et immédiate au secteur intéressé et a fait droit à la demande qui lui était présentée. Le Conseil avait, en effet, estimé que les conditions dans lesquelles s'étaient déroulées les consultations lancées par plusieurs communes de l'Essonne pour le renouvellement des contrats de délégation du service public de l'alimentation en eau potable ne révélaient pas d'atteinte grave et immédiate aux intérêts des consommateurs, du secteur ou de l'économie en général. Si le refus de la société SLE, propriétaire des installations de production, de distribution et de stockage jusqu'à l'entrée des communes en cause, de communiquer son prix de production de l'eau avait pu, dans un premier temps,

gêner les opérateurs concurrents, il n'était pas contesté qu'elle avait communiqué ce prix aux communes, qui l'avaient elles-mêmes fait connaître à ces opérateurs. Ceux-ci avaient donc pu déposer une offre portant au moins sur la distribution, qui avait permis l'expression d'un choix. De plus, dans un cas au moins, une offre était apparue plus compétitive que celle de la SLE et, d'une façon générale, les prix résultant de ces consultations apparaissaient soit inférieurs, soit très légèrement supérieurs à ceux fixés dans les contrats précédents. Par ailleurs, aucun élément du dossier ne permettait de présumer que les tarifs ou les prix de gros pratiqués par la SLE étaient artificiellement élevés.

La cour d'appel de Paris (101) a eu une appréciation différente. Elle a, en effet, considéré que la SLE avait refusé de communiquer aux autres entreprises soumissionnaires le prix de gros de l'eau qu'elle produit et que l'autorisation finalement donnée aux collectivités territoriales de communiquer les propositions de prix qu'elle leur avait faites pour une livraison aux limites de la commune n'était ni techniquement, ni juridiquement équivalente à une proposition contractuelle qui aurait pu être négociée par chacune des entreprises candidates avec la SLE. Estimant que les autres candidats n'avaient pu concourir normalement pour l'obtention de ces marchés, la cour a considéré que cette situation constituait, de la part d'une entreprise en position dominante et disposant d'une ressource essentielle, une pratique manifestement illicite qui nécessitait le prononcé de mesures conservatoires. Elle a donc enjoint à la société SLE de communiquer, dans un délai de quatre jours, à tout tiers qui en ferait la demande dans le but de se porter candidat à la procédure de mise en concurrence organisée par une des communes concernées, son prix de vente en gros de l'eau potable établi de manière transparente, objective et non discriminatoire, en écartant de ce prix tout coût étranger à la production.

En revanche, dans toutes les autres décisions qu'il a rendues sur des demandes de mesures conservatoires, le Conseil a estimé que les conditions fixées par l'article 12 n'étaient pas remplies.

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 et bien qu'aucune disposition ne l'y oblige, procéder à des auditions, comme l'a rappelé le Conseil dans sa décision relative à des pratiques relevées sur le marché de la rénovation des installations de chauffage du parc scientifique de Luminy (102) ou dans celle relative à des pratiques relevées dans le secteur des officines de pharmacie du Val d'Yerres (103).

Dans l'affaire relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés du groupe Decaux

(104), celles-ci reprochaient au rapporteur d'avoir demandé à la DGCCRF de verser au dossier les éléments d'une enquête effectuée par ses services, dès lors que ces investigations étaient étrangères à l'objet de la saisine de la Chambre syndicale française de l'affichage (CSFA) puisqu'elles ne visaient qu'à vérifier le respect d'injonctions prononcées antérieurement par le Conseil. La production de ces pièces aurait constitué, selon ces sociétés, une violation du principe de loyauté qui doit

présider à la recherche des preuves. Le Conseil a rejeté cette argumentation. Il a, en effet, d'abord relevé que le rapport d'enquête en cause, dont faisait état la saisine de la CSFA, constituait un élément utile à l'instruction permettant de compléter les informations apportées par la partie saisissante et de vérifier ses affirmations. Il a ensuite constaté que les investigations des enquêteurs avaient le même objet que la saisine de la CSFA, que les personnes qu'ils avaient entendues n'avaient pu se méprendre sur la portée de leurs déclarations, étant parfaitement informées de l'objet de l'enquête et qu'enfin c'était à bon droit que les enquêteurs, dans le cadre de leur mission, avaient exposé les évolutions qu'avait connues ce secteur d'activité depuis la précédente décision du Conseil.

Dans plusieurs affaires examinées au cours de l'année 1998 [\(105\)](#), les parties avaient fait valoir que la durée de la procédure depuis la constatation des pratiques avait été excessive et pouvaient entraîner une déperdition des éléments de preuve qu'elles auraient pu apporter pour leur défense, rendant ainsi la procédure irrégulière et, en tout état de cause, contraire aux dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le Conseil a rejeté cette argumentation, en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de cassation suivant laquelle, si le moyen tiré d'une durée excessive de l'instruction peut être invoqué dans le cadre d'une action en responsabilité, il est inopérant s'agissant de la régularité même de la procédure. En outre, le Conseil a relevé que les parties qui invoquaient ce moyen n'avaient pu indiquer en quoi leur défense n'avait pu s'exercer pleinement du fait des délais d'instruction.

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 mobilier urbain [\(106\)](#), les sociétés du groupe Decaux mises en cause faisaient valoir qu'elles n'avaient pas été à même de présenter utilement leur défense en raison, d'une part, du caractère abstrait des griefs énoncés, qui ne s'appuyaient pas sur une description précise des pratiques reprochées et, d'autre part, du fait que les collectivités locales ayant contracté avec elles n'avaient pas été mises dans la cause, empêchant ainsi tout véritable débat sur l'équilibre et l'économie des contrats de mobilier urbain. Le Conseil n'a pas fait droit à cette argumentation. Il a constaté que l'analyse du rapporteur, telle qu'exposée dans la notification de griefs et le rapport, avait porté sur un grand nombre de contrats passés par des collectivités locales, reprenait des clauses types élaborées par les sociétés du groupe Decaux et procédait à la description concrète des pratiques ayant permis à ces sociétés d'obtenir artificiellement la prolongation des contrats initiaux et ainsi d'éviter une mise en concurrence pour la fourniture de mobilier urbain. Le Conseil a également relevé que le dossier ouvert à la consultation comportait un grand nombre de procès-verbaux de représentants qualifiés des collectivités locales.

Dans l'affaire concernant des pratiques relevées dans le secteur des analyses de biologie médicale [\(107\)](#), le Conseil a rejeté le moyen soulevé par deux des syndicats mis en cause, selon lequel la notification de griefs ne comportant ni le nom, ni la signature du rapporteur serait nulle, dès lors que les parties ne pouvaient vérifier la compétence de l'auteur de ce document. Il a relevé que la notification de griefs comportait en première page le nom et la qualité du rapporteur désigné pour instruire cette affaire par une décision du président, celle-ci figurant en annexe, en soulignant,

par ailleurs, qu'aucune disposition n'impose au rapporteur de signer la notification de griefs ou le rapport.

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.

Neuf des décisions prises par la commission permanente au cours de l'année 1998 concernent des affaires dans lesquelles la procédure simplifiée de l'article 22 de l'ordonnance a 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 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 œuvre les pratiques constatées si, entre la date des faits et celle de la notification de griefs, des modifications juridiques ou structurelles ont affecté ces organismes ou entreprises, notamment en cas de fusion, mais aussi de restructurations entraînant l'éclatement de certaines unités. Ces problèmes peuvent aussi 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 problème se pose fréquemment dans le cadre de groupes d'entreprises, entre société mère et filiales.

Sur le premier point, les règles qu'a dégagées le Conseil en la matière ont trouvé à nouveau à s'appliquer. Ces règles 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* ([108](#)). 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 affirme la prééminence de l'entité juridique sur la notion économique d'entreprise. Ainsi, 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 destinataire des griefs et éventuellement sanctionnée. 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 œuvre 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'entreprise, sujet du droit de la concurrence, peut se voir imputer des pratiques et faire l'objet des sanctions prévues à l'article 13 de l'ordonnance, même si, entre le moment où les pratiques ont été mises en œuvre 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. Toutefois, dans le cas des entreprises individuelles, la cour d'appel de Paris considère, eu égard au caractère personnel de l'exploitation, que la continuité de l'entreprise n'est pas assurée si la personne physique qui la dirigeait a changé. Même si l'application des principes ainsi dégagés peut, dans certains cas d'espèce, donner lieu à des difficultés et ce, notamment, comme il sera indiqué cidessous s'agissant de l'effectivité des sanctions prononcées, le Conseil, s'en tient strictement à la jurisprudence communautaire.

Les modifications dans l'organisation et les changements de personnes qui ont pu affecter l'entreprise auteur des pratiques n'ont pas d'incidence sur l'imputabilité de ces dernières. Ce principe a été rappelé par le Conseil dans sa décision relative à des pratiques relevées dans le secteur des travaux de voirie et de revêtement de sols dans les AlpesMaritimes [\(109\)](#). La société Spapa faisait valoir qu'elle avait fait l'objet d'un " changement de contrôle " en août 1996 et qu'elle connaissait donc un actionnariat ainsi que des dirigeants nouveaux, totalement étrangers aux faits reprochés. Ecartant ce moyen, le Conseil a retenu que le changement d'actionnariat et de direction intervenu au sein de l'entreprise, postérieurement aux faits en cause, n'avait en rien affecté la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise, qui n'avait pas disparu en tant que personne juridique.

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

La mise en œuvre de ces principes ne présente aucune difficulté 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 [\(110\)](#).

Lorsque l'entreprise a fait l'objet d'une cession amiable, le Conseil considère que la société cessionnaire doit être regardée comme ayant assuré la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise. Lorsque l'entreprise, auteur des pratiques, a fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire avec un plan de cession, la continuité économique et fonctionnelle est assurée par le cessionnaire qui acquiert tels ou tels éléments de l'entreprise ayant fait l'objet de la procédure [\(111\)](#).

En revanche, l'application de cette jurisprudence a pu donner lieu à débat dans un certain nombre de cas, où les entreprises en cause avaient restructuré leurs activités par filialisation.

Dans l'affaire relative à des pratiques relevées sur le marché de la rénovation des installations de chauffage du parc scientifique technologique de Luminy [\(112\)](#), s'est ainsi posé le problème de l'imputabilité des pratiques mises en œuvre par la société Bergeon et Cie, par l'intermédiaire de son agence d'Aubagne. Cette société faisait partie du groupe Icart, qui comprenait également la SA Bergeon et associés, la SA Bergeon Icart et la SA Icart Méditerranée. Ces dernières sociétés ont fait l'objet d'une fusion absorption au 31 décembre 1993 par la SA Icart Méditerranée, qui a, alors, pris le nom de Bergeon SA. La société Bergeon SA a vendu les éléments du fonds de commerce de ses agences de Saint-Laurent-du-Var et d'Aubagne, respectivement aux sociétés Capelier et Armand Interchauffage, toutes deux filiales de la Compagnie générale de chauffe. Pour exploiter les actifs ainsi acquis, la société Armand Interchauffage a constitué une société, dénommée Bergeon Méditerranée, qui a, le 31 décembre 1997, été absorbée par la société Crystal. Par ailleurs, la société Bergeon SA a fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire et, le 10 mai 1995, le tribunal de commerce de Bobigny a arrêté un plan de cession de cette société au profit de la SA Hervé Thermique.

La société Bergeon Méditerranée et la société Crystal faisaient valoir que la continuité économique et fonctionnelle de la société Bergeon et Cie avait été assurée par la société Bergeon SA, puis par la société Hervé Thermique, qui avait repris l'ensemble des éléments de la société Bergeon SA, à l'exception de ceux cédés à la société Armand Interchauffage et Capelier. En revanche, la société Hervé Thermique demandait sa mise hors de cause, en estimant qu'elle n'avait été cessionnaire que du fonds de commerce de l'agence de Toulouse de la SA Bergeon.

Cette affaire posait très clairement la question de savoir si les pratiques devaient être imputées à la personne morale, qui était devenue responsable de la gestion des éléments matériels et humains réunis dans l'agence d'Aubagne, ou à celle qui avait assuré la continuité de la société Bergeon SA dans son ensemble. Le Conseil a, en suivant l'analyse cidessus rappelée, constaté que la société Bergeon et Cie avait d'abord fait l'objet d'une fusion absorption par la société IcartMéditerranée, qui avait alors pris le nom de Bergeon SA, celle-ci venant donc aux droits et obligations de la société Bergeon et Cie. Il a relevé ensuite que la société Bergeon SA avait continué d'exister après la cession de son agence d'Aubagne et, dès lors, il n'y avait pas lieu de rechercher la responsabilité de la personne morale ayant acquis ce fonds. Enfin, la société Bergeon SA ayant fait l'objet d'un plan de cession au profit de la société Hervé Thermique et ayant alors disparu en tant qu'entreprise, le Conseil a considéré que la société Hervé Thermique, cessionnaire de l'ensemble des moyens matériels et humains demeurant dans cette entreprise, en avait assuré la continuité économique et fonctionnelle.

Un cas similaire s'est présenté dans l'affaire concernant des pratiques mises en œuvre à l'occasion de la passation de marchés publics de voirie dans le département de l'Hérault [\(113\)](#). La société Sacer demandait, en effet, sa mise hors de cause en faisant valoir qu'antérieurement à l'opération de fusion absorption réalisée avec la société Entreprise Albert Crégut et Fils, celle-ci avait fait apport de ses actifs à la société Crégut Atlantique et à la société Crégut Languedoc. Le Conseil a relevé que ces apports partiels d'actifs n'avaient pas entraîné la disparition de la société Entreprise Albert Crégut et Fils, celle-ci ayant subsisté jusqu'à sa fusion absorption par la société Sacer, à laquelle devaient en conséquence être imputées les pratiques. La même réponse a été apportée à la société Via France, qui soutenait que le fonds de commerce de son agence de Nîmes ayant été apporté à la SNC Eurovia Languedoc-Roussillon, cette dernière aurait dû être seule mise en cause.

Puisque la société Via France n'avait pas disparu en tant qu'entité juridique, elle devait répondre des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par son agence. Le deuxième type de problèmes cidessus 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 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.

Il est ainsi fréquemment soutenu par des entreprises mises en cause pour des pratiques relevées lors de la passation de marchés publics que des griefs leur ont été imputés à tort, dès lors que ces pratiques ont été mises en œuvre par leurs agences locales, qui disposent d'une totale autonomie et doivent donc être considérées comme des entreprises à part entière. Dans ces cas, le Conseil se réfère 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 autonome. La Cour de cassation a approuvé cette analyse, en rejetant le pourvoi formé par la société CampenonBernard 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 [\(114\)](#). La Cour de cassation a 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 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.

Ainsi, dans l'affaire concernant des pratiques relevées lors de la passation de marchés de voirie dans les AlpesMaritimes [\(115\)](#), la société Spapa faisait valoir que les griefs auraient dû être notifiés à sa direction régionale ProvenceAlpesCôte d'Azur, dès lors que cette entité avait été destinataire des documents comportant des échanges d'information et que son directeur disposait des plus larges pouvoirs. Le Conseil a rejeté cet argument, en relevant que le directeur régional ne disposait d'autonomie que dans un champ d'action strictement déterminé, notamment en matière de marchés publics, et qu'il ne pouvait agir en de nombreux domaines qu'avec l'approbation de la direction générale. Dans ces conditions, cette direction régionale ne pouvait être considérée comme une entreprise au sens du droit de la concurrence.

Dans l'affaire concernant la rénovation des installations de chauffage du parc scientifique de Luminy [\(116\)](#), la société SpieTrindel avançait le même argument en faisant valoir que son établissement régional " Fédération ProvenceMéditerranée " disposait d'une autonomie de gestion totale et que la notion d'entreprise ne recouvrant pas nécessairement celle de la personnalité morale, c'est cet établissement qui aurait dû être destinataire des griefs. Le Conseil a relevé que, si la société SpieTrindel avait justifié que son directeur délégué avait compétence, dans le cadre des pouvoirs qui lui étaient délégués pour signer les contrats et disposait du personnel, du matériel et du bureau d'études nécessaires à l'exécution du marché en cause, ces éléments étaient insuffisants pour établir que la " Fédération Provence-Méditerranée " constituait une entreprise autonome.

La même réponse a été apportée aux sociétés ScregSudEst, Colas Midi-Méditerranée, Spapa, Jean Lefèbre et Sacer dans l'affaire relative à divers marchés de voirie dans le département de l'Hérault [\(117\)](#).

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 œuvre 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 produites. 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.

Dans l'affaire relative à des pratiques du groupe Decaux [\(118\)](#), la Chambre syndicale française de l'affichage (CSFA) soutenait que le rapporteur n'avait pu, sans méconnaître le principe du contradictoire, abandonner un grief dans le rapport complémentaire qu'il avait établi à la suite du supplément d'instruction ordonné par le Conseil, dès lors qu'elle n'avait pu faire valoir ses observations ni sur la pertinence des questions posées aux sociétés du groupe Decaux lors de ce supplément d'instruction, ni sur celle des réponses fournies. Le Conseil a écarté cette argumentation. En rappelant les dispositions de l'article 18 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, il a souligné que ces dispositions autorisaient le rapporteur à abandonner un ou plusieurs des griefs initialement notifiés. L'abandon d'un grief, postérieurement à la notification du rapport aux parties, sur la base d'éléments du dossier réunis par le rapporteur et soumis à la libre discussion des parties, peut donc intervenir sans enfreindre le principe du contradictoire.

D. LA PREUVE DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

La preuve d'une pratique anticoncurrentielle peut être administrée au moyen de documents établissant la mise en œuvre 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, appréciés dans leur ensemble, indépendamment de la valeur de chacun d'entre eux pris individuellement, valeur d'ailleurs fréquemment contestée.

Ainsi, dans l'affaire relative à des pratiques relevées lors de la passation du marché de rénovation des installations de chauffage du parc scientifique de Luminy [\(119\)](#), plusieurs entreprises mises en cause ont contesté la valeur probante des indices recueillis lors de l'instruction et ont fait valoir, en outre, que ceux-ci émanaient d'une seule entreprise, et même exclusivement des notes manuscrites d'un responsable de cette entreprise. Dans l'affaire relative à des pratiques relevées dans le secteur des travaux souterrains pour le gaz et l'électricité [\(120\)](#), les sociétés Entrepose Montalev, Sobeia ÎledeFrance, Urbaine de Travaux et Travaux publics Sangalli STPS soutenaient que les documents réunis n'étaient pas probants, qu'ils présentaient un caractère unilatéral, qu'ils étaient manuscrits et que, lorsqu'ils émanaient d'autres entreprises, ils ne pouvaient leur être sérieusement opposés.

Le Conseil n'a pas fait droit à cette argumentation. Dans ces deux décisions, il a d'abord rappelé que la preuve des pratiques, notamment dans le cadre d'un marché, peut résulter soit de preuves suffisantes en elles-mêmes, soit d'un faisceau d'indices constitués par le rapprochement de divers éléments recueillis au cours de

l'instruction, même si chacun de ces éléments pris isolément n'est pas suffisamment probant. Il a ensuite relevé qu'un document régulièrement saisi, quel que soit le lieu où il l'a été, est opposable à l'entreprise qui l'a rédigé et à celles qui y sont mentionnées et peut être utilisé comme preuve ou par le rapprochement avec d'autres indices comme élément de preuve d'une concertation ou d'un échange d'informations entre entreprises.

Dans l'affaire relative à des pratiques relevées dans le secteur des travaux de voirie dans le département des AlpesMaritimes (121), la société Charles Martin contestait que la télécopie trouvée dans le dossier d'étude de la Spapa émanât de ses services, en faisant valoir que le nom de l'émetteur ne figurait pas sur la télécopie et qu'un télécopieur peut être aisément paramétré avec n'importe quel numéro de téléphone. Le Conseil a écarté cette argumentation. En effet, un responsable de la Spapa avait reconnu avoir reçu cette télécopie parmi un ensemble de documents contenant des offres de prix qu'il avait sollicitées de plusieurs soumissionnaires à ce marché et n'avait exprimé aucun doute quant à l'origine de ce document. En outre, le numéro figurant sur la télécopie correspondait au numéro de téléphone de la société Charles Martin et, si cette dernière suggérait que le branchement de son télécopieur sur une prise téléphonique aurait pu résulter de l'acte d'un tiers malintentionné, elle n'avait aucun élément de preuve à cet égard et n'avait, en outre, intenté aucune action en justice pour faire constater et sanctionner un tel comportement. Le Conseil a, en conséquence, considéré que cette télécopie faisait partie d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants établissant l'existence d'une concertation entre les sociétés Spapa et Charles Martin.

Dans ces mêmes décisions, le Conseil a également été conduit à écarter l'argumentation de plusieurs sociétés mises en cause qui contestaient que les faits puissent être établis sur la base d'un seul document, la preuve devant, selon elles, être rapportée par un faisceau d'indices graves, précis et concordants. Il a rappelé que la preuve d'une pratique anticoncurrentielle peut être apportée par un document unique, constituant à lui seul une preuve suffisante. Ainsi, dans l'affaire relative à des travaux souterrains pour le gaz et l'électricité (122), le Conseil a considéré que les notes prises par un responsable d'entreprise dans un cahier, datées avec précision et comportant les prix qui allaient être effectivement déposés par les différents concurrents constituaient à elles seules la preuve d'une concertation avant la remise des plis entre ces entreprises.

La société TVHA, qui exploite à Grenoble un magasin à l'enseigne Avantage, spécialisé dans la distribution de matériels électroniques grand public et qui pratique des prix de discompte, a produit devant le Conseil, à l'appui de sa saisine et de sa demande de mesures conservatoires, des enregistrements de conversations qu'un de ses dirigeants avait tenues au téléphone avec plusieurs de ses fournisseurs. Ces enregistrements avaient été réalisés à l'insu de ces fabricants de matériels et leur transcription ne reflétait pas toujours de façon parfaite les propos tenus. Les parties mises en cause contestaient la valeur probante de ces enregistrements et invoquaient leur caractère déloyal pour demander au Conseil de les écarter des débats. Elles faisaient ensuite valoir que, faute d'éléments suffisamment probants demeurant au dossier, la saisine devait être déclarée irrecevable. Le Conseil, tout en rejetant la demande de mesures conservatoires dont il était saisi, a écarté également la prétention des fabricants en s'appuyant sur un arrêt de la Cour de cassation en date du 15 juin 1993, aux termes duquel " aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale ; qu'il leur appartient

seulement, en application de l'article 427 du code de procédure pénale, d'en apprécier la valeur probante ". Il a rappelé qu'il était investi de la mission de défendre l'ordre public économique et estimé qu'à ce stade de l'instruction, il n'y avait pas lieu d'écarter les enregistrements contestés. Certains fabricants ont fourni contre cette décision un " appelnullité ", sur le fondement de la jurisprudence qui ouvre l'exercice d'un tel recours à l'encontre des décisions entachées d'excès de pouvoir ou de violation d'un principe fondamental de procédure.

La Cour d'appel a déclaré cet appelnullité irrecevable au motif qu'aucune décision insusceptible de recours n'avait été prise en l'espèce dès lors que les parties pourraient critiquer les modes de preuve qui seraient retenus dans le cadre de la saisine au fond par l'exercice des recours prévus à l'article 15 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (Cf. note 42).

E. 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. L'article 8 prohibe, dans les mêmes conditions, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique. 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 d'entreprendre et la liberté contractuelle étant de principe, l'intervention des autorités de régulation des marchés 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 suppose donc d'examiner 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 [\(123\)](#), 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 cette pratique 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, qu'il était de nature à inciter les avocats du barreau qui en avaient tous été destinataires à fixer leurs honoraires selon les barèmes suggérés et qu'il répondait aussi au souci de limiter les pressions à la baisse des honoraires exercées 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 ordinaire, 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 d'un tel barème est impossible à mesurer ". Par ailleurs, par un arrêt en date du 12 janvier 1999 [\(124\)](#), la Cour de cassation statuant sur un pourvoi dirigé contre l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris à propos de la décision du Conseil de la concurrence n° 96D36 du 28 mai 1996, relative aux pratiques relevées à l'encontre des sociétés du groupe

Zannier, a considéré que les pratiques mises en œuvre au sein du réseau de franchise de ce groupe, qui ne représentait que 2,7 % du marché de référence, pouvaient être considérées comme ayant une potentialité d'effet sensible, dans la mesure où ce réseau, en raison du nombre de ses points de vente, se trouvait parmi les principales enseignes d'un marché caractérisé " par une forte concurrence ", ce dont il découlait que les pratiques illicites adoptées par les uns pouvaient fausser le jeu de la libre concurrence à l'égard des autres.

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.

Vingtsept des décisions prises par le Conseil au cours de l'année 1998, après instruction au fond, concernent, pour partie ou en totalité, des pratiques prohibées par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance. Dans une de ces affaires, le Conseil a estimé qu'il n'était pas établi que des pratiques contraires à l'article 7 aient été mises en œuvre.

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 de 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 deux affaires ([125](#)), le Conseil a eu l'occasion de rappeler sa jurisprudence relative aux structures communes. Il a, ainsi, réaffirmé 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 œuvre des pratiques concertées ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché.

Le Conseil a ainsi sanctionné les pratiques tarifaires mises en œuvre par le groupement d'assistance routière et de dépannage de LoiretCher (GARD 41). Il a, de la même manière, considéré que les pratiques de répartition de marché résultant de l'application de deux clauses du règlement intérieur du GIE constitué entre vingt entreprises de transport de la Nièvre étaient prohibées par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

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 1998, le Conseil a examiné diverses clauses de conditions générales de vente ou d'accords de coopération [\(126\)](#) ainsi que de contrats de distribution exclusive ou sélective [\(127\)](#) ou encore de contrats comportant une clause d'exclusivité [\(128\)](#).

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

En 1998, le Conseil a constaté, à l'occasion de treize des affaires ayant donné lieu à des sanctions ou injonctions sur le fondement des dispositions du titre III 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 œuvre 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. Ainsi, 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 œuvre des pratiques anticoncurrentielles, restent d'actualité.

C. LES ENTENTES ANTICONCURRENTIELLES

1. 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 1998, comme il l'avait déjà fait en 1995 et 1996, le Conseil a examiné un nombre important d'affaires 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 celui qui, présentant l'offre la plus basse, serait certain d'être 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. Il a, en effet, rendu neuf décisions dans ce domaine.

Dans ces affaires, le Conseil a rappelé plusieurs des principes qui guident sa jurisprudence en la matière.

S'agissant de la nature des concertations ou des échanges d'informations mis en œuvre entre entreprises soumissionnaires, le Conseil a précisé dans quelles conditions ces pratiques sont qualifiées sur le fondement de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Il a, ainsi, rappelé qu'en matière de marchés

publics ou privés il est établi que des entreprises ont conclu une entente anticoncurrentielle dès lors que la preuve est rapportée soit qu'elles sont convenues de coordonner leurs offres, soit qu'elles ont échangé des informations antérieurement à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être, qu'il s'agisse de l'existence de compétiteurs, de leur nom, de leur importance, de leur disponibilité en personnel et en matériel, de leur intérêt ou de leur absence d'intérêt pour le marché considéré, ou des prix qu'ils envisagent de proposer.

Ainsi, dans l'affaire relative au marché de rénovation des installations de chauffage du parc scientifique de Luminy [\(129\)](#), une des entreprises soutenait qu'il ne pouvait lui être reproché de s'être entendue avec d'autres entreprises pour présenter sa candidature dans le cadre d'un appel d'offres restreint, dès lors qu'il s'agissait d'un acte favorisant la concurrence. Le Conseil a écarté cet argument. Il a souligné qu'une concertation entre entreprises avant le dépôt des candidatures a pour objet et peut avoir pour effet de porter atteinte à la concurrence et a relevé qu'en se portant candidate, alors même qu'elle n'est pas intéressée par un marché, une entreprise met en œuvre une pratique de nature anticoncurrentielle ; en l'espèce, en effet, celle-ci, d'une part, augmentait la probabilité que le maître d'ouvrage retienne la candidature d'entreprises qui, en fait, ne seraient pas concurrentes dans la deuxième phase du marché et, d'autre part, facilitait l'organisation de la concertation au stade de la remise des offres, en s'assurant le dépôt de " candidatures amies ".

L'opération de rénovation des installations de chauffage du parc scientifique de Luminy a donné lieu à la passation de plusieurs marchés. Dans ce cadre, la société Somesys, exploitant des installations existantes, et la société Sinerg avaient signé un protocole d'accord, confidentiel, prévoyant que cette dernière s'engageait à faire retenir, sauf volonté déclarée de ses clients, Somesys comme prestataire de services pour la maintenance des installations ainsi que pour une partie des travaux. Les deux sociétés contestaient leur mise en cause, en soutenant que la société Sinerg avait été incitée par le maître d'ouvrage à rechercher un financement des opérations de travaux, que le protocole d'accord s'inscrivait dans le cadre de la loi relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, permettant au maître d'ouvrage de confier à un mandataire une partie de ses attributions, et que la société Sinerg, soumise aux mêmes règles du code des marchés publics que le maître d'ouvrage, n'aurait eu aucun pouvoir de décision sur le choix des entreprises. Les deux entreprises faisaient encore valoir que le protocole en cause était forcément connu du maître d'ouvrage et ne pouvait avoir eu, en tout état de cause, aucun effet sur la concurrence, puisqu'il n'avait pas été mis en œuvre. Écartant cette argumentation, le Conseil a considéré que le protocole constituait bien une concertation de nature anticoncurrentielle. Il a, ainsi, relevé que l'accord formalisé entre les sociétés Somesys et Sinerg comportait une clause de confidentialité et que ni le bureau d'études responsable de la maîtrise d'œuvre, ni le maître d'ouvrage n'étaient informés de celui-ci. Par ailleurs, dans les missions confiées à la société Sinerg par le maître d'ouvrage, figurait la préparation non seulement du choix des entrepreneurs et fournisseurs, mais aussi de celui d'une société d'exploitation de chauffage. Il incombait, en outre, à la société Sinerg d'établir le dossier de consultation, d'organiser la procédure ainsi que le secrétariat de la commission d'appel d'offres. Enfin, pour établir l'objet anticoncurrentiel de ce protocole, le Conseil a relevé qu'il permettait à la société Somesys, en contrepartie de son apport technique et commercial, de conserver une partie du marché de l'exploitation des installations de chauffage, et notamment la maintenance, et à la

société Sinerg d'apparaître comme un partenaire financier indispensable dans le cadre d'un projet de rénovation ambitieux.

En revanche, dans cette même décision, le Conseil n'a pas considéré comme des pratiques concertées anticoncurrentielles les échanges d'informations entre la société Somesys et le bureau d'études Beterem, en relevant qu'aucun élément du dossier ne permettait d'établir que ce dernier aurait communiqué à la société Somesys ou au groupement qu'elle avait constitué des éléments d'informations propres à les favoriser dans la concurrence, soulignant que la position particulière de la société Somesys qui assurait la maintenance des installations en place lui conférait un avantage par la connaissance technique qu'elle pouvait avoir du site. Il n'a pas considéré non plus que le fait pour le bureau d'études de ne négocier, dans le cadre du premier appel d'offres, qu'avec le groupement dont la société Somesys était mandataire pouvait être qualifié sur le fondement de l'article 7 de l'ordonnance, en relevant qu'aucune preuve n'était apportée de ce que cette décision aurait été prise en concertation entre le bureau d'études et les entreprises du groupement en vue d'écarter les autres concurrents qui avaient déposé une offre.

La société Urbaine de travaux, mise en cause dans l'affaire concernant des pratiques relevées dans le secteur des travaux souterrains pour le gaz et l'électricité [\(130\)](#), soutenait également qu'aucune pratique de concertation sur les prix ne pouvait lui être reprochée, dès lors que la consultation en cause ne constituait pas un appel d'offres, mais seulement une demande de devis, le moins-disant n'ayant d'ailleurs même pas été retenu. Écartant cette argumentation, le Conseil a souligné qu'une pratique anticoncurrentielle peut être mise en œuvre dans n'importe quel type de consultation, qu'il s'agisse d'une simple demande de devis ou d'un appel d'offres plus formalisé, peu important que le devis moins-disant n'ait pas été retenu, dès lors que la concertation avait pour objet ou pouvait avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence.

Dans l'affaire relative à des travaux de voirie dans le département des Alpes-Maritimes [\(131\)](#), la société SNAF soutenait qu'il n'y avait pas d'échange d'informations, mais simplement une "*communication unilatérale de prix*", qui lui aurait été demandée par la Spapa, les deux entreprises étant souvent amenées à collaborer compte tenu de leurs métiers complémentaires. Mais, dès lors qu'il n'était pas contesté que la société SNAF avait répondu aux demandes de la Spapa, cet échange d'informations était bien le résultat d'un accord de volontés constituant une action concertée au sens de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

S'agissant de l'offre de groupements d'entreprises, le Conseil a rappelé que le fait de se grouper pour répondre à un appel d'offres ne constitue pas en soi une pratique prohibée. En revanche, le recours à une telle structure peut être prohibé s'il est établi que celle-ci a été utilisée pour mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles. Dans sa décision relative aux marchés passés pour la rénovation des installations de chauffage du parc scientifique de Luminy [\(132\)](#), le Conseil, s'appuyant sur cette jurisprudence, a considéré que la participation de la société Albouy à un groupement d'entreprises élargi, constitué par les sociétés Spie Trindel, Bencivaga et fils et Somesys, avait eu pour effet de limiter le nombre d'offres indépendantes et était donc prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance. En effet, la société Albouy, qui, comme les autres participants au groupement, connaissait parfaitement la nature des travaux et les délais d'exécution imposés, avait d'abord présenté sa candidature seule et envisagé de présenter une offre indépendante, ce qui l'avait amené à calculer ses propres prix. Par ailleurs, le maître d'ouvrage avait agréé la candidature de la société Albouy seule et considérait donc qu'elle avait les

compétences techniques pour exécuter le marché. L'élargissement du groupement à la société Albouy avait conduit à un affaiblissement certain de la concurrence, le maître d'ouvrage ne disposant finalement plus que de quatre offres, alors qu'il avait agréé dix entreprises seules ou en groupement pour concourir. En revanche, dans cette même décision, le Conseil n'a pas regardé comme contraires à l'article 7 de l'ordonnance les contacts pris par diverses entreprises ayant constitué deux groupements d'entreprises concurrents dans le cadre de l'appel d'offres ouvert lancé après l'échec de la première consultation mise en œuvre par les services du maître d'ouvrage. Aucun indice ne pouvait permettre d'établir que les contacts qui avaient eu lieu entre les entreprises en cause aient eu alors d'autre objet que la recherche de partenaires pour soumissionner aux différents lots de la consultation.

Dans sa décision relative à des pratiques relevées dans le secteur du transport scolaire de handicapés dans les AlpesMaritimes (133), le Conseil a examiné des regroupements d'offres réalisés sous l'égide d'organisations syndicales, en rappelant que ces organismes sortent de leur mission d'assistance et de défense des intérêts collectifs de leurs membres lorsqu'ils organisent une concertation en vue de répondre à un appel à candidatures de façon groupée et à des prix identiques. En l'espèce, il a donc sanctionné le regroupement des offres au sein de la fédération départementale des taxis et du syndicat départemental des artisans taxis des Alpes-Maritimes, en considérant que celui-ci avait conduit les artisans taxis ayant participé à ce regroupement à renoncer à présenter une offre indépendante et, en même temps, à adhérer au tarif établi par les organisations syndicales, aligné sur le tarif le plus élevé de l'arrêté préfectoral fixant les tarifs des courses de taxis dans le département. Il a également sanctionné l'entente tarifaire nouée entre ces deux organisations syndicales qui, ayant décidé de mettre en place une " politique tarifaire commune ", avaient présenté dans ce marché des propositions de prix identiques, après s'être concertées.

Dans sa décision relative à des pratiques constatées sur le marché de la collecte des ordures ménagères (134), le Conseil a également rappelé qu'est de nature à fausser le jeu de la concurrence entre des entreprises autonomes et à tromper le maître d'ouvrage sur la réalité et l'étendue de la concurrence entre les soumissionnaires au marché considéré le fait pour des entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers, mais qui disposent de leur autonomie commerciale, de présenter des offres distinctes et concurrentes après s'être concertées pour les coordonner ou pour les élaborer en commun. Il était reconnu par les entreprises en cause, les sociétés Sita, SARU, Stanexel et SUS, appartenant au groupe Sita, d'une part, et SAEW et Geteba, d'autre part, qu'elles constituaient des entreprises autonomes. Or, elles avaient présenté une offre distincte dans plusieurs marchés, sans avertir le maître d'ouvrage des liens qui les unissaient. Les responsables des sociétés du groupe Sita avaient reconnu l'existence d'une coordination des offres entre elles, qui devait permettre " de promouvoir la candidature des filiales les plus compétitives ", cette coordination ressortant également de l'examen des réponses aux appels d'offres concernant ces marchés. Quant aux sociétés Geteba et SAEW, leurs responsables avaient reconnu que, lorsqu'elles soumissionnaient sur un même marché, les offres étaient rédigées par une des deux sociétés.

Une situation similaire a été sanctionnée par le Conseil après examen des pratiques mises en œuvre par les sociétés Fouré Lagadec, Snach et Siren dans le cadre de marchés passés par le Port autonome du Havre (135). Ces trois sociétés, qui appartiennent au SDBAN, avaient, en effet, reconnu coordonner leurs offres dans le cadre des marchés de chaudronnerie et de mécanique du Port autonome du Havre,

après avoir en commun décidé quelle entreprise du groupe serait moins disante, alors même qu'elles se présentaient comme des entreprises indépendantes. En outre, des accords de soustraction interne assuraient une répartition des travaux entre elles, à l'insu du maître d'ouvrage.

Répondant au moyen soulevé par plusieurs entreprises selon lequel, n'étant pas intéressées par le marché en cause, elles s'étaient bornées à déposer une offre de principe, dite encore " offre carte de visite ", qui ne saurait être qualifiée d'offre de couverture, le Conseil a rappelé que ces offres ne sont pas anticoncurrentielles en soi, mais qu'il en va autrement dès lors qu'elles ont été élaborées dans le cadre d'une concertation avec d'autres entreprises soumissionnaires à un même marché et en principe concurrentes (136). Ainsi, le Conseil a écarté les justifications avancées par les sociétés Sogexi et Surbeco qui expliquaient que le chargé d'études de la société Sogexi étant tombé malade, celle-ci s'était adressée à la société Surbeco pour éviter que l'absence de remise d'une offre ne conduise le maître d'ouvrage à ne plus la consulter à l'avenir ; le Conseil a relevé, en outre, qu'aucun élément du dossier ne permettait d'établir que le maître d'ouvrage ne consulterait plus une entreprise qui s'était abstenue de répondre sur un marché. Dans cette même affaire, le Conseil a également rejeté l'argumentation de la société Urbaine de travaux qui soutenait que l'offre de principe qu'elle avait déposée n'avait pu avoir aucun effet anticoncurrentiel, dès lors que cinq autres entreprises avaient régulièrement répondu à l'appel d'offres. Il a, en effet, souligné que le fait de déposer les prix qui ont été calculés par un concurrent est de nature à restreindre la concurrence, le nombre d'entreprises réellement en concurrence se trouvant réduit, même s'il n'est pas établi que l'ensemble des soumissionnaires ont participé à l'entente.

Dans l'affaire concernant des travaux de voirie dans le département des Alpes-Maritimes (137), le Conseil a également écarté l'argumentation de la société Gerland Routes, selon laquelle les échanges d'informations ayant eu lieu entre deux conducteurs de travaux, ils ne constituaient qu'une " simple collaboration de chantier ", ne pouvant mettre en cause les entreprises elles-mêmes. En effet, le Conseil a relevé que le directeur de la société Gerland Routes avait reconnu que la Spapa avait demandé à plusieurs reprises à ses services des éléments pour lui permettre de soumissionner à des appels d'offres et qu'il y avait bien été répondu, ces échanges d'informations avant la date limite de remise des plis caractérisant une concertation de nature anticoncurrentielle, peu importante, s'agissant de leur qualification, qu'ils aient eu lieu, ce qui n'était d'ailleurs pas prouvé, à l'insu de l'encadrement.

L'analyse des pratiques de concertation elles-mêmes a conduit le Conseil à constater dans plusieurs affaires, et notamment celle relative à des pratiques relevées dans le secteur des travaux de voirie dans les Alpes-Maritimes (138), celle relative à des pratiques relevées dans le secteur des travaux souterrains pour le gaz et l'électricité en région parisienne (139), ou encore celle relative à des pratiques relevées lors de la passation du marché de fourniture et de pose d'écrans acoustiques pour la dénivellation de la voie rapide de Poisy (140), qu'une entreprise avait élaboré les offres des autres soumissionnaires, ou au moins d'une partie d'entre eux, et que ceux-ci, qui les avaient même dans certains cas sollicitées, avaient effectivement utilisé ces informations pour établir leur offre, voire avaient déposé l'offre telle qu'elle leur avait été transmise.

Dans la première des affaires ci-dessus citées, le Conseil a écarté l'argumentation soulevée par la société Gerland Routes, selon laquelle, si les prix déposés par la Spapa étaient bien identiques à ceux qu'elle avait adressés sur sa demande à cette

société, ces prix étaient très différents de ceux qu'elle-même avait déposés. Il a, en effet, relevé que la société Gerland Routes ne pouvait ignorer qu'en communiquant à la société Spapa, sur sa demande, des prix supérieurs à ceux qu'elle s'apprêtait à déposer, elle permettait à cette dernière entreprise de déposer une offre de couverture, en soulignant que le seul fait pour des entreprises concurrentes, soumissionnaires à un même appel d'offres, d'échanger des informations sur les prix de soumission avant la date limite de remise des plis est de nature à fausser ou limiter le jeu de la concurrence.

Dans l'affaire relative à des pratiques relevées dans le secteur des travaux souterrains [\(141\)](#), le Conseil a souligné que peu importait pour qualifier la concertation de savoir laquelle des deux entreprises soumissionnaires mises en cause avait sollicité l'échange d'informations, dès lors que les deux avaient pris une part active à la concertation, l'une en envoyant un bordereau de prix, l'autre en déposant effectivement les prix ainsi communiqués.

Le Conseil a également rappelé que le fait que l'instruction n'ait permis de mettre en cause que certains des soumissionnaires à l'appel d'offres était sans incidence sur la responsabilité de ces derniers, dès lors qu'il était établi qu'ils avaient procédé à un échange d'informations avant la date de dépôt de leurs offres, le caractère anticoncurrentiel de la pratique étant indépendant du comportement des autres soumissionnaires. Ainsi, à la société Urbaine de travaux, qui soutenait que, s'il y avait eu une répartition des deux lots avant la date de remise des offres, l'accord de toutes les entreprises ayant soumissionné aurait été requis, alors que seulement quatre des sept soumissionnaires avaient été destinataires d'un grief, le Conseil a répondu, d'une part, qu'une entente peut ne concerner que certaines des entreprises consultées et, d'autre part, que l'établissement de la preuve de pratiques anticoncurrentielles n'est pas toujours possible, de telle sorte que des entreprises, qui semblent être dans l'entente, ne peuvent être mises en cause, sans que cette situation puisse justifier la mise hors de cause des entreprises pour lesquelles cette preuve est rapportée.

Dans cette même décision, le Conseil a réaffirmé sa jurisprudence selon laquelle une entreprise qui soumissionne en groupement peut être mise en cause du seul fait qu'elle a bénéficié de la concertation visant à faire déclarer attributaire le groupement et organisée par l'autre membre du groupement. Ainsi, le Conseil a relevé que, dans le cadre d'un des marchés examinés dans cette affaire, la société TPSM avait contacté l'ensemble des entreprises consultées sur ce marché et que celles-ci lui avaient donné leur accord pour qu'elle soit déclarée attributaire. La société Bornhauser Molinari Melun ayant ensuite présenté une offre groupée avec la société TPSM, le Conseil a considéré qu'elle avait bénéficié de la concertation organisée par la société TPSM et devait donc être regardée comme y ayant pris part.

Parmi les justifications fréquemment avancées pour justifier les échanges préalables d'informations figurent les démarches qui doivent nécessairement être engagées pour constituer un groupement ou pour organiser la soustraction de certains travaux. Dans l'affaire relative à des pratiques relevées dans le secteur des travaux souterrains pour l'électricité et le gaz [\(142\)](#), le Conseil a écarté cette argumentation, développée par plusieurs entreprises mises en cause, en soulignant que la constitution d'un groupement n'implique pas de consulter l'ensemble des entreprises susceptibles de soumissionner, que plusieurs autres candidats disposaient des moyens suffisants pour répondre seuls à l'appel d'offres et qu'enfin l'accord de tous les candidats pour constituer un seul groupement ne trouvait aucune justification logique. Le Conseil a également écarté l'argument soulevé par la société Arbex,

dans l'affaire relative à la pose d'écrans acoustiques sur la voie rapide de Poisy [\(143\)](#), tenant à l'absence de caractère anticoncurrentiel des échanges d'informations auxquels elle avait procédé avec la société Bianco et avec la Compagnie internationale pour l'environnement, dès lors que ceux-ci n'avaient eu pour seul objet que la recherche d'éventuels soustraitants. Le Conseil, se référant aux déclarations de responsables de ces entreprises, a relevé que ces échanges avaient porté sur la totalité des prestations, y compris celles que la société Arbex n'envisageait pas de soustraire, que les sociétés Compagnie internationale pour l'environnement et Bianco avaient elles-mêmes présenté des offres complètes et que la première avait indiqué qu'elle aurait choisi une tierce entreprise pour soustraire une partie des travaux, si elle avait été retenue.

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

Indépendamment des pratiques relevées dans le cadre des marchés publics ou privés qui ont été analysées cidessus, des ententes ou des concertations sur les prix ou les marges mettant en cause des entreprises offrant des biens ou des services substituables ont été examinées par le Conseil dans huit affaires au cours de l'année 1998 [\(144\)](#).

Dans toutes ces affaires, des organisations professionnelles ont été à l'origine ou associées à la mise en œuvre 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 la mission 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 dispensées 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 Alpes de Haute-Provence, d'Aurillac, de Colmar, de Grenoble et de Marseille [\(145\)](#), ont été sanctionnés. En effet, le Conseil a constaté que ces organismes avaient élaboré et diffusé des documents, intitulés " guide pratique ", " recommandations tarifaires ", " barème d'honoraires " ou encore " recommandations d'honoraires ", qui comportaient une liste des prestations susceptibles d'être fournies dans le cadre de diverses procédures, assorties de montants d'honoraires ou de fourchettes d'honoraires, hors taxe et TVA incluse. Considérant que ces documents présentaient un caractère normatif, le Conseil a considéré qu'ils avaient pu conduire les membres de ces barreaux 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 ces " guides " ou " recommandations ". Le Conseil a rejeté l'argument tiré de ce que ces documents avaient pour seul objet de favoriser la transparence de l'information au bénéfice des justiciables, dès lors qu'un tel objectif pouvait être assuré par chaque cabinet et ne supposait nullement l'adoption d'un système collectif de tarification. Il a également rejeté l'argument selon lequel de tels barèmes n'auraient ni objet, ni effet anticoncurrentiel, en relevant, d'une part, qu'ils avaient été diffusés dans toute la profession, et parfois audelà, et, d'autre part, qu'ils avaient été utilisés par de nombreux cabinets, ainsi que l'avaient d'ailleurs reconnu plusieurs des responsables de ces Ordres. S'agissant plus spécifiquement des " recommandations d'honoraires " du barreau de Colmar, le Conseil a également écarté le moyen tiré de ce que ce document permettrait au bâtonnier de fixer, en cas de contestation, le montant des honoraires pouvant être réclamé, ainsi que celui tiré de l'application du droit local. Il a, en effet, relevé que, si le bâtonnier avait besoin d'informations en cas de

contestation d'honoraires, il n'était nullement nécessaire de diffuser ces informations à l'ensemble des membres du barreau, ni de les inciter à se conformer à ces recommandations tarifaires. Il a, par ailleurs, estimé que, si l'article 35 de la loi du 10 juillet 1991 laisse à tout barreau la possibilité d'établir une " méthode d'évaluation des honoraires ", il n'est nullement établi que ces dispositions imposeraient que soient établies et diffusées des recommandations d'honoraires de caractère normatif, qui, en tout état de cause, ne peuvent être considérées comme relevant des règles de procédure civile et de l'organisation judiciaire locale.

La cour d'appel de Paris, qui a déjà eu à connaître, en 1997, de recours contre de précédentes décisions du Conseil rendues dans le même secteur, a confirmé l'analyse du Conseil, mais a réduit le montant de la sanction prononcée en ce qui concerne le barreau de Marseille, la ramenant à 300 000 F, en tenant compte de l'attitude de ce dernier témoignant de sa volonté de mettre fin à toute pratique anticoncurrentielle après avoir reçu la notification des griefs. En effet, le barreau, qui s'était abstenu de revaloriser le barème établi en 1990, avait pris en 1996 une résolution rappelant l'interdiction des barèmes et l'avait publiée dans le bulletin qu'il adresse à ses membres [\(146\)](#).

S'agissant des pratiques mises en œuvre par le Groupement d'assistance routière et de dépannage de LoiretCher (GARD 41), était en cause la recommandation prise par cette organisation d'appliquer, en sus du tarif réglementé de dépannage sur autoroute, une prise en charge de 50 F pour le treuillage d'un véhicule accidenté. Le Conseil a d'abord relevé que, si le règlement d'exploitation des autoroutes A 10 et A 71 prévoit que les usagers en panne doivent utiliser les bornes d'appel d'urgence reliées aux postes de police, qui leur envoient un dépanneur, il n'était pas exclu que des automobilistes aient pu s'adresser directement à un dépanneur de leur choix. La recommandation en cause a été considérée comme une pratique concertée qui avait pu inciter les dépanneurs à s'aligner sur les tarifs recommandés et à faire payer aux automobilistes en panne un tarif uniforme artificiellement élevé par rapport au tarif d'autorité, seul tarif légal. Cette pratique apparaissait donc contraire aux dispositions de l'article 7 de l'ordonnance.

L'examen de la situation de la concurrence dans le secteur de l'expertise des objets d'art et de collection [\(147\)](#) a également conduit le Conseil à sanctionner des pratiques de plusieurs organisations professionnelles qui avaient élaboré et diffusé des barèmes indiquant pour plusieurs types de prestations (consultation verbale, expertise judiciaire, expertise verbale avec déplacement, expertise pour compagnies d'assurance, expertises pour partage de lots, etc.) des montants ou des fourchettes de prix en valeur absolue. Le Conseil a considéré que ces barèmes, même s'ils mentionnaient qu'ils n'avaient qu'un caractère indicatif, pouvaient avoir pour effet d'inciter les experts d'art à aligner leurs tarifs sans tenir compte des données propres à chacune de leurs entreprises. Il avait d'ailleurs été constaté que les adhérents de trois de ces syndicats avaient utilisé les indications tarifaires diffusées par leur syndicat pour fixer leurs propres honoraires. Dans ce cas, le Conseil a également écarté l'argumentation selon laquelle l'élaboration et la diffusion de ces barèmes avaient pour but d'informer le public, dans une optique de protection du consommateur, en relevant que cet objectif peut être assuré par chacun des experts et ne suppose nullement la mise en œuvre d'un système collectif d'information.

Le Comité interprofessionnel du gruyère de comté bénéficiant d'une appellation d'origine contrôlée (AOC) a pour mission de procéder à des études sur la production et la commercialisation de ce fromage, d'apporter une assistance technique aux professionnels du secteur, de veiller à la bonne application des textes qui le

régissent et enfin d'apporter une information aux consommateurs. A ce titre, il est seul habilité à délivrer les plaques d'identification de ce fromage attestant du respect des conditions réglementaires de sa fabrication et permettant sa vente. Par une lettre du 1^{er} mars 1995, son président a fait savoir aux producteurs concernés que l'assemblée plénière du Comité avait décidé de renforcer la " supercotisation " en vigueur quand un atelier enregistrerait une production supérieure de 10 % par rapport à l'année précédente ; dans ce cas, le coût de la plaque d'identification était fixé à un montant égal au prix de base auquel s'ajoutait une supercotisation représentant sept fois le prix de base fixé, soit 194,40 F. Pendant la période en cause, du 1^{er} mars 1995 jusqu'à l'entrée en vigueur d'un plan de campagne approuvé par arrêté ministériel, un total de 6 799 surtaxes a été appliqué pour un montant de 1 156 509,09 F. Le Conseil a considéré que ce système de pénalités, qui avait pour objectif de limiter la croissance de la production et pouvait avoir pour effet de figer la répartition des productions entre les fromageries, était de nature à limiter et à fausser le jeu de la concurrence sur le marché du comté AOC. Il n'a pas fait droit à l'argumentation du Comité interprofessionnel qui faisait valoir qu'il lui incombe de vendre les plaques d'identification et d'en fixer le prix et que cette tâche relève des prérogatives de puissance publique dont il est investi. En effet, le Conseil a relevé qu'aucune disposition législative ou réglementaire ne donnait compétence au Comité pour prendre des décisions de régulation des marchés, l'habilitation à fabriquer et à vendre des plaques lui étant conférée pour la seule identification du fromage et la constitution de ressources de fonctionnement.

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 1998 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 à cet égard un examen particulier de ce point de vue l'affaire mettant en cause Aéroports de Paris (ADP) et les sociétés du Groupe Air France ([148](#)). A la fin de l'année 1992, le président du Groupe Air France avait fait connaître au président d'ADP son intention de regrouper son activité sur l'aérogare d'Orly ouest, proposition qui avait donné lieu à diverses études menées en concertation par les deux entreprises, pour aboutir au cours de l'année 1994 à quatre schémas de regroupement, les modalités de transfert devant être fixées en commun, avant d'envisager la réaffectation de certaines compagnies vers Orly sud, cette réaffectation étant indispensable compte tenu de la capacité des deux aérogares. Ainsi, alors que le principe de ce regroupement, dont les modalités avaient été étudiées en commun par ADP et le Groupe Air France, avait reçu un accord de principe du directeur général de l'aviation civile le 4 mai 1994, c'est seulement le 25 mai suivant que les sociétés Air Jet, Air Littoral, AOM, Brit'Air, Corsair, Euralair et TAT ont été informées du projet de transfert de leurs activités vers l'aérogare d'Orly sud. Or, les conditions d'exploitation dans cette aérogare avant la mise en œuvre d'un vaste plan de réhabilitation étaient très inférieures à celles de l'aérogare d'Orly ouest et, en outre, les possibilités d'extension étaient plus limitées, voire inexistantes, plusieurs études soulignant à cette époque l'encombrement d'Orly sud, qui ne pouvait que s'aggraver compte tenu des prévisions de trafic envisagées. Le Conseil a donc considéré que, s'il était loisible à une compagnie aérienne d'étudier avec

l'exploitant d'un aéroport l'amélioration des conditions d'exploitation dont elle bénéficie sur une plateforme aéroportuaire, la mise en œuvre des aménagements correspondants ne devait être effectuée, alors que les capacités sont forcément limitées et en l'espèce d'inégale qualité, qu'à la condition d'affecter les installations et les équipements dans des conditions de concurrence équivalentes entre les compagnies. Or, en l'espèce, la concertation mise en œuvre par le Groupe Air France et ADP avait abouti à créer un net désavantage dans la concurrence au détriment des compagnies transférées vers l'aérogare d'Orly sud, entravant donc leur développement. Le Conseil a sanctionné cette pratique, à hauteur de 10 millions de F pour chacune de ces entreprises.

Dans sa décision relative à des pratiques relevées dans les secteurs de la mesure d'audience des médias et de la pige publicitaire (149), le Conseil a examiné les pratiques du GIE Audipub à l'égard des entreprises ayant pour activité " l'expertise médias ". Le GIE Audipub est constitué en 1989 entre les sociétés Médiamétrie, qui élabore des données d'audience, SECODIP, qui recense les messages publicitaires diffusés par les médias, et Espaces TV. Le GIE Audipub offre des produits résultant du traitement croisé des données d'audience et de la pige publicitaire, permettant d'optimiser les investissements publicitaires. Les décisions relatives au développement et à la commercialisation des produits sont prises à l'unanimité par les membres du groupement et les sociétés Médiamétrie et SECODIP qui sont par ailleurs propriétaires des données sources à partir desquelles sont réalisés les produits d'Audipub, définissent et contrôlent ensemble les conditions d'accès à ces produits. L'expertise médias est en France une activité nouvelle qui consiste à effectuer des missions d'audit des prestations des agences de publicité et des centrales d'achat afin d'en contrôler, de façon indépendante, les performances. Pour ce faire, les entreprises d'expertise médias ont besoin d'avoir accès aux données d'audience et aux outils issus du traitement de ces données et de la pige publicitaire. Or, le Conseil a constaté qu'agissant en concertation au sein du GIE Audipub, les sociétés Médiamétrie et SECODIP avaient adopté, à l'égard de la nouvelle activité de l'expertise médias, une politique commerciale dépourvue de transparence et marquée par l'utilisation de procédés dilatoires. Ainsi, la société Verimédia n'avait reçu que très tardivement les enquêtes qu'elle avait commandées au GIE Audipub et n'avait pu avoir accès au logiciel Micromarché, au motif que le contrat qu'elle avait signé avec le GIE ne prévoyait pas l'accès à ce produit, alors que cette précision ne lui avait jamais été donnée lors de la conclusion du contrat. Ces pratiques, restreignant l'accès d'un opérateur à des produits utiles au développement de son activité, avaient pour objet et pu avoir pour effet de limiter l'accès au marché de l'expertise médias. Résultant d'une concertation au sein du GIE Audipub, de telles pratiques, contraires à l'article 7 de l'ordonnance, ont été sanctionnées par le Conseil.

Le Conseil a également examiné des pratiques d'exclusion mises en œuvre sous l'égide d'organisations professionnelles. Ainsi a été sanctionné les agissements de diverses organisations professionnelles de médecins biologistes ainsi que plusieurs de leurs adhérents à l'encontre de certains fabricants de réactifs utilisés dans les analyses de biologie. En effet, à la suite de la communication d'un arrêté ministériel modifiant la nomenclature des actes de biologie médicale, l'Association des biologistes d'Aquitaine, le Groupement des biologistes de la Dordogne et le Syndicat national des médecins biologistes ont diffusé à l'égard de leurs adhérents des consignes de " transfert vers les radioimmunologistes privés ", voire de boycott à l'égard de tous les fournisseurs français de réactifs et de matériel de laboratoire " .

L'enquête avait, en outre, permis d'établir que plusieurs adhérents de ces organisations professionnelles avaient effectivement appliqué les consignes de boycott, en suspendant leurs commandes de réactifs à l'égard des laboratoires Cis Bio Industries Compagnie Oris, Diagnostics Pasteur et du groupe Mérieux, visés par les consignes. Ces pratiques concertées ayant eu pour objet et ayant pu avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché des réactifs, étaient prohibées par les dispositions de l'article 7, sans que puisse être utilement invoqué le fait qu'il s'agissait d'un " boycott " politique et non économique, du fait que les médecins biologistes n'étaient pas concurrents des laboratoires visés par les consignes. En effet, les pratiques qui tendent à l'éviction d'opérateurs économiques présents sur un marché, même si ces derniers ne sont pas en situation de concurrence avec les participants à une telle action concertée, affectent le fonctionnement du marché et le plein exercice de la concurrence et sont donc prohibées par les dispositions du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

S'agissant des pratiques dirigées contre certains laboratoires spécialisés, le Conseil a relevé que plusieurs laboratoires de biologie médicale avaient cessé, juste après la communication du projet d'arrêté ministériel contesté, de transmettre leurs prélèvements aux laboratoires dits très spécialisés, mais a considéré que dès lors qu'il est loisible à ces entreprises de changer de mode de fonctionnement et de réaliser elles-mêmes leurs analyses, même spécifiques, et, en tout état de cause, de choisir leur fournisseur, les comportements relevés, en l'absence d'autres indices, ne pouvaient pas être qualifiés d'actions concertées de nature anticoncurrentielle.

L'entreprise Européenne de commerce au loin (ECL) reprochait à la Fédération française d'escrime et à la Fédération nationale du sport universitaire, comme à la Ligue de Paris, d'entraver son accès au marché de la chaussure d'escrime et d'autres matériels utilisés dans ce sport, en lui refusant un stand dans les compétitions qu'elles organisent, pour préserver l'exclusivité qu'elles avaient accordée à l'entreprise Prieur Sports. S'agissant d'une des compétitions en cause, l'instruction avait permis d'établir que le comité d'organisation de la FNSU avait, dans un premier temps, accordé à l'entreprise ECL la possibilité de tenir un stand commercial, puis, dans un second temps, lui avait retiré cette autorisation, pour pouvoir bénéficier de l'assistance technique de la société Prieur Sports, qui exigeait le maintien d'une exclusivité en sa faveur. Cette action concertée entre la FNSU et la société Prieur Sports ayant eu pour objet et ayant pu avoir pour effet d'entraver l'accès de la société ECL au marché de la chaussure d'escrime, alors qu'elle ne disposait pas de magasin à l'époque des faits, le Conseil a considéré qu'elle était contraire aux dispositions de l'article 7 de l'ordonnance. En revanche, il a estimé que l'action concertée n'était pas établie en ce qui concerne les autres pratiques dénoncées par l'entreprise ECL.

Mme S., pharmacienne à EpinaysousSénart, dénonçait également diverses pressions exercées à son encontre par les pharmaciens chargés de l'organisation du service de garde et d'urgence par délégation du Syndicat des pharmaciens de l'Essonne, alors qu'elle avait souhaité ouvrir son officine selon des horaires ne correspondant pas à ceux généralement pratiqués dans le secteur dont elle relevait. Lors de l'établissement du tableau de gardes et d'urgence pour l'année 1997, Mme S. avait proposé de prendre la garde, outre quelques dimanches et jours fériés, tous les dimanches matin non fériés jusqu'à treize heures. Cette proposition était motivée par les conditions d'exploitation difficiles de l'officine, qui avaient conduit Mme S. à aligner ses horaires sur ceux d'un supermarché voisin, seul magasin situé à proximité, afin de pouvoir bénéficier de sa clientèle. Malgré le désaccord

qu'impliquait le contenu de ces propositions, un tableau provisoire de gardes et d'urgence fut établi, Mme S. y étant inscrite pour tous les dimanches de toute l'année pour la journée entière ainsi que pour toutes les nuitées jusqu'au lundi matin. Par ailleurs, vingt-huit des trente et un pharmaciens du secteur, sollicités par l'intermédiaire d'un questionnaire envoyé par les pharmaciens organisateurs du service de garde, manifestèrent leur hostilité aux propositions de Mme S. , en déclarant leur attachement au service de garde tel que pratiqué dans le secteur et au respect de l'article L 5881 du code de la santé publique, qui en fixe les principes d'organisation. Le Conseil a considéré que les pressions exercées par l'intermédiaire du Syndicat des pharmaciens de l'Essonne sur Mme S. , qui, alors qu'elle exerçait seule son activité, se voyait contrainte d'ouvrir tous les dimanches toute la journée, ainsi que toutes les nuits du dimanche au lundi, ne visaient qu'à la décourager de maintenir son officine ouverte le dimanche matin et à rétablir le statu quo s'agissant des horaires dans ce secteur. Ayant pour objet et pouvant avoir pour effet de limiter le jeu de la concurrence entre les officines de ce secteur, ces pratiques ont été sanctionnées par le Conseil. Celui-ci a rejeté l'argumentation du Syndicat des pharmaciens de l'Essonne qui justifiait son attitude par diverses dispositions législatives ou réglementaires. Il s'avérait, en effet, que les arrêtés préfectoraux invoqués avaient été nécessairement abrogés par la loi du 18 janvier 1994 modifiant l'article L 5881 du code de la santé publique. En outre, contrairement à l'interprétation qui en était faite par le Syndicat des pharmaciens de l'Essonne, ces dispositions législatives prévoient expressément que les pharmacies qui ne sont pas de garde ou d'urgence peuvent ouvrir pendant ces services, n'imposent en aucune manière aux pharmaciens qui ouvriraient dans ces conditions d'être inscrits au tableau de garde et d'urgence et, enfin, distinguent entre le service de garde, d'une part, et le service d'urgence, d'autre part, n'obligeant nullement un pharmacien qui assure le service de garde à assurer également le service d'urgence.

4. Répartition de marché

Les ententes anticoncurrentielles intervenant entre entreprises soumissionnaires à des marchés publics, examinées cidessus, aboutissent souvent non seulement à un affaiblissement, voire à une élimination de la concurrence par les prix, mais encore à une répartition de marché entre entreprises. Indépendamment de ces cas, le Conseil a examiné en 1998 une affaire dans laquelle étaient en cause de telles pratiques.

Vingt entreprises assurant des transports de matériaux dans le département de la Nièvre avaient constitué un groupement d'intérêt économique, dénommé GT 58, dont l'objet était non de se substituer aux entreprises adhérentes, mais d'agir en complément en assurant la promotion et la recherche d'offres et en facilitant la coordination des prestations à l'égard des donneurs d'ordre. L'article 4 du règlement intérieur du GIE prévoyait que la répartition des ordres de service " serait effectuée par les soins du directeur du groupement, de la manière la plus équitable possible, de telle sorte qu'il aboutisse sur l'ensemble de l'année à une répartition égalitaire en chiffre d'affaires entre les membres du groupement, cette répartition étant obligatoirement conditionnée par les besoins de la clientèle, la nécessaire adéquation du matériel à ces besoins, la disponibilité du matériel et la durée des contrats. " Le Conseil a rappelé que, si la constitution d'un GIE par des entreprises en vue de la coordination et de la gestion en commun des moyens disponibles ne constitue pas en soi une pratique anticoncurrentielle, le recours à une telle structure ne fait pas obstacle à l'application de l'article 7 de l'ordonnance, s'il est établi qu'elle a été utilisée pour mettre en œuvre des pratiques ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de limiter le jeu de la concurrence.

En l'espèce, le Conseil a constaté que l'article 4 prévoyait que la répartition des ordres doit permettre " une répartition égalitaire en chiffre d'affaires ". Quelles que soient les conditions de fonctionnement du GIE, notamment eu égard aux besoins de la clientèle, le directeur du groupement se devait donc de faire en sorte que le chiffre d'affaires du groupement soit distribué entre ses membres en parts égales. Cette garantie d'obtenir pour un membre du groupement, si ce n'est en nombre de commandes, au moins en chiffre d'affaires, une part d'activité égale à celle des autres membres du groupement, n'était pas de nature à l'inciter à faire des efforts particuliers, notamment de productivité, par exemple en développant ses capacités de transport pour réaliser un niveau d'activité supérieure au détriment de ses collègues. Cette clause, qui conduisait à une répartition artificielle du marché, a donc été considérée comme contraire à l'article 7 de l'ordonnance.

Le Conseil a également considéré que l'article 15 du règlement intérieur du GIE interdisant aux membres du groupement qui conservaient une activité de transport autonome de démarcher la clientèle du GIE était contraire aux dispositions de l'article 7 de l'ordonnance. Une telle clause limite, en effet, les possibilités de concurrencer le GIE pour tout membre qui serait en mesure de proposer des prix plus compétitifs que ceux du groupement, alors que celui-ci pourrait être amené dans ses offres à opérer des compensations entre les coûts de ses membres, pour tenir compte des écarts qui peuvent exister entre eux dans leurs conditions d'exploitation.

5. Restrictions 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 le jeu de 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 les conventions liant un producteur ou un fabricant à ses distributeurs.

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

Dans l'affaire relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution de matériel médical (150), le Conseil a examiné une clause d'exclusivité territoriale figurant dans les contrats liant les sociétés Philips Systèmes Médicaux (PSM) et General Electric Medical Systems France (GEMS France) à leurs distributeurs situés dans certains départements d'outre mer. Après avoir rappelé qu'une clause d'exclusivité de vente, d'exclusivité d'achat ou de non concurrence figurant dans une convention entre deux entreprises n'est prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 que, d'une part, dans la mesure où elle a pour objet ou peut avoir pour effet de restreindre le jeu de la concurrence sur un marché et où, d'autre part, elle ne peut bénéficier des dispositions de l'article 10 de l'ordonnance, il a également rappelé qu'un fournisseur recourant à des distributeurs exclusifs ne peut leur interdire de répondre à des sollicitations de clients situés en dehors de la zone géographique qui leur a été concédée, dès lors que ces distributeurs ne mettent en œuvre aucune forme de prospection active hors du territoire concédé.

Le contrat liant la société GEMS France à ses distributeurs à La Réunion et dans les Antilles prévoyait que " le distributeur n'est pas autorisé à revendre les produits distribués à des clients situés en dehors dudit territoire, sauf accord préalable et écrit de la société. " Le contrat liant la société PSM à son distributeur en Martinique stipulait que celui-ci ne pouvait " vendre, installer, entretenir ou réparer les matériels du contrat en dehors du territoire, sauf accord préalable de MassiotPhilips " et celui

la liant avec la société De La Hogue et Guézé à La Réunion obligeait ce distributeur à " limiter son activité " au seul département de La Réunion et à l'île Maurice. De telles clauses, qui visent à empêcher le revendeur de répondre à des demandes de clients situés en dehors de la zone concédée, limitent la liberté commerciale du revendeur et constituent par leur nature même une restriction de concurrence qui peut, en outre, comme l'a souligné la CJCE dans son arrêt Miller du 1^{er} février 1978, contribuer à une répartition de marché. En l'espèce, le Conseil a rejeté l'argumentation des sociétés GEMS France et PSM, qui soutenaient que ces clauses ne pouvaient avoir aucun effet, même potentiel, sur le marché, en relevant qu'en raison de la proximité géographique des Antilles et de la Guyane, le revendeur installé en Martinique pouvait être à même de répondre à des commandes provenant de la Guyane et de la Guadeloupe et que, s'il était peu vraisemblable que des courants d'échange se développent entre les Antilles et La Réunion, il avait été reconnu en séance que des actions promotionnelles étaient organisées au profit des revendeurs situés dans les départements d'outremer. Or, les clauses en question empêchaient les revendeurs locaux de répondre à toute demande de clients situés hors de leur zone. En revanche, le Conseil n'a pas qualifié ces clauses sur le fondement de l'article 85 § 1 du traité de Rome, en considérant qu'il n'était pas établi qu'elles puissent affecter de manière sensible le commerce entre Etats membres.

Un contrat de distribution exclusive était également soumis à l'examen du Conseil dans l'affaire opposant la société Sovis à la société Pilkington Special Glass (PSG) dans le secteur du verre spécial au plomb destiné à l'industrie nucléaire ou à la protection contre les rayons X (151). Jusqu'en mars 1994, la société Sovis s'était fournie en verre spécial au plomb auprès de la société PSG ; mais celle-ci avait, à partir de cette date, confié la distribution exclusive de ce produit à la société ADH Technologie. Le contrat comportait une clause interdisant à cette dernière " sauf consentement écrit et préalable de PSG, de vendre ou de faire de la publicité pour le produit hors du territoire, de rechercher des clients, d'établir une succursale ou de maintenir un dépôt de distribution hors du territoire, et ce, directement ou par l'intermédiaire d'un agent ou de tout autre tiers ". La société PSG s'interdisait quant à elle de vendre à un tiers, dans le territoire ou hors du territoire, le produit ou tout produit concurrent, sachant que ledit tiers a l'intention de vendre ou d'établir dans le territoire le produit ou ledit produit concurrent. Le Conseil a considéré, en premier lieu, que ces clauses, telles qu'elles étaient rédigées, s'appliquaient tant aux ventes " actives " que " passives " d'ADH Technologies. La première d'entre elles pouvait permettre à la société PSG d'interdire à la société ADH Technologie de vendre le produit à l'extérieur du territoire qui lui était concédé même en réponse à une demande spontanée d'un client situé hors de ce territoire. Dès lors, cette clause pouvait avoir pour effet de limiter le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun et se trouvait, par suite, prohibée par les dispositions de l'article 85 § 1 du traité de Rome. En revanche, le Conseil a considéré que cette clause ne pouvait être qualifiée sur le fondement de l'article 7 de l'ordonnance. En effet, la zone concédée à ADH Technologie comprenait l'ensemble du territoire national et la clause en cause ne visait que les ventes à l'extérieur de ce territoire ; dès lors, cette clause ne pouvait avoir pour effet de limiter le jeu de la concurrence sur le territoire national, aucun élément du dossier ne permettant de supposer que des réimportations de verre vendu par ADH Technologie à des clients situés hors de sa propre zone concédée auraient pu être effectuées dans des conditions compétitives sur le marché national. S'agissant de la deuxième clause, le Conseil a considéré qu'elle présentait un caractère anticoncurrentiel dès lors qu'elle pouvait avoir pour effet de priver un client

situé dans la zone concédée à ADH Technologie de la possibilité de faire appel à un distributeur du réseau de PSG situé en dehors de cette zone pour obtenir du verre au plomb. En effet, ce distributeur concurrent aurait pu se voir refuser, par le jeu de cette clause, la livraison du verre destiné à satisfaire une telle commande provenant d'un client situé dans la zone concédée à ADH Technologie, conférant à cette dernière une protection territoriale absolue. Une telle clause est prohibée par les dispositions de l'article 85 § 1 du traité de Rome, mais aussi par celles de l'article 7 de l'ordonnance, puisqu'elle aboutissait à protéger ADH à l'égard des importations passives de produits fabriqués par PSG, restreignant ainsi la concurrence sur le territoire national.

Le réseau de distribution mis en place par la société Gaston Jaunet Diffusion dans le secteur du prêt à porter féminin comprenait à la fois quelques franchisés et un réseau de magasins multimarques, sélectionnés aux termes de l'article 2 des conditions générales de vente sur trois séries de critères : la qualification professionnelle du revendeur et de ses employés, la localisation du point de vente, l'environnement de marques et, enfin, la surface et l'aménagement du magasin. L'instruction avait montré que ces critères étaient appliqués de manière discriminatoire, puisqu'un certain nombre de distributeurs régulièrement livrés par la société Gaston Jaunet Diffusion ne remplissaient pas au moins un des critères ainsi fixés et qu'en revanche, plusieurs magasins à l enseigne Leclerc n'avaient pas été livrés, alors même qu'ils répondaient à l'ensemble de ceux-ci. Un des responsables de la société Gaston Jaunet Diffusion avait indiqué que la politique commerciale de l'entreprise excluait la possibilité pour un centre Leclerc de distribuer ses produits.

Le Conseil a rappelé que les systèmes de distribution sélective, dès lors qu'ils préservent le jeu d'une certaine concurrence sur le marché, sont licites si les critères de choix des revendeurs ont un caractère objectif et ne sont pas appliqués de façon discriminatoire, s'ils n'ont ni pour objet, ni pour effet d'exclure une ou des formes déterminées de distribution qui seraient aptes à distribuer les produits en cause ou de créer des barrières artificielles à l'entrée sur le marché de la distribution des produits concernés et s'ils maintiennent la liberté commerciale des revendeurs quant aux prix pratiqués vis-à-vis des consommateurs.

En l'espèce, le Conseil a considéré que la société Gaston Jaunet Diffusion avait fait une application discriminatoire des critères de sélection de ses revendeurs, limitant la concurrence entre ces derniers et ayant eu pour effet d'exclure toute forme de distribution par des revendeurs pratiquant une politique commerciale s'appuyant sur des marges réduites.

Dans cette affaire, le Conseil a également considéré comme anticoncurrentielle une clause interdisant aux distributeurs de mettre en vente à prix réduit un produit de marque Gaston Jaunet, " même défraîchi et périmé, en dehors des périodes habituelles de soldes ". Une telle clause limitait, en effet, la liberté commerciale des distributeurs et avait donc pour objet et pouvait avoir pour effet de limiter le jeu de la concurrence entre ces derniers. A également été déclarée contraire aux dispositions de l'article 7 de l'ordonnance l'interdiction de toute rétrocession entre distributeurs d'articles de la marque Gaston Jaunet, et ce même à l'intérieur du réseau, une telle clause limitant également la concurrence entre revendeurs.

b) Conditions générales de vente et accords de coopération commerciale

Dans sa décision relative à la situation de la concurrence dans le secteur du disque [\(152\)](#), le Conseil a examiné plusieurs clauses des accords de coopération commerciale mis en place par les producteurs de phonogrammes. La première de ces clauses subordonnait l'octroi et le maintien des avantages résultant de la

coopération commerciale au respect du droit de la propriété intellectuelle. Le Conseil a considéré qu'une telle clause constituait l'expression d'un droit et ne présentait pas en soi un caractère anticoncurrentiel ; toutefois, elle pouvait être prohibée par l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ou l'article 85 § 1 du traité de Rome s'il s'avérait qu'en raison des conditions dont l'exercice de la faculté de résiliation était assorti une telle clause tendait en fait, par un détournement de sa fonction légitime, à la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles. L'analyse ainsi menée par le Conseil l'a conduit à considérer que les clauses correspondantes des contrats des sociétés BMG France, EMI France, Groupe Virgin Disques, Warner Music France et East West France ne présentaient pas de caractère anticoncurrentiel. En revanche, la clause figurant au contrat de la société Polygram prévoyait une remise en cause de celui-ci, " dès lors que (le) magasin s'approvisionne sur des produits Polygram par un autre canal que Polygram ". Compte tenu du territoire concédé à la société Polygram, une telle clause était de nature à empêcher les détaillants de s'approvisionner dans un autre Etat membre de la Communauté européenne. Ayant donc pour objet et pouvant avoir pour effet de cloisonner les marchés, une telle clause a été déclarée contraire à l'article 85 § 1 du traité de Rome.

Le Conseil a également considéré comme contraire à ces dernières dispositions, la clause subordonnant le retour des invendus à un approvisionnement exclusif auprès de la filiale française de chacune des maisons de disques en cause. Il a ainsi écarté les arguments invoqués par ces dernières, qui faisaient valoir que le droit aux retours constitue un avantage économique extrêmement important pour le détaillant, mais que ce système ne peut fonctionner que si le producteur est assuré qu'il ne reprend que des produits qu'il a effectivement vendus. Le Conseil a, en effet, considéré, eu égard à l'étendue géographique des contrats de concession dont bénéficient les filiales des producteurs de phonogrammes, que cette exclusivité d'approvisionnement visant l'ensemble du catalogue avait pour objet et pouvait avoir pour effet d'empêcher les détaillants de s'approvisionner dans d'autres Etats membres de la Communauté européenne.

S'agissant de la clause d'approvisionnement exclusif figurant aux contrats des sociétés Sony Music, EMI France, Polygram SA et BMG France, le Conseil a écarté les arguments de ces entreprises qui soutenaient qu'une telle clause n'avait d'autre objet que de lutter contre les importations illicites et la contrefaçon, cet objectif ne pouvant justifier la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles, alors qu'existent des voies de droit appropriées d'ailleurs utilisées par les entreprises en cause. En fait, plusieurs des courriers produits au cours de l'instruction montraient que les détaillants avaient subi de nombreuses pressions de la part des éditeurs pour les dissuader de s'approvisionner dans d'autres pays membres de la Communauté européenne à des prix souvent plus avantageux, leur permettant de pratiquer des baisses de prix en France. Ces pratiques contribuant également à un cloisonnement des marchés et à maintenir des prix élevés sur le territoire national, le Conseil les a sanctionnées.

6. Autres restrictions verticales

Plusieurs des affaires examinées par le Conseil au cours de l'année 1998 l'ont conduit à apprécier les effets sur le marché de clauses d'exclusivité, réservant à un opérateur l'exploitation d'un produit ou d'un service. Confirmant l'analyse qu'il avait menée dans les affaires examinées en 1997 mettant en cause la Ligue nationale de football et la société Adidas, le Conseil a rappelé que la conclusion d'accords d'exclusivité ne constituait pas en soi une pratique de nature anticoncurrentielle. Ainsi, dans sa décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de

l'escrime [\(153\)](#), le Conseil a considéré que l'accord exclusif conclu par la Fédération française d'escrime (FFE) avec la société Prieur Sports pour l'organisation de l'assistance technique lors des compétitions sportives ne présentait pas en soi de caractère anticoncurrentiel et que l'utilisation, dans le cadre de cet accord, de l'image de la FFE en contrepartie de la fourniture de prestations techniques et de remises sur le matériel individuel acheté par les sportifs ne pouvait être considérée comme contraire à l'article 7 de l'ordonnance. Il a, en revanche, recherché si les conditions dans lesquelles avait été négocié cet accord et les clauses qu'il contenait pouvaient être contraires à ces dispositions.

En l'espèce, le Conseil a relevé que la FFE avait procédé à des appels à la concurrence avant de conclure un accord d'exclusivité avec la société Prieur Sports et que ces consultations avaient échoué, aucune autre entreprise ayant répondu ne présentant les compétences pour réaliser les prestations liées à l'assistance technique des compétitions de niveau international, telles qu'elles sont fixées par les règlements de ces compétitions. En revanche, s'agissant de la durée de cette convention et de la clause de tacite reconduction, le Conseil a considéré qu'elles étaient prohibées par l'article 7 de l'ordonnance. En effet, la durée de cette convention, fixée à quatre ans, ne permettait pas de préserver la possibilité pour les concurrents de la société Prieur Sports d'entrer sur ce marché et n'était pas non plus justifiée au regard de la durée d'amortissement des équipements qu'avait dû acquérir cette société pour pouvoir répondre à la demande de la FFE en matière d'assistance technique. En outre, la clause de tacite reconduction constituait également une barrière artificielle à l'entrée qui avait pour effet de soustraire ce marché à la concurrence.

Dans la décision relative à la situation de la concurrence dans le secteur des fromageries fabriquant du comté et de l'emmental [\(154\)](#), était en cause un contrat établi pour trois ans entre la société Doryl, fabricant de moules à fromages, et la société ChâlonMégard, installateur de fromageries, aux termes duquel la société Doryl s'engageait à vendre exclusivement ses moules sur le territoire français par l'intermédiaire de ChâlonMégard et la société ChâlonMégard s'engageait à vendre exclusivement des moules de marque Doryl auprès de sa clientèle française.

Le Conseil a rappelé qu'un contrat d'exclusivité entre deux entreprises n'est prohibé par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance que dans la mesure où il a pour objet ou peut avoir pour effet de restreindre le jeu de la concurrence sur un ou des marchés. En l'espèce, le choix de la société Doryl de confier la distribution de ses moules en exclusivité à la société ChâlonMégard ne présentait pas de caractère anticoncurrentiel en soi, et ce même si la société ChâlonMégard disposait d'une position dominante sur les marchés de l'installation de fromageries fabriquant du comté et de l'emmental. Le Conseil a souligné que cet accord n'impliquait nullement que la société ChâlonMégard soit le seul installateur de fromageries pouvant avoir accès aux moules Doryl, puisqu'aucune clause n'interdisait à la première de revendre ces moules à un installateur qui lui en aurait passé commande. Si, dans les faits, la société ChâlonMégard avait refusé la vente de moules Doryl, renforçant ainsi sa position dominante sur le marché de l'installation des fromageries, cette pratique n'a pas été considérée comme résultant directement de l'accord d'exclusivité, lequel n'a donc pas été considéré comme contraire aux dispositions de l'article 7 de l'ordonnance.

Enfin, s'agissant des contrats d'achat de droits exclusifs conclus par la société Canal Plus avec les producteurs de films français, le commentaire de cette décision est

effectuée au chapitre suivant, l'analyse du Conseil ayant été menée sur le fondement de l'article 8 de l'ordonnance.

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 1998, 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 substituables. Une substituabilité parfaite entre produits ou services s'observant rarement, le Conseil regarde comme substituables et comme se trouvant sur un même marché les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les 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 œuvre dans le secteur de la fabrication des fromages de comté et d'emmental [\(155\)](#), le Conseil a considéré que, si ces deux fromages sont deux fromages à pâte pressée cuite, ils se différencient par leurs conditions de fabrication et leurs caractéristiques organoleptiques, leurs techniques de fabrication nécessitant un savoirfaire et des matériels spécifiques. Après avoir défini un marché des moules utilisés dans la fabrication du comté et un marché des moules utilisés dans la fabrication de l'emmental, le Conseil a ensuite

pris en compte les contraintes de production spécifiques du comté et de l'emmental, les préconisations des organisations professionnelles qui, par leur rôle d'assistance technique, orientent le choix des fromageries entre les différents types de moules, les modes d'utilisation des moules, pour conclure à l'existence d'un marché de l'installation des fromageries fabriquant du comté et un marché de l'installation des fromageries fabriquant de l'emmental.

Dans sa décision relative à l'Office d'Annonces (ODA) [\(156\)](#), le Conseil s'est référé à sa décision 96D10 dans laquelle il avait délimité deux marchés de l'édition des annuaires professionnels celui des annuaires professionnels destinés aux abonnés au téléphone et celui des annuaires de professionnels à professionnels ainsi qu'un marché de la vente d'espaces publicitaires dans lesdits annuaires. Le Conseil a constaté que la société CMS éditait des annuaires professionnels, dénommés " *Annuaire Soleil* ", dans différentes zones de la région parisienne, susceptibles de répondre aux besoins des professionnels ainsi qu'à ceux des particuliers cherchant un fournisseur local. De même, France Télécom avait décidé, en octobre 1990, de segmenter les *Pages Jaunes Départementales de Paris* en publiant deux annuaires, l'un distribué aux seuls particuliers abonnés au téléphone dénommé *Vie Pratique*, l'autre distribué aux professionnels dénommé *Vie Pratique et Professionnelle*, étant précisé que ce dernier en raison de son contenu pouvait répondre tant aux besoins des entreprises qu'à ceux de leurs employés cherchant à entrer en contact avec des fournisseurs localisés dans la ville de Paris. C'est sur la base de ces considérations liées à la destination des annuaires et à l'usage qui en était fait que le Conseil a estimé que, dans la ville de Paris, les annuaires *Vie pratique* et *Vie pratique et professionnelle* étaient en concurrence avec les *Annuaire Soleil* sur le marché des annuaires destinés aux particuliers et que les *Annuaire Soleil* et les annuaires *Vie Pratique* et *Vie Pratique et Professionnelle* se trouvaient en concurrence avec d'autres annuaires sur le marché des annuaires destinés aux professionnels.

Dans plusieurs dossiers, il a été tenu compte pour définir les marchés pertinents, tant d'un point de vue matériel que géographique, de l'existence d'une législation spécifique, confiant l'exploitation d'un service à un seul opérateur. Dans la première de ces affaires, concernant des pratiques mises en œuvre par Aéroports de Paris [\(157\)](#), le Conseil a relevé que la législation confie à Aéroports de Paris la mission de concevoir, créer et gérer les infrastructures et les services nécessaires au développement du transport aérien en IledeFrance ; dans ce cadre, cet établissement public met à disposition des compagnies aériennes contre rémunération les terrains, ouvrages et installations des aéroports nécessaires à leur activité. Parallèlement Aéroport de Paris offre aux compagnies aériennes diverses autres prestations regroupées sous l'appellation de " services d'assistance en escale ", dont il peut concéder l'exploitation à des sociétés tierces. Les compagnies aériennes peuvent également assurer les services en cause pour leur propre compte et celui d'autres compagnies.

Sur le site particulier de l'aéroport d'Orly, tout comme sur l'ensemble de l'IledeFrance, Aéroports de Paris dispose du monopole de l'exploitation des infrastructures aéroportuaires. Sur la base de ces éléments de droit et de fait, le Conseil a constaté qu'Aéroport de Paris mettait à disposition des compagnies aériennes autorisées un ensemble d'infrastructures et d'installations, moyennant des redevances, et estimé que la rencontre de cette offre et de cette demande constituait un marché. Les contours géographiques de ce marché ont été limités à l'aéroport d'Orly dès lors que les prestations offertes n'étaient pas substituables à celles qui peuvent être offertes sur d'autres aéroports de la région.

Le second dossier concernait le secteur des prestations funéraires [\(158\)](#). Comme dans les affaires concernant ce secteur dont il a eu précédemment à connaître, le Conseil a rappelé 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'était 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.

Le troisième dossier [\(159\)](#) concernait des pratiques mises œuvre par une coopérative d'insémination artificielle. La législation distingue deux types d'opérations d'insémination artificielle : les opérations de production de la semence et les opérations de mise en place de celle-ci, les premières étant obligatoirement exécutées par des centres de production autorisés à cet effet par le ministre de l'agriculture, les secondes relevant de centres de mise en place, dont l'exploitation est également soumise à autorisation ministérielle. L'autorisation de pratiquer la mise en place de la semence bovine assigne au centre une zone géographique dans laquelle il est seul habilité à intervenir. Les centres de mise en place peuvent compléter leur approvisionnement auprès d'autres centres de production, soit à leur initiative, soit sur la demande individuelle d'un éleveur de leur zone. Saisi de pratiques émanant d'une coopérative agricole qui bénéficie du monopole légal de la mise en place de la semence bovine dans le département de la Moselle, le Conseil a défini le marché comme étant celui de la distribution des semences dans ce département.

De la même manière, dans l'affaire relative à la commercialisation des listes d'abonnés au téléphone [\(160\)](#), ayant pour origine une saisine de la société Filetech, qui développe ses activités dans le secteur du marketing direct, à l'encontre de pratiques de France Télécom, il a également été tenu compte, pour définir les marchés pertinents, d'un cadre réglementaire contraignant, lié à la possibilité pour les abonnés au téléphone de ne pas figurer dans différents annuaires.

En vertu de la loi du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public des postes et télécommunications, France Télécom, personne morale de droit public disposant du monopole de la fourniture du service téléphonique entre points fixes et du service télex, avait également pour objet de fournir " dans le respect des règles de la concurrence, tous autres services, installation et réseaux de télécommunications. L'exploitant public est aussi habilité à exercer toutes activités qui se rattachent directement ou indirectement à son objet ". Le décret du 29 décembre 1990 relatif au cahier des charges de France Télécom a fixé au nombre des " services obligatoires " assurés par l'opérateur public et " ouverts à la concurrence " la publication et la diffusion annuelle de listes des abonnés au service téléphonique. En plus du service d'annuaire, le cahier des charges prévoit que " France Télécom " peut fournir des services d'annuaire électronique associés à ses services de télécommunications et peut également établir et diffuser les annuaires d'autres services de télécommunication ". Les abonnés au téléphone peuvent demander à l'opérateur

public de ne pas figurer dans les annuaires qu'il édite ou s'opposer à la diffusion et à la commercialisation des informations nominatives les concernant ou bien encore demander à ne pas faire l'objet de démarchage publicitaire effectué par télex ou télécopie. Ils sont alors inscrits en " liste rouge ", " orange " ou " safran ".

Dans ce cadre, France Télécom commercialise la liste, ou des extraits de liste, des abonnés et des utilisateurs. Au titre du " service obligatoire " des annuaires, l'exploitant public assure la publication et la diffusion d'annuaires imprimés et fournit en outre un service d'annuaire électronique. Par ailleurs, France Télécom commercialise le fichier des abonnés et des utilisateurs des réseaux publics de télécommunications, sous les marques Téladresses et Marketis. Le service Téladresses propose, contre rémunération, des fichiers extraits de la base annuaire et réalisés selon les critères spécifiés par l'annonceur. Le service Marketis commercialise, pour les besoins de prospection commerciale des entreprises, des adresses des abonnés au téléphone paraissant dans les annuaires de France Télécom. Il met en ligne les coordonnées des abonnés, à l'exclusion de ceux inscrits sur les listes rouge, orange ou safran.

L'examen des relations entre France Télécom et les différents opérateurs intervenant dans le domaine du marketing direct a conduit le Conseil à identifier deux marchés : Il a d'abord relevé que la réalisation d'opérations de marketing direct par voie postale, par appels téléphoniques, par fax ou télécopie suppose au préalable la constitution de listes de prospects et que des opérateurs comme la société Filetech se sont spécialisés dans l'analyse et la constitution de ces fichiers de prospection extraits de bases de données informatisées par la mise en œuvre de techniques statistiques élaborées. Le Conseil n'a pas retenu l'argument de France Télécom qui prétendait ne pas se situer sur le même marché que la société Filetech au prétexte que les fichiers Téladresses et Marketis n'étaient pas aussi " segmentés " ou " enrichis " que ceux de la société Filetech et qu'il s'agissait de " produits bruts " alors que Filetech propose des " prestations sur mesure ". S'appuyant sur plusieurs éléments de fait : annonces publicitaires de France Télécom proposant la constitution de " fichiers à la carte ", tarification pour " suppléments pour tris spécifiques ", enrichissement du fichier Téladresses pour faire face à la concurrence des fichiers de comportement, présence de France Télécom dans l'annuaire du marketing direct, le Conseil a considéré qu'il existait un marché des fichiers de prospection sur lequel France Télécom et la société Filetech sont en concurrence.

La question s'est ensuite posée de l'existence d'un marché spécifique de la liste des abonnés au téléphone. L'instruction avait fait apparaître que les opérateurs intervenant dans le secteur du marketing direct exprimaient une demande portant à la fois sur l'accès à la liste complète des abonnés au téléphone figurant dans l'annuaire et sur des listes mises à jour et commercialisées par l'opérateur public dans des conditions rendant leur utilisation compatible avec le respect des dispositions législatives et réglementaires protégeant l'identité humaine, les libertés individuelles ou publiques et l'intimité de la vie privée. France Télécom contestait l'utilité pour ces opérateurs d'avoir accès à la liste intégrale des abonnés au téléphone, une telle demande ne lui ayant, en fait, jamais été adressée, et soutenait également que la demande portant sur des données actualisées pouvait être satisfaite par d'autres bases de données tenues à jour périodiquement voire en temps réel, comme la base Consodata, les fichiers clients de la société Canal Plus ou des entreprises concessionnaires du service des eaux. Compte tenu de tous ces éléments France Télécom estimait que le marché pertinent était celui de la commercialisation d'adresses sur lequel elle prétendait détenir une part de marché

de 3 %. Le Conseil n'a pas fait droit à ces arguments. Il a en effet observé que les autres sources d'information citées par France Télécom ne présentaient pas les mêmes garanties d'exhaustivité et d'efficacité que la liste des abonnés au téléphone. Constatant qu'il existait, d'une part, une offre de la liste des abonnés au téléphone exhaustive et tenue à jour, commercialisée sous différentes formes et, d'autre part, des opérateurs demandeurs de telles prestations, le Conseil a estimé que la rencontre de cette demande et de cette offre constituait un marché.

Dans la décision relative à la saisine de la SARL Parfum Vanille [\(161\)](#), la délimitation d'un marché pertinent a été opérée à partir des caractéristiques qualitatives, des conditions de production et des modalités d'usage de la vanille naturelle et de la vanille de synthèse. Après avoir constaté que, pour des raisons qualitatives et économiques, la vanille de synthèse n'était qu'imparfaitement substituable à la vanille naturelle, le Conseil a examiné les modes d'utilisation et de consommation de la vanille naturelle. Il a relevé que pour un usage courant, de la part des industriels comme des consommateurs, les différentes catégories de vanille naturelle provenant d'origines géographiques différentes étaient substituables à la vanille de La Réunion et qu'il existait un marché de la vanille destinée à la consommation courante. Poursuivant son analyse, il a également observé qu'il existait une catégorie de clientèle pour laquelle l'aspect artisanal de la production et son caractère local constituaient un critère d'achat déterminant et que la vanille de La Réunion n'était effectivement plus exportée mais commercialisée principalement dans les sites touristiques. Il a ainsi conclu à l'existence d'un marché de détail de la vanille de La Réunion, distinct du marché de la vanille destinée à la consommation courante.

Le Conseil a été conduit, dans le dossier relatif au secteur de l'escrime [\(162\)](#), à délimiter plusieurs marchés pertinents : celui de la mise à disposition des stands commerciaux à l'occasion des compétitions d'escrime de prestige organisées par la Fédération française d'escrime (FFE), celui de l'espace publicitaire sur le serveur de cette même fédération et, enfin, celui de la chaussure d'escrime, directement affecté par les pratiques dénoncées. Sur le premier point, il a noté que, pour des fournisseurs d'équipements d'escrime désirant promouvoir leurs produits, les avantages tirés de la tenue d'un stand commercial à l'occasion d'une compétition sont étroitement liés à la notoriété de la compétition. A cet égard les compétitions de prestige qu'organise la FFE bénéficient d'une notoriété sans commune mesure avec celle des compétitions locales. Pour les entreprises, ces deux catégories de prestations ne sont donc pas substituables. Sur le second point il a observé que, contrairement à ce que soutenait la Fédération, l'inscription des coordonnées d'une entreprise sur son serveur Minitel, la publication d'encarts publicitaires dans sa revue, dans la revue de la Fédération internationale, dans la revue d'une ligue ou dans la presse spécialisée ne répondaient pas de façon équivalente au besoin des fournisseurs de promouvoir leurs produits. De plus, les avantages tirés de l'inscription des coordonnées d'une entreprise sur le serveur Minitel de la Fédération ne sont pas apparus comparables, en raison du statut et de la notoriété de cet organisme, aux avantages tirés de la mise en place par une entreprise de son propre serveur. C'est sur la base de ces éléments que le Conseil a défini un marché de l'espace publicitaire sur le serveur de la Fédération française d'escrime.

Dans le dossier relatif au secteur du mobilier urbain [\(163\)](#), le Conseil s'est référé à l'analyse développée par la Commission de la concurrence dans son avis du 28 février 1978, selon laquelle il existe un marché de la publicité extérieure englobant la publicité sur le mobilier urbain. Sur le point de savoir si la fourniture de mobilier urbain aux collectivités locales constituait un seul marché ou s'il convenait de

distinguer le mobilier urbain publicitaire et le mobilier urbain non publicitaire, le Conseil n'a pas retenu l'argumentation des sociétés du groupe Decaux selon laquelle ces deux types de mobiliers constituaient un même marché au prétexte que ces équipements remplissent une même fonction d'intérêt général qu'ils comportent ou non de la publicité. Ce sont les différences dans les modalités de financement des deux catégories de mobiliers qui ont conduit le Conseil à délimiter un marché national de la fourniture aux collectivités locales de mobilier urbain publicitaire. Ces équipements sont, en effet, mis gratuitement à la disposition des collectivités locales en contrepartie de l'autorisation donnée à l'entreprise cocontractante d'exploiter à des fins commerciales les supports qu'ils constituent alors que l'installation de mobiliers non publicitaires implique pour les collectivités locales un coût de location ou d'acquisition. Par suite, en raison des règles budgétaires et comptables applicables aux collectivités locales, un mobilier publicitaire n'est pas substituable à un autre mobilier remplissant la même fonction d'intérêt général mais non aménagé pour servir de support publicitaire. Le Conseil a en outre précisé que du point de vue des collectivités locales, plusieurs marchés pouvaient être distingués au sein de chacun de ces deux marchés, correspondant aux différents types de fonctions assurées par les équipements disposés sur la voie publique.

Saisi par une société exerçant son activité dans le domaine de l'expertise médias (164), le Conseil a constaté que les techniques de mesure d'audience différaient selon les médias. Ainsi les mesures d'audience de la presse, de la radio et du cinéma sont réalisées à partir d'interviews, au domicile ou par téléphone, de personnes appartenant à un échantillon d'individus de plus de quinze ans représentatif de la population française. Les mesures d'audience de la télévision sont réalisées à partir d'un panel de foyers, dans lesquels est installé un audiomètre à touches individuelles permettant d'enregistrer de façon permanente et immédiate les utilisations du téléviseur et le nombre de téléspectateurs devant l'écran. Sur la base de ces différences d'ordre technique, le Conseil a considéré que l'activité de mesure d'audience de la télévision constituait un marché distinct.

Dans le dossier relatif au traitement des ordures ménagères en IledeFrance (165), une des sociétés mises en cause soutenait qu'il existait un marché unique du traitement des ordures ménagères quelle que soit la technique utilisée : recyclage, compostage, incinération ou mise en décharge contrôlée. Le Conseil n'a pas retenu son argumentation. En effet, à la différence des trois autres modes de traitement, la mise en décharge fait appel à des techniques spécifiques qui n'impliquent pas de transformation physique ou chimique des déchets. En outre, si ce mode de traitement permet l'élimination des déchets ultimes générés par les autres procédés, il ne répond pas, contrairement aux trois autres, aux objectifs de valorisation des déchets définis par la loi du 13 juillet 1992 relative à l'élimination des déchets par recyclage ou réemploi. Ces éléments ont conduit le Conseil à définir un marché des décharges contrôlées de classe II (c'est-à-dire les ordures ménagères), dont les contours géographiques correspondaient à la région IledeFrance.

Saisi par les sociétés Multivision et Télévision par Satellite (TPS) (166) de pratiques de la société Canal Plus, le Conseil a délimité deux marchés pertinents. Il a constaté, en premier lieu que la télévision commerciale est financée par la vente d'espaces publicitaires aux annonceurs, alors que la télévision à péage se caractérise par le paiement par les téléspectateurs des programmes auxquels ils souhaitent avoir accès, ce qui induit une différence de nature de l'exploitant commercial qui, dans le premier cas, est une régie publicitaire chargée d'observer et de vendre ses parts d'audience et, dans le second cas, un prestataire de services qui propose des

programmes par abonnement et gère ses abonnés. Cette approche s'inspire de l'analyse faite par la Commission des communautés européennes qui a précisé, dans sa décision du 9 novembre 1994 (Aff. n° IV/M.469 MSG Média Service), que : " La télévision payante constitue bien un marché de produits distincts de celui de la télévision commerciale financée par la publicité et de la télévision publique financée pour partie par la publicité et pour partie par des redevances (...). Pour la télévision financée par la publicité, les paramètres essentiels sont la part d'audience et les tarifs publicitaires ; pour la télévision payante, les facteurs clés sont la confection de programmes propres à intéresser les groupes cibles et le mode de formation de prix des abonnements (...) ". Sur la base de ces éléments le Conseil a défini un marché de la télévision à péage distinct de la télévision commerciale.

Le Conseil a poursuivi son analyse en s'appuyant sur des critères d'ordre technologique pour procéder à une segmentation à l'intérieur de ce marché. Jusqu'au début des années 1990, la diffusion était uniquement assurée en mode analogique, ce qui impliquait pour le téléspectateur un abonnement forfaitaire couvrant la totalité de la programmation du diffuseur. La technique de la compression numérique a rendu possible l'émergence d'une forme différente de distribution payante des programmes, le paiement à la séance, qui permet au téléspectateur de sélectionner parmi les programmes du diffuseur ceux qu'il souhaite regarder et de ne payer que pour ces programmes. Coexistent ainsi deux modes de diffusion télévisuelle payante : la télévision par abonnement forfaitaire et le paiement à la séance. Se référant au contexte en vigueur au moment de l'examen des faits, le Conseil a estimé que le développement croissant de la télévision numérique n'impliquait pas que le marché de la télévision payante soit d'ores et déjà unifié. Ce marché est à l'heure actuelle caractérisé par une forme dominante de distribution, la télévision par abonnement, et une forme émergente de distribution, le paiement à la séance. La télévision à péage forfaitaire et le paiement à la séance constituent ainsi deux formes de distribution concurrentes caractérisant deux segments du marché de la télévision payante.

S'agissant des droits de diffusion des films, objets des contrats en cause, le Conseil n'a pas retenu l'argument de Canal Plus selon lequel il existerait une forte substituabilité entre, d'une part, les films de cinéma et les films de télévision et, d'autre part, entre les films français et les films américains. Analysant le comportement des téléspectateurs il a relevé que les films de cinéma ont un pouvoir d'attraction plus grand que les films de télévision. En ce qui concerne une éventuelle substituabilité entre les films de cinéma français et les films étrangers, il a rappelé que la réglementation fait obligation aux services de communication audiovisuelle de consacrer une proportion au moins égale à 40 % de leur offre d'oeuvres cinématographiques à des oeuvres d'expression originale française et qu'il existe en outre un écart de coût de 70 % en moyenne entre les droits des films français et ceux des films américains, ce qui rend les deux catégories de films faiblement substituables. Il a déduit de ces éléments qu'il existe une demande spécifique pour les films de cinéma français qui ne saurait se confondre avec les films de télévision. Enfin, il est apparu que le succès d'un diffuseur de télévision à péage, forfaitaire ou à la séance, tenait à la programmation, dans une proportion suffisante, de films aussi récents que possible et, en tout état de cause, qui n'aient pas encore été exploités sur les chaînes de télévision en clair. Ces films ont, en effet, un fort pouvoir d'attractivité sur les téléspectateurs. Sur la base de ces éléments le Conseil a défini un marché des droits de diffusion des films de cinéma français récents pour la diffusion à la télévision à péage.

Dans sa décision relative à une saisine de l'Agence Centrale de Presse-Communications [\(167\)](#) le Conseil a défini le marché en prenant en compte le fonctionnement des différentes agences de presse et la façon dont elles assurent la couverture des besoins des professionnels de l'information. Il a ainsi défini deux catégories de marchés : celui de l'information brute et les marchés de l'information retraitée. Le premier est destiné essentiellement aux journalistes, qui extraient de la masse des données les informations qui les intéressent et les retraitent pour les besoins de leur publication. En France, seules trois agences (AFP, Reuter, Associated Press) sont en mesure, en raison de leur système de collecte mondiale des informations, de couvrir les besoins en information générale, nationale et internationale dans des domaines variés. Sur les marchés de l'information retraitée, c'est-à-dire transformée et enrichie en fonction des caractéristiques et des besoins de la clientèle, les grandes agences peuvent se trouver en situation d'offreurs en concurrence avec des agences spécialisées ou d'autres opérateurs. Elles peuvent également se trouver en situation de fournisseurs à l'égard de clients qui développent parallèlement des services spécialisés susceptibles de se trouver en situation de concurrence avec leurs propres services spécialisés.

Dans sa décision relative à la concurrence dans le secteur du disque [\(168\)](#), le Conseil a fait référence à la méthodologie définie dans son avis n° 97A04 relatif à diverses questions portant sur la concentration de la distribution et dans l'avis n° 97-A18 relatif à l'application de l'article 101 de l'ordonnance au secteur du disque, pour définir, d'une part, un marché national de l'approvisionnement des phonogrammes et, d'autre part, un marché de la vente au détail des disques dont les limites géographiques correspondaient, compte tenu des éléments d'espèce, à celles de l'agglomération rouennaise.

2. Définition de la position dominante

Ayant délimité les contours du ou des marchés pertinents, le Conseil examine 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 ".

La détention d'une importante part du marché, qui est souvent caractéristique de l'existence d'une position dominante, ne constitue pas cependant nécessairement un indice suffisant pour conclure à l'existence d'une position dominante et d'autres éléments, tels que la part relative des autres 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, le fait qu'elle a ou non un accès préférentiel à certaines matières premières ou sources de financement, ainsi que l'existence et la nature des barrières à l'entrée sur le marché doivent également être pris en compte.

Dans le cas où un opérateur détient la totalité ou la quasi totalité du marché, ce seul fait suffit à établir qu'il détient une position dominante au sens de l'article 8 de l'ordonnance. Tel a été le cas dans les cinq dossiers relatifs au secteur de l'escrime [\(169\)](#), à Aéroports de Paris [\(170\)](#), au secteur de la mesure d'audience des médias

(171), à la commercialisation des listes d'abonnés au téléphone (172), au secteur de l'insémination artificielle (173).

Dans trois cas, le Conseil a tenu compte d'un autre élément. Ainsi, dans le dossier relatif à l'Agence Centrale de PresseCommunications (174), si la part de marché de l'Agence FrancePresse est évaluée à 97 % sur le marché national de la fourniture d'informations générales brutes, le Conseil a également tenu compte du fait que, sur le marché des journaux télématiques, l'Agence FrancePresse était, à l'époque des faits, la seule agence généraliste qui proposait un journal télématique. La quasi totalité des éditeurs de journaux télématiques ayant choisi de s'abonner au produit télématique de l'AFP afin d'éviter les coûts de retraitement des dépêches brutes, l'AFP se trouvait à la fois concurrente des éditeurs de journaux télématiques et fournisseur d'une partie importante du contenu de leurs journaux. Elle disposait en conséquence d'une position dominante sur le marché des journaux télématiques.

Sur le marché du mobilier urbain publicitaire (175), la position dominante du groupe Decaux a été déterminée à partir de deux éléments : sa part de marché, le groupe réalisant entre 65 % et 70 % du volume d'affaires généré par le mobilier urbain publicitaire, et le fait qu'il soit présent dans la quasi totalité des villes de plus de 100 000 habitants ainsi que dans plus de 85 % des villes de plus de 30 000 habitants. Le Conseil a également précisé que, dans l'hypothèse où il serait tenu compte de l'existence de marchés spécifiques des abris publicitaires pour voyageurs, d'une part, et des mobiliers d'information et de publicité, d'autre part, une position dominante du groupe Decaux pouvait être constatée sur chacun de ces deux marchés. En revanche, sur le marché de la publicité extérieure, le Conseil a estimé que les éléments constitutifs d'une position dominante du groupe Decaux n'étaient pas réunis. Il a rejeté le moyen soulevé par la Chambre française de l'affichage selon lequel la position du groupe Decaux devait s'apprécier, non en valeur, mais en fonction du nombre de dispositifs publicitaires effectifs, une telle approche qui fait abstraction des différences de prix de commercialisation des dispositifs d'affichage en fonction de leur localisation et de leur format ne correspondant pas à la réalité économique du secteur.

Dans le dossier relatif à la vanille de La Réunion (176), la part de marché et la notoriété de la coopérative de production UR2 ont été considérées comme permettant d'établir l'existence de sa position dominante.

Enfin, dans plusieurs affaires, un ensemble de critères a été pris en considération. Ainsi, dans sa décision relative au secteur des fromageries fabriquant du comté et de l'emmental (177), le Conseil a retenu, pour établir la position dominante de la société ChâlonMégard sur le marché de l'installation des fromageries fabriquant du comté, le nombre d'opérations effectuées, le montant des investissements réalisés, le renforcement de sa position pendant la période examinée, la présence de seuls concurrents de petite taille. Sur le marché de l'installation des fromageries fabriquant de l'emmental, caractérisé, à la différence du premier, par la présence de trois sociétés de taille européenne, la position dominante de la société ChâlonMégard a été déterminée par le fait qu'elle avait réalisé depuis dix ans l'ensemble des installations situées dans l'ouest de la France et qu'elle se considérait elle-même comme détenant la totalité de ce marché depuis une dizaine d'années. Le Conseil a également tenu compte de la notoriété de l'entreprise puisque, selon les professionnels concernés, la société ChâlonMégard est le seul spécialiste français, voire mondial, des installations complètes de fabrication d'emmental rond.

Sur le marché de l'édition des annuaires professionnels destinés aux particuliers (178), le Conseil a non seulement pris en compte les parts de marché détenues par

France Télécom à Paris et dans l'agglomération parisienne, mais également l'ancienneté de sa position d'opérateur public, ainsi que l'existence de moyens financiers sans commune mesure avec ceux de la société CMS. Sur le marché de la vente des espaces publicitaires, outre la part de marché importante de l'ODA, le Conseil a mentionné sa qualité de régisseur exclusif de la publicité dans les annuaires de France Télécom.

Dans la décision relative au secteur des pompes funèbres à Nîmes, Tarascon et Beaucaire (179), la position dominante de la société Pompes Funèbres du SudEst (PFSE) qui était, pendant la période concernée par les faits, concessionnaire du service extérieur pour les trois communes et également gestionnaire de la chambre funéraire située dans chacune de ces trois communes, a été établie à partir du pourcentage de convois réalisés, globalement et à partir de la chambre funéraire. A été également pris en compte pour la zone de Nîmes le fait qu'aucun des trois concurrents de la société PFSE n'avait réalisé une part de convois supérieure à 12 % au départ de la chambre funéraire. La société PFSE contestait occuper une position dominante en raison de la violation répétée par ses concurrents de son monopole et de la constante diminution de sa part de marché. Le Conseil n'a pas fait droit à cet argument. En effet la part de marché de la société PFSE, là où elle était la plus faible, c'est-à-dire dans la zone de Nîmes, était demeurée néanmoins comprise entre 44 % et 54 %. Ses concurrents n'avaient pu développer leur part de marché que de façon limitée et, enfin, quelles qu'aient été les conditions d'application de la législation funéraire dans les trois zones concernées, la société PFSE avait maintenu une part de marché environ quatre fois supérieure à celle du premier de ses concurrents. Cette analyse a été confirmée par la cour d'appel de Paris.

Dans le dossier relatif au traitement des ordures ménagères (180), la position dominante de la société Routière de l'Est Parisien (REP) a été établie en se fondant sur sa part de marché évaluée à 59 %, sur l'écart important qui la sépare de son principal concurrent, sur la circonstance qu'elle possède deux décharges qui disposent des plus grandes capacités d'enfouissement de la région et, enfin, en raison du fait qu'elle est adossée à un groupe puissant, également présent en amont dans le secteur de la collecte des déchets ménagers. Le Conseil a également intégré dans son analyse les conséquences de la loi du 13 juillet 1992 relative à l'élimination des déchets qui, en instaurant un système d'autorisation préfectorale ainsi que des objectifs de réduction des décharges, a introduit des barrières à l'entrée pour de nouveaux intervenants.

Dans l'affaire relative au secteur de la télévision (181), le Conseil a relevé que la société Canal Plus représentait près de 70 % des abonnés de la télévision payante, tous modes de diffusion confondus (réseaux hertziens, satellite, réseaux câblés), alors que le deuxième opérateur sur ce marché, France Télécom, n'en représentait que 8,5 %. Il a également pris en compte le fait que la société Canal Plus est spécialisée dans ce domaine d'activité depuis 1984 et qu'elle s'est alliée avec un partenaire puissant, la société Richemont, développant des activités complémentaires aux siennes. Sur le marché des droits de diffusion des films français récents la société Canal Plus préachète environ 80 % des droits de la production cinématographique d'initiative française (107 des 134 films produits en France en 1996). Selon l'avis du CSA, rendu à la demande du Conseil, la société Canal Plus, en 1996, " a couvert 59 % du financement apporté par les chaînes de télévision au cinéma " et " bénéficie aujourd'hui d'une position dominante dans l'achat de droits de diffusion d'oeuvres cinématographiques françaises ", ce

financement lui permettant d'obtenir les " droits exclusifs de diffusion télévisuelle par abonnement " .

Dans le dossier relatif à la concurrence dans le secteur du disque (182), le Conseil a considéré, sur le marché de la vente au détail de l'agglomération rouennaise, que la part de marché du magasin Fnac de Rouen, évaluée à 32 %, les surfaces de ventes respectives du magasin Fnac et de l'Audito et le faible écart séparant la Fnac des autres opérateurs ne permettaient pas d'établir l'existence d'une position dominante de la Fnac sur le marché concerné.

En revanche, le Conseil s'est interrogé dans cette même affaire sur l'existence d'une position dominante collective de la part des sept principaux éditeurs de phonogrammes sur le marché de l'approvisionnement. Les producteurs de phonogrammes bénéficient, en vertu de l'article 2131 du code de la propriété intellectuelle, d'un droit exclusif de reproduction et de mise à disposition du public pour leurs phonogrammes. L'offre sur le marché français de l'approvisionnement est caractérisée par la présence d'une centaine de producteurs, sept d'entre eux appartenant à cinq groupes multinationaux d'édition, réalisant plus de 80 % du chiffre d'affaires de l'édition phonographique. Ces sept éditeurs ont pour caractéristique commune, par rapport aux producteurs indépendants, de proposer des catalogues comportant des milliers de références, parmi lesquelles figurent des oeuvres ou des interprètes de grande notoriété, dont la présence est indispensable chez les distributeurs. De plus, quatre éditeurs avaient créé une filiale commune qui, en tant que grossiste, opérait également sur le marché de l'approvisionnement. Le Conseil a estimé qu'au cas d'espèce les critères constitutifs d'une position dominante collective n'étaient pas réunis. Il a considéré que plusieurs entreprises présentes sur un même marché peuvent être considérées comme détenant conjointement une position dominante s'il existe entre elles une interdépendance qui les conduit à adopter une unité de stratégie. Les éléments recueillis au cours de l'instruction n'étaient pas suffisants pour établir qu'il existait entre les sept éditeurs concernés un intérêt commun à ne pas s'engager dans une concurrence active les uns vis-à-vis des autres.

3. Abus de position dominante anticoncurrentiels

Dans les affaires relatives à 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 quatre des dossiers examinés en 1998, le Conseil a estimé que les conditions d'application de l'article 8 n'étaient pas réunies. Dans le premier d'entre eux, la société CMS (183) soutenait que la pratique de découpage géographique de l'annuaire *Vie Pratique* de France Télécom, ainsi que la politique de tarification des espaces publicitaires de l'ODA, traduisaient la volonté de France Télécom et de l'ODA de faire obstacle à son arrivée sur le marché et de freiner son développement. Sur le premier point, le Conseil a relevé qu'antérieurement à l'entrée de CMS sur le marché une étude avait été lancée auprès des utilisateurs et des annonceurs parisiens au sujet du découpage des *Pages Jaunes* en trois zones géographiques couvrant la ville de Paris. De même il était apparu qu'en procédant ainsi, France Télécom et l'ODA cherchaient à réduire la consommation de papier et à abaisser le coût de la publicité pour les annonceurs. Il n'était pas établi en conséquence que le découpage géographique de l'annuaire *Vie Pratique* de France Télécom ait constitué une réponse stratégique à l'arrivée de CMS sur le marché. Sur le second point, la société CMS critiquait trois pratiques tarifaires de l'ODA : une tarification dégressive pour le lancement des trois volumes de l'annuaire *Vie Pratique*, une tarification pour

la parution simultanée d'un espace publicitaire dans les annuaires *Vie Professionnelle et Pratique* et *Vie Pratique* et enfin une pratique de prix de prédation pour les insertions publicitaires à paraître dans les mêmes annuaires. Si l'ODA a effectivement mis en place, pour le lancement des trois volumes de l'annuaire *Vie Pratique*, une tarification comportant des taux de réduction par rapport au prix de l'annonce de base pour les insertions supplémentaires à paraître dans les deuxième et troisième volumes, le Conseil a constaté que la structure tarifaire mise en place lors de l'édition 1995 de ces trois volumes aboutissait à faire payer à l'annonceur, à service égal, sensiblement le même prix que celui qu'il avait eu à acquitter dans l'édition de *Vie Pratique* de 1994 constitué par le volume unique couvrant la ville de Paris. Le Conseil a relevé, par ailleurs, qu'aucun enseignement ne pouvait être tiré de la comparaison des prix pratiqués par l'ODA et la société CMS pour les éditions de leurs annuaires professionnels destinés aux particuliers dès lors que ni la couverture géographique, ni la liste des rubriques figurant dans les deux annuaires n'étaient identiques.

En ce qui concerne la deuxième pratique tarifaire contestée par la société CMS - tarification pour parution simultanée d'un espace publicitaire dans les deux annuaires il est apparu qu'elle avait pour objectif de s'assurer qu'à prestation égale en termes de cible et de diffusion le coût de l'espace publicitaire pour un annonceur resterait similaire. L'examen comparatif des prix pratiqués en 1994 et en 1995, qui a intégré les différences de prestation portant sur la couverture géographique des annuaires ainsi que sur leur contenu, n'a pas permis d'établir que la pratique tarifaire de l'ODA était de nature à dissuader les annonceurs de faire de la publicité dans les éditions de l'" Annuaire Soleil ". Enfin en ce qui concerne le caractère prédateur des tarifs de l'ODA, le Conseil a estimé que les éléments recueillis au cours de l'instruction ne permettaient pas de caractériser cette pratique.

Dans le second dossier, la SARL Parfum Vanille [\(184\)](#) soutenait qu'en ayant ouvert une boutique à proximité de la sienne, détourné la clientèle par des panneaux d'affichage et refusé de lui vendre de la vanille préparée, la coopérative UR2 avait abusé de sa position dominante. Le Conseil a rappelé que le choix d'un mode de distribution relève de la libre appréciation du fournisseur sous réserve que le refus opposé à un revendeur ne constitue pas une pratique contraire aux règles de la concurrence et qu'un fournisseur reste libre de modifier l'organisation de son réseau de distribution sans que ses clients bénéficient d'un droit acquis au maintien de leur situation. En l'espèce, l'instruction avait fait apparaître que l'installation de la boutique de la coopérative à proximité de la SARL Parfum Vanille ainsi que les panneaux d'affichage ne présentaient pas de caractère abusif. Par ailleurs, après avoir constaté qu'à l'époque de la commande, la coopérative ne livrait aucun revendeur en raison de la pénurie de vanille, le Conseil a relevé qu'après la reprise des livraisons et l'édition d'un tarif à partir du 1^{er} juillet 1996, il n'était pas démontré que la SARL Parfum Vanille ait passé commande à la coopérative UR2.

Dans le troisième dossier [\(185\)](#), le Conseil a examiné les conditions dans lesquelles la société Médiamétrie, en situation de position dominante sur le marché de l'activité de mesure d'audience de la télévision, commercialisait et tarifait ses données. Médiamétrie commercialise ses données d'audience télévisuelle à travers les services Médiamat, Médiadata et Audicable. Le principal service, Médiamat, qui représente à lui seul plus de la moitié du chiffre d'affaires total de Médiamétrie, est constitué à partir d'un panel de 2 300 foyers possédant la télévision dans leur résidence principale, représentatif des ménages résidant en France. Les données de Médiamat sont accessibles par souscription à un abonnement de base donnant droit

aux résultats standards d'audience jour par jour sur 24 cibles. La souscription à l'abonnement de base ouvre droit à l'accès à des résultats non standards réguliers (abonnements complémentaires) et à des services spécifiques effectués à la demande, notamment les bilans de campagne. Les conditions de commercialisation sont définies par le comité Audimétrie pour les deux principales catégories de clientèle de Médiamat : les chaînes de télévision et les intermédiaires publicitaires.

L'application faite par Médiamétrie des principes de commercialisation et de tarification définis par le comité Audimétrie aboutissait dans certains cas à des différences de traitement entre clients pour des prestations identiques. L'instruction avait montré que les remises et avantages commerciaux consentis à certains clients et qui ne résultaient pas directement des principes de tarification définis par le comité Audimétrie n'avaient bénéficié qu'à un nombre restreint d'entreprises. Ainsi, les tarifs inférieurs au prix minimum de l'abonnement de base à Médiamat n'avaient été accordés qu'à trois entreprises de petite taille et il n'a pas été contesté que les rabais ainsi consentis avaient facilité l'accès de ces entreprises, en début d'activité, au marché de l'expertise médias. Par ailleurs, la différenciation tarifaire consentie à certains clients n'a pas paru excéder ce qu'autorise la marge de liberté dont dispose Médiamétrie dans la négociation commerciale pour l'application dans chaque cas particulier de ses conditions générales de vente.

Quant à l'attitude de la société Médiamétrie à l'égard des sociétés de services informatiques, le Conseil a relevé que les données d'audience recueillies par Médiamétrie peuvent être réutilisées à l'infini de telle sorte qu'à partir d'un seul abonnement à Médiadata ou à Médiamat, une société de services informatique pourrait satisfaire les besoins de l'ensemble de la clientèle des annonceurs ou des intermédiaires de publicité, soit en effectuant les traitements des données qui lui sont demandés par ces clients, soit même en leur revendant ces données brutes quitte à ce que ces clients les traitent eux-mêmes. Dès lors que le coût de l'abonnement à ces services d'audience pourrait être amorti sur un grand nombre de clients, ceux-ci seraient spontanément conduits à se fournir auprès de cette société et à résilier leur propre abonnement à Médiadata et/ou à Médiamat. En raison de cette caractéristique des données d'audience, la possibilité pour les sociétés de services informatiques de commercialiser librement leurs traitements impliquerait de façon quasi inéluctable la disparition de la clientèle directe de la société Médiamétrie et le fait qu'elle n'aurait plus pour client qu'un nombre très restreint de sociétés informatiques, voire seulement l'une d'entre elles. Dans ces conditions, la société Médiamétrie ne pourrait plus assurer l'équilibre économique lui permettant de couvrir les coûts de collecte de cette information, sauf à faire payer aux entreprises de services informatiques la totalité de ce coût. Prenant en compte la nature particulière de la matière première que constituent les données d'audience, le Conseil a considéré que les contraintes imposées sur le plan commercial par Médiamétrie aux sociétés de services informatiques ne constituaient pas un abus anticoncurrentiel.

Dans le quatrième dossier [\(186\)](#) le Conseil a examiné les contrats d'abonnement de l'AFP. Ces contrats contiennent des clauses exigeant l'identification de l'abonné et définissant les conditions d'utilisation du service général de l'AFP. Ainsi, le contrat prévoit que dans l'hypothèse où l'abonné utilise le service avec droits de reproduction, il peut utiliser le service AFP pour la rédaction de la publication ou pour l'information des rédacteurs de la station de radio ou de la chaîne de télévision ou de tout autre établissement dont l'identité est précisée au présent contrat. S'il s'agit d'un abonnement sans droits de reproduction le service choisi par l'abonné est strictement destiné à sa seule information, sur le site de réception du service AFP. Le Conseil a

constaté que, malgré les demandes de précision de l'AFP, l'Agence Centrale de PresseCommunication n'avait pas été en mesure de fournir les renseignements relatifs aux conditions d'utilisation du service général de l'AFP. Il a suivi un raisonnement identique à celui développé dans l'affaire relative au secteur de la mesure d'audience cidessus commentée pour tenir compte des caractéristiques de l'information générale fournie par une agence de presse qui sont comparables à celles des données d'audience, en ce qu'elles peuvent être réutilisées indéfiniment. Dans ces conditions, il a considéré que le refus de l'AFP d'abonner l'Agence Centrale de PresseCommunication à son service général n'était pas constitutif d'un abus de position dominante. Quant au comportement de l'AFP sur le marché des journaux télématiques, le Conseil a relevé que l'Agence Centrale de PresseCommunication n'avait pas demandé un abonnement au journal télématique de l'AFP pour la mise en fonctionnement de son produit télématique et qu'il ne pouvait en conséquence être fait reproche à l'AFP d'avoir fait une exploitation abusive de sa position dominante. Dans les autres affaires examinées, le Conseil a considéré que les conditions d'application de l'article 8 de l'ordonnance étaient réunies.

Dans le dossier relatif au secteur des fromageries fabriquant du comté et de l'emmental [\(187\)](#), la société ChâlonMégard avait conclu un accord d'exclusivité avec la société Doryl, qui fabriquait un moule microperforé, protégé par un brevet, reconnu par l'ensemble de la profession comme le matériel le mieux adapté. La société ChâlonMégard s'était fondée sur cet accord pour refuser de livrer en moules de marque Doryl les concurrents sur les marchés de l'installation des fromageries de comté et d'emmental et pour lier la fourniture du moule en question à l'installation complète des fromageries. Le Conseil a considéré que, si l'accord d'exclusivité ne constituait pas en soi une pratique anticoncurrentielle, l'application qu'en avait faite la société ChâlonMégard lui avait permis de limiter artificiellement l'activité des autres installateurs de fromageries et qu'elle avait, de ce fait, exploité de façon abusive la position dominante qu'elle détenait sur les deux marchés concernés.

La société PFSE [\(188\)](#) a été sanctionnée pour avoir exploité la chambre funéraire de Tarascon de telle sorte que pouvait naître dans l'esprit des familles une confusion entre les prestations du service public de la chambre funéraire et l'activité commerciale de la société PFSE. Cette analyse a été confirmée par la cour d'appel de Paris [\(189\)](#).

Dans l'affaire relative au secteur de l'escrime [\(190\)](#), la Fédération française d'escrime (FFE) avait formulé des réponses d'attente à la demande de stand de l'entreprise ECL, fournisseur de chaussures d'escrime, qui souhaitait promouvoir ses produits lors de diverses manifestations sportives organisées par cette Fédération. L'instruction avait démontré qu'à l'occasion du championnat de France des minimes organisé en mai 1993, tous les fournisseurs de matériel et d'équipement avaient pu obtenir un stand, à l'exception de l'entreprise ECL, qui avait été ainsi victime d'une pratique discriminatoire. Il avait été également établi qu'à partir du 26 novembre 1993 et pendant plusieurs mois, puis durant les années 1995, 1996 et une partie de 1997, la Fédération avait refusé d'inscrire les coordonnées de l'entreprise ECL sur son serveur Minitel. Le Conseil a considéré que ces deux pratiques mises en œuvre sur les marchés de la mise à disposition des stands commerciaux à l'occasion des compétitions d'escrime et de l'espace publicitaire sur le serveur de la FFE, sur lesquels la Fédération était en position dominante, étaient de nature à entraver l'accès au marché de la chaussure d'escrime sur lequel l'entreprise ECL, qui ne disposait pas à l'époque d'un magasin de vente au public, développait son activité.

Dans sa décision relative à des pratiques constatées sur les marchés de la mise à disposition d'installations aéroportuaires et des services d'assistance en escale [\(191\)](#), le Conseil a constaté que, outre les pratiques concertées analysées cidessus, ADP avait refusé à la société TAT d'ouvrir de nouvelles liaisons à partir de l'aérogare d'Orly Ouest, alors qu'à la même époque les compagnies Air France, Air Inter et AOM avaient obtenu les moyens nécessaires à l'ouverture de nouvelles lignes à partir de cette même aérogare. De plus, ADP avait contraint la société TAT à utiliser exclusivement des équipes d'ADP pour assurer le service de conduite des passerelles après son transfert à Orly Sud, alors même que cette compagnie disposait de son propre personnel et que cette obligation n'avait pas été imposée à Air France lorsque celle-ci était installée à Orly Sud. Ce comportement discriminatoire d'ADP à l'égard de la société TAT a été considéré comme caractérisant un abus de position dominante.

Sur le marché du mobilier urbain publicitaire [\(192\)](#), le groupe Decaux a été sanctionné pour avoir mis en œuvre des pratiques destinées à lui permettre d'éviter d'être confronté à la concurrence et de conserver l'exclusivité de l'installation des principaux types de mobiliers urbains publicitaires pour des durées excédant largement celles fixées dans les contrats initiaux. Il avait ainsi conclu des contrats prévoyant systématiquement un renouvellement par tacite reconduction pour des périodes comprises entre six et douze ans, elles-mêmes renouvelables. Jusqu'à la lettre du directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes du 23 août 1993 demandant au président de la société Decaux de réduire à six mois avant l'expiration du contrat le délai au delà duquel il n'est plus possible de dénoncer un contrat comportant une clause de tacite reconduction, ce délai était le plus souvent fixé à vingtquatre mois. Or il est apparu que dans les pays étrangers, lorsque l'attribution de contrats de mobiliers urbains résultait d'un appel d'offres, les contrats négociés par les sociétés du groupe Decaux ne comportaient pas de clause de tacite reconduction. La reconduction du contrat pouvait intervenir sous réserve que la ville ait été informée par écrit, vingtquatre ou trente mois avant la date d'échéance du contrat, du souhait de la société titulaire de voir son contrat reconduit. Le groupe Decaux développait également une stratégie consistant à proposer aux collectivités locales le renouvellement ou l'extension du parc de mobiliers urbains par le biais de simples avenants pour des durées parfois égales à celles du contrat initial, ce qui lui permettait de conforter durablement sa position au niveau local, en lui évitant d'être confronté à la concurrence. Enfin, les contrats contenaient une clause de préférence aux termes de laquelle la collectivité s'engageait à n'installer du mobilier dans de nouveaux emplacements qu'après avoir offert aux sociétés du groupe Decaux la possibilité d'installer ces mobiliers. La collectivité était tenue de retenir la société Decaux si celle-ci acceptait de procéder à ces installations aux conditions du contrat initial. Le jeu cumulé de ces différentes clauses avait pour effet de prolonger artificiellement la durée de la relation contractuelle entre Decaux et les collectivités et de permettre aux sociétés de ce groupe d'éviter, pendant des durées très longues, toute mise en concurrence. Ces pratiques ont été considérées comme contraires non seulement à l'article 8 de l'ordonnance mais aussi à l'article 86 du traité de Rome, dans la mesure où elles ont pu empêcher des entreprises d'autres pays de la Communauté européenne d'assurer leurs prestations sur le territoire national.

Dans l'affaire relative à la commercialisation des listes d'abonnés au téléphone [\(193\)](#), la société Filetech, qui a pour activité la constitution de fichiers de prospection destinés à la réalisation d'opérations de marketing direct, estimait que France

Télécom abusait de sa position dominante en lui interdisant d'exploiter les ressources de la liste des abonnés au téléphone au prix de la consultation de l'annuaire électronique, en l'obligeant à recourir aux services plus onéreux offerts par les services Marketis et Téladresses. Pour fournir ces prestations de service, la société Filetech exploite sa propre base de données qui contient environ 23 millions d'adresses et qu'elle a constituée, pour l'essentiel, à partir de l'annuaire des abonnés au téléphone, en procédant au " téléchargement " de l'annuaire électronique.

L'opérateur public a dénoncé le caractère déloyal, voire frauduleux, de la pratique du téléchargement. Il prétendait que la partie saisissante détournait l'annuaire électronique de sa finalité contractuelle pour exploiter librement le contenu de la liste des abonnés au téléphone en fraude de ses droits d'auteur, alors que la société Filetech pouvait avoir accès aux autres services télématiques de France Télécom, le service Marketis et le Téladresses. Rappelant que l'article R 101 du code des postes et télécommunications impose à tout cessionnaire, sous peine de sanctions pénales, de radier des fichiers constitués à partir de la base annuaire le nom des personnes ayant demandé à ne pas figurer sur les listes extraites des annuaires et commercialisées par l'opérateur public, c'est-à-dire de celles qui sont inscrites sur la " liste orange "., il faisait valoir que l'annuaire électronique n'est pas expurgé des abonnés inscrits sur la liste orange puisque sa vocation n'est pas de permettre la constitution de fichiers et, qu'en vertu du même article, France Télécom ne peut communiquer, céder ou commercialiser la liste orange, de façon directe ou indirecte. Face à la partie saisissante, France Télécom soutenait qu'en commercialisant des fichiers extraits de la base annuaire préalablement expurgés de la liste orange, aux conditions tarifaires de Marketis, elle permettait aux opérateurs d'exercer leurs activités sur le marché des fichiers de prospection dans des conditions compatibles avec le respect de leurs obligations légales.

Pour apprécier les pratiques reprochées, le Conseil a procédé à un examen de la tarification du service Marketis. Il a constaté que le prix de l'adresse cédée aux utilisateurs du service Marketis était fixé à 0,30 F, prix qui, au vu des éléments comptables fournis par France Télécom, se décompose en 0,05 F de frais technique et 0,25 F de " copyright ". Une comparaison avec le prix demandé par France Télécom pour expurger la liste safran ou par des entreprises privées pour des prestations utilisant des techniques comparables montrait que le prix du service Marketis était hors de proportion avec le coût des moyens techniques nécessaires et ne s'expliquait que par la perception de droits d'auteur sur la totalité des informations communiquées.

Le Conseil a considéré que les contraintes imposées par France Télécom aux entreprises de marketing direct ne pouvaient être justifiées par la perception de droits d'auteur sur ces informations qui présentent un caractère public. En effet, aucune décision de justice n'a reconnu le caractère d'œuvre de l'esprit à la liste des abonnés au téléphone. Par ailleurs, l'Autorité de régulation des télécommunications a remis le 22 septembre 1997 au secrétaire d'État à l'industrie un avis selon lequel les coûts de collecte et de gestion de la liste des abonnés au téléphone étaient largement amortis par les recettes des annuaires et du service des renseignements téléphoniques. Dans ces conditions, le tarif de Marketis, qui fixe, pour chaque adresse communiquée, un prix identique à celui des adresses que France Télécom commercialise sur le marché des fichiers de prospection, alors qu'une prestation de tri moins coûteuse pourrait être offerte aux demandeurs sans surcoût pour France Télécom, ne permet pas l'accès à la ressource de la liste des abonnés au téléphone

à des conditions tarifaires la rendant exploitable pour l'établissement des fichiers de prospection.

En ce qui concerne le fichier Téladresses qui, conformément aux prescriptions de l'article R10, ne contient aucune information relative aux personnes inscrites en liste orange, le Conseil a noté que Téladresses ne recourt pas à Marketis pour fournir ses prestations mais à une source interne à France Télécom directement issue de la base de données des abonnés au service téléphonique, de la même façon que Marketis, sans donc avoir besoin de les soumettre à ce service avant de les commercialiser, à la différence de ses concurrents.

Le Conseil a considéré que le fait pour une entreprise détenant une position dominante sur un marché de biens ou de services utilisés pour l'exercice d'une activité sur le marché aval concurrentiel sur lequel elle est également présente d'offrir ces biens et ces services à des prix supérieurs aux charges qu'elle s'impute à elle-même pour leur utilisation, peut avoir pour effet d'empêcher ses concurrents de se maintenir ou d'entrer sur un marché aval.

Si France Télécom faisait valoir que les prix auxquels Téladresses commercialise ses fichiers se situaient dans la moyenne des prix du marché et tenaient compte du coût de collecte et de gestion des informations de la base annuaire, le Conseil a constaté que le prix de l'adresse cédée par Marketis correspondait exactement à celui auquel France Télécom négociait ses propres fichiers de prospection dans le cadre de la location d'adresses prévue par le tarif Téladresses. Cette constatation permettait d'établir que France Télécom ne s'imputait pas, à l'occasion de la commercialisation des fichiers de Téladresses, des charges d'accès à la liste des abonnés expurgée de la liste orange équivalente à celles que supportaient ses concurrents, obligés de faire appel aux services de Marketis.

Sur la base de ces éléments, France Télécom a été sanctionnée pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché de la liste des abonnés au téléphone en mettant en œuvre, sur le marché " aval " des fichiers de prospection, une discrimination de prix en s'imputant des charges d'accès à la structure qu'elle gère moindres que celles qu'elle facture à ses concurrents.

Dans le dossier relatif au traitement des ordures ménagères [\(194\)](#), la société Routière de l'Est Parisien (REP) a été sanctionnée pour avoir consenti sans aucune contrepartie réelle des tarifs préférentiels aux seules entreprises du groupe auquel elle appartient, de telles pratiques discriminatoires étant susceptibles de favoriser de façon artificielle les entreprises du groupe par rapport à leurs concurrents.

Dans le dossier relatif au secteur de l'insémination artificielle [\(195\)](#), COPEMOS, société coopérative agricole détentrice du monopole légal de la mise en place de semence bovine pour le département de la Moselle, a été sanctionnée pour avoir facturé la prestation de mise en place et la fourniture de la semence de façon forfaitaire, sans distinguer entre les deux prestations. Le Conseil a considéré qu'en procédant de cette façon elle avait lié artificiellement une prestation dont elle a le monopole à une prestation libre, une telle pratique étant de nature à dissuader les éleveurs de s'adresser à un autre producteur de semences et de comparer les prix pour faire un choix éclairé.

Les pratiques qui étaient dénoncées par les sociétés Multivision et Télévision par Satellite (TPS) [\(196\)](#) portaient sur les contrats de préachat de droits de diffusion télévisuelle que la société Canal Plus propose aux producteurs de films français. Après avoir précisé que le fait pour un opérateur de télévision par abonnement de conclure des contrats d'achat de droits exclusifs de diffusion télévisuelle par abonnement n'est pas en soi anticoncurrentiel, le Conseil a analysé le contenu du

contrat type afin de vérifier si les clauses qu'il contenait étaient ou non compatibles avec le droit de la concurrence.

L'article 1^{er} stipule que le contractant cède à Canal Plus les droits exclusifs de diffusion télévisuelle par abonnement du film pour une période qui ne pourra débuter qu'un an après la date de sortie du film en exclusivité dans les salles de cinéma en France. Compte tenu des délais fixés pour la diffusion des films sur les chaînes hertziennes en clair, Canal Plus dispose, pour exploiter un film avant qu'il puisse être diffusé sur les chaînes en clair, d'un an correspondant à la deuxième année après sa sortie. Le contrat type vise en outre à lui assurer qu'aucune autre forme d'exploitation télévisuelle du film, notamment l'exploitation par une chaîne de paiement à la séance, n'interviendra ni avant le commencement de la deuxième année d'exploitation du film ni, sans son accord, pendant la période durant laquelle elle peut l'exploiter en exclusivité. A cette fin, l'article 2 du contrat prévoit que celui-ci prend effet, non pas au premier jour de la période sur laquelle Canal Plus peut exercer l'exclusivité, mais dès la signature du contrat, c'est-à-dire avant même la réalisation du film. La sanction de ces stipulations est assurée par les articles 6 et 7 du contrat type selon lesquels Canal Plus a la faculté, après simple mise en demeure par lettre recommandée avec accusé de réception, soit de résilier le contrat, soit d'exiger l'application de la clause pénale. Pour les films ayant un fort potentiel commercial, la société Canal Plus avait renforcé ces dispositions, en prévoyant, comme cela a été le cas pour le film " Les visiteurs II ", que le contrat lui reconnaissant une exclusivité de diffusion prendrait effet au jour de sa signature et se poursuivrait pendant une durée de deux ans à compter du 1^{er} jour du 22^{ème} mois suivant sa sortie en salles en France, alors même qu'elle ne peut procéder à la première diffusion du film que pendant un délai d'un an à compter du 1^{er} jour du 22^{ème} mois suivant sa sortie en salles en France.

Le Conseil a considéré que ces dispositions avaient permis à Canal Plus de faire échec au développement de la concurrence d'une autre forme de télévision payante avant et pendant la période durant laquelle elle peut mettre en œuvre ses droits d'exclusivité pour la télévision par abonnement. Dans les faits, la société Canal Plus liait le préachat des droits de diffusion télévisuelle des oeuvres cinématographiques à la condition qu'aucune exploitation de ces films ne puisse intervenir sous la forme d'une diffusion par une chaîne de paiement à la séance avant et pendant toute la période durant laquelle elle bénéficiait de l'exclusivité de la diffusion par abonnement. Compte tenu de l'importance pour les producteurs de films cinématographiques d'expression française du financement par la société Canal Plus, cette pratique avait restreint le développement d'une forme émergente et concurrente de diffusion payante de films à la télévision. Sur la base de l'ensemble de ces éléments, le Conseil a considéré que le fait pour Canal Plus d'interdire toute diffusion du film par paiement à la séance, avant et pendant la période durant laquelle elle peut mettre en œuvre l'exclusivité qu'elle a négociée pour le paiement par abonnement, était de nature à limiter le développement de la concurrence sur le marché de la télévision payante et constituait un abus de la position dominante qu'elle détient sur ce marché.

B. LA SITUATION DE DÉPENDANCE ÉCONOMIQUE

L'application du 2. de l'article 8 de l'ordonnance conduit, en premier lieu, à déterminer si une entreprise 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 examiner si ce fournisseur ou ce client a abusé de cette situation en mettant en œuvre des pratiques de caractère anticoncurrentiel. Selon les dispositions susmentionnées, une entreprise se trouve dans une situation de dépendance

économique visàvis d'un fournisseur ou d'un client avec lequel elle réalise une part importante de ses ventes ou de ses achats, dès lors que, dans l'hypothèse où elle devrait renoncer à ces ventes ou ces achats, elle ne disposerait d'aucune solution équivalente pour poursuivre son activité.

En 1998, une entreprise a invoqué ces dispositions devant le Conseil. Dans le dossier relatif à la vanille de La Réunion [\(197\)](#), la SARL Parfum Vanille soutenait que la coopérative UR2 avait abusé de l'état de dépendance économique dans lequel elle se trouvait à son égard, la vanille étant indispensable à l'activité de la société et aucun autre fournisseur n'étant susceptible de l'approvisionner en vanille de La Réunion. Sur la base des principes dégagés lors des années précédentes pour définir la situation de dépendance économique, le Conseil a estimé que les éléments de l'espèce ne permettaient pas de caractériser une situation de dépendance économique. Il a en effet constaté que si la vanille de La Réunion avait représenté 50 % du chiffre d'affaires de la SARL Parfum Vanille, cette dernière avait eu la possibilité de s'approvisionner auprès des autres producteurs de l'île. Il a également observé que ses difficultés d'approvisionnement en 1996 s'expliquaient en partie par la baisse de la production et qu'en outre elle avait réalisé une part importante de son chiffre d'affaires par la vente d'autres produits que la vanille.

Chapitre IV : 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 ou 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 la société Canal Plus [\(198\)](#), qui faisait valoir que les clauses d'exclusivité qu'elle faisait figurer dans ses contrats d'achat de droits avec les producteurs de films français étaient justifiées au regard du 1 de l'article 10 de l'ordonnance, dès lors qu'elles résulteraient de l'application des articles 10 et 11 du décret n° 95668 du 9 mai 1995 qui lui imposent de consacrer 9 % de son chiffre d'affaires à l'achat de droits de diffusion d'oeuvres cinématographiques d'expression française. Le Conseil a écarté ce moyen en constatant que le préachat de droits et la conclusion de contrats comportant des droits exclusifs pour la diffusion payante, quel qu'en soit le mode, ne résultent pas directement de ces dispositions.

Mis en cause par un pharmacien souhaitant adopter des horaires différents de ceux habituellement pratiqués dans le secteur du Val d'Yerres dans l'Essonne, le Syndicat des pharmaciens de l'Essonne soutenait que la concertation qui lui était reprochée avait été mise en œuvre pour organiser les services de garde et d'urgence dans ce secteur dans le respect des dispositions de l'article L 5881 du code de la santé publique. Le Conseil a écarté ce moyen de défense, dès lors que les dispositions de ce texte prévoient expressément que les pharmacies qui ne sont pas de garde ou d'urgence peuvent ouvrir pendant ces services et qu'elles n'imposent pas non plus l'inscription d'office du pharmacien qui ouvre pendant ces périodes au tableau des services de garde et d'urgence, ces deux services étant, en outre, distincts et n'imposant pas au pharmacien qui ouvre pendant l'un d'eux d'ouvrir également pendant l'autre [\(199\)](#).

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° 96588 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.

La Fédération française d'escrime soutenait que la convention de partenariat qu'elle avait signée avec la société Prieur Sports et la société CeroSoudet permettait d'améliorer les conditions d'organisation des compétitions, grâce, notamment, à l'introduction de nouvelles technologies dans le domaine du matériel et des appareils de comptabilisation des résultats. Elle faisait encore valoir que ces améliorations techniques, bénéficiant aux escrimeurs et aux spectateurs et améliorant l'image de ce sport auprès du public, n'étaient possibles qu'en prévoyant un partenariat exclusif compte tenu des investissements très importants à réaliser. Mais si l'amélioration des conditions techniques d'organisation des compétitions et de l'équipement des escrimeurs pouvaient constituer des éléments de progrès économique, il ne pouvait être établi, en revanche, que les clauses fixant la durée du contrat d'exclusivité à quatre ans et prévoyant sa tacite reconduction eussent été indispensables pour atteindre le progrès économique invoqué. Le Conseil a donc, sur ce point, écarté l'argumentation de la société Prieur Sports [\(200\)](#).

La société GEMS France soutenait que l'interdiction de vendre des appareils de diagnostic en dehors du territoire concédé à chacun de ses distributeurs sans autorisation du constructeur était une nécessité découlant de la nature même de ces appareils, dans la composition desquels peuvent entrer des composants ou des matériaux dangereux comme des substances radioactives, imposant des contraintes d'utilisation. Le Conseil a rejeté cette argumentation en relevant que les parties avaient reconnu en séance que les clauses critiquées en ce qu'elles conféraient une protection territoriale absolue au distributeur n'apparaissaient pas indispensables à la mise en œuvre dans des conditions de sécurité satisfaisante des appareils qui faisaient l'objet des contrats d'exclusivité. Une des sociétés en cause avait, d'ailleurs, supprimé cette clause de ses contrats [\(201\)](#).

Le Comité interprofessionnel du fromage de comté invoquait les dispositions du 2 de l'article 10 en faisant valoir que les mesures qu'il avait prises étaient indispensables pour rétablir l'équilibre du marché et que, d'ailleurs, une mesure de régulation ministérielle plus sévère avait dû être prise peu de temps après. Mais le Conseil n'a pas fait droit à cette argumentation, en relevant que les mesures prises par le Comité interprofessionnel étaient intervenues dans une période de " précrise ", qu'elles

n'avaient qu'un but conjoncturel et qu'aucune disposition n'avait été effectivement mise en place qui aurait pu être de nature à faire face à moyen terme au déséquilibre de ce marché (202).

Le Conseil a également écarté l'argumentation développée par la Fédération départementale des taxis des AlpesMaritimes, qui soutenait que la concertation qu'elle avait mise en place pour répondre à l'appel d'offres pour le transport des élèves handicapés avait permis, grâce à une " organisation de l'offre ", une meilleure gestion des transports et *in fine* une amélioration du service rendu. Le Conseil a observé que la prétendue économie de gestion procurée au département par le service ainsi rendu ne constituerait pas une contribution au progrès économique de nature à justifier les surcoûts résultant pour la collectivité publique de la fixation à un prix artificiellement élevé des courses effectuées par les adhérents des organisations professionnelles impliquées dans la concertation anticoncurrentielle constatée. En tout état de cause, le même service aurait pu être rendu au département des Alpes-Maritimes, sans que les organisations syndicales en cause se concertent entre elles sur les prix à remettre, éliminant ainsi toute concurrence par les prix (203).

Dans sa décision relative à des pratiques relevées dans le secteur du verre spécial au plomb (204), le Conseil a écarté l'argumentation de la société ADH Technologie qui soutenait que le contrat d'exclusivité la liant avec la société PSG avait permis l'entrée sur le marché d'un nouvel opérateur et donc d'accroître la concurrence. Il a, en effet, relevé que l'introduction de clauses conférant une exclusivité territoriale absolue à la société ADH Technologie n'était pas indispensable à l'amélioration du jeu de la concurrence sur ce marché.

Le Conseil n'a pas retenu l'argumentation de la société Canal Plus qui invoquait les dispositions du 2 de l'article 10 de l'ordonnance en tant que les pratiques qui lui étaient reprochées auraient fortement contribué au maintien d'une production française abondante, diversifiée et indépendante. En effet, le fait de lier le préachat de droits de diffusion pour la télévision par abonnement à l'interdiction de diffuser ces films dans le cadre du paiement à la séance avant et pendant la période durant laquelle elle bénéficie de l'exclusivité n'est pas apparu comme indispensable à la réalisation de l'objectif invoqué, qui résulte de contraintes légales imposées à cette chaîne en contrepartie de l'autorisation d'émettre. Le Conseil a également relevé que c'était à tort que la société Canal Plus invoquait une diminution de la valeur des droits qu'elle acquiert pour obtenir l'exclusivité de la diffusion télévisuelle, à partir du moment où ces films pourraient faire l'objet d'une diffusion par paiement à la séance avant ou pendant la période pour laquelle elle obtient une exclusivité. Il a considéré, en effet, que la concurrence entre chaînes de paiement à la séance s'exercerait pour obtenir des droits de diffusion pour ce type de diffusion, ce qui procurerait aux producteurs une ressource nouvelle par rapport à la situation actuelle, permettant de compenser une éventuelle diminution de la valeur des droits de diffusion pour la télévision par abonnement (205).

Le Syndicat français des experts professionnels en oeuvres d'art et objets de collection (206) soutenait que les clauses de ses statuts et de son règlement intérieur qui avaient fait l'objet d'un grief présentaient un " bilan concurrentiel positif " dès lors qu'elles contribuaient à établir un bon niveau d'expertise sur le marché de l'art et, partant, une évaluation correcte des oeuvres. Mais le Conseil a considéré qu'aucun élément du dossier ne permettait de démontrer que les dispositions incriminées, en particulier les restrictions apportées à l'exercice de la profession et donc à l'offre d'expertise, ainsi que les pratiques de concertation tarifaire, auraient été indispensables pour atteindre l'objectif invoqué.

Chapitre V : Les pratiques de prix abusivement bas

L'article 101 de l'ordonnance, introduit par la loi n° 96588 du 1^{er} juillet 1996, prohibe " 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 ont pour objectif de permettre de sanctionner des pratiques de prix prédateurs sans qu'il y ait lieu d'établir l'existence d'une entente ou d'une position dominante. Sur les six affaires examinées par le Conseil en 1998, quatre mettaient en cause pour la première fois des offres promotionnelles sur des disques. Le Conseil a ainsi été conduit à appliquer le dernier alinéa de l'article 101 sur la base des principes qu'il avait dégagés dans son avis n° 97A18 du 8 juillet 1997 concernant l'application de l'article 101 de l'ordonnance au secteur du disque.

Dans ces quatre dossiers [\(207\)](#), le Conseil a été saisi par le ministre d'offres promotionnelles de disques pratiquées, pour trois d'entre elles, par des hypermarchés situés à la périphérie du Havre, la quatrième étant le fait de l'hypermarché Carrefour de Villabé, dans l'Essonne. Il a, en premier lieu, procédé à la délimitation du marché pertinent à partir des critères suivants : implantation géographique des magasins, flux de déplacement des consommateurs, composition des catalogues promotionnels, niveau des prix pratiqués et, pour les trois dossiers relatifs au Havre, transfert de chiffre d'affaires entre le magasin de centre ville et les grandes surfaces situées à la périphérie. Sur la base de ces critères le marché pertinent a été défini dans les trois premiers cas comme celui de l'agglomération havraise et, dans le dernier cas, comme celui correspondant à la zone de chalandise comprenant les centres commerciaux de Villabé et de Corbeil, ainsi que l'hypermarché Auchan à Brétigny-sur-Orge, le magasin Extrapole à Belle-Epine et l'espace culturel E.Leclerc à Viry-Chatillon.

Le Conseil a ensuite vérifié que la situation de déséquilibre entre les distributeurs à l'origine de la promotion (Espace culturel E.Leclerc, Auchan, Mammouth, Carrefour) et les distributeurs susceptibles d'en subir les effets (l'Audito au Havre et Madison à Villabé) ainsi que la durée de la pratique justifiaient un examen des prix des promotions. Le Conseil a rappelé à cette occasion les principes développés dans la jurisprudence communautaire et nationale relative aux prix de prédation et qui ont inspiré la démarche méthodologique définie dans l'avis n° 97A18 concernant l'application de l'article 101 de l'ordonnance au secteur du disque. Les quatre décisions ont ainsi réaffirmé le principe selon lequel des prix de vente inférieurs aux coûts variables permettaient de présumer un effet d'éviction et que des prix de vente pourraient être considérés comme abusivement bas par rapport aux coûts moyens totaux, même s'ils étaient supérieurs aux coûts variables, si la pratique de prix bas était accompagnée d'indices suffisamment sérieux, précis et concordants soit d'une volonté délibérée de capter la clientèle au détriment d'un concurrent, soit d'une possibilité que la pratique de prix ait un tel effet.

Sur la base de ces principes, le Conseil a procédé, dans les quatre décisions en cause à une analyse en trois étapes : il a, d'abord, défini les coûts variables à

prendre en compte, ensuite déterminé les coûts moyens totaux et, enfin, examiné s'il existait une manifestation d'éviction du marché. Les éléments comptables fournis par les distributeurs ont mis en évidence qu'en dehors du coût d'achat les autres coûts étaient fonction de paramètres étrangers au volume des ventes et ne pouvaient en conséquence être considérés comme des coûts variables. Une fois cette première délimitation établie, la recherche d'une éventuelle pratique d'éviction a été effectuée à partir d'un examen comparatif des prix de vente proposés dans les promotions aux prix d'achat des distributeurs. Sur l'ensemble des constatations effectuées, il a été relevé que la majorité des disques avaient été vendus à un prix supérieur au prix d'achat, les autres ayant été vendus à un prix égal au prix d'achat. A ce stade de l'analyse, le Conseil a conclu que les disques avaient été vendus à un niveau permettant d'assurer la couverture des prix d'achat.

La seconde étape a consisté à examiner si les prix de vente étaient ou non inférieurs aux prix moyens totaux. La comptabilité analytique des distributeurs a permis d'identifier les autres postes de coûts : frais de personnel, frais de gestion courante, frais d'infrastructure, frais de services centraux. Conformément à la méthodologie définie dans l'avis n° 97A18, ces coûts ont été ventilés entre coûts variables et coûts fixes.

En réponse aux observations du commissaire du Gouvernement, qui estimait qu'une partie des charges de personnel et des frais logistiques ou généraux étaient liés au volume d'activité et, en toute hypothèse, figuraient au nombre des coûts de commercialisation prévus à l'article 101, le Conseil a pris en compte les frais de personnel aux coûts variables. Cette intégration a été effectuée par imputation de ces frais de personnel aux disques vendus en promotion au prorata du montant de leurs ventes dans les ventes totales de disques. Les autres coûts (frais d'infrastructure, de services centraux, de gestion courante) ont été affectés aux disques sur la période de la promotion au prorata de ce que représentait le rayon concerné au sein du magasin.

Sur la base des modes de calcul ainsi définis, il a été constaté :

- qu'au cours de l'opération promotionnelle de l'Espace culturel E.Leclerc, sur 33 des 40 disques en cause, les coûts de personnel avaient été couverts et que globalement l'ensemble des coûts totaux déterminés sur les ventes des 40 disques de la promotion avait été couvert par le chiffre d'affaires réalisé sur ces mêmes disques. Une analyse plus précise par disques a fait ressortir que sur les 33 disques pour lesquels les frais de personnel étaient couverts, quinze d'entre eux avaient été vendus à un prix inférieur au coût moyen total ;
- qu'au cours de l'opération promotionnelle du magasin Auchan, huit des quinze titres en cause avaient été vendus à un prix inférieur au coût moyen total, dont quatre ne couvraient pas les frais de personnel ;
- qu'au cours de l'opération promotionnelle du magasin Carrefour, sur les quinze titres en cause, sept couvraient les frais de personnel, les huit autres étaient inférieurs aux coûts totaux et ne couvraient pas les charges de personnel.

Ainsi, un certain nombre de disques avaient été commercialisés à des prix de vente inférieurs aux coûts moyens totaux. Les quatre dossiers d'instruction ne contenant aucun indice démontrant l'intention des grands distributeurs concernés d'éliminer du marché le magasin l'Audito, d'une part, et le magasin Madison, d'autre part, il convenait de vérifier si cette pratique de prix n'avait pas eu un tel effet. Pour ce faire,

le Conseil s'est appuyé essentiellement sur des paramètres d'ordre comptable. Il a, en particulier, procédé à un examen comparatif portant sur les quantités vendues pour les disques en question, la part qu'ils représentent dans l'ensemble des ventes en promotion ainsi que dans les ventes totales de disques pendant la période de promotion, la part que le nombre de disques en promotion représente par rapport au nombre total de références commercialisées, le rapport entre le chiffre d'affaires réalisé pendant la période de promotion et le chiffre d'affaires annuel, afin de pouvoir identifier un éventuel effet d'entraînement des disques en promotion sur les achats d'autres disques, les écarts de prix, le niveau des marges. Ont été également prises en compte les informations ayant trait au caractère répétitif des opérations de promotion ainsi que les conditions de fonctionnement des distributeurs et, en particulier, les conséquences de leur appartenance à un groupe et leurs conditions d'achat.

Sur la base de cette grille d'analyse, le Conseil a considéré, dans les quatre cas examinés, que les prix pratiqués n'étaient pas de nature à évincer le magasin l'Audito et le magasin Madison du marché et qu'en conséquence, les opérations promotionnelles n'étaient pas prohibées par l'article 101 de l'ordonnance.

Les deux autres dossiers relatifs à des pratiques de prix abusivement bas n'ont pas non plus donné lieu à application de l'article 101.

L'Union nationale des spécialistes en matériels de parcs et jardins [\(208\)](#) avait saisi le Conseil de promotions portant sur des tondeuses réalisées par des magasins à l'enseigne Continent. Après avoir constaté que sur 184 tondeuses vendues dans le cadre de l'opération promotionnelle, 153 avaient été revendues dans leur emballage d'origine, le Conseil a considéré qu'il s'agissait d'appareils revendus en l'état et qu'en conséquence les pratiques de prix n'entraient pas dans le champ d'application de l'article 101. Pour les tondeuses ayant fait l'objet d'une opération de montage par le magasin, le Conseil a estimé qu'en supposant que l'article 101 soit applicable, les éléments recueillis au cours de l'instruction ne permettaient pas d'établir que les ventes en question, qui portaient sur six tondeuses, avaient été de nature à éliminer un concurrent du marché.

Le Syndicat national des artisans teinturiers traditionnels avait saisi le Conseil de comportements de pratiques tarifaires mises en œuvre par des pressings pratiquant le discompte [\(209\)](#). Le Conseil a considéré que les éléments apportés par la partie saisissante, qui se limitaient à des publicités de prix faites par ces pressings, n'étaient pas suffisamment probants et a déclaré la saisine irrecevable.

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 du Conseil dotent celui-ci 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 1998, le Conseil a utilisé cette possibilité à plusieurs reprises.

Le Conseil a ainsi enjoint aux barreaux dont il a examiné les pratiques de ne plus élaborer ni diffuser de " guide " des honoraires, de " recommandations tarifaires " ou encore de " barèmes indicatifs " contenant l'indication de montants minimaux ou de fourchettes d'honoraires [\(210\)](#).

Dans sa décision relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'installation des fromageries fabriquant du comté et de l'emmental [\(211\)](#), le Conseil a enjoint à la société ChâlonMégard de ne plus refuser de vendre des moules microperforés de marque Doryl aux autres installateurs de fromageries qui souhaiteraient utiliser ce type de moules dans les équipements dont ils ont la charge.

Le Conseil a enjoint à la Coopérative des éleveurs mosellans (COOPEMOS) de cesser de pratiquer une tarification globale des prestations qu'elle fournit aux éleveurs confondant mise en place et semence [\(212\)](#).

Dans sa décision relative à des pratiques relevées dans le secteur des objets d'art et de collection [\(213\)](#), le Conseil a enjoint aux organisations professionnelles en cause de ne plus communiquer entre elles les noms des candidats dont chacune aurait refusé l'admission.

2. Injonction de prendre certaines mesures

A sept reprises au cours de l'année 1998, le Conseil a enjoint aux entreprises dont il avait examiné les pratiques de prendre certaines mesures et, notamment, de modifier certaines clauses contractuelles.

Ainsi, le Conseil a enjoint à la Fédération française d'escrime de supprimer la clause de tacite reconduction figurant dans la convention de partenariat qui la liait aux sociétés Prieur Sports et CeroSoudet, de limiter à deux ans la durée de cette convention et de procéder, à son terme, à une mise en concurrence entre les fournisseurs de produits d'escrime [\(214\)](#).

Dans l'affaire relative à des pratiques constatées dans le secteur du mobilier urbain [\(215\)](#), le Conseil a enjoint aux sociétés du groupe Decaux de ne plus proposer aux collectivités locales l'insertion dans les contrats de mobilier urbain de clauses dont il avait reconnu le caractère anticoncurrentiel : celle reconnaissant à la société du groupe Decaux cocontractante un droit de priorité pour l'installation de mobilier urbain, celle selon laquelle les équipements installés en cours de contrat ont une durée contractuelle propre différente de celle du contrat et, enfin, une clause de tacite reconduction.

Le Conseil a enjoint à la Coopérative des éleveurs mosellans (COOPEMOS), outre de cesser de pratiquer une tarification globale, de mettre en œuvre une tarification détaillée, distinguant le prix de la mise en place et le prix de la dose de semence fournie [\(216\)](#).

Dans l'affaire relative à des pratiques mises en œuvre par la société Canal Plus [\(217\)](#), le Conseil a enjoint à cette société de cesser de lier le préachat de droits exclusifs de diffusion télévisuelle par abonnement des films cinématographiques français à la condition que le producteur renonce à céder à tout autre opérateur les droits de diffusion télévisuelle de ces films pour le paiement à la séance avant ou au cours de la période pour laquelle elle peut mettre en œuvre l'exclusivité de la

diffusion par abonnement. Le Conseil a également enjoint à cette société de mettre le contrat type de préachat de droits exclusifs de diffusion télévisuelle par abonnement qu'elle propose aux producteurs de films français en conformité avec ces dispositions, en modifiant les clauses relatives à la durée du contrat et à l'exclusivité de diffusion ainsi que la clause pénale.

Le Conseil a enjoint à la société General Electric Medical Systems France de supprimer, dans le contrat de distribution la liant à la société Médicaraïbe, la clause interdisant à ce revendeur de " revendre les produits distribués à des clients situés en dehors du territoire, sauf accord préalable et écrit de la société " ainsi que d'appliquer cette clause dans ses relations avec la société Spie Réunion (218).

Dans sa décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'expertise d'art (219), le Conseil a également enjoint aux quatre organisations professionnelles en cause de supprimer de leurs règlements intérieurs ou de leurs statuts diverses dispositions relatives à l'absence de motivation des refus d'admission, à la limitation du nombre des spécialités par expert, à l'obligation d'adhérer à l'assurance de groupe souscrite par l'une de ces organisations professionnelles, à l'interdiction du " démarchage " ou encore à l'obligation d'informer son prédécesseur de ce que son client a décidé de changer d'expert, de collaborer avec celui-ci ou de lui consentir une compensation et, enfin, de s'adjoindre " de préférence " des experts de la même organisation.

Dans l'affaire relative à la situation de la concurrence dans le secteur du disque (220), le Conseil a enjoint aux sociétés EMI France, Sony Music Entertainment et Polygram de supprimer de leurs contrats de distribution les clauses d'approvisionnement exclusif en tant qu'elles créent une protection territoriale absolue.

Dans sa décision relative à des pratiques dans le secteur de la commercialisation des listes d'abonnés au téléphone (221), le Conseil a enjoint à France Télécom de fournir, dans des conditions identiques, à toute personne qui lui en ferait la demande la liste consolidée comportant les informations contenues dans l'annuaire universel et de proposer un service permettant la mise en conformité des fichiers contenant des données nominatives détenus par des tiers avec la liste orange des abonnés au téléphone, que ces fichiers soient ou non directement extraits de la base annuaire. Le Conseil a précisé que ces prestations devraient être fournies dans des conditions transparentes, objectives et non discriminatoires, à un prix reflétant les coûts liés aux opérations techniques de " déduplication " ou de " topage " de ces fichiers.

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 décidées sur le fondement des articles 12 ou 13 de ce même texte. 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 ont 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 prononcer des sanctions pécuniaires.

En 1998, le Conseil n'a rendu qu'une décision dans le cadre de cette procédure (222). Sur une décision n° 93MC03 du 30 mars 1993, le Conseil avait enjoint à la société SFTFInterflora de " supprimer de son règlement intérieur dit " règlement contractuel 93 " et de la " notice explicative " qui l'accompagne, dans le délai d'un mois à compter de la notification de la décision, toute référence à

l'obligation pour les " spécialistes Interflora " de n'appartenir qu'à son seul réseau ". Il avait, en outre, enjoint à la même société, dans un délai de quinze jours, " d'adresser d'une part, aux destinataires de la lettre du 1^{er} février 1993 une lettre recommandée annulant expressément les termes de cette lettre et, d'autre part, à l'ensemble des membres du réseau une copie de la présente décision. "

Le Conseil a constaté que la société Interflora avait produit une lettre circulaire adressée à ses adhérents, leur indiquant que l'obligation d'adhérer à son seul réseau était supprimée de son règlement contractuel et de sa notice explicative. Il a également constaté que les frais d'affranchissement de la société Interflora au cours du mois d'avril 1993 s'élevait à 97 535 F, montant correspondant à l'envoi en recommandé à l'ensemble des membres du réseau de cette lettre circulaire et de la copie de la décision du Conseil. Par ailleurs, s'agissant des pratiques dénoncées par la société Floritel, qui soutenait que la société Interflora poursuivait clandestinement les pratiques qu'avait voulu faire cesser le Conseil, en ayant seulement modifié le vocabulaire employé dans ses contrats, le Conseil a estimé qu'il ne pouvait examiner ces faits nouveaux dans le cadre de la procédure de respect d'injonctions. Dans ces conditions, il a pris acte de ce que la société SFTFInterflora avait respecté les injonctions prononcées à son égard.

B. L'ASPECT DISSUASIF : LES SANCTIONS

Trente-quatre des décisions annexées au présent rapport correspondent à des affaires dans lesquelles des griefs avaient été notifiés. Dans deux décisions, le Conseil a constaté que les pratiques étaient établies, mais qu'il n'y avait lieu ni à sanction, ni à injonction ([223](#)). Dans quatre décisions, le Conseil a considéré que des mesures correctrices du type de celles cidessus évoquées étaient suffisantes pour rétablir le bon fonctionnement des marchés ([224](#)). Dans vingt-huit 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 et 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 a, en 1998, infligé des sanctions pécuniaires pour un montant total de 93 075 000 F à 76 entreprises et 14 organisations professionnelles.

Les conditions de détermination du montant des sanctions 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 % 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. "

Ces dispositions, introduites par la loi n° 921442 du 31 décembre 1992, ont conduit le Conseil à renforcer la motivation de ses décisions.

1. Les motivations des sanctions

a) La gravité des faits

Comme l'a souligné le Conseil dans son rapport pour 1997, 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.

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 ou de 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 répétition.

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 cidessus 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 [\(225\)](#).

Ainsi, dans sa décision relative à une saisine des sociétés Multivision et TPS [\(226\)](#), le Conseil a souligné que les pratiques d'exclusion sont par nature particulièrement graves. Le Conseil a également souligné ce caractère dans sa décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des analyses de biologie médicale [\(227\)](#), s'agissant du boycott lancé par certaines organisations syndicales de médecins biologistes, ainsi que dans sa décision relative à la situation de la concurrence dans le secteur des fromageries fabriquant du comté et de l'emmental [\(228\)](#), mais en constatant qu'en l'espèce les pratiques portaient sur les seuls moules à fromage, qui n'entrent que pour environ 5 % dans le coût total de l'installation.

Les caractéristiques des pratiques relevées :

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

Dans sa décision relative à des pratiques constatées dans le secteur des travaux souterrains pour le gaz et l'électricité [\(229\)](#), le Conseil a tenu compte du fait que les pratiques relevées concernaient un grand nombre de marchés et d'entreprises intervenant régulièrement sur le marché des travaux souterrains pour le gaz et l'électricité en région parisienne, en soulignant que le montant total des marchés examinés s'élevait à plus de vingtquatre millions de francs.

Le Conseil a relevé, dans sa décision relative à des pratiques relevées lors de la passation du marché de fourniture et de pose d'écrans acoustiques pour la dénivellation de la voie rapide de Poisy [\(230\)](#), que les pratiques s'étaient produites dans un secteur où le nombre d'entreprises susceptibles de réaliser les travaux était peu élevé et à un moment où la demande pour des travaux de cette nature était en forte expansion.

Dans sa décision relative à des pratiques constatées sur le marché de la collecte des ordures ménagères en IledeFrance [\(231\)](#), le Conseil a estimé que ces pratiques étaient d'autant plus graves qu'elles étaient intervenues dans des marchés concernant un service public que doivent impérativement rendre les collectivités territoriales pour des raisons d'hygiène publique et de politique de l'environnement.

Dans sa décision relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion de la passation de marchés par le Port autonome du Havre [\(232\)](#), le Conseil a apprécié la gravité des pratiques en relevant que le montant des marchés dans lesquels elles avaient été constatées s'élevait à 4 600 000 F et en tenant compte de leur réitération. Ces éléments peuvent aussi être appréciés à décharge. Ainsi, dans sa décision relative à des pratiques relevées dans le secteur des analyses de biologie médicale [\(233\)](#), le Conseil a relevé que le boycott reproché aux laboratoires en cause n'avait duré que peu de temps et dans un contexte difficile en raison de la modification de la nomenclature des actes de biologie [\(234\)](#).

Dans sa décision relative à des pratiques relevées dans le secteur du verre au plomb destiné à l'industrie nucléaire [\(235\)](#), le Conseil a relevé que, si le contrat d'exclusivité conclu entre la société PSG et ADH Technologie comportait une potentialité d'effet anticoncurrentiel en faisant bénéficier ADH Technologie d'une protection territoriale absolue, l'évolution à la baisse des prix, soulignée par les acheteurs, montrait aussi que le réseau de distribution mis en place par PSG avait permis d'intensifier la concurrence. Aucune sanction n'a donc été prononcée en l'espèce.

Les auteurs des pratiques :

Le comportement des auteurs :

Le caractère de gravité des pratiques mises en œuvre par l'entreprise des Pompes funèbres du sudest, concessionnaire du service public des pompes funèbres à Nîmes, Tarascon et Beaucaire à l'époque des faits, a été apprécié en tenant compte du fait que cette entreprise avait pu, par son comportement, réduire le degré de concurrence possible sur le marché et que les familles, lorsqu'elles doivent organiser des funérailles, se trouvent dans un état de dépendance lié au désarroi que le deuil est de nature à leur causer [\(236\)](#).

Dans sa décision relative à des pratiques relevées dans le secteur des travaux de voirie dans le département des AlpesMaritimes [\(237\)](#), le Conseil a tenu compte du nombre de marchés dans lesquels chacune des entreprises avait été mises en cause et du fait que celles-ci étaient filiales de très grands groupes de notoriété nationale, voire internationale. Le Conseil a également relevé que les pratiques dépassaient le simple enjeu du marché sur lequel elles avaient été relevées dès lors que leur mise en œuvre pouvaient laisser croire aux entreprises appartenant aux mêmes groupes ainsi qu'aux entreprises indépendantes participant à ces marchés qu'elles revêtaient un caractère de généralité tel qu'il y avait donc lieu pour les unes d'adopter un tel comportement et pour les autres de renoncer à faire des offres compétitives sur des marchés qu'elles seraient cependant aptes à réaliser. Dans cette même décision, le Conseil a constaté que les sociétés en cause avaient déjà été sanctionnées par le Conseil par des décisions devenues définitives et qu'elles ne pouvaient donc ignorer la rigueur des sanctions qu'elles encourraient en les mettant à nouveau en œuvre.

Dans sa décision relative à des pratiques relevées sur le marché de la rénovation des installations de chauffage du parc scientifique de Luminy [\(238\)](#), le Conseil a tenu compte de la spécificité du marché, du rôle du maître d'ouvrage et de chaque soumissionnaire, ainsi que de la circonstance que les entreprises candidates avaient engagé une concertation dès le début de la consultation, imposant au maître d'ouvrage de procéder, à plusieurs reprises, à la mise en concurrence de son projet de rénovation.

Pour apprécier la gravité des pratiques constatées à l'occasion de la passation de marchés publics de voirie et réseaux divers dans le département de l'Hérault [\(239\)](#), le Conseil a relevé que ces pratiques avaient été mises en œuvre par des filiales de grands groupes du secteur des travaux publics.

Dans sa décision relative à des pratiques constatées sur les marchés des services d'assistance en escale et des locaux et espaces nécessaires aux activités des compagnies aériennes [\(240\)](#), le Conseil a observé que les pratiques avaient été mises en œuvre par ADP, qui dispose du monopole de l'exploitation des installations de l'aéroport d'Orly, et par les sociétés du groupe Air France, dont l'activité est prépondérante sur cet aéroport, et qu'elles étaient de nature à conférer à ces dernières un avantage dans la concurrence et, en conséquence, de restreindre artificiellement le développement de compagnies concurrentes.

Le Conseil a considéré, dans sa décision relative à des pratiques relevées dans le secteur de la production de gruyère de comté [\(241\)](#), que la mesure mise en œuvre par le Comité interprofessionnel du gruyère de comté avait eu pour objet et pour effet de limiter la production de comté AOC et la concurrence entre les fabricants de ce fromage, notamment en dissuadant les entreprises fabriquant de l'emmental de passer à la fabrication de comté. Le Conseil a toutefois souligné que cette pratique avait eu une durée limitée et avait été suivie par une décision ministérielle de régulation plus sévère.

Dans sa décision relative à des pratiques relevées dans le secteur du transport scolaire de handicapés dans le département des AlpesMaritimes [\(242\)](#), le Conseil a

retenu que les pratiques avaient été mises en œuvre dans un secteur répondant à des besoins sociaux fondamentaux pour la santé et l'éducation. Il a également souligné que la concertation avait regroupé un nombre très important d'exploitants de taxis, qu'elle avait également conduit à un alignement tarifaire et enfin que, mise en œuvre pour l'année scolaire 1994-1995, elle avait été réitérée l'année suivante.

Le pouvoir d'influence des auteurs :

Dans certains cas, le comportement des auteurs des pratiques 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 mises en œuvre par différents barreaux, le Conseil a souligné que le ministère d'avocat est obligatoire dans de nombreuses procédures, que les barèmes ou recommandations tarifaires portaient sur un grand nombre de procédures et que les avocats ne pouvaient ignorer les dispositions de l'ordonnance de 1986 [\(243\)](#).

De la même façon, le Conseil a tenu compte, dans sa décision relative à des pratiques dans le secteur des officines de pharmacie du Val d'Yerres dans l'Essonne [\(244\)](#), du rôle du Syndicat des pharmaciens de l'Essonne dans l'organisation des services de garde et d'urgence.

Pour apprécier la gravité des pratiques reprochées aux sociétés Médiamétrie et Secodip [\(245\)](#), le Conseil a relevé que ces deux sociétés disposaient d'un monopole pour la production de données et que les pratiques qu'elles avaient mises en œuvre visaient des entreprises de petite taille, en contrariant le développement de leur activité sur un marché émergent dans le secteur de l'intermédiation publicitaire.

Dans sa décision relative à des pratiques constatées dans le secteur du transport d'élèves handicapés, déjà mentionnée cidessus, le Conseil a relevé que les concertations constatées avaient été mises en œuvre par des organisations professionnelles qui regroupaient au total près de troisquarts des licences d'exploitation de taxis, situation de nature à dissuader les exploitants de taxis de déposer, pour l'avenir, une offre individuelle.

Le Conseil a souligné, dans sa décision relative à la situation de la concurrence dans le secteur du traitement des ordures ménagères en IledeFrance [\(246\)](#), que la société Routière de l'est parisien (REP), appartenant à un groupe puissant, ne pouvait ignorer qu'en pratiquant des tarifs discriminatoires en faveur des sociétés de collecte des ordures ménagères qui appartenaient au même groupe qu'elle, elle renforçait les obstacles à l'entrée ou au maintien sur le marché d'opérateurs concurrents.

Dans sa décision relative à la situation de la concurrence dans le secteur du disque [\(247\)](#), le Conseil a relevé que les éditeurs en cause appartenaient à des groupes multinationaux et qu'ils ne pouvaient ignorer que les pratiques qu'ils mettaient en œuvre étaient de nature à faire obstacle aux échanges intracommunautaires.

Dans sa décision concernant une saisine de l'APHPAR [\(248\)](#), le Conseil a relevé que Aéroports de Paris disposait du monopole de la gestion des installations aéroportuaires de Roissy et que le caractère de gravité de la pratique reprochée à cet établissement public tenait au fait qu'il avait pu utiliser ce monopole pour protéger l'activité des hôtels implantés sur le site, étant intéressé aux résultats de ceux-ci par l'intermédiaire de la redevance d'occupation du domaine public qu'il percevait.

Le Conseil a également pris en compte le fait que les pratiques constatées dans le secteur de l'expertise des objets d'art et de collection [\(249\)](#) étaient le fait de quatre organisations syndicales qui revendiquaient une influence certaine auprès des experts en objets d'art et de collection, trois de ces organisations s'étant en outre

concertées pour assurer l'efficacité de certaines des dispositions qu'elles avaient arrêtées de concert.

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.

Divers facteurs sont 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, en premier lieu, 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 barèmes ou recommandations tarifaires constatées concernaient plusieurs types de prestations dans un grand nombre de procédures devant les deux ordres de juridiction [\(250\)](#) ;
- le fait que la société des Pompes funèbres du sud-est disposait d'une position dominante sur les marchés de Nîmes, Tarascon et Beaucaire en raison notamment de sa qualité de concessionnaire du service public, les pratiques n'étant toutefois établies que sur le seul marché de Tarascon [\(251\)](#) ;
- le fait que les pratiques ont été mises en œuvre sur des marchés de travaux pour les canalisations souterraines de gaz et d'électricité, nécessaires à l'exécution de la mission de service public de distribution du gaz et de l'électricité et susceptibles de concerner l'ensemble des usagers en Ile-de-France [\(252\)](#) ;
- le fait que l'aéroport d'Orly constitue le deuxième aéroport dans le système aéroportuaire de Paris, particulièrement apprécié s'agissant des vols domestiques, et que les pratiques en cause visaient deux des compagnies aériennes les mieux à même de concurrencer celles du groupe Air France [\(253\)](#) ;
- le fait que, si le marché de l'expertise médias n'a qu'une dimension modeste, il s'agit d'une activité nouvelle qui offre aux annonceurs des services leur permettant de réaliser un audit des prestations des agences de publicité et des centrales d'achat afin d'en contrôler les performances [\(254\)](#) ;

- le fait que la surtaxe instituée par le Comité interprofessionnel du gruyère de comté concernait l'ensemble des producteurs de ce fromage et lui a permis de percevoir à ce titre la somme de 1 156 509 F [\(255\)](#) ;
- le fait que le marché affecté par les pratiques d'ADP concerne l'activité de six hôtels implantés sur le site de l'aéroport de RoissyCharles de Gaulle et une dizaine d'hôtels installés à la périphérie de l'aéroport, l'avantage retiré par ADP de ces pratiques représentant une partie des redevances qu'il percevait des hôtels du site [\(256\)](#).

Dans ses décisions concernant des marchés publics ou privés, le Conseil tient compte du montant des marchés concernés [\(257\)](#). Le Conseil a considéré aussi, dans sa décision relative à des pratiques constatées dans le secteur des travaux de voirie dans le département des AlpesMaritimes [\(258\)](#), que les pratiques en cause avaient des conséquences qui ne pouvaient être mesurées en se référant uniquement à la valeur des marchés, leur mise en œuvre par des filiales de grands groupes pouvant accréditer l'idée, chez les dirigeants des entreprises appartenant aux mêmes groupes ainsi que chez ceux des entreprises indépendantes du secteur, que ce type de comportement est général et inciter les unes à adopter des pratiques similaires et les autres à renoncer à faire des offres indépendantes sur les marchés sur lesquels elles seraient pourtant aptes à intervenir. Le Conseil a également tenu compte du fait que les concertations en cause avaient pu mettre le maître d'ouvrage dans l'obligation de procéder à une nouvelle consultation et avaient donc pu entraîner un retard dans la réalisation des travaux [\(259\)](#). Dans sa décision relative à des pratiques relevées dans le secteur du transport scolaire de handicapés dans les AlpesMaritimes [\(260\)](#), le Conseil a tenu compte de l'ensemble des dépenses engagées par le département des AlpesMaritimes au titre de ces prestations de services au cours des deux années scolaires concernées.

La durée des pratiques :

Dans sa décision relative à des pratiques constatées sur le marché de la collecte des ordures ménagères [\(261\)](#), le dommage à l'économie a été considéré comme d'autant plus important que l'attributaire d'un tel marché conserve celui-ci pour une durée plus longue, comprise entre cinq et sept ans selon les marchés.

Dans sa décision relative à des pratiques constatées dans le secteur du dépannage remorquage [\(262\)](#), le Conseil a relevé que la pratique n'avait duré que sept mois, l'organisation professionnelle en cause ayant demandé à ses adhérents de ne plus appliquer de majoration tarifaire pour treuillage. L'appréciation du dommage à l'économie tient également compte de la durée des pratiques. S'agissant de celles mises en œuvre par diverses organisations d'experts d'art, le Conseil a souligné le fait qu'elles avaient cessé à compter de sa saisine [\(263\)](#).

Dans sa décision relative à des pratiques relevées dans le secteur du verre spécial au plomb [\(264\)](#), le Conseil a relevé qu'il n'avait pas été établi que les clauses critiquées aient été mises en œuvre et aient empêché la société ADH Technologies de répondre à la demande de la clientèle située hors du territoire que la société PSG lui avait concédé et qu'en conséquence le dommage à l'économie n'avait pu être que limité. Dans sa décision relative à des pratiques constatées à l'occasion de la passation d'un marché de sel de déneigement [\(265\)](#), le Conseil a tenu le dommage à l'économie pour limité, le chiffre d'affaires réalisé par le GIE n'ayant pas été réparti de façon égalitaire entre ses membres, l'interdiction de démarchage ayant été supprimée des statuts et chacun des adhérents ayant conservé la possibilité de

répondre individuellement aux appels d'offres, indépendamment de celle présentée par le GIE.

Les effets structurels :

Dans sa décision relative à une saisine des sociétés TPS et Multivision (266), le Conseil a souligné que les pratiques mises en œuvre par la société Canal Plus, si elles n'ont commencé à produire leurs effets qu'à partir du moment où le paiement à la séance s'est développé, ont néanmoins empêché l'émergence ou le développement d'opérateurs sur le segment de marché de la télévision avec paiement à la séance et privé les téléspectateurs d'un service de télévision alternatif ou complémentaire leur offrant la possibilité de voir des films français récents.

Dans sa décision relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'installation de fromageries (267), le Conseil a constaté que les pratiques d'exclusion mises en œuvre par la société ChâlonMégard avaient pu favoriser une hausse des coûts de modernisation des fromageries portant ainsi atteinte, notamment, au secteur de la production de fromages de comté.

Le Conseil, dans sa décision relative à des pratiques constatées dans le secteur de la distribution des médicaments en officines dans le Val d'Yerres dans l'Essonne (268), a apprécié le dommage à l'économie en tenant compte du fait que les pratiques en cause avaient eu pour objet et pu avoir pour effet de réduire la concurrence, en empêchant l'ouverture de pharmacies pendant les services d'urgence ou de garde, dans un secteur d'activité dans lequel la concurrence est déjà fortement limitée en raison de la réglementation.

Dans la décision relative à des pratiques relevées dans le secteur du disque (269), il a été tenu compte, pour apprécier le dommage à l'économie, de la structure de l'offre sur le marché de l'approvisionnement du disque, les sept éditeurs présents appartenant à des groupes multinationaux réalisant 90 % du chiffre d'affaires du secteur.

Les effets conjoncturels :

Dans sa décision relative à des pratiques constatées dans le secteur des analyses de biologie médicale (270), le Conseil a tenu compte du fait que les pratiques, ayant duré très peu de temps, n'avaient eu qu'un effet très limité sur le chiffre d'affaires des fabricants de réactifs, mais avaient été, s'agissant des laboratoires spécialisés, suffisantes pour entraîner une baisse d'activité devant se traduire par des licenciements.

Dans sa décision concernant les pratiques relevées lors des marchés passés pour la rénovation des installations de chauffage du parc scientifique de Luminy (271), le Conseil a relevé que les concertations constatées avaient eu pour objet d'augmenter les prix de façon très importante, l'offre moinsdisante s'élevant à 14 987 682 F lors du premier marché et à 10 735 518 F à l'issue du marché négocié finalement lancé. Il a également relevé, dans cette affaire, que les pratiques en cause avaient conduit l'Université à lancer plusieurs consultations, avaient retardé les travaux pendant près d'une année et avaient donc eu pour effet de priver l'établissement des améliorations qu'il attendait des nouvelles installations.

Dans sa décision relative à la situation de la concurrence dans le secteur du traitement des ordures ménagères (272), le Conseil a souligné que les pratiques de la société Routière de l'est parisien (REP), tendant à favoriser par des prix discriminatoires les sociétés de collecte appartenant au même groupe, avaient pu avoir pour effet d'augmenter les prix sur les marchés amont de la collecte des déchets, activité qui comporte des obligations impératives pour les collectivités locales, affecte la vie quotidienne des habitants et dont les coûts ont connu une forte

augmentation dans les dernières années, en raison notamment de l'évolution de la réglementation sur l'environnement.

c) La situation de l'entreprise

Elle peut être évaluée de deux manières : en fonction de la taille de l'entreprise et en fonction de 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 inadéquates 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 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.

Dans sa décision relative à des pratiques relevées dans le secteur des travaux de voirie dans le département des AlpesMaritimes [\(273\)](#), le Conseil a écarté l'argumentation de la société Gerland Routes qui soutenait que le chiffre d'affaires que pouvait retenir le Conseil ne saurait inclure le montant des facturations à ses filiales des frais de gestion administrative qu'elle supporte pour leur compte ainsi que celle de la société Spapa, qui soutenait que seul le chiffre d'affaires de son agence locale devait être pris en compte, étant souligné que celle-ci avait enregistré des pertes. Le Conseil a, en effet, relevé que l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ne prévoit nullement que le montant de la sanction pécuniaire qu'il inflige ait une relation directe ou indirecte avec le chiffre d'affaires ou avec le résultat d'un exercice de l'entreprise concernée, que ce résultat soit positif ou négatif. Par ailleurs, il a souligné que, si pour établir le montant de la sanction pécuniaire infligée à une entreprise il doit prendre en considération la situation économique de l'entreprise et sa faculté contributive, il le fait en examinant tous les éléments dont il dispose au dossier, sans

être tenu de se limiter au résultat net comptable enregistré au terme d'un seul exercice, celui-ci ne pouvant valablement refléter de façon complète la situation économique et la faculté contributive réelle de l'entreprise en cause.

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 francs. 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.

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 d'activité, en rapport avec les pratiques reprochées.

Cette interprétation a été confirmée par la cour d'appel de Paris [\(274\)](#), ainsi que par la Cour de cassation [\(275\)](#).

Dans sa décision relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion de la passation de divers marchés de voirie et de VRD dans le département de l'Hérault [\(276\)](#), le Conseil a, en conséquence, rejeté l'argumentation des sociétés Screg sud-est, Colas MidiMéditerranée, Spapa, Entreprise Jean Lefebvre et Sacer qui soutenaient que seules leurs agences locales auraient dû être mises en cause, les pratiques leur étant directement imputables. Le Conseil a, en effet, considéré que ces sociétés ne démontraient pas concrètement que les agences locales auxquelles les pratiques seraient imputables jouissaient chacune d'une indépendance commerciale et technique caractérisant une entreprise autonome et, en particulier, que ces agences locales étaient affranchies des directives et des contrôles des sociétés auxquelles elles étaient subordonnées et qu'elles jouissaient de la pleine liberté de contracter, de décider de leurs investissements et du pouvoir de définir de leur propre stratégie.

b) L'absence d'identité entre la personne juridique et l'entité économique

Cette situation a fait l'objet d'une première analyse au point C4c 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° 92D63 relative à des pratiques relevées lors d'un appel d'offres passé par la commune de VénareylesLaumes, la cour d'appel de Paris 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 au sens 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 BV*, cités cidessus au point C4c du chapitre 1^{er}.

Cette analyse a été contestée par des entreprises mises en cause dans sa décision relative à des pratiques relevées lors de la passation de marchés publics de voirie et de VRD dans le département de l'Hérault (277). La société Sacer, d'une part, et la société Via France, d'autre part, soutenaient qu'elles ne pouvaient être mises en cause respectivement pour les sociétés *Entreprise Albert Crégut et fils* et *SNC Eurovia LanguedocRoussillon*, dès lors que ces sociétés avaient fait apport des éléments matériels et humains ayant concouru à l'infraction, avant de faire l'objet d'une fusion absorption. Mais le Conseil a considéré que cette circonstance, qui aurait conduit à imputer les pratiques constatées à la société exploitant en dernier ressort les éléments matériels et humains ayant mis en œuvre les pratiques prohibées, était invoquée à tort. En effet, la personne morale à qui pouvaient être imputées les pratiques n'ayant pas disparu juridiquement au moment où avait eu lieu l'apport partiel d'actifs, il n'y avait pas lieu de ne pas lui faire porter la responsabilité des pratiques après cette opération, 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 ". En l'espèce, le Conseil a donc constaté que les apports partiels d'actifs que la société *Entreprise Albert Crégut et Fils* avait effectués au bénéfice de la société *Crégut Atlantique* et de la société *Crégut Languedoc* n'avaient pas entraîné la disparition de la première de ces sociétés. La société *Albert Crégut et Fils* ayant subsisté en tant qu'entreprise devait donc répondre des pratiques reprochées. Ayant, ensuite, fait l'objet d'une fusion absorption par la société Sacer, c'est à bon droit que celle-ci avait été mise en cause. De la même façon, le Conseil a considéré que l'apport partiel d'actifs effectué par la société *Via France* au bénéfice de la société *SNC Eurovia Languedoc-Roussillon* n'avait pas entraîné la disparition de la première de ces sociétés, qui devait donc répondre des pratiques qu'elle avait mises en œuvre.

Dans sa décision relative à des pratiques relevées sur le marché de la rénovation des installations de chauffage du parc scientifique de Luminy (278), le Conseil a suivi le même raisonnement pour sanctionner la société *Hervé Thermique*, en constatant que l'auteur des pratiques, la société *Bergeon et Cie*, avait fait l'objet d'une fusion absorption par la société *IcartMéditerranée*, devenue *Bergeon SA*, qui en avait assuré la continuité économique et fonctionnelle. La société *Bergeon SA*, ayant continué d'exister après avoir cédé son agence d'Aubagne, devait donc répondre des pratiques mises en œuvre dans ce cadre. Enfin, la société *Bergeon SA*, ayant fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire, au terme de laquelle était intervenu un plan de cession au profit de la société *Hervé Thermique*, c'est bien cette dernière qui devait répondre des pratiques en cause.

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, s'appuyant sur les dispositions de l'alinéa 3 de l'article 62 de la loi du 25 janvier 1985, aux termes duquel les personnes qui exécuteront le plan ne peuvent pas se voir imposer des charges autres que les engagements qu'elles ont souscrits au cours de sa préparation, considère que le cessionnaire ne peut se voir infliger une sanction pour des faits antérieurs à la cession. Cette solution a été appliquée dans les décisions du Conseil relatives à des pratiques relevées lors de la passation du marché de rénovation des installations de chauffage du parc scientifique de Luminy [\(279\)](#), à des pratiques mises en œuvre à l'occasion de la passation de divers marchés de voirie et de VRD dans le département de l'Hérault [\(280\)](#) ou encore à des pratiques relevées dans le secteur des travaux souterrains pour le gaz et l'électricité en région parisienne [\(281\)](#).

Il y a lieu, en outre, de mentionner ici l'arrêt de la Cour de cassation rendu le 4 mars 1997 [\(282\)](#) sur recours contre un arrêt de la cour d'appel de Paris confirmant une décision du Conseil n° 92D22 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. Cette solution a, par exemple, été appliquée dans la décision relative à des pratiques relevées sur le marché de rénovation des installations de chauffage du parc scientifique de Luminy [\(283\)](#).

3. La publication des décisions

Trois des décisions au fond rendues par le Conseil au cours de l'année 1998 ont fait l'objet d'une publication. Conformément à la jurisprudence dégagée par la cour

d'appel de Paris [\(284\)](#), la publication de la décision du Conseil doit faire l'objet d'une motivation.

Dans sa décision relative à des pratiques relevées dans le secteur des travaux souterrains pour le gaz et l'électricité [\(285\)](#), le Conseil a motivé sa décision, en estimant qu'il convenait de porter à la connaissance de l'ensemble des entreprises du secteur et des maîtres d'ouvrage le caractère illicite des pratiques examinées. Dans sa décision relative à des pratiques constatées sur le marché de la collecte des ordures ménagères [\(286\)](#), le Conseil a estimé que, s'agissant de pratiques concernant la vie quotidienne des habitants des communes concernées et dont ils supportent la charge, il convenait de donner une large publicité à sa décision. S'agissant des pratiques mises en œuvre par le groupe Decaux [\(287\)](#), le Conseil a estimé qu'il y avait lieu de porter à la connaissance des collectivités publiques susceptibles de se doter de mobilier urbain les pratiques mises en œuvre par les sociétés du groupe Decaux mises en cause en l'espèce.

Troisième partie : analyse des avis du Conseil

Le Conseil a rendu vingt-cinq avis en 1998, qui se répartissent de la manière suivante : quatre sur le fondement des dispositions du titre V de l'ordonnance relatif à la concentration économique, dix sur le fondement de l'article 5, sept sur le fondement de l'article 6, un sur le fondement de l'article 44, dispositions pour la première fois mises en œuvre, et enfin, trois sur le fondement des dispositions de la loi de réglementation des télécommunications à la demande de l'Autorité de régulation des télécommunications.

Chapitre 1er : Les concentrations

Les quatre 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 avis, qui seront analysés ci-après, concernent le projet d'acquisition des sociétés du groupe Ingefico par la société Schweitzer-Manduit Entreprise SA, l'acquisition de la société Havas par la société Vivendi, l'acquisition par la société CasinoGuichard de la société TLC Béatrice Holding France SA, le projet d'acquisition par la société The CocaCola Company des actifs du groupe Pernod Ricard.

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 (art. 39 de l'ordonnance)

Aux termes de l'article 39 de l'ordonnance : " La concentration résulte de tout acte, qu'elle 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 les quatre opérations soumises à l'examen du Conseil en 1998, celui-ci a considéré qu'elles constituaient une concentration au sens de l'article 39.

Dans le premier dossier examiné par le Conseil, la société SchweitzerMauduit Entreprise SA ([288](#)), appartenant au groupe de droit américain SchweitzerMauduit, principal fournisseur mondial de papier à cigarettes, envisageait d'acheter l'ensemble des actions des sociétés Ingefico, groupe SAPAM SA et Papeteries de la Moulasse SAPAM, ce qui lui permettait d'exercer une influence déterminante sur ces sociétés. Dans la seconde opération ([289](#)), la société Casino avait acquis le 5 septembre 1997, la totalité du capital de la société TLC Béatrice International Holdings France SA, qui exploite les enseignes Franprix et Leader Price à travers de multiples filiales. Elle avait ensuite restructuré le groupe de sorte qu'elle détenait directement ou indirectement la totalité ou la majorité du capital des sociétés d'approvisionnement et de logistique du groupe et une participation majoritaire dans les sociétés de gestion et d'exploitation des magasins de détail intégrés. Par ailleurs, la société Casino avait pris une participation majoritaire dans le capital de plusieurs sociétés exploitant en franchise les magasins Franprix et disposait d'un droit de préemption à son profit sur les fonds qui sont la propriété des sociétés dans lesquelles elle ne détenait aucune participation. En définitive, s'agissant de l'enseigne Leader Price, la société Casino détenait l'intégralité du capital de 155 magasins, une participation minoritaire dans

49 autres et aucune part dans 61 magasins à cette même enseigne, tandis qu'elle détenait une participation majoritaire dans 99 magasins à l'enseigne Franprix. Dans le troisième dossier (290), l'accord conclu le 17 décembre 1997 entre les sociétés The CocaCola Company (TCCC) et Pernod Ricard SA transférait à la première de ces sociétés la totalité des actifs industriels relatifs aux boissons de marque " Orangina " ainsi que les droits de propriété intellectuels et commerciaux attachés à cette marque.

Le quatrième dossier (291) concernait la fusion absorption de la société Havas par la Compagnie générale des eaux, emportant donc " *transfert de propriété sur tout ou partie des biens, droits et obligations d'une entreprise* ".

2. Les seuils de part de marché et de chiffre d'affaires (art. 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, 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 papier à cigarette (292) les groupes SchweitzerMauduit et Ingefico ont principalement pour activité la fabrication et la vente de divers types de papiers destinés à l'industrie de la cigarette ainsi que la fabrication de pâte textile, matière première utilisée dans la fabrication de ces papiers. Les acheteurs utilisent pour la fabrication d'une cigarette trois types de papier, le papier à cigarette, le papier gainage et le papier manchette, chacun de ces papiers ayant une fonction propre. Les parties à la concentration produisent également, pour de faibles quantités, divers types de papiers minces spéciaux représentant moins de 10 % de leur production mais sur lesquels elles ne se trouvent pas en situation de concurrence. Le groupe SchweitzerMauduit produit aussi de la pâte textile seulement pour son propre compte et, si le groupe Ingefico met sur le marché une partie de sa production, cette part n'est que de 10 % du marché national. Sur la base de ces éléments, le Conseil a retenu trois marchés : celui du papier à cigarettes, celui du papier gainage et celui du papier manchette.

Dans le dossier relatif aux sociétés Casino et FranprixLeader Price (293), le Conseil a défini les marchés en se référant aux principes définis par la jurisprudence communautaire et dans ses précédents avis relatifs au secteur de la distribution. Il a ainsi distingué les marchés de la vente au détail de biens de consommation courante et ceux de l'approvisionnement de ces mêmes biens. Au stade du détail, il a rappelé que, pour définir les marchés pertinents, il y avait lieu de déterminer la nature des prestations des commerces en cause ainsi que les limites territoriales de leur zone de chalandise et d'identifier les commerces qui se trouvent potentiellement en

concurrence avec eux. Il a également rappelé que la jurisprudence tant nationale que communautaire définit généralement les marchés en fonction des spécificités de chacune des formes de vente (hypermarché, supermarché, etc.).

Il a toutefois observé qu'en région parisienne et dans les grandes villes de province, lorsqu'un hypermarché est situé à moins de 500 m de leur lieu d'habitation, les ménages peuvent utiliser ce type de commerce comme un commerce de proximité, comme en témoigne le fait que l'achat moyen dans ces hypermarchés serait d'un montant sensiblement inférieur à celui des hypermarchés situés dans des zones de faible densité d'habitation. Il a noté également que les achats de proximité des ménages ne constituent pas une part fixe de leurs dépenses de produits de consommation courante. Ainsi les ménages qui sont situés dans la zone de chalandise d'un hypermarché sont susceptibles, en planifiant leurs achats, de faire dans cet hypermarché une partie substantielle de leurs courses, réduisant ainsi leur demande de service commercial de proximité, créant une concurrence entre des supermarchés ou supérettes situés dans les centres villes des grandes agglomérations et des hypermarchés situés en périphérie.

Au stade de l'approvisionnement, le Conseil a rappelé qu'il existe, pour les produits de consommation courante, un marché par famille de produits et qu'il n'y a pas lieu de distinguer le marché selon les catégories de commerce. Le référencement des fournisseurs est effectué par des centrales regroupant aussi bien des hypermarchés que des supermarchés, voire des magasins de proximité.

Dans l'opération concernant la société The CocaCola Company (TCCC) et le groupe Pernod Ricard (294), la première soutenait que le marché pertinent, sur lequel les boissons produites par les deux groupes sont concurrentes, était celui des boissons rafraîchissantes sans alcool, comprenant une gamme très vaste de produits, tels l'eau du robinet, les eaux embouteillées, les jus de fruits. Le Conseil s'est référé aux différentes décisions communautaires prises à l'occasion d'opérations de concentration dans le secteur des boissons, décision du 22 juillet 1992 relative à la concentration Nestlé/Perrier, retenant un marché spécifique des eaux de source embouteillées, plates, gazeuses ou aromatisées, décision du 22 janvier 1997, relative à la concentration CocaCola/Amalgamated Beverages GB, isolant un marché des boissons gazeuses non alcoolisées, et enfin décision du 11 septembre 1997 relative à la concentration The CocaCola Company/Carlsberg, délimitant un marché spécifique des boissons gazeuses sans alcool. Le Conseil s'est également référé à sa décision n° 96D67 dans laquelle il a délimité un marché spécifique des boissons au goût de cola en relevant que ces boissons possèdent des caractéristiques organoleptiques qui les distinguent des autres boissons gazeuses sans alcool et que, seules parmi les boissons sucrées carbonatées, elles sont des créations originales nord-américaines que les consommateurs associent d'ailleurs au mode de vie américain comme en témoignent les campagnes de communication des producteurs de ces boissons. Il a également fait référence à des études économiques et économétriques réalisées sur ces marchés.

Poursuivant son analyse, le Conseil a procédé à une segmentation plus fine en prenant en compte les conditions de distribution des boissons en cause, qui sont distribuées sur l'ensemble du territoire français, soit dans les magasins alimentaires, soit dans les cafés, hôtels, restaurants et autres collectivités. En 1996, ces deux circuits ont représenté respectivement 78 % et 22 % des ventes en volume de ces boissons.

Sur la base de l'ensemble de ces éléments, le Conseil a considéré que les marchés nationaux concernés par l'opération étaient, d'une part, le marché des boissons

gazeuses sans alcool autres que les colas vendues dans les magasins alimentaires et, d'autre part, celui de ces mêmes boissons vendues dans les cafés, hôtels, restaurants et autres établissements de consommation hors foyer.

b) 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.

Lors de l'examen de l'opération initiée par la société SchweitzerMauduit

Entreprise SA (295) le Conseil a constaté que, sur le marché du papier à cigarette, le groupe SchweitzerMauduit détenait une part de 29 % et le groupe Ingefico une part de 27 %, soit ensemble une part de 56 %, et que, sur le marché du papier gainage, les deux groupes détenaient respectivement 72 % et 15 % du marché, soit ensemble une part de 87 %. Sur le marché du papier manchette, le groupe Ingefico n'est pas présent, mais le groupe SchweitzerManduit détenait une part de 70 %. Le seuil en valeur relative de 25 % fixé par l'article 38 de l'ordonnance était donc dépassé.

Dans le dossier concernant le projet d'acquisition d'Orangina par CocaCola (296), la société Orangina France détenait une part de 38 % sur le marché des boissons gazeuses sans alcool autres que les colas destinées à la consommation hors foyer et le groupe CocaCola une part de 22 % sur ce même marché (avec les marques Fanta et Sprite). A l'issue de l'opération envisagée, le nouveau groupe détiendrait ainsi près de 61 % du marché. Par ailleurs, le groupe CocaCola détenait 74,5 % du marché des colas destinés à la consommation à domicile et 89 % du marché des colas destinées à la consommation hors foyer. L'opération était donc contrôlable au regard de l'article 38.

c) les conditions de chiffre d'affaires

Dans le dossier relatif à la concentration dans la distribution (297), le chiffre d'affaires réalisé par la société Casino en France avait atteint en 1996 environ 56 milliards de francs et celui du groupe FranprixLeaderPrice s'était élevé en 1997 à 10 milliards, de sorte que les seuils de chiffre d'affaires en valeur absolue fixés par l'article 38 étaient atteints.

Il en était de même dans le dossier concernant la Compagnie générale des eaux et la société Havas (298), la première ayant réalisé en France un chiffre d'affaires de 113,189 milliards de francs en 1997 et la seconde de 36,375 milliards de francs sur la même période.

B. BILAN CONCURRENTIEL ET BILAN ÉCONOMIQUE

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 établi lors de l'examen du projet d'acquisition des sociétés du groupe Ingefico par la société SchweitzerMauduit Entreprise SA [\(299\)](#) n'a pas fait apparaître de risque d'atteinte à la concurrence. Le Conseil a d'abord observé que l'opération projetée n'était pas susceptible de modifier la situation de la concurrence sur le marché du papier manchette, puisque seul le groupe SchweitzerMauduit était présent sur ce marché. Ensuite, sur les deux autres marchés l'analyse concurrentielle a été effectuée en tenant compte de la présence de concurrents et de l'existence de barrières à l'entrée. Sur le marché du papier à cigarette, le nouveau groupe, détenteur d'une part de marché de 56 %, se trouverait en concurrence avec une société allemande, réalisant 25 % des ventes et la société Bolloré Technologies dont la part s'élève à 6 %. Sur le marché du papier gainage, avec une part de marché de 87 %, il se trouverait en concurrence avec les mêmes sociétés, celles-ci détenant des parts de marché respectives de 10 % et 3 %. Elargissant son analyse au plan européen, le Conseil a noté, que sur le marché du papier à cigarette, le nouveau groupe détiendrait une part de marché de 34 % et se trouverait en situation de concurrence avec neuf entreprises disposant de capacités de production supérieures à celles du groupe Ingefico.

L'étude du secteur a démontré l'existence de barrières à l'entrée élevées pour un nouvel entrant en Europe, tenant au montant important des investissements initiaux, à l'existence de surcapacités de productions importantes, à la stagnation de la consommation, à la concentration de la demande, à la faible rentabilité du secteur et aux procédures d'homologation. Le Conseil a toutefois observé que les fabricants de papiers destinés à l'industrie de la cigarette sont nombreux et que les acheteurs de ces produits présents en Europe, qu'il s'agisse des multinationales ou des sociétés nationales, sont en mesure de s'adresser à plusieurs fournisseurs, comme l'a confirmé le témoignage de la SEITA, seul demandeur installé en France.

Le commissaire du Gouvernement, tout en reconnaissant le fait que la présence d'un petit nombre d'acheteurs puissants, tels les principales multinationales et les monopoles publics, constitue un facteur de modération d'éventuelles hausses de prix que la nouvelle " entité " issue de la concentration pourrait être tentée d'imposer, soutenait que des entreprises de moindre importance, comme la SEITA, pourraient plus difficilement négocier l'octroi de remises quantitatives avec la nouvelle " entité ". Mais le Conseil a considéré qu'au cas d'espèce aucun élément n'établissait que les prix consentis par les sociétés du groupe Ingefico à la SEITA seraient plus faibles que ceux que la société SchweitzerMauduit pourrait lui consentir une fois réalisée l'opération de concentration examinée. Par ailleurs, aucun élément du dossier n'indiquait que ce groupe accordait à la SEITA, avant l'opération de concentration, des remises quantitatives qu'elle se serait refusée à accorder à ses clients fabricants de cigarettes multinationaux, qui pouvaient, en tout état de cause, facilement trouver d'autres fournisseurs s'ils n'étaient pas satisfaits des conditions proposées par

Ingefico ou s'ils les considéraient comme discriminatoires. De la même façon, rien dans le dossier ne permettait d'émettre l'hypothèse selon laquelle la SEITA serait l'objet d'un traitement discriminatoire de la part d'entreprises autres qu'Ingefico. La SEITA s'approvisionne à hauteur de 20 % de ses achats de papiers à cigarette auprès d'une entreprise étrangère localisée en Allemagne et s'est fournie dans le passé auprès d'autres entreprises étrangères. Poursuivant son analyse, le Conseil a évalué l'incidence des remises quantitatives accordées traditionnellement par les producteurs de papiers à cigarette sur le coût total de fabrication des cigarettes. Celle-ci est apparue tellement faible qu'il ne pouvait être soutenu que la SEITA pourrait se trouver hors marché du fait de la modification de sa position relative de négociation par rapport à ses concurrents qui pourrait résulter de la concentration. Le Conseil a également considéré dans le dossier concernant la concentration Casino/Franprix/Leaderprice (300) que cette opération ne portait pas atteinte à la concurrence. Procédant d'abord à une analyse au stade du commerce de détail, il a constaté que, globalement, la part de la société Casino dans les ventes de détail en France était inférieure à 3 % et que le regroupement envisagé portait la part de la nouvelle entité à 3,6 %, plaçant la société Casino loin derrière les principaux intervenants sur le marché national, derrière Leclerc et Intermarché avec 6,8 %, Auchan avec 6,5 %, Carrefour avec 5,3 % et Promodès avec 4,7 %. Sur le marché de la grande distribution, les sociétés Casino et Franprix Leader Price représentent ensemble 8,7 % des parts de marché et la société ainsi renforcée reste au sixième rang des distributeurs. Au niveau des ventes en hypermarchés, l'opération est sans effet puisque les enseignes Franprix et Leader Price ne sont pas présentes. Les données exprimées en surfaces de vente et en nombre de magasins ont confirmé l'évaluation exprimée en termes de chiffres d'affaires.

Dans ce secteur, l'analyse des effets d'une opération de concentration sur la concurrence nécessite de déterminer le périmètre de chaque zone de chalandise. Dans la majorité d'entre elles, l'opération n'est pas apparue de nature à modifier significativement les conditions d'exercice de la concurrence, en raison de la présence d'enseignes concurrentes, de la localisation des magasins des deux groupes sur des zones en définitive distinctes ou, enfin, du caractère très limité du renforcement d'une position forte préexistante. En revanche dans quatre cas l'opération conférait à la société Casino une position forte : zone de Fleurance, plusieurs arrondissements de Paris, Maisons-Laffitte, La Celle-Saint-Cloud, ce qui nécessitait d'examiner son incidence sur la concurrence.

A Paris, notamment, la société Casino n'exploitait pas directement de magasins en libre service de proximité. Les points de vente aux enseignes Franprix et Leader Price étant au nombre de 80, soit 50 % du parc parisien, l'opération notifiée avait pour conséquence de renforcer sensiblement la position de la société Casino sur le créneau des ventes en supermarché, au point de devenir le premier opérateur sur le segment des ventes de produits alimentaires. Les enseignes Casino et Franprix/Leader Price sont présentes simultanément dans six arrondissements : les 12^e, 13^e, 15^e, 16^e, 19^e et 20^e.

A ce stade de l'analyse, le Conseil a affiné la segmentation géographique. Il est, en effet, apparu que, s'agissant de la ville de Paris, celle-ci ne constituait pas une zone de chalandise unique, mais une juxtaposition de zones, dont l'influence est restreinte à un quartier, voire à quelques blocs d'immeubles. De plus, le commerce parisien présente une structure particulière due à l'absence d'hypermarchés intra-muros, ceux-ci étant installés à la périphérie, à un équipement en supermarchés très fourni, avec une densité moyenne nettement supérieure au taux moyen français, mais de

surface réduite. Sur la base de ces éléments le Conseil a pris en compte non seulement l'équipement commercial de la zone considérée mais également l'éventuelle présence d'hypermarchés situés en périphérie pouvant servir de magasins de proximité pour les habitants de la zone ou être facilement accessibles en voiture pour les ménages situés dans cette zone.

Le Conseil a également intégré dans son analyse le fait que les déplacements de population, qui induisent des achats de la part de consommateurs ne résidant pas dans la zone mais y travaillant, atténuent le pouvoir de marché lié à la part des surfaces détenues par une enseigne. A partir des situations de fait spécifiques à chaque zone, le Conseil a conclu que l'opération notifiée n'était pas de nature à modifier significativement les conditions d'exercice de la concurrence dans les six arrondissements de Paris où les enseignes étaient présentes simultanément, en raison de la présence directe d'enseignes concurrentes en nombre suffisant et de la présence de plusieurs hypermarchés, situés aux portes de Paris et qui bénéficient d'une part significative des achats de proximité. Des constatations de même nature ayant été effectuées dans les autres zones, le Conseil a considéré que l'opération ne comportait pas de risque d'atteinte à la concurrence.

Sur le marché de l'approvisionnement l'opération avait pour effet de faire disparaître un demandeur indépendant, la société Casino ayant intégré à ses propres structures les différentes sociétés composant le groupe Franprix/Leader Price et notamment celle exerçant les activités d'approvisionnement des magasins. Après avoir examiné les conditions de fonctionnement de la centrale Casino, les méthodes d'achat du groupe LeaderPrice, la part du nouveau groupe dans la distribution de détail à dominante alimentaire, évaluée à 11 %, le Conseil a considéré que l'opération avait pour conséquence de faire disparaître un acheteur indépendant de petite dimension et de renforcer un acheteur de dimension moyenne, sans toutefois que l'apport obtenu ne permette à celui-ci de modifier sensiblement sa place au sein des principaux distributeurs, et qu'en conséquence elle ne paraissait pas susceptible de conférer au nouveau groupe une position prééminente sur le marché de l'approvisionnement.

Sur la question de savoir si une telle opération ne serait pas de nature à affecter la qualité des relations entre ce distributeur et ses fournisseurs, le Conseil a estimé, à partir de l'analyse de la structure des achats des deux groupes concernés, que cette opération isolée n'était pas de nature à accroître la pression de la grande distribution sur les producteurs.

Dans le dossier concernant le secteur de la communication [\(301\)](#), le Conseil a d'abord écarté l'argumentation présentée par la société Vivendi qui soutenait que l'opération de concentration n'avait apporté aucune modification à la situation existant antérieurement et que, dès lors qu'elle n'exerçait aucune influence déterminante sur la société Canal Plus, celle-ci se trouvait exclue du périmètre de l'opération soumise à l'examen du Conseil. Il a, en effet, rappelé que les marchés susceptibles d'être affectés par une opération de concentration, sur lesquels porte donc son appréciation, ne sont pas nécessairement les seuls marchés sur lesquels interviennent directement les entreprises parties à la concentration. En l'espèce, même si l'opération CGE/Havas ne constituait pas une concentration entre Canal Plus et Vivendi, cette circonstance ne pouvait empêcher le Conseil de rechercher si la stratégie que le groupe Vivendi entendait développer dans le secteur de la communication pouvait affecter le jeu de la concurrence sur les marchés sur lesquels intervient Canal Plus.

Le Conseil a également écarté l'argument selon lequel la diffusion de services télévisuels, l'édition de chaînes de télévision, les achats de droits de diffusion et la production audiovisuelle sont des activités de communication audiovisuelle qui relèvent exclusivement de la compétence du Conseil supérieur de l'audiovisuel et se situent donc hors du champ du contrôle des concentrations prévu au titre V de l'ordonnance. Le Conseil a, en effet, souligné que le négoce de droits de diffusion relatifs à des oeuvres cinématographiques, comme le négoce des droits de diffusion d'oeuvres audiovisuelles et d'événements sportifs, constituant des activités distinctes de celle de services télévisuels et l'accès à Internet relevant d'une activité de télécommunications, il lui appartenait d'apprécier les effets de l'opération concernée sur ces marchés.

Analysant ensuite les effets horizontaux de l'opération sur les divers marchés concernés par l'opération, le Conseil a estimé que la concentration n'emportait aucune conséquence, les parts de marché détenues par le groupe Vivendi étant identiques à celles que détenait préalablement chacun des groupes CGE et Havas sur les marchés concernés hormis les marchés de la fourniture d'accès et de services liés à Internet. A cet égard, le Conseil a relevé que la Commission européenne avait estimé, dans une décision du 4 août 1998, qu'il n'y avait pas lieu de s'opposer à la création d'une filiale commune entre les sociétés Cegetel, Canal Plus, AOL et Bertelsmann.

S'agissant des effets verticaux de la concentration, le Conseil a considéré que la mise en commun de moyens et la recherche de synergies entre les entreprises de communication concernées pouvait permettre la création de nouveaux services et a souligné que la réorganisation du groupe Vivendi lui permettrait, par l'intermédiaire de son pôle communication totalement intégré, d'être présent sur l'ensemble de la chaîne de valeur constituée par la production de contenus et de moyens de diffusion ainsi que sur le marché de la production des moyens de contrôle d'accès à la télévision payante.

Le Conseil a, toutefois, considéré que la convergence des technologies se trouvait à un stade très précoce et que l'évolution rapide des techniques informatiques et audiovisuelles avait pour conséquence une transformation rapide des marchés et rendait donc précaires les positions des opérateurs. Par ailleurs, sur les marchés liés à Internet, le Conseil a constaté, à la suite de la Commission européenne, que ceux-ci étaient soit largement dominés par France Télécom et Transpac pour ce qui concerne le marché de la distribution de services en réseaux de télécommunications, soit très concurrentiels, s'agissant des marchés de la publicité sur Internet ou de la fourniture de contenus payants. Enfin, s'agissant du secteur de la télévision, le Conseil a relevé qu'il existait deux bouquets numériques concurrents de Canal Plus, dont les actionnaires contrôlaient également plusieurs chaînes thématiques et intervenaient dans la production de contenus. Il a notamment pris en compte le fait que TF1, actionnaire de TPS, avait également des participations dans la chaîne Eurosport, qui détenait les droits de retransmission de plusieurs épreuves sportives notoires. Sur le marché de l'édition des cédéroms de loisirs, les produits " leaders " étaient édités par la société Microsoft. Enfin, s'agissant de l'accès à la télévision numérique et de la fourniture de services télévisuels interactifs, le Conseil a tenu compte du fait que Canal Plus avait déclaré donner en licence ses logiciels de contrôle d'accès et permettait aux abonnés de Canalsatellite numérique d'utiliser indifféremment comme " voie de retour " les services téléphoniques de France Télécom ou de Cegetel. Le Conseil a donc émis le fait que la concentration examinée ne portait atteinte au jeu de la concurrence sur aucun de ces marchés.

En revanche, s'agissant de l'opération Coca-Cola/Orangina (302), sur l'un des marchés concernés, celui des boissons gazeuses sans alcool autres que les colas destinées à la consommation hors foyer, le bilan concurrentiel a fait apparaître un risque d'atteinte à la concurrence. L'opération conférerait au groupe Coca-Cola une part de marché de 61 %. Or à l'exception du groupe CadburySchweppes qui, avec ses marques " Schweppes Indian Tonic ", " Gini ", " Canada Dry " et " Schweppes Orange " représentait 8,1 % du marché et de la société Pepsi-Cola qui, avec sa marque " Seven Up ", détenait une part de marché de 2,4 %, aucun autre intervenant ne disposait d'une position significative sur ce marché. Parallèlement, le groupe Coca-Cola détient plus de 89 % du marché des colas à destination de la consommation hors foyer et les boissons vendues dans les circuits de la consommation hors foyer sous la marque " Coca-Cola " représentent à elles seules un volume supérieur à l'ensemble des autres boissons gazeuses sans alcool vendues dans les mêmes circuits.

Le Conseil a procédé à l'analyse du comportement et des contraintes des demandeurs de boissons gazeuses sans alcool. Il s'agit, d'une part, des intermédiaires de la consommation hors foyer (entrepôts grossistes, magasins de payer-prendre) qui approvisionnent notamment les cafés, hôtels et restaurants traditionnels, et, d'autre part, des acheteurs de dimension nationale (chaînes de restauration rapide, cafétérias, grandes entreprises de distribution automatique, groupes pétroliers, etc.). Si les points de vente de la consommation hors foyer doivent disposer de plusieurs variétés de boissons gazeuses sans alcool, leurs contraintes d'espace les conduisent à sélectionner une seule marque pour chaque variété de boissons gazeuses sans alcool, ce qui explique que les cafés, hôtels et restaurants ne retiennent généralement qu'une marque pour chacune des variétés de boissons gazeuses sans alcool (cola, gazeux au goût d'orange, lemon lime, tonic ou thé gazeux). Les chaînes de restauration rapide et les cafétérias retiennent un éventail encore plus restreint de produits, le choix offert au consommateur en matière de boissons sans alcool se limitant généralement à trois catégories de boissons gazeuses sans alcool (un cola, un gazeux au goût d'orange et un gazeux clair), à un jus de fruit et à de l'eau minérale, l'éventail de ces produits étant commun à l'ensemble des établissements d'un groupe.

S'appuyant également sur l'incidence de la notoriété de la marque et la stratégie commerciale des producteurs, le Conseil a considéré que l'accès au marché des boissons gazeuses sans alcool destinées à la consommation hors domicile constituait un enjeu crucial pour le jeu de la concurrence pour l'ensemble du secteur des boissons gazeuses sans alcool. En effet, c'est dans la consommation hors domicile que se prennent les habitudes de consommation qui induiront ensuite les achats pour la consommation à domicile. Dès lors, en acquérant la marque " Orangina " le groupe Coca-Cola, qui détient déjà une marque incontournable sur le marché des colas destinés à la consommation hors domicile, détiendrait également une marque incontournable située sur un segment important du marché des boissons gazeuses sans alcool, s'ajoutant à la marque " Fanta ". De plus, dans la mesure où, sur ce marché, seuls les groupes Coca-Cola et Pepsi-Cola sont en concurrence frontale, le groupe CadburySchweppes a choisi une stratégie de niches en offrant des produits qui ne sont pas positionnés sur les mêmes segments de la gamme que ceux de ses concurrents.

Ces éléments sont apparus de nature à restreindre la concurrence dans le court et moyen terme, non seulement sur le segment des boissons gazeuses sans alcool à l'orange sur lequel les deux marques les plus importantes se trouveraient sous le

contrôle du groupe CocaCola, mais également sur l'ensemble du marché des boissons gazeuses sans alcool autres que les colas destinées à la consommation hors foyer, en privant à court et moyen terme la société PepsiCola de la possibilité d'utiliser l'effet de levier que lui conférait l'accord de distribution qu'elle avait signé avec la société Orangina France.

Contrairement aux arguments apportés par les sociétés TCCC et PernodRicard, le Conseil a estimé que l'opération n'apportait pas au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence. En particulier, l'argument selon lequel l'acquisition de la marque " Orangina " par le groupe Coca-Cola permettrait de réaliser des économies de coûts de distribution ne suffisait pas à démontrer que les économies invoquées pourraient compenser les atteintes à la concurrence. Par ailleurs, la société Coca-Cola, qui faisait valoir son désir de promouvoir la marque " Orangina " à l'étranger, n'a pas fourni d'indications précises quant à la viabilité de ce projet et a admis n'avoir pas réalisé de test dans les pays dans lesquels elle soutient vouloir développer cette marque. En ce qui concerne le groupe PernodRicard, l'avantage financier qui résultait de l'opération, compte tenu du prix élevé auquel le groupe Coca-Cola était prêt à faire l'acquisition, n'a pas été considéré comme un progrès économique pour la collectivité, dès lors que cette dernière supporterait en contrepartie le coût induit d'un affaiblissement de la concurrence.

Sur le second marché des boissons gazeuses sans alcool autres que les colas destinées à la consommation à domicile, l'opération conférait au nouvel ensemble 27 % de parts de marché. S'appuyant sur la structure de la clientèle du groupe Coca-Cola, composée de la grande distribution alimentaire, et l'intérêt pour les distributeurs de maintenir un large choix de produits et de pouvoir s'adresser à plusieurs fournisseurs, le Conseil a considéré que l'opération projetée ne portait pas atteinte à la concurrence.

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 de l'ordonnance) sont publiés avec les textes auxquels ils se rapportent. Un avis rendu en 1997 sur la base de l'article 6 sera commenté dans le présent rapport, sa publication étant intervenue en 1998.

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 avis rendus sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sont analysés dans le présent rapport.

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

Au cours de l'année 1998, le Conseil a été conduit à répondre à des questions générales de concurrence concernant le fonctionnement de secteurs entiers de l'économie, comme celui de l'assurance, et dont certains devaient s'ouvrir à la concurrence, comme celui de l'électricité, ou poursuivaient cette mutation, comme

celui des télécommunications. Il a également répondu à des questions plus ponctuelles dans des secteurs très variés.

1. La demande d'avis de la Commission des finances du Sénat (303) portait sur trois questions touchant au fonctionnement de la concurrence dans le secteur de l'assurance. Le Conseil était ainsi interrogé sur les conséquences, au regard des règles de concurrence, d'une part, des différences statutaires et des différences de traitement fiscal et comptable existant entre les acteurs de ce secteur et, d'autre part, sur l'existence de plusieurs types de circuits de réseaux de distribution particuliers des produits d'assurance et, enfin, sur les conséquences sur la concurrence des différences fiscales et réglementaires existant en matière d'assurance à l'intérieur de la Communauté européenne dans la perspective du passage à l'euro.

Pour répondre à la première question, le Conseil a procédé à un examen des différences statutaires existant entre intervenants sur les marchés de l'assurance.

Les entreprises d'assurances relevant du code des assurances peuvent être constituées soit sous forme de société anonyme, soit de société d'assurance mutuelle. Les premières sont soumises pour l'essentiel au droit commun des sociétés commerciales, sous réserve de règles spécifiques relatives au capital social et à diverses déclarations auprès de l'administration. Les sociétés d'assurance mutuelle se distinguent des sociétés anonymes par le fait que les assurés, regroupés sur une base socio-professionnelle, sont les seuls détenteurs de l'entreprise, l'adhérent étant ainsi à la fois sociétaire et assuré. Ces dernières sont des sociétés de personnes qui ont un objet non commercial et fonctionnent sans capital social, celui-ci étant remplacé par un fonds d'établissement constitué par les apports des sociétaires ou par emprunt. Par ailleurs, les organismes spécifiques de la protection sociale complémentaire, mutuelles du code de la mutualité et institutions de prévoyance, ne sont pas soumis aux dispositions du code des assurances, mais effectuent des opérations qui entrent dans le champ d'application des directives européennes d'assurance, et notamment le domaine de la protection sociale complémentaire. Les mutuelles relevant du code de la mutualité sont des groupements à but non lucratif, sans capital social et qui ne peuvent distribuer à leurs membres leurs excédents éventuels ; leur activité principale est le remboursement complémentaire à celui du régime d'assurance maladie obligatoire, à la gestion duquel certaines mutuelles participent d'ailleurs en qualité de correspondants locaux ou de sections locales. Les institutions de prévoyance regroupent trois grandes catégories : les institutions de retraite complémentaire, qui gèrent des régimes de retraite complémentaire obligatoires, les institutions de retraite supplémentaire, qui gèrent des régimes de retraite par capitalisation, et les institutions de prévoyance, qui effectuent essentiellement des opérations de prévoyance collective, mais offrent aussi des produits d'assurance vie.

C'est le livre III du code des assurances qui définit les règles prudentielles et comptables que doivent respecter les entreprises d'assurance et qui sont destinées à faire en sorte que celles-ci soient toujours en mesure de tenir leurs engagements envers les assurés et à contrôler la situation réelle des entreprises. Doivent ainsi figurer au bilan des entreprises d'assurance des provisions techniques suffisantes pour le règlement intégral de leurs engagements vis-à-vis des assurés. Ces provisions techniques et les autres engagements réglementés doivent, à toute époque, être couverts par des actifs équivalents. Le choix des placements doit obéir à des règles de sécurité, de dispersion et de liquidité. Les entreprises d'assurance doivent, en outre, disposer d'une marge de solvabilité. En 1994 et 1996, le régime financier des institutions de prévoyance a été adapté et les règles prudentielles et de

solvabilité auxquelles elles sont soumises sont identiques ou d'une rigueur comparable à celles qui s'appliquent aux sociétés d'assurance. En revanche, en l'absence de la transposition des directives du Conseil n° 73/239 du 24 juillet 1973 et 79/267 du 5 mars 1979, modifiées en 1992, qui impliquait l'adoption d'un régime financier en adéquation avec leur statut d'entreprises d'assurance, les mutuelles du code de la mutualité sont actuellement soumises à des règles financières, prudentielles et comptables moins strictes que celles que doivent respecter les autres opérateurs du secteur.

En matière de fiscalité, si toutes les entreprises d'assurance relevant du code des assurances sont soumises aux mêmes règles fiscales de droit commun, les mutuelles du code de la mutualité et les institutions de prévoyance sont exonérées de la taxe professionnelle et de la contribution sociale de solidarité des sociétés, échappent à la contribution des institutions financières et sont assujetties à l'impôt sur les sociétés à taux réduit. En outre, les contrats d'assurance maladie complémentaire souscrits auprès de mutuelles du code de la mutualité ou d'institutions de prévoyance sont exonérés de la taxe sur les conventions d'assurance.

S'agissant de l'application des règles de concurrence, le Conseil a rappelé qu'il n'était plus discuté que les règles communautaires et nationales de la concurrence s'appliquaient à l'ensemble des entreprises effectuant des opérations d'assurance, quel que soit leur statut, les organismes chargés de la gestion des régimes légaux de sécurité sociale étant considérés comme n'appartenant pas à ce secteur, dès lors, comme l'a jugé la CJCE, que ces régimes reposent sur le principe de solidarité et que les prestations sont définies par la loi, de façon indépendante du montant des cotisations versées. Il a constaté que la concurrence entre opérateurs s'exerçait plus particulièrement sur le terrain de la protection sociale complémentaire et, notamment, sur le marché de l'assurance maladie complémentaire.

Le Conseil a indiqué que la diversité des structures et des conditions de fonctionnement des entreprises du secteur de l'assurance pourrait favoriser l'établissement d'accords ou la mise en œuvre de pratiques concertées entre des opérateurs de même forme juridique, dont certains ont d'ailleurs déjà donné lieu à sanctions. Sans s'engager dans la définition précise des marchés, le Conseil a rappelé que lorsqu'une entreprise détient une position dominante sur un marché et qu'elle exerce à la fois des activités d'intérêt général et des activités ouvertes à la concurrence, le contrôle du respect des règles de concurrence nécessite que soit opérée une séparation claire entre ces deux types d'activité, de manière à empêcher que les activités en concurrence ne puissent bénéficier pour leur développement, au détriment des entreprises opérant sur les mêmes marchés, des conditions propres à l'exercice de missions d'intérêt général.

Analysant l'existence et la justification de droits exclusifs dans ce secteur, sur le fondement de l'article 90 du traité de Rome, le Conseil a rappelé que la jurisprudence de la CJCE considère que l'octroi de tels droits n'est compatible avec le traité qu'autant que les restrictions de concurrence sont indispensables à l'accomplissement de la mission d'intérêt général impartie à l'entreprise qui en bénéficie. Ayant rappelé l'annulation par le Conseil d'Etat de plusieurs dispositions du décret du 26 novembre 1990 relatif au régime complémentaire facultatif d'assurance vieillesse de personnes non salariées des professions agricoles, il n'a pas exclu qu'il existe d'autres exemples de droits exclusifs injustifiés conférés à des organismes pour la gestion de mécanismes d'épargne-retraite ou d'autres dispositifs de protection sociale complémentaire assortis d'avantages fiscaux. Il s'est, notamment,

interrogé sur la gestion des systèmes de retraite complémentaire des fonctionnaires confiée en exclusivité à trois organismes ainsi que sur les rentes des anciens combattants, dont la constitution est réservée aux groupements mutualistes.

Le Conseil a ensuite rappelé que, selon la jurisprudence communautaire, un système de concurrence non faussé ne peut être garanti que si l'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques est assurée et que lui-même avait précisé à cet égard que, si le bon fonctionnement de la concurrence sur un marché n'impliquait pas nécessairement que tous les opérateurs aient des conditions d'exploitation identiques, celui-ci supposait toutefois qu'aucun d'entre eux ne bénéficie pour son développement de facilités que les autres ne pourraient obtenir et d'une ampleur telle qu'elles lui permettent de fausser le jeu de la concurrence en empêchant des concurrents aussi efficaces de progresser sur ce marché, sauf à ce que ces facilités soient justifiées par des considérations d'intérêt général. De ce point de vue, le Conseil a constaté que les contraintes imposées aux mutuelles, dès qu'elles ne sont pas autorisées à effectuer d'autres opérations que celles entrant dans le champ de la protection sociale complémentaire et qu'elles doivent respecter une certaine égalité de traitement entre les assurés, ne paraissent pas pouvoir justifier l'ensemble des facilités qui leur sont accordées pour l'exercice de leurs activités, notamment l'absence d'assujettissement à la taxe sur les conventions d'assurance et les subventions et aides diverses aux mutuelles de fonctionnaires. Le risque d'atteinte à la concurrence est, dans ce cas, double : l'attribution, sans justification clairement définie, de subventions publiques à des activités d'assurance ouvertes à la concurrence peut avoir pour effet direct de fausser le jeu de la concurrence sur les marchés d'assurance concernés et, en outre, l'absence de séparation comptable fait courir le risque de subventions croisées et, en particulier, de transferts financiers des activités protégées vers les activités concurrencées sur les marchés des prestations sanitaires et médico-sociales.

S'agissant de la distribution des produits d'assurance, la demande d'avis portait plus précisément sur l'existence de réseaux de distribution distincts des circuits marchands, c'est-à-dire La Poste et le Trésor public, et sur les éventuelles distorsions de concurrence affectant la distribution de certains produits par les agents généraux d'assurance et les courtiers.

Pour distribuer leurs produits, les entreprises relevant du code des assurances peuvent recourir à une grande variété de modes de distribution, faisant appel à des intermédiaires, tels les agents généraux ou les courtiers, ou bien réservant la distribution de leurs produits à leurs propres réseaux de salariés. Dans un souci de protection du consommateur, les conditions de distribution des produits d'assurance ont été strictement réglementées. Mais cette réglementation n'a pas empêché la pénétration du marché par des opérateurs nouveaux, comme les banques et les sociétés sans intermédiaire.

L'existence de formes variées de distribution, la présence d'un grand nombre de distributeurs ainsi que la multiplicité des produits sont des facteurs favorables à la concurrence. Le Conseil a également constaté que les sociétés sans intermédiaires ont des coûts de distribution et de gestion inférieurs à ceux des sociétés traditionnelles, ce qui rend leurs produits plus compétitifs que les produits des sociétés ayant recours à des intermédiaires classiques. Pour le reste, la comparaison des coûts des produits proposés est difficile, les produits n'étant souvent pas comparables et les opérateurs effectuant des prestations de service spécifiques. Les banques, toutefois, bénéficient de deux atouts par rapport à leurs concurrents : d'abord, une implantation géographique très dense par rapport à leurs

concurrents et des taux de chargement plus bas, car elles commercialisent leurs produits par l'intermédiaire des guichets bancaires et bénéficient de l'expérience du personnel qui y est affecté. Ces avantages comparatifs des " bancassureurs " par rapport aux réseaux traditionnels ne constituent pas des distorsions de concurrence en l'absence de discriminations en leur faveur et en l'absence de prix prédateurs avérés.

Les relations d'exclusivité qui existent sur le marché de la distribution de produits d'assurance, qui caractérisent les mutuelles sans intermédiaires et, dans une large mesure, les agents généraux, n'ont pas semblé remettre en cause son fonctionnement concurrentiel, dès lors que le choix du consommateur ne se trouve pas limité et que la concurrence peut s'exercer entre tous les opérateurs. Le Conseil a toutefois relevé que le resserrement des liens d'exclusivité entre l'agent et sa société mandante pourrait contraindre l'assuré à recourir à d'autres intermédiaires que l'agent général pour les risques non assurés par cette société. Plus préoccupante encore lui est apparue l'existence de pratiques de ventes liées consistant, par exemple, pour le " bancassureur " à lier une offre de prêt à la signature d'un contrat d'assurance multirisques habitation.

S'agissant de l'activité de La Poste et du Trésor sur ces marchés, le Conseil a constaté que ces réseaux figuraient en bonne place tant en ce qui concerne le nombre de guichets que l'épargne collectée. La Poste distribue principalement des produits d'épargne, de retraite et des garanties de prévoyance de la Caisse nationale de prévoyance, ainsi que des produits d'assurance vie. Son projet de distribuer des produits d'assurance dommages s'est heurté à l'opposition des agents généraux, des compagnies d'assurance et des " bancassureurs ". Le Trésor, outre ses missions régaliennes, exerce une activité de distribution de produits financiers et d'assurance, constitués de produits d'épargne et de retraite ainsi que des garanties de prévoyance. L'offre de services d'assurance du Trésor est faite dans le réseau de ses 4 500 postes comptables.

La distribution de produits d'assurance par La Poste et le Trésor public pose le problème spécifique du partage de leurs réseaux entre des activités concurrentielles et des activités de service public. S'agissant de La Poste, le Conseil s'est référé à l'avis qu'il a rendu sur le fonctionnement des services financiers de cet opérateur, pour rappeler que, si le principe de l'exercice concomitant par La Poste d'activités sous monopole (courrier) et d'activités exercées en concurrence (services financiers) n'est pas contestable en soi, il suppose que ces activités concurrentielles " ne puissent bénéficier des conditions propres à l'exercice de la mission de service public définie dans le cadre du monopole " et qu'ainsi l'exploitant public n'utilise pas sa position dominante sur le secteur non concurrencé pour pratiquer des prix de prédation sur la partie concurrencée de son activité destinés à éliminer ses concurrents. S'agissant des services du Trésor, le Conseil a estimé, se référant à son avis n° 88-A-15 du 28 septembre 1988, que les agents du Trésor bénéficient par rapport à leurs concurrents d'une position privilégiée pour la distribution de produits d'assurance vie. La notoriété attachée à l'image d'un service de l'Etat, la présence sur tout le territoire d'un réseau de postes comptables, l'utilisation des moyens logistiques de l'administration et la force de persuasion particulière de ses agents à l'égard d'éventuels clients constituent autant d'avantages de nature à générer des distorsions de concurrence dans la distribution de l'assurance vie. Elles bénéficient en premier lieu à la CNP, qui dispose ainsi d'un réseau intégralement dédié.

Sur la troisième question, l'analyse menée par le Conseil l'a conduit à examiner l'état d'avancement du processus d'unification du marché européen. La liberté

d'établissement des opérateurs et la liberté de circulation des prestations sont des objectifs du traité de Rome dont une trentaine de directives permettent la mise en oeuvre progressive, tout en laissant une large place aux réglementations nationales. En raison de ses silences ou des divergences d'interprétation de son contenu, le droit communautaire des assurances n'offre pas de solution systématique aux problèmes rencontrés par un opérateur transfrontalier. Par ailleurs, le principe de l'adoption de règles communes minimales laisse nécessairement aux Etats membres, sous réserve de l'appréciation souveraine de la Cour de justice, la latitude de déterminer des règles complémentaires plus strictes. Il en va, en particulier, ainsi lorsqu'est en cause " l'intérêt général ", notion dont les contours restent à préciser davantage.

Les différences de réglementations fiscales, prudentielles ou comptables adoptées par les Etats membres peuvent avoir pour conséquence le transfert de la demande de prestations d'assurance vers l'Etat dont la réglementation sera la plus favorable aux preneurs, ou de transfert d'établissement vers celui qui proposera le plus faible prélèvement fiscal. Toutefois, dans les faits, les effets sur la concurrence de telles différences sont apparues très difficiles à appréhender. Après avoir relevé quelle pouvait être la source de distorsions de concurrence résultant pour un opérateur d'un traitement fiscal et prudentiel différent, le Conseil a relevé qu'au total, s'agissant de la fiscalité pesant sur les entreprises, le taux de l'impôt sur les bénéfices des sociétés commerciales était supérieur, en France, au taux de 30 % préconisé par la Commission et qu'en outre les sociétés d'assurance étaient assujetties à des impôts spécifiques, sans équivalent dans les autres Etats membres. En revanche, le niveau des exigences prudentielles adoptées par la France n'est pas apparu de nature à placer les entreprises françaises dans une situation manifestement inégale par rapport à celle de leurs concurrents opérant sur le territoire français. S'agissant de la fiscalité sur les conventions et les revenus, le Conseil a estimé, là aussi, que les effets des différences constatées étaient difficiles à mesurer et que, globalement il n'était pas démontré que les entreprises françaises subissaient un désavantage dans la concurrence du fait de ces différences, les risques de transfert apparaissant en tout état de cause très faibles, en raison, notamment, de la subsistance de nombreuses entraves aux échanges, comme les avantages liés à la proximité ou encore les difficultés tenant à la langue des contrats ou à l'interprétation de leurs clauses.

L'introduction de l'euro entraînera une simplification du fonctionnement des entreprises en matière prudentielle et de gestion des actifs. S'agissant des relations entre assureurs et assurés, les conséquences de la monnaie unique seront faibles, le principe de la continuité des contrats ayant été confirmé. Toutefois, pour les preneurs, le passage à l'euro devrait favoriser la transparence monétaire des offres en permettant une meilleure comparaison des prix et, donc, les échanges transfrontaliers. Des conséquences similaires peuvent être envisagées en matière d'épargne retraite avec un accroissement de la concurrence entre fonds de pension restructurés autour des plus importants et homogénéisation des règles prudentielles, ainsi que dans le secteur de l'assurance santé.

2. Le Conseil a été consulté par deux fois sur des questions touchant le secteur de l'électricité : d'abord dans le cadre des consultations lancées pour l'élaboration du projet de loi de transposition de la directive communautaire prévoyant l'ouverture du marché électrique (304) ; ensuite par deux organisations professionnelles qui soumettaient à l'appréciation du Conseil diverses questions relatives au mouvement

tarifaire appliqué par EDF depuis quelques années et aux principes de tarification à adopter dans un environnement concurrentiel (305).

a) Le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a ainsi saisi le Conseil d'une demande d'avis sur les principes à respecter pour assurer le fonctionnement concurrentiel du marché de l'électricité (306), dans le cadre de la transposition de la directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 19 décembre 1996. Celle-ci organise une ouverture progressive du marché de la production de l'électricité à la concurrence, en prévoyant que certains consommateurs d'électricité, dits " clients éligibles ", pourront acheter leur électricité aux fournisseurs de leur choix. Elle définit ainsi les contours d'un marché concurrentiel de l'électricité, qui se développera à côté d'un marché captif sur lequel les consommateurs finals n'auront pas le choix de leur fournisseur. Au moment de l'entrée en vigueur de la directive en février 1999, chaque État devra ouvrir à la concurrence au moins 22 % de son marché national. En 2003, cette part devra représenter le tiers du marché. La directive ne traite pas de l'ouverture à la concurrence du transport et de la distribution de l'électricité mais demande aux États d'organiser l'accès des producteurs indépendants aux réseaux nationaux de transport et de distribution de l'électricité.

La directive n'oblige pas les États membres à scinder les entreprises d'électricité intégrées entre les activités de production, de transport et de distribution (" unbundling "). Elle requiert en revanche l'établissement de comptes séparés pour chacune de ces activités et de " comptes consolidés " pour les activités exercées en dehors du secteur électrique. Elle demande également la désignation d'une " autorité compétente ", qui doit être indépendante des parties, pour " régler les litiges relatifs aux contrats et aux négociations en question ".

A partir de ce nouveau cadre juridique qui s'impose aux pouvoirs publics et sur la base d'un " Livre blanc " qui lui a été transmis, le Conseil a énoncé les principes qui devront inspirer la mise en place d'une concurrence effective.

S'agissant des missions de service public qui peuvent être confiées aux entreprises du secteur, l'article 3 de la directive, faisant notamment référence aux dispositions de l'article 90 du traité, prévoit que des obligations de service public, qui peuvent être imposées par les États membres dans l'intérêt économique général, peuvent porter sur la sécurité, y compris la sécurité d'approvisionnement, la régularité, la qualité et le prix de la fourniture ainsi que la protection de l'environnement. S'appuyant sur la jurisprudence dégagée par la Cour de justice des Communautés européennes dans ses arrêts du 23 octobre 1997 relatifs aux monopoles d'importation et d'exportation d'électricité et de gaz, le Conseil a souligné qu'il convenait que soient précisément identifiés les services d'intérêt économique général dévolus aux opérateurs publics (EDF, distributeurs non nationalisés) et que soient, conformément au même article 3 de la directive, clairement définies les " missions particulières " les constituant.

La définition de ces missions particulières dévolues aux opérateurs publics est d'autant plus importante que les droits exclusifs dont ils peuvent bénéficier sont justifiés par l'existence de ces missions. Du point de vue de leur contenu, les missions d'intérêt général assignées au secteur électrique français pour les années à venir ne se limitent pas à l'obligation de connecter toute personne à un réseau assurant une distribution de qualité. Elles consistent aussi à assurer la fourniture d'électricité d'une manière continue, à moindre coût, à prix uniforme sur tout le territoire, rendant nécessaire une péréquation géographique et à partir d'une combinaison de combustibles préservant la sécurité d'approvisionnement, c'est-à-

dire comprenant le nucléaire et le " charbon propre ", et limitant la dépendance à l'égard du gaz.

Les activités " supports " de l'accomplissement de ces missions doivent être identifiables. Il conviendra ainsi de déterminer pour EDF la contribution de chacune de ses activités à l'exécution de chacune de ces missions. L'activité de production, qui représente 50 % du coût du kilowatt/heure au compteur, est concernée au premier chef.

Les services d'intérêt économique général une fois identifiés, se pose ensuite la question de leur financement. Sur ce point, le Conseil a insisté sur la nécessité de distinguer les services d'intérêt économique général, qui seront à la charge d'un ou plusieurs opérateurs, des autres missions liées aux politiques publiques, telles l'obligation d'achat de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables, qui s'imposent au secteur électrique dans son ensemble et devraient donc être payées par tous les acteurs. Il a recommandé que le produit de cette participation soit versé à un fonds créé à cet effet, considérant qu'une telle solution est préférable à l'institution de charges additionnelles au prix du transport : elle permet d'identifier clairement le financement des missions d'intérêt général et le coût du transport et elle présente un risque moindre de distorsion des prix. Le Conseil a recommandé enfin que les charges des services d'intérêt économique général et des missions d'intérêt général soient évaluées par l'instance de régulation, selon un modèle qui soit " vérifiable, opposable et transparent ".

Dans cette analyse, le Conseil a examiné la question de la diversification des activités d'EDF, plus précisément de la possibilité pour l'opérateur public de développer des services " autour du kwh " à destination des clients éligibles, afin de pouvoir offrir les mêmes services que ses concurrents, et, dans le futur, à destination des clients captifs. Par suite de l'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence, du fait que, comme dans les autres secteurs, la demande des clients s'exprime en termes de produits et de services et dans le souci que la concurrence soit équitable, le Conseil a estimé que la loi devrait donner plus de liberté d'action à EDF. Toutefois, EDF restant titulaire du monopole de fourniture en électricité d'une partie de la clientèle, il est nécessaire d'encadrer son intervention sur les marchés concurrentiels par des règles tenant compte des situations spécifiques de concurrence sur chacun d'entre eux. Plus précisément, les mécanismes par lesquels l'opérateur affecte ses coûts entre marché libre et marché captif du kwh devront être spécifiés. Son action sur les marchés de services devra être effectuée selon les principes de respect de la concurrence énoncés dans l'avis du Conseil n° 94A15 du 10 mai 1994 relatif à la diversification des activités d'EDF et de GDF.

Selon l'article 19 de la directive, seront consommateurs éligibles et pourront donc acheter leur électricité aux producteurs d'électricité de leur choix, tous les consommateurs finals consommant au moins cent gigawatts/heure par an, par site, autoproduction comprise. Pour le reste, conformément au principe de subsidiarité, les États choisissent les critères de sélection des autres clients éligibles, dans le respect d'une ouverture du marché au moins égale au pourcentage défini au niveau communautaire.

Le Conseil a estimé que les consommateurs d'électricité éligibles joueront un rôle moteur dans la dynamique de la concurrence et exerceront une forte pression pour obtenir un abaissement plus rapide des seuils, tous les pays européens ayant choisi une ouverture totale, à l'exception de la Belgique et de la France. En effet, dans la situation actuelle, pour un industriel de taille importante, le prix de l'électricité varie de 0,13 à 0,30 c/kwh selon les pays et les régions.

L'éligibilité étant uniquement liée à la quantité d'électricité consommée sur un site, il en résultera nécessairement des distorsions de concurrence entre les entreprises utilisatrices, les unes liées à l'existence même d'un seuil, les autres à l'exigence d'unicité du site au bénéfice des entreprises les plus importantes et dont les sites de production sont les plus concentrés. De plus, ces distorsions s'exerceront au détriment des entreprises françaises en concurrence avec des entreprises disposant de sites de production dans des États ayant choisi une ouverture plus large du secteur électrique, comme l'Allemagne. Le Conseil fait observer que cette conséquence pourrait être atténuée, voire éliminée, si était prise en compte, pour la définition de l'éligibilité, alternativement ou cumulativement avec le critère de l'importance en valeur absolue de la quantité d'électricité consommée par site, la part relative de l'électricité dans la valeur ajoutée des secteurs économiques ou dans la consommation intermédiaire des entreprises, les distorsions de concurrence étant d'autant plus dommageables que la part de l'électricité dans les coûts de production est plus élevée.

Par ailleurs, la coexistence au sein d'EDF d'activités sous monopole (approvisionnement de la clientèle captive, transport, distribution) et d'activités concurrencées (clients éligibles) est de nature à faciliter des pratiques de subventions croisées qui pourraient empêcher l'entrée de compétiteurs potentiels sur le marché en finançant par des surcoûts imposés sur la clientèle captive des baisses de prix artificielles sur le marché des clients éligibles. De telles pratiques, qui seraient sans doute contraires à la mission de service public, constitueraient également des infractions prohibées par les règles de concurrence. Rappelant les principes développés précédemment, le Conseil a souligné qu'il était essentiel qu'EDF dispose à tout le moins d'une comptabilité appropriée permettant de vérifier l'absence de subventions croisées et de prix de prédation pour la vente d'électricité aux clients éligibles.

Le Conseil s'est également interrogé sur les conséquences de l'ouverture du marché pour les producteurs non nationalisés, tels que définis par la loi de nationalisation du 8 avril 1946, et dont certains bénéficient d'une obligation d'achat de la part d'EDF. Ces producteurs rentrent dans la catégorie des producteurs indépendants au sens de la directive et peuvent donc désormais vendre directement leur production aux clients éligibles. Quant à l'obligation d'achat de la production autonome pesant sur EDF, si celle-ci était maintenue, au motif que, dans un premier temps, il n'est pas sûr que des petits producteurs indépendants puissent, même en se groupant, utilement répondre à la demande des rares et très gros clients éligibles, il conviendrait à tout le moins d'éviter que l'obligation d'achat d'EDF ne se traduise par une subvention indirecte aux activités et aux producteurs concernés, de nature à fausser le jeu de la concurrence.

S'agissant des moyens que les États peuvent mettre en œuvre pour assurer le contrôle de la production au regard de la politique énergétique, l'article 4 de la directive prévoit, pour la construction de nouvelles installations de production, le choix entre la formule de l'autorisation et/ou un système d'appel d'offres. Les critères retenus par la directive pour les deux procédures sont identiques et permettent, notamment, de prendre en compte des dimensions telles que la nature des sources primaires d'énergie ou les besoins du service public. En outre, les conditions d'octroi des autorisations ou d'attribution des marchés doivent être objectives, transparentes et non discriminatoires, les procédures politiques et les décisions de refus motivées. Après avoir souligné que les nouveaux moyens de production devraient s'inscrire dans le cadre de la programmation élaborée à l'initiative des pouvoirs publics de la

politique énergétique, le Conseil a procédé à une étude comparative des deux systèmes proposés par la directive. La procédure des appels d'offres reposant sur l'initiative des pouvoirs publics implique que les producteurs retenus soient assurés de pouvoir céder la totalité de leur production, c'est-à-dire en pratique d'obtenir la garantie d'achat d'EDF. EDF serait ainsi obligée d'acheter cette électricité sans avoir eu le choix du moyen de production. Sauf à mettre l'établissement public en difficulté, le marché des clients captifs constituera le débouché essentiel à partir de l'évaluation duquel pourront être déterminés les programmes d'équipement justifiables d'un appel d'offres. Les sociétés devront satisfaire aux spécifications techniques qui leur seront imposées mais, en contrepartie de cette contrainte, ils ne courront pas de risque d'entreprise s'ils remportent l'appel d'offres, l'électricité produite étant achetée par EDF.

Dans le régime des autorisations, l'initiative revient aux producteurs qui proposent les moyens de production et l'État n'intervient que pour autoriser l'équipement dans le cadre de la programmation à long terme. C'est l'opérateur (EDF ou un producteur indépendant) qui conçoit les spécifications techniques de l'équipement (à l'intérieur du cadre fixé par les pouvoirs publics), qui le réalise et qui conserve le risque de l'écoulement de l'électricité produite. La procédure d'autorisation préserve l'initiative des opérateurs quant au calendrier de réalisation et au choix des moyens de production. Elle oblige les opérateurs à assumer le risque d'entreprise qui est une condition du développement de la concurrence.

Dans ces conditions, le Conseil a estimé que le recours à la procédure d'autorisation devrait être la règle et que la procédure d'appel d'offres ne devrait être utilisée à titre subsidiaire que dans le cas où la seule initiative des opérateurs ne permettrait pas de satisfaire les objectifs arrêtés dans le cadre de la programmation publique.

La directive prévoit que les règles de raccordement aux réseaux devront être spécifiées et que les dispositions nécessaires devront être prévues pour que les conditions d'usage de ces réseaux, soient explicites, économiquement fondées, commercialement non dissuasives et, bien entendu, non discriminatoires. Le Conseil a observé, à cet égard, que le cumul des activités de gestionnaire de réseau et de producteur par la même personne morale pourrait soulever des problèmes au regard de la concurrence, dès lors que le gestionnaire de réseau pourrait, dans ce cas, être tenté de favoriser indûment le département de production de l'entreprise à laquelle il appartient au détriment de ses concurrents, notamment en appelant prioritairement les centrales de cette même entreprise ou en divulguant des informations de nature commerciale relatives à ses concurrents dont il pourrait avoir connaissance.

La détermination du statut du gestionnaire revêt donc une importance fondamentale pour ce qui concerne l'ouverture à la concurrence du secteur électrique. La simple séparation comptable des activités, qui se limiterait à des passations d'écritures, n'est pas de nature à régler une question aussi importante que celle de la nécessaire autonomie de gestion du transporteur. La création d'un établissement public, distinct d'EDF et totalement autonome sur le plan de la gestion, est apparue comme assurant la meilleure garantie d'indépendance dans l'esprit de la directive.

En ce qui concerne les conditions de rémunération du transport par les producteurs autorisés à livrer de l'électricité, le Conseil a rappelé les critères de transparence et d'absence de discrimination qui garantissent l'exercice d'une concurrence équitable. La tarification du transport devra permettre au gestionnaire du réseau d'équilibrer son compte de résultat, l'essentiel des charges étant liées à la construction et à l'entretien des lignes ainsi qu'aux services dits " de réglage " du réseau. Compte tenu de leur caractère de " monopole naturel ", l'utilisation des réseaux de transport et de

distribution devra donner lieu à une " juste rémunération " qui couvre uniquement les coûts du transport de l'électricité. Des prix trop élevés pourraient, en effet, constituer un obstacle rédhibitoire à l'ouverture du marché, en revanche des prix insuffisants pourraient conduire le gestionnaire à négliger la maintenance des équipements. Une tarification simple, du type " timbre poste ", fixée indépendamment de la distance pour différents niveaux de tension, semble présenter les meilleures garanties d'ouverture à la concurrence. Le choix d'une telle méthode, appliquée dans tous les pays ayant ouvert leur réseau, sauf en Allemagne, se justifie par ailleurs par le maillage du territoire en moyens de production ainsi que par la densité du réseau national de transport. Les conditions techniques de raccordement aux réseaux de transport et de distribution devront respecter les mêmes garanties d'objectivité. S'agissant de la régulation, la directive permet de distinguer deux composantes de cette mission : une fonction de réglementation et une fonction de surveillance du bon fonctionnement du marché. Les problèmes que la régulation devra traiter dans la nouvelle organisation du secteur électrique peuvent être regroupés en deux grandes catégories :

Les questions relatives à la définition et à la tarification des services d'intérêt général rendus par l'opérateur en contrepartie de droits exclusifs, celles concernant la spécification et le financement des obligations d'intérêt général imposées à l'ensemble des acteurs et celles touchant au contrôle des investissements dans le domaine de la production, questions qui relèvent du ministre chargé de l'énergie. Les questions relatives à l'accès aux réseaux, à la gestion du système électrique et des marchés associés ainsi qu'au contrôle de l'action de l'opérateur historique sur le marché libre du kilowatt/heure et sur les marchés de services. Il s'agira d'appliquer des règles de fonctionnement particulières complexes, au service de considérations de politique publique et du développement de la concurrence. Ces compétences devront être mobilisées au bénéfice égal de tous les intervenants sur le marché. Trois solutions structurelles permettent de répondre à ces préoccupations : soit une direction (de la régulation) du ministère chargé de l'énergie, ayant à sa tête un responsable rattaché directement à celui-ci, soit une autorité administrative indépendante du type de l'autorité de régulation des télécommunications, ou une formation spécialisée du Conseil de la concurrence. Après avoir procédé à un examen comparatif des avantages et des inconvénients des différents systèmes, le Conseil a proposé une définition du contenu de la mission de l'autorité de régulation : instruire les demandes d'autorisation des producteurs indépendants et les demandes de lignes directes ; évaluer les coûts des missions de service public ; formuler un avis sur les tarifs d'interconnexion et sur les normes techniques de raccordement ainsi que sur les tarifs destinés aux consommateurs finals édictés par l'administration et, enfin, régler les litiges de raccordement entre producteurs d'électricité et gestionnaire du réseau de transport. Le Conseil a également souligné qu'il conviendrait de prévoir des voies de recours contre les décisions de l'autorité chargée de la régulation ainsi qu'une obligation de publicité et de motivation de ses décisions.

b) Dans son deuxième avis concernant le secteur de l'électricité [\(307\)](#), le Conseil devait répondre à deux demandes d'avis relatives à la tarification d'EDF : l'une émanait du Syndicat National des Producteurs Indépendants d'Electricité Thermique (SNPIET) et l'autre de la Fédération Nationale de la Gestion des Equipements, de l'Energie et de l'Environnement (FG3E). Les questions posées au Conseil étaient relatives, d'une part, au mouvement tarifaire d'EDF dans la situation historique du monopole et, d'autre part, aux orientations futures à adopter en matière de

réglementation des prix dans le cadre de l'ouverture partielle du marché de l'électricité, à compter du 1^{er} février 1999.

S'agissant de la tarification actuelle du monopole, les saisissants prétendaient qu'EDF s'était éloignée de son système de tarification au coût marginal de développement, afin de baisser ses prix sur les périodes de pointe (hiver) et d'augmenter ses prix sur la période de base, et soutenaient que la réforme tarifaire amorcée le 8 avril 1997 affectait les producteurs autonomes ayant investi dans les installations de pointe et les gros consommateurs d'électricité.

La réforme tarifaire contenue dans le contrat de plan Etat-EDF signé le 8 avril 1997 prévoit sur une durée de quatre années (1997 à 2000) une baisse en niveau des tarifs (de 14,5 % sur quatre ans) et " un meilleur ajustement de la structure des tarifs sur celle des coûts ". Son principal effet a consisté à atténuer les contrastes de tarifs entre périodes horo-saisonnnières, et notamment entre les tarifs applicables aux périodes les plus chargées, dites de pointe, et les périodes de juillet-août.

Grossièrement, les tarifs de la pointe ont baissé depuis 1996 (de 14 % pour l'option de base d'EDF et de 43 % pour l'option EJP) et les tarifs de juillet-août ont augmenté de 43 %. Les deux premiers mouvements tarifaires prévus par le contrat d'entreprise pour 1997 et 1998, en niveau et en structure, ont été entérinés par arrêtés ministériels des 18 avril 1997 et 28 avril 1998.

Les prix de l'électricité sont réglementés par le décret n° 88-850 du 29 juillet 1988 ; ce sont des tarifs publics. C'est le ministre chargé de l'économie qui arrête, chaque année, l'évolution des tarifs en niveau et en structure, en vertu des articles 20 et 21 du cahier des charges d'EDF. Le ministre garantit, notamment, que l'adaptation de la structure des tarifs est justifiée par une évolution dans les coûts de production et de mise à disposition de l'électricité.

Le système de tarification adopté dans les années 50 par EDF, sous l'égide de son président Marcel Boiteux, est la tarification au coût marginal de développement. Cette tarification représente les coûts complets (variables et fixes) qu'EDF supporterait aujourd'hui pour satisfaire une demande supplémentaire de un kilowatt-heure en utilisant les moyens de production les plus performants du moment. On raisonne comme si le parc de production d'EDF était un parc optimal, c'est-à-dire utilisait les technologies les plus performantes. Cette composition du parc optimal est suggérée par une comparaison des coûts actualisés de tous les moyens de production de l'électricité réalisée tous les trois ans par la Direction du Gaz, de l'Electricité et du Charbon. Cette étude, appelée " coûts de référence de la production électrique ", met en évidence que la compétitivité des équipements de production varie selon la durée d'utilisation des matériels, dite durée d'appel. Les équipements très capitalistiques sont rentables quand on peut les amortir sur une longue période ; c'est le cas du nucléaire, qui sera utilisé en base, c'est-à-dire pour produire de l'électricité toute l'année. Pour des périodes plus courtes (telles la semi-base, en gros l'hiver) et la pointe (les 400 heures les plus chargées), il sera préférable d'utiliser des moyens de production peu capitalistiques, telles des turbines à combustion. Ces coûts de production, la prise en compte des aléas de la demande (aléas climatiques) et les diverses hypothèses sur la disponibilité du parc permettent de calculer le coût marginal de développement de chacune des 8 760 heures de l'année en faisant la moyenne des coûts marginaux calculés pour chaque aléa. La tarification ne reprend pas intégralement ces 8 760 coûts marginaux, car on aurait alors 8 760 tarifs. Pour simplifier cette tarification, on a agrégé les coûts marginaux selon différents profils de demande, selon la puissance demandée, la durée d'appel et la période d'appel. C'est ainsi que pour les découpages horo-saisonniers en partie fixe,

on calcule sur chaque poste la moyenne des coûts marginaux relatifs aux heures concernées. Les tarifs constituent donc des moyennes de coûts marginaux. Cette tarification au coût marginal (axée sur des coûts futurs) ne garantit pas que l'équilibre comptable de l'entreprise (basé sur des coûts réels) soit assuré ; un péage uniforme est donc appliqué aux coûts marginaux, afin de garantir l'équilibre de l'entreprise ; il est actuellement proche de zéro.

Les saisissants prétendaient qu'EDF avait abandonné son système de tarification habituel et que les tarifs de l'électricité seraient inférieurs aux coûts marginaux de développement pour les postes horo-saisonniers de la pointe et supérieurs à ceux-ci en heures creuses d'été et juillet-août dès 1996. L'argumentation était appuyée par une étude du National Economic Research Associates (NERA).

Le Conseil a examiné la méthodologie suivie par les experts du NERA ; ceux-ci considèrent que le coût marginal de l'électricité durant chaque période horo-saisonnaire est égal au coût marginal de la dernière installation de production qui serait appelée, si le parc était dans un état optimal, pour répondre à ce moment précis à la demande. Le coût marginal de l'électricité en période de pointe est assimilé au coût de la dernière centrale appelée dans le parc idéal, c'est-à-dire la turbine à combustion, le coût marginal en période d'hiver au coût du nucléaire. Ils comparent ensuite ces coûts aux tarifs d'EDF et constatent que les tarifs de pointe sont inférieurs à ces coûts et les tarifs d'été supérieurs.

Le Conseil a souligné que le mode de calcul retenu par les experts n'était pas identique à la méthodologie d'élaboration des tarifs d'EDF. En effet, les tarifs d'EDF sont construits sur la base de coûts agrégés par période (agrégation de coûts marginaux par heure, ces coûts marginaux étant eux-mêmes la moyenne des coûts marginaux obtenus dans différents scénarios de demande et de disponibilité). Ainsi, par construction même, les tarifs de chaque période horo-saisonnaire sont inférieurs au coût de l'installation de production marginale. Le Conseil a donc conclu que l'on ne pouvait tirer de cette expertise la preuve qu'EDF avait abandonné son système habituel de tarification. Il a toutefois souligné que le calcul des tarifs dépendait du découpage horo-saisonnier retenu et que la pertinence de ce découpage n'avait pu être vérifiée à l'occasion du présent avis. Le Conseil a constaté par ailleurs que la réforme tarifaire était bien cohérente avec les modifications intervenues dans les coûts de référence de la production électrique. En tous cas, la réduction des écarts était cohérente avec le rééquilibrage du parc optimal, plus riche en cycles combinés à gaz, moyens de production dont le coût est intermédiaire entre les moyens les plus chers et les moyens les moins coûteux (nucléaire). En outre, la réduction des écarts horo-saisonniers était cohérente avec celle constatée sur le pool anglais (même encore supérieure : 3,7 contre 2,4). Le Conseil a, toutefois, estimé que pour être véritablement éclairé sur le système de tarification d'EDF, il faudrait pouvoir expertiser les modèles informatiques servant à l'élaboration des tarifs (modèles de simulation des aléas climatiques, de disponibilité du parc...).

Le Conseil a, par ailleurs, constaté que l'adaptation de la structure horo-saisonnaire résultant de la réforme tarifaire était parallèle à l'évolution des coûts de référence de la DIGEC, qui servent de base à l'établissement des tarifs d'EDF, entre 1993 et 1997. En effet, les coûts de référence de 1997 marquent une inflexion par rapport à ceux de 1993 et cela a un effet sur la structure du parc idéal et donc sur les coûts. Sur certains scénarios axés sur un prix bas du gaz, le cycle combiné au gaz est plus compétitif que le nucléaire pour produire de l'électricité en semi-base. Le parc idéal contient donc davantage de cycles combinés au gaz. Le tarif de l'électricité en période de pointe baisse, puisque les cycles combinés au gaz, plus compétitifs,

viennent remplacer, dans le parc idéal, des centrales moins compétitives ; le prix de juillet-août a tendance à augmenter car ces mêmes cycles combinés sont utilisés aussi pendant cette période et leurs coûts proportionnels sont supérieurs à ceux du nucléaire.

S'agissant des effets du mouvement tarifaire sur les marchés, le Conseil a constaté que le mouvement était sans effet sur les producteurs autonomes et n'avait pas d'effet anticoncurrentiel sur les consommateurs d'électricité. Traditionnellement, les producteurs autonomes étaient rémunérés sur la base de tarifs d'achat indexés sur les tarifs de vente de l'électricité. Ils se sont donc longtemps opposés à toute restructuration tarifaire d'EDF visant, notamment, à baisser les tarifs de pointe, car cela se serait traduit, pour ceux ayant investi dans des centrales de pointe, par une perte de revenus.

La réforme tarifaire est sans effet sur la situation des producteurs autonomes exerçant sur le marché de l'électricité, car ceux-ci bénéficient de contrats à long terme qui leur garantissent des conditions d'achat très favorables, " décrochées " des tarifs de vente. Les contrats " dispatchables " signés par les diésélistes existants leur garantissent en effet un prix d'achat de 165 c/kWh, les cogénérateurs bénéficiant, quant à eux, de contrats de douze ans avec assurance d'enlèvement leur garantissant une très bonne rentabilité. Selon les chiffres communiqués par EDF, la rémunération servie dans ces contrats est de l'ordre de 27 cF/kWh pour la cogénération fonctionnant en base, alors qu'elle serait en moyenne de 21 cF/kWh sur le marché anglais par exemple. Le Conseil n'a, par ailleurs, pas constaté de concentration de la consommation d'électricité sur la période horo-saisonnière d'été telle qu'elle puisse avoir un impact sur les comptes des entreprises. EDF démontre, au contraire, avoir pratiqué un écrêtement des factures industrielles les plus élevées, limitant en toute hypothèse leur évolution d'une année sur l'autre à 2 %.

S'agissant de la réglementation future des prix de l'électricité dans la concurrence, le Conseil était invité à se prononcer sur les principes à appliquer à la tarification d'EDF dans le cadre de l'ouverture prochaine du marché de l'électricité afin de garantir une saine concurrence et de permettre l'accès à ce marché à de nouveaux entrants.

Le Conseil n'a pas exclu qu'il puisse dans l'avenir y avoir des segmentations temporelles du marché. Concernant la demande et l'offre sur le marché final futur, le Conseil n'a pu formuler que des hypothèses. Selon lui, les gros clients industriels qui seront éligibles (c'est-à-dire qui auront le choix de leurs fournisseurs) auront probablement une consommation d'électricité régulière (ce sont les ménages, et donc les clients captifs, qui présentent le plus de modulations selon les périodes horo-saisonnières et qui contribuent le plus à la consommation d'électricité durant les heures de pointe). Les besoins à satisfaire nécessiteront donc des installations de production fonctionnant toute l'année, c'est-à-dire, selon les modes de production les plus performants, des turbines à gaz, des cycles combinés au gaz, de la grosse cogénération, donc de taille moyenne et décentralisée.

Le système de tarification d'EDF au coût marginal de développement est apparu pertinent au Conseil s'agissant des prix à la clientèle captive, car, outre les avantages intrinsèques de ce système de tarification :

il fournit des outils tout prêts pour calculer les seuils de prédation (la somme des coûts marginaux de court terme étant égale aux coûts moyens variables et la somme des coûts marginaux de développement étant égale aux coûts moyens totaux) ; il permet, en appliquant aux clients captifs un prix-plafond (price cap) égal au coût marginal de développement, de vérifier l'absence de subventions croisées entre clientèle captive et clientèle éligible.

3. Le Conseil national des professions de l'automobile a sollicité l'avis du Conseil sur les conventions d'agrément entre assureurs et réparateurs automobiles (308). Selon le CNPA, l'agrément conditionne de plus en plus largement l'accès à la réparation collision, alors que cette activité est devenue essentielle pour les réparateurs, notamment pour les concessionnaires et agents de marque, qui y voient un moyen de limiter la baisse d'activité de leurs ateliers liée à l'amélioration de la qualité des véhicules. Aussi les conventions d'agrément et, plus généralement, les relations entre réparateurs et assureurs constituent-elles un sujet particulièrement sensible pour les professionnels de la réparation automobile.

Sur la question de l'accès au marché de la réparation collective, le Conseil a rappelé que, d'une manière générale, la procédure de l'agrément en elle-même n'est contraire ni aux principes de la concurrence, ni au fonctionnement concurrentiel des marchés. Il a observé au cas d'espèce que les assureurs sont tenus vis-à-vis des assurés à une obligation de résultat, à savoir la " remise en état avant sinistre " du véhicule endommagé, et qu'il est légitime qu'ils s'efforcent d'orienter les assurés vers les réparateurs qu'ils estiment les plus aptes à offrir le meilleur rapport qualité-prix. L'analyse des conventions à laquelle il a procédé n'a pas mis en évidence des clauses contractuelles qui puissent être considérées comme de nature à limiter artificiellement l'accès au marché de la réparation collision.

Le CNPA signalait également que les conditions tarifaires définies par les conventions d'agrément exercent un effet d'uniformisation des coûts des réparations dans une même zone géographique. Le Conseil a rappelé que l'unicité des prix sur un marché ne constitue pas en elle-même l'indice d'un affaiblissement de la concurrence ou de l'existence de pratiques anticoncurrentielles et que, dans certaines conditions, elle peut au contraire être la conséquence du bon fonctionnement des mécanismes de formation des prix résultant, notamment, de l'abondance de l'offre et d'une parfaite information des demandeurs. Il a estimé que les pratiques des assureurs qui consistent à demander aux réparateurs agréés de leur accorder des conditions tarifaires préférentielles ainsi que celles des experts, qui se réfèrent aux tarifs des professionnels situés dans la même zone géographique ne paraissent pas, en elles-mêmes, de nature à fausser le jeu de la concurrence. D'autres pratiques étaient également soumises à l'avis du Conseil. La réduction de franchise accordée, a priori, aux assurés dans l'hypothèse où ils confient la réparation de leur véhicule à un prestataire agréé ainsi que le refus de prise en garantie des véhicules prêtés par des réparateurs non agréés à des assurés en remplacement de leurs véhicules accidentés, ne sont pas apparues, en elles-mêmes, de nature à porter atteinte à l'exercice de la concurrence sur le marché de la réparation collision dès lors qu'elles préservent la liberté de choix de l'assuré. Quant à l'intervention directe auprès des assurés pour les inciter à retirer leurs véhicules accidentés confiés à des réparateurs non agréés afin de les transférer dans des établissements agréés, le Conseil a considéré que ces pratiques individuelles, pour discutables qu'elles soient, ne pourraient être qualifiées sur le fondement du titre III que si elles résultaient soit d'une entente entre assureurs et réparateurs agréés en vue d'exclure du marché les réparateurs non agréés, soit d'un abus de position dominante.

4. Le Conseil a été saisi d'une demande d'avis du ministre sur l'application des règles de concurrence, tant nationales que communautaires, aux opérations de fouilles archéologiques préventives (309) qui doivent être effectuées préalablement à la réalisation de travaux d'aménagement susceptibles de détruire ou d'endommager un site pouvant contenir des vestiges archéologiques.

Le Conseil a constaté qu'un certain nombre de services rendus en ce qui concerne les fouilles archéologiques préventives relèvent de missions de service public qui s'inscrivent dans le cadre juridique relatif à la protection du patrimoine et mettent en oeuvre des procédures d'autorisation, de prescription et de contrôle. Ces missions, qui sont soit exercées par les services de l'Etat, soit prises en charge par l'Etat sous la forme de subventions versées pour leur accomplissement, doivent être distinguées de l'exécution même des fouilles préventives qui requiert des opérations matérielles, effectuées sous le double contrôle de la personne autorisée à effectuer les fouilles et des services de l'Etat eux-mêmes. Les fouilles sont menées dans le respect de prescriptions scientifiques édictées par le conservateur régional de l'archéologie et ont pour but de mettre à jour des vestiges enfouis.

Cette activité met en jeu trois catégories d'acteurs : d'une part, les aménageurs qui, dans le cadre d'un projet, sont conduits à faire exécuter des fouilles à leur charge pour libérer le terrain de ce qu'il est convenu d'appeler " l'hypothèque archéologique " ; d'autre part, les services régionaux de l'archéologie qui définissent, dans le détail, après réalisation d'un diagnostic, les prescriptions scientifiques à exécuter pour sauvegarder le patrimoine menacé et qui en contrôleront l'exécution et l'achèvement ; enfin, les opérateurs de fouilles qui interviennent, tout en étant rémunérés par les aménageurs, sur la base d'un devis approuvé par les services de l'Etat, sous la direction et sous la responsabilité des personnes bénéficiaires des autorisations de fouille nécessaires, sans pouvoir de décision sur les modalités d'exécution des fouilles telles que définies par les services régionaux de l'archéologie.

Le principal opérateur de fouilles archéologiques préventives est une association, créée en 1973 sous le régime de la loi du 1^{er} juillet 1901, dénommée Association pour les fouilles archéologiques nationales (AFAN) qui a été, lors de sa création, considérée comme un démembrement des services du ministère de la culture. Compte tenu de différents facteurs, cette association détient, selon les termes mêmes de la saisine, " *un quasi monopole de fait* " et regroupe un effectif très important. Il existe cependant, tant en France que dans les pays européens, d'autres opérateurs de fouilles de tailles plus ou moins importantes.

La demande d'avis portait notamment sur le point de savoir si l'instauration d'un monopole légal en faveur de l'AFAN serait compatible avec les règles de la concurrence. Le Conseil a effectué une analyse tant du point de vue du droit national que du point de vue du droit communautaire, éclairée, en particulier, par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes sur l'application des dispositions de l'article 90 du traité de Rome en liaison avec celles de l'article 86, en suivant une approche méthodologique qui a porté successivement sur les conditions d'application des paragraphes 1 et 2 de l'article 90.

L'article 90, paragraphe 1, prévoit la possibilité, pour les Etats, d'octroyer des droits exclusifs ou spéciaux, mais l'octroi de tel droits doit rester compatible avec les règles du traité de Rome. Ces dispositions visent des entreprises, y compris les entreprises publiques, c'est-à-dire des entités qui exercent des activités économiques ; lorsqu'elle est saisie, la Cour recherche donc quelle est la nature des activités exercées en vérifiant notamment leur objet et les règles auxquelles elles sont soumises, parmi lesquelles pourront figurer les principes sur lesquels repose leur financement. Cette analyse lui permet de distinguer entre l'exercice de prérogatives de puissance publique et l'exercice d'activités soumises à la logique du marché et donc susceptibles d'être exercées dans un but lucratif par des entreprises privées.

Pour conclure que l'exécution des fouilles archéologiques préventives est une activité économique et que, pour l'exercice de cette activité, l'AFAN doit être regardée comme une entreprise au sens de l'article 90, paragraphe 1, du traité de Rome, le Conseil a analysé cette activité à la lumière d'un certain nombre d'arrêts de la Cour, et notamment les arrêts *Cancava* du 17 février 1993, *Eurocontrol* du 19 janvier 1994, *Cnavma* du 16 novembre 1995 et *Diego Cali & Figli Srl et Servizi ecologici porto di Genova SpA* du 18 mars 1997.

Ses conclusions l'ont, ensuite, conduit à apprécier, à la lumière de la jurisprudence communautaire, dans quelles conditions et dans quelles limites l'AFAN pourrait se voir octroyer, indépendamment de sa nature juridique (puisqu'il pourrait être envisagé de transformer l'association en établissement public), des droits exclusifs. Un arrêt du 10 décembre 1991 (*Merci convenzionali porto di Genova Spa c/ Siderurgica Gabrielli Spa*), relatif à l'organisation des opérations portuaires (embarquement, débarquement, transbordement, dépôt de marchandises) dans le port de Gênes, précise, en particulier, que ces opérations ne revêtaient pas " *un intérêt économique général qui présente des caractères spécifiques par rapport à celui que revêtent d'autres activités de la vie économique* ". L'exclusivité ainsi conférée ne pouvait donc conduire à soustraire les entreprises concernées aux règles du traité et les droits octroyés devaient rester compatibles avec ces mêmes règles.

Par ailleurs, l'article 90, paragraphe 2, du traité permet aux Etats de confier des missions d'intérêt général à des entreprises, indépendamment de leur nature juridique. Ces dispositions prévoient, néanmoins, que ces entreprises restent soumises aux règles de la concurrence, sauf s'il est établi que le respect de ces règles rend impossible l'exercice des missions qui leur sont imparties. Une jurisprudence importante a, pour ce qui concerne l'application de ces dispositions, été prise en compte par le Conseil, qui s'est, en particulier, appuyé sur l'arrêt *Merci* précité, sur les arrêts *Corbeau* du 19 mai 1993, *Commune d'Almelo* du 27 avril 1994 et *Commission c/ France, Pays-Bas, Espagne, Italie* du 23 octobre 1997 qui définissent, notamment, les limites rigoureuses dans lesquelles peut être confiée à une entreprise la gestion d'un service d'intérêt économique général. La Cour considère que l'application des dispositions de l'article 90, paragraphe 2, doit être d'interprétation stricte dans la mesure où elle implique une dérogation aux règles fondamentales de la concurrence. Elle estime, en particulier, que si une activité, dont elle aura vérifié la nature et l'objet ainsi que les règles la régissant, a un caractère économique et est susceptible d'être exercée, en principe, par une entreprise privée et dans un but lucratif, elle ne saurait échapper aux règles de la concurrence en étant exercée dans le cadre de la gestion d'un service d'intérêt économique général après que des droits exclusifs ont été conférés à l'entreprise qui en est chargée ; ne relèvent, en fait, de cette notion de service d'intérêt général " *que des activités qui bénéficient directement à la collectivité* ".

Compte tenu des éléments d'appréciation qui lui ont été soumis, le Conseil a considéré que l'AFAN devait être regardée comme une entreprise au sens de l'article 90, paragraphe 1, du traité de Rome. Que, de plus, en ce qui concerne la notion de service d'intérêt économique général, si, comme l'a précisé l'avocat général, dans l'affaire *Merci* précitée, l'aménagement d'un port constituait indubitablement un service d'intérêt économique général, il n'en allait pas de même des activités de compagnies portuaires qui consistent à exécuter des opérations portuaires ou à les organiser pour le compte de tiers. Transposée au secteur des fouilles archéologiques préventives, cette analyse conduit à considérer que, si la

protection du patrimoine archéologique relève d'une mission de service public, il n'en va pas de même pour les opérations liées à l'exécution même des fouilles. C'est la raison pour laquelle le Conseil a estimé que, l'exécution des fouilles archéologiques préventives constituant une activité de nature économique qui est exercée par divers opérateurs (l'initiative privée n'étant pas, en outre, défailante), le fait de conférer des droits exclusifs, voire un monopole, pour l'ensemble des opérations d'exécution des fouilles n'apparaissait ni indispensable, ni nécessaire pour l'exécution de cette mission particulière ou d'une partie des opérations en cause.

Par ailleurs, le Conseil a considéré que, compte tenu de son importance dans l'exécution des fouilles archéologiques préventives et du poids de ses concurrents éventuels, l'AFAN pourrait être regardée comme disposant d'une position dominante sur ce marché. Dès lors, sa situation ne doit pas la conduire à abuser de sa position dominante, tant sur le marché sur lequel elle occupe une telle position, que sur des marchés connexes ou voisins, sur lesquels elle aurait décidé d'intervenir. A cet égard, le Conseil a rappelé que, lorsqu'une entreprise détenant une position dominante sur un marché du fait de ses droits exclusifs exerce à la fois des activités liées à ses missions de service public et des activités ouvertes à la concurrence, le contrôle du respect des règles de la concurrence nécessite que soit opérée une séparation claire entre ces deux types d'activité, de manière à empêcher que les activités en concurrence ne puissent bénéficier, pour leur développement, des conditions propres à l'exercice des missions d'intérêt général, au détriment des entreprises opérant sur les mêmes marchés. Le Conseil a également rappelé que les abus de position dominante ne se limitent pas aux pratiques de subventions croisées et de prix prédateurs : les refus d'accès à un bien ou les agissements déloyaux peuvent être également de nature anticoncurrentielle ; sur le dernier point, les autorités de concurrence ont condamné des comportements tels que le dénigrement d'un concurrent, une allégation de nature à induire en erreur ou ayant pour objet ou pour effet de détourner les clients potentiels de l'offre concurrente, dès lors que, commis par un opérateur en position dominante, ils avaient un objet ou un effet anticoncurrentiels. Dans un secteur où domine l'aspect scientifique, de tels agissements mettant en cause les connaissances et les compétences d'autres entreprises pourraient leur nuire durablement et leur interdire l'accès au marché ou compromettre leur présence.

5. La Confédération nationale des syndicats dentaires a soumis à l'appréciation du Conseil un protocole d'accord signé avec la Mutuelle générale de l'éducation nationale (310). L'objet de ce protocole est de " garantir l'accès des traitements dentaires à tous les adhérents de la MGEN dans le respect du libre choix et d'élaborer un barème d'évaluation spécifique en matière de traitement prothétique, permettant d'améliorer les conditions de remboursement des patients. "

L'accord prévoit que le praticien signataire s'engage à établir ses honoraires " conformément à sa pratique tarifaire habituelle, dans le respect du réalisme économique ". Il s'engage en outre à fixer ses honoraires dans la limite des 150 % du barème conventionnel défini en annexe au protocole. En outre, avant tout traitement prothétique, le praticien doit établir un devis, qu'il remettra au mutualiste avec la demande d'entente préalable et qui doit faire apparaître l'intégralité des honoraires demandés. La MGEN s'engage pour sa part à servir " une prestation améliorée ", qui est définie par référence au barème contractuel de traitement prothétique défini en annexe. Elle remboursera donc, après acceptation du devis du praticien, les traitements prothétiques sur la base des montants plafonnés correspondant pour chaque type de prothèses (couronnes provisoires, couronnes métalliques, couronnes

à incrustation vestibulaire, couronnes céramo-métalliques) aux coefficients définis au barème multipliés par la valeur du point. Compte tenu de la valeur du point à la date de signature de l'accord, soit 100 F, le montant de la prestation améliorée servie par la MGEN s'établissait, pour chaque type de prothèses respectivement à 400 F, 1 300 F, 2 000 F et 2 500 F, l'honoraire maximum, dans la limite de 150 % du barème, s'établissant donc à 600 F, 1 950 F, 3 000 F et 3 750 F. Par ailleurs, la MGEN applique une procédure de dispense d'avance de frais, qui permet à l'adhérent de ne payer au praticien que la part des frais qui lui incombe éventuellement. Le devis-note d'honoraires signé par la MGEN sert de titre " d'engagement de paiement ".

L'accord, entré en application fin 1996, a été signé par environ 60 % de la population active des chirurgiens-dentistes. Durant le premier semestre 1998, 43 400 mutualistes avaient bénéficié des avantages ainsi négociés. La convention a, selon la MGEN, généré pour elle un engagement supplémentaire de 53 millions de francs sur cette même période.

Cette convention, dont le système devait pourtant être repris par la convention nationale signée le 18 avril 1997 conclue entre les organismes nationaux de sécurité sociale et la Confédération nationale des syndicats dentaires, s'est heurtée à l'opposition très forte de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes. Celui-ci dénonce les atteintes portées au code de déontologie, notamment en ce qui concerne l'atteinte à l'indépendance professionnelle du praticien, au libre choix du patient et aux principes d'interdiction de la publicité et de détournement de clientèle.

Après avoir souligné la spécificité du secteur des prothèses dentaires, qui englobe nombre de dispositifs médicaux ne figurant pas à la nomenclature de la Sécurité sociale, et dans lequel on ne dispose, par conséquent, que d'un tarif extrêmement bas à titre de référence pour le remboursement des soins, sans rapport avec la réalité de la dépense engagée par le patient, le Conseil a constaté que la MGEN avait choisi de privilégier un remboursement par référence à un barème, soumis à la condition que les honoraires pratiqués ne dépassent pas 150 % de la base de remboursement retenue dans le protocole. Cette solution lui est apparue comme le fruit d'un compromis permettant d'atteindre les objectifs que s'est fixée la MGEN en matière d'amélioration du remboursement, tout en répondant aux préoccupations des chirurgiens-dentistes tenant aux contraintes liées à la structure des coûts et des revenus des cabinets dentaires.

Les conditions de mise en oeuvre de l'accord, adressé à l'ensemble des chirurgiens-dentistes sans distinction quelconque et, notamment, d'appartenance syndicale ou non à la CNSD, permettant de préserver la confidentialité et de respecter le principe d'interdiction de toute publicité en faveur de tel ou tel chirurgien-dentiste, puisque les mutualistes doivent consulter leur caisse pour obtenir les informations sur les praticiens adhérents, ont permis au Conseil de constater qu'aucune entrave à l'accès au marché n'avait été créée.

En revanche, les règles de calcul de la prestation améliorée conduisent, en réalité, à l'établissement d'un tarif minimum de remboursement. Or, la fixation d'un tarif minimum limite la libre détermination des prix des soins prothétiques par le jeu de la concurrence. En effet, les chirurgiens-dentistes signataires n'ont plus intérêt, à l'égard de leurs patients membres de la MGEN, à facturer des honoraires à un niveau inférieur à celui de la prestation améliorée. L'accord a donc, de ce point de vue, pour effet de rigidifier le niveau des prix pratiqués dans la fourchette qu'il détermine. A cet égard, le Conseil a relevé que l'accord pourrait avoir un effet sur les prix dès lors que la MGEN s'était appuyée pour mettre en place ce système sur une

étude statistique, dont il ressortait que le coût moyen des traitements prothétiques constaté dans plusieurs départements, sauf ceux de la région parisienne, était très inférieur au coût moyen retenu par l'accord. Le Conseil a donc estimé qu'il serait souhaitable que les parties signataires envisagent de nouvelles dispositions conventionnelles qui permettent à la fois de préserver l'acquis de l'accord en termes d'amélioration des remboursements, tout en éliminant la référence à un prix plancher, qui est de nature à limiter la concurrence par les prix entre professionnels.

6. La Fédération des industries mécaniques a saisi le Conseil (311) sur les principes devant, au regard des règles de concurrence, présider à la mise en œuvre du nouveau régime introduit par l'article 23 de la loi n° 96-1236 du 30 décembre 1996 sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie, qui impose, en cas de classement d'un réseau de chaleur ou de froid, une obligation de raccordement des installations de chauffage, de production d'eau chaude et de climatisation situées sur la zone classée.

Les réseaux de chaleur et de froid constituent un des systèmes centralisés de production de chaleur, d'eau chaude sanitaire et de froid. Les réseaux de chaleur, qui ont émergé dans les années trente à l'initiative d'industriels, ont connu un développement inégal. En 1995, on en recensait 379, dont 347 pour l'habitat, essentiellement localisés dans des zones à forte densité de population, principalement dans la moitié Nord de la France et dans la région Rhône-Alpes. Quatre millions de personnes sont ainsi chauffées par ces systèmes. Les réseaux ont vendu 23 695 GWh de chaleur en 1995 et consommé trois millions de TEP d'énergie. Il existe six réseaux importants de froid, localisés à Paris et en région parisienne, à Lyon, Monaco et Montpellier. La vente de froid est réalisée essentiellement pour des immeubles du secteur tertiaire. Dans la majorité des cas, ces réseaux appartiennent à des collectivités publiques, qui en ont délégué l'exploitation à des opérateurs privés. Deux opérateurs, le groupe Elyo, filiale de la société Suez-Lyonnaise des eaux, et Dalkia, qui constitue le pôle énergie du groupe Vivendi, assurent 85 % de la puissance installée des réseaux de chaleur et 83 % de celle des réseaux de froid.

L'article 23 de la loi du 30 décembre 1996 sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie a modifié les conditions et la procédure de classement instaurée par la loi du 15 juillet 1980. Ces modifications allègent la procédure de classement, élargissent son champ d'application aux réseaux de froid et fixent des critères nouveaux devant être remplis par les réseaux prétendant à son bénéfice. Ainsi, l'article 5 de la loi modifiée du 15 juillet 1980 prévoit désormais qu'une collectivité locale peut demander le classement d'un réseau de distribution de chaleur existant ou à créer et situé sur son territoire. Le classement est prononcé par le préfet, après enquête publique. Pour être éligible, un réseau doit être alimenté majoritairement par de la chaleur produite à partir d'énergies renouvelables, d'énergies de récupération ou par cogénération. En outre, le classement est subordonné à l'équilibre financier de l'opération pendant la période d'amortissement des installations. Seule cette condition est exigée pour le classement d'un réseau de froid.

Le Conseil a relevé que le critère relatif à la nature des énergies utilisées limitait le champ d'application du classement et donc sa portée en termes de concurrence. De même, la condition d'équilibre financier pourrait exclure du classement certains réseaux notoirement en difficulté. En revanche, deux éléments créent un environnement propice au classement des réseaux de chaleur et de froid. Le premier tient au développement d'usines d'incinération des ordures ménagères (UIOM) dont la construction est d'autant plus intéressante, du point de vue de la rentabilité de

l'investissement, que son exploitant est certain de vendre la vapeur produite. Ce débouché est tout aussi intéressant pour les UIOM qui doivent se rénover pour répondre aux nouvelles normes environnementales. Le second est lié au développement des installations de cogénération, qui permettent à la fois de rentabiliser la production de chaleur dans le cadre de la signature des contrats avec EDF et d'accéder au seuil d'alimentation énergétique fixé par la loi sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie.

S'agissant des effets du classement des réseaux de chaleur et de froid, les dispositions législatives ont un effet nécessairement limitatif de concurrence, en ce qu'elles instituent, sous certaines conditions, une obligation de raccordement des installations de chauffage ou de climatisation aux réseaux classés, excluant en conséquence toute compétition entre systèmes de chauffage ou de climatisation et sources d'énergie. Le système de coordination au niveau local, instauré en 1980 et maintenu par la législation nouvelle, conduit à une répartition de marché réalisée sous l'égide des autorités locales, écartant ainsi le principe même d'une libre concurrence. En cas d'échec de cette procédure, la collectivité locale ou le groupement de collectivités locales bénéficiaires du classement pourront imposer le raccordement de toute installation nouvelle ou de tout ensemble d'installations nouvelles. De l'interprétation de ces termes dépendra directement le volume des installations de chauffage ou de climatisation concernées par l'obligation de raccordement et, partant, des restrictions apportées au fonctionnement de la concurrence en cas de classement d'un certain nombre de réseaux de chaleur ou de froid. Il en sera de même des conditions dans lesquelles des dérogations à l'obligation de raccordement pourront être accordées, celles-ci étant liées à l'appréciation de situations empêchant le raccordement dans des " conditions économiques satisfaisantes " ou " dans le délai nécessaire pour assurer la satisfaction des besoins des usagers ".

De façon globale, le Conseil a estimé que, dans un contexte où les professionnels s'accordent à estimer qu'il n'y aura pas de création de réseau d'envergure, la marge de progression des réseaux de chaleur est limitée et l'impact des effets du nouveau dispositif de classement sur la concurrence sera certainement marginal, d'autant que certains fournisseurs d'énergie concurrents des opérateurs de réseaux de chaleur les approvisionnent également. Au plan local, toutefois, les effets pourraient être plus importants. Dans certaines zones, en cas de classement suivi d'une obligation de raccordement pour les installations nouvelles et renouvelées, le taux de raccordement pourrait atteindre 100 % dans la partie dense de développement prioritaire. Le classement d'un réseau exclura alors du secteur du chauffage collectif et individuel les offreurs d'énergies concurrentes (charbon, fioul, électricité, gaz), les fabricants de matériels de chauffage, ainsi que les sociétés présentes dans l'activité d'exploitation des chaufferies individuelles et collectives. Par ailleurs, le Conseil a souligné que les gestionnaires de ces réseaux occupent souvent une place significative sur le marché connexe de l'exploitation de chaufferies, sur les marchés amont lorsque l'exploitation des UIOM leur est confiée, ainsi que sur divers marchés de services aux collectivités territoriales.

Compte tenu de cet impact local ; le Conseil a préconisé diverses mesures propres à éviter que les conditions de mise en oeuvre du classement n'excèdent, au regard du droit de la concurrence, ce qui est strictement nécessaire à la satisfaction des impératifs d'intérêt général poursuivis par la loi sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie. Le Conseil a d'abord estimé utile de s'assurer périodiquement du respect des critères conditionnant le classement et de permettre aux usagers de présenter

des demandes de dérogation à l'obligation de raccordement ou de renégociation des conditions contractuelles en cas de fortes modifications économiques. Il a considéré également pertinent de prévoir un mécanisme permettant, dans certaines hypothèses, de mettre fin au classement par anticipation. Le Conseil a également souligné que la concurrence au stade de la dévolution du service public de la vente de chaleur puisse être intensifiée, puisque c'est essentiellement à ce stade qu'elle peut jouer. La limitation de la durée des concessions à la durée normale d'amortissement des installations devrait également permettre de réduire la durée des conventions et permettre une remise en concurrence plus fréquente. La prolongation de la durée des concessions ne devrait être possible qu'en cas de réalisation d'investissements nouveaux non prévus à l'origine et, en tout état de cause, pour une période qui ne saurait excéder le temps de retour sur investissement de ces nouveaux matériels. Le Conseil, en conclusion, a souligné le fait que le marché de la vente de chaleur était dominé par des opérateurs puissants, quelques opérateurs dits " indépendants " étant toujours en activité et ayant parfois fait l'objet d'une acquisition par la filiale Cofathec de Gaz de France qui pourrait devenir un acteur significatif de ce marché, de nature à intensifier le fonctionnement de la concurrence.

7. Le Syndicat national des professionnels du chien (SNPC) [\(312\)](#) a demandé l'avis du Conseil sur les problèmes de concurrence liés à la présence d'associations de protection des animaux sur le marché de la gestion des fourrières animales pour les collectivités. A l'appui de sa demande, le SNPC faisait valoir que, lorsque des entreprises, associations ou sociétés interviennent sur un même marché, elles doivent être placées dans les mêmes conditions de concurrence et qu'à l'heure actuelle, en raison de leur statut associatif et de la possibilité qu'elles ont d'utiliser des ressources dégagées par la gestion des refuges pour contribuer au financement des fourrières, les associations de protection animale faussent la concurrence sur le marché de la gestion des fourrières en proposant artificiellement des prix sensiblement inférieurs à ceux de sociétés commerciales qui assurent l'ensemble des prestations de capture, transport et accueil en fourrière des carnivores domestiques.

La lutte contre la divagation, simple faculté reconnue aux maires jusqu'en 1992, a été érigée en une obligation qui leur est imposée au titre de leurs pouvoirs de police afin d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques. Par ailleurs, la fourrière n'est pas définie par les textes, qui en fixent seulement les conditions d'exploitation. Elle est soumise aux mêmes règles sanitaires que tous les lieux qui reçoivent des carnivores domestiques et qui ont trait à l'élevage, la garde et la détention des animaux. Elle se définit également par opposition au refuge qui constitue un lieu où le propriétaire d'un carnivore domestique peut venir abandonner légalement son animal. Les municipalités peuvent gérer les " sites fourrières " soit en régie directe, soit par l'intermédiaire d'associations de protection des animaux. S'agissant des différences de statut, le Conseil a rappelé le contenu de son avis n° 96A12, dans lequel il avait précisé que " le bon fonctionnement de la concurrence sur un marché n'implique pas nécessairement que tous les opérateurs se trouvent dans des conditions d'exploitation identiques. Il suppose toutefois qu'aucun opérateur ne bénéficie pour son développement de facilités que les autres ne pourraient obtenir et d'une ampleur telle qu'elles lui permettent de fausser le jeu de la concurrence, sauf à ce qu'elles soient justifiées par des considérations d'intérêt général. De tels avantages peuvent faire obstacle au développement d'une compétition par les mérites sur le marché concerné, limitant les perspectives de progression des autres

opérateurs sur ce marché, quel que soit par ailleurs le niveau de leurs performances ". Si les associations à but non lucratif sont dispensées de l'obligation faite aux sociétés commerciales de disposer d'un capital social et de la charge de le rémunérer, inversement, elles ne peuvent distribuer sous une forme quelconque un éventuel profit et ont une faculté réduite par rapport aux sociétés commerciales de se procurer des capitaux extérieurs pour financer ou développer la part industrielle ou commerciale de leur activité. Le Conseil a observé, par ailleurs, qu'il existe de nombreux marchés sur lesquels interviennent concurremment des sociétés commerciales et des associations sans but lucratif. Au cas d'espèce, les associations de protection animale ont pour objet principal la protection des animaux, elles exercent une activité d'intérêt général qui leur a été expressément reconnue par les pouvoirs publics et qu'elles sont, en pratique, à peu près les seules à assurer. En revanche, les sociétés commerciales qui interviennent dans la construction et la gestion de fourrières offrent, en général, un service comprenant la capture et le transport des animaux.

S'agissant de la fiscalité, le Conseil a rappelé que les associations à but non lucratif sont assujetties, en raison de leur statut et de leur objet, à des règles fiscales qui leur sont propres. Si leurs activités non commerciales sont exemptes d'un certain nombre d'impôts et de taxes auxquels sont assujetties les sociétés commerciales, elles sont redevables, pour ces activités, d'un impôt sur les revenus mobiliers et immobiliers qu'elles perçoivent. Pour la part de leur activité qui représente un caractère industriel ou commercial, elles sont soumises aux mêmes règles fiscales que les sociétés commerciales.

Sur la question des contrats emploi-solidarité (CES), le Conseil a noté que les employeurs pouvant en bénéficier ne comprennent pas les entreprises industrielles, commerciales ou agricoles, le CES étant destiné à promouvoir l'organisation d'activités d'intérêt collectif au profit, principalement, des personnes rencontrant des difficultés particulières d'accès à l'emploi. Le Conseil a estimé qu'il n'était pas possible de déterminer si ces facilités financières, qui avaient pour effet de diminuer le coût salarial des agents ainsi recrutés, constituaient un avantage pour leurs employeurs dès lors qu'aucun élément ne permettait d'évaluer la valeur du travail fourni en contrepartie.

Enfin, sur l'utilisation des revenus tirés de l'exploitation des refuges pour assurer le financement des fourrières, le Conseil a constaté qu'à l'heure actuelle les différentes catégories d'intervenants dans ce secteur aussi bien sociétés commerciales qu'associations, n'opèrent pas de distinction dans la répartition comptable des charges et des produits de leur activité permettant d'isoler et d'analyser les coûts et recettes propres à la gestion d'une fourrière. En l'absence de comptabilité analytique, aucun élément ne permettait d'étayer l'allégation selon laquelle les recettes tirées de la gestion des refuges contribueraient à financer l'exploitation des fourrières. Il a cependant observé que dans les appels d'offres que lancent des collectivités locales pour assurer la gestion d'une fourrière à laquelle est associé un refuge, les associations sont tenues de présenter séparément le budget prévisionnel de la fourrière et celui du refuge. En tout état de cause, rien n'interdit aux sociétés commerciales qui le souhaitent d'adjoindre des refuges aux fourrières qu'elles exploitent et de bénéficier, le cas échéant, des avantages que procurerait l'association d'un refuge et d'une fourrière.

8. Le secteur des télécommunications a fait l'objet de cinq avis de la part du Conseil au cours de l'année 1998.

Le Conseil a, ainsi, été interrogé par le Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication (Sipperec) sur les conditions dans lesquelles les communes pourraient constituer un groupement de commandes dans le domaine des télécommunications (313). Le Sipperec est un syndicat intercommunal, regroupant 80 communes d'Ile-de-France, qui a compétence pour intervenir dans le secteur de l'électricité et dispose également d'une compétence exercée " à titre optionnel (...) d'autorité organisatrice des réseaux urbains de télécommunications et de vidéocommunications ".

Dans sa demande d'avis, le Sipperec faisait valoir que des appels à la concurrence lancés séparément par chacune des collectivités territoriales adhérentes ne permettent pas de tirer profit de l'ouverture du secteur des télécommunications à la concurrence et donc d'obtenir des conditions économiquement avantageuses, en raison du niveau relativement limité de consommation de services de télécommunications par chacune des communes concernées.

Tous les marchés de service de télécommunications passés par les collectivités territoriales et leurs établissements publics sont soumis aux dispositions du code des marchés publics. La directive n° 92/50 du Conseil des Communautés européennes, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, transposée en droit interne par le décret n° 98-111 du 27 février 1998, ne soumet à l'obligation de mise en concurrence que les marchés des personnes publiques d'un montant supérieur à 1 300 000 F HT et relatifs, notamment, aux services à valeur ajoutée, aux services de radiocommunications privées (réseaux indépendants à usage partagé), aux services de transmission de données, à la publiphonie en site privé, à la visioconférence, aux services de renseignements téléphoniques et aux offres de réseaux d'entreprises.

Le Conseil a estimé que des collectivités territoriales de taille modeste situées dans une même zone géographique ont un intérêt certain à se regrouper et à structurer leur demande de telle manière que les concurrents de l'opérateur dominant puissent présenter des offres. En outre, l'effet conjugué de la présence de nouveaux opérateurs sur le marché des prestations extra locales et d'une demande élargie à plusieurs collectivités de taille limitée situées dans une même zone géographique pourra, selon la durée des contrats, avoir pour effet d'inciter les opérateurs concernés à accroître leur intérêt pour la boucle locale afin d'élargir la gamme de leurs offres, ce qui ne serait vraisemblablement pas le cas si chacune des collectivités territoriales procédait à un appel d'offres de manière isolée.

Afin de faciliter le développement de la concurrence sur la boucle locale, trois facteurs essentiels doivent toutefois être pris en compte :

la rapidité de l'évolution technologique et la possible évolution du contexte réglementaire ;

l'existence d'un seuil critique dans la demande qui, s'il est dépassé, peut s'avérer dissuasif pour certains offreurs potentiels ;

la stratégie clairement affirmée par de nouveaux opérateurs de s'implanter sur la boucle locale.

En conséquence, la constitution d'un groupement d'achat par les collectivités territoriales devra respecter certaines modalités et notamment distinguer la demande de communications locales et celle de communications longue distance et internationales, les prestations des secteurs de la téléphonie mobile et de la téléphonie fixe, ainsi que des radiocommunications. Le groupement pourra procéder, le cas échéant, en fonction du type de besoins exprimés par les collectivités participantes, à un allotissement plus ou moins fractionné de son offre, dès lors que

cette pratique n'aura pas pour objet d'éviter une mise en concurrence, les seuils n'étant pas atteints. Quant à la question du découpage géographique des lots relatifs à la téléphonie locale, il a semblé souhaitable que la zone géographique correspondant à chaque lot ne soit pas d'une dimension trop importante, afin de préserver, dans les faits, l'accès au marché par des concurrents de l'opérateur historique.

Le Conseil a, enfin, recommandé, compte tenu, d'une part, de la position occupée par France Télécom sur la boucle locale et, d'autre part, de la probabilité de voir à terme se développer des solutions alternatives, que la durée des contrats n'excède pas deux ans sans possibilité de renouvellement par tacite reconduction, et qu'il soit précisé que les collectivités territoriales adhérentes peuvent sortir librement du groupement pour contracter individuellement avec l'opérateur de leur choix à l'issue de la période contractuelle.

Le Conseil a également été interrogé par le ministre chargé de l'économie sur un projet de circulaire relative aux interventions des collectivités territoriales dans le secteur des télécommunications, et plus particulièrement en ce qui concerne la création d'infrastructures [\(314\)](#).

Le Conseil a d'abord constaté que les expériences de poses d'infrastructures conduites en France, d'un degré de développement hétérogène, montraient qu'au-delà des besoins propres des collectivités territoriales, elles visaient à satisfaire des besoins exprimés par des tiers, qui avaient conduit à la création de systèmes de communication alternatifs au réseau national. Ces expériences s'appliquaient à un type de liaisons, la " boucle locale ", constituant la composante locale d'un réseau de télécommunications, et présentaient un intérêt prioritaire pour le développement de la concurrence, les autres possibilités techniques (radiomessagerie, câble) de concurrencer l'opérateur historique sur ce segment restant actuellement limitées.

Le Conseil a constaté que les collectivités territoriales pouvaient être amenées à intervenir dans le secteur à deux titres, d'une part, en tant que prestataires pour la mise à disposition de réseaux à des opérateurs de télécommunications et, d'autre part, en tant que gestionnaires de leur domaine public.

Sur le premier point, le Conseil a considéré que le libre exercice de la concurrence dans le secteur imposait certaines conditions en ce qui concerne les tarifs, une éventuelle exclusivité d'accès et les caractéristiques de l'offre. Le Conseil a estimé que ces tarifs de mise à disposition ne devraient pas s'effectuer à un niveau bas, trop éloigné des coûts. En effet, une telle tarification pourrait, dans certaines circonstances et compte tenu de l'importance de la collectivité concernée, s'analyser comme une aide au sens de l'article 92-1 du traité de Rome. Le Conseil a également relevé que les collectivités propriétaires pourraient, en raison du caractère incitatif qu'elles souhaitaient donner à cette activité, être tentées de fixer un prix très inférieur sur la partie du réseau ouverte aux tiers par rapport à celui perçu sur la partie utilisée en interne. Cette pratique, constituant une subvention croisée permettant de proposer aux tiers utilisateurs des prix très bas sur le réseau, serait de nature à créer une distorsion de concurrence entre infrastructures concurrentes et notamment le réseau de l'opérateur historique. Il a également souligné qu'il conviendrait que le barème des redevances, s'il intégrait des critères de modulation, indique avec précision les objectifs poursuivis par chacun d'entre eux, ainsi que les conditions d'amplitude, afin d'éviter toute discrimination entre opérateurs et toute opacité tarifaire. S'agissant de l'accès aux infrastructures, le Conseil a estimé que tous les opérateurs devraient pouvoir en bénéficier, y compris éventuellement l'opérateur historique.

Sur le second point, le Conseil a estimé que l'établissement d'infrastructures passives par les collectivités territoriales ne saurait aboutir à la création d'un monopole sur la pose de telles installations, ni faire obstacle à l'exercice par les opérateurs de télécommunications du droit de passage prévu par l'article L. 451 du code des postes et télécommunications. Les collectivités locales ne sauraient en outre désigner un gestionnaire d'infrastructures qui soit lui même un opérateur de télécommunications ou ayant des intérêts directs ou indirects dans un d'entre eux. Ce type d'activités devrait en outre, à défaut de faire l'objet d'une séparation physique des moyens d'exploitation, être soumis à un système d'information comptable et à une comptabilité analytique visant à contrôler l'absence de subventions croisées entre les diverses activités de ces collectivités, à permettre de relever toute discrimination entre opérateurs et à faire apparaître notamment les bases de facturation des services que les collectivités territoriales se rendaient à elles-mêmes.

Trois avis ont été rendus au cours de l'année 1998 à la demande de l'ART. Comme elle l'avait fait en 1997, l'ART a demandé l'avis du Conseil en application de l'article L. 367 (7°) du code des postes et télécommunications [\(315\)](#), en vue d'établir la liste des opérateurs exerçant une influence significative sur un marché pertinent du secteur des télécommunications.

Le Conseil a estimé que, malgré l'évolution rapide des données techniques et économiques dans le secteur des télécommunications et l'ouverture à la concurrence des monopoles auparavant détenus par France Télécom, il n'y avait pas lieu de modifier la délimitation des marchés qu'il avait effectuée dans son avis n° 97A19 [\(316\)](#) portant sur la même question et, notamment, que ne se justifiait toujours pas que soient distingués des marchés géographiques.

Sur le marché de l'interconnexion, le Conseil a estimé que, sous réserve des modalités de calcul définies par le comité ONP et compte tenu des éléments fournis par l'ART, France Télécom restait, à ce jour, en tant qu'exploitant de réseaux et de services de téléphonie fixe, le seul opérateur exerçant une influence significative, au sens de l'article L. 367 (7°) du code des postes et télécommunications.

Sur les marchés de détail, le Conseil a considéré que France Télécom restait le seul opérateur ayant une influence significative sur le marché de la téléphonie entre points fixes, en dépit de l'émergence, encore modeste, de nouveaux opérateurs, ainsi que sur le marché des lignes louées, sur lequel l'ouverture à la concurrence était trop récente pour avoir entamé le monopole de France Télécom.

Sur le marché de la téléphonie mobile, le Conseil a estimé, en revanche, que deux opérateurs détenaient une part de marché leur donnant une influence significative : les sociétés France Télécom et SFR. Sur le marché de la radiomessagerie, dont la croissance s'est considérablement ralentie, l'influence significative qu'exerce France Télécom n'est pas remise en cause, alors que la société TDR, filiale de Cegetel, s'en est retirée.

L'Autorité de régulation des télécommunications a demandé l'avis du Conseil, en application de l'article L. 36-10 du code des postes et télécommunications [\(317\)](#), sur les problèmes soulevés par la commercialisation du service téléphonique longue distance par les distributeurs. Plus précisément, le Conseil était interrogé sur les marchés pertinents à prendre en compte dans le cas d'une distribution indirecte du service téléphonique longue distance, sur la position de France Télécom sur ces marchés et la possibilité pour cette entreprise de distribuer indirectement du service téléphonique longue distance et, enfin, sur les conditions auxquelles devrait être remise une telle distribution par cet opérateur.

Après avoir identifié les marchés de la vente en gros et de la vente au détail du trafic longue distance à partir de postes fixes, le Conseil a constaté qu'aucune disposition de l'ordonnance ne permet d'empêcher un opérateur, fût-il en position dominante, d'entrer sur un marché. Le Conseil, après avoir rappelé le caractère de ressource rare du préfixe E, a estimé que l'utilisation du préfixe 8 par France Télécom pour la commercialisation de services téléphoniques longue distance par la grande distribution, tout en maintenant un service universel de qualité à prix abordable par le 0, peut, sous certaines conditions, contribuer à favoriser une allocation efficace des ressources telle que le prévoit l'article 102-A du traité de Rome. Il a considéré qu'une telle offre à prix réduits peut se révéler à court terme bénéfique pour le consommateur, dès lors que ce dernier dispose des informations nécessaires pour adapter sa consommation à ses seuls besoins et se prémunir contre d'éventuels abus liés, par exemple, à une politique de fidélisation à l'enseigne trop agressive de la part du distributeur.

Comme France Télécom occupe une position dominante sur le marché de la téléphonie fixe dans son ensemble, notamment sur la boucle locale, et qu'il est l'opérateur chargé du service universel, le Conseil a estimé qu'il convenait de prévenir les risques inhérents à cette situation vis-à-vis des opérateurs de téléphonie longue distance concurrents, en recommandant que l'activité de commercialisation en gros de services téléphoniques par le préfixe 8 à destination des consommateurs soit exercée au sein d'une entité distincte des autres entités du groupe, afin d'éviter les subventions croisées. France Télécom devrait, avant la fourniture du service, établir pour cette activité une comptabilité analytique distincte de celle portant sur les autres activités du groupe, comptabilité qui devrait faire l'objet d'un audit périodique par un expert indépendant, différent des commissaires aux comptes de l'entreprise. Le Conseil a estimé, par ailleurs, souhaitable que les relations entre l'entité concernée et le groupe soient précisées dans une convention qui définirait précisément le coût d'utilisation des infrastructures, c'est-à-dire l'usage effectif du réseau de transfert et de desserte. Enfin, pour la détermination des prix de cession, France Télécom devra respecter les principes fixés par le décret du 3 mars 1997 relatif à l'interconnexion. Le Conseil a également rappelé que les pratiques de prix discriminatoires et de prix d'éviction sont prohibées de la part d'une entreprise en situation de position dominante et qu'il en est de même des rabais de fidélité destinés à évincer les concurrents du marché. Enfin, s'agissant d'un nouveau marché ouvert à la concurrence, le Conseil a recommandé que les contrats conclus par l'opérateur dominant avec les distributeurs soient limités dans le temps et ne comportent pas de clause de tacite reconduction ou de clauses susceptibles de cloisonnement de marché et de limiter ainsi son accès aux opérateurs concurrents. L'Autorité de régulation des télécommunications a saisi le Conseil d'une demande d'avis relative aux offres sur mesure de France Télécom (318). L'article 14 du cahier des charges de France Télécom prévoit : "*Lorsque France Télécom propose directement ou indirectement une prestation globale, incluant du service universel du téléphone, elle doit séparer, lors de l'offre ou de toute étude ou devis préalable, ainsi que dans le contrat et la facturation, ce qui relève d'une part du service universel et, d'autre part, des autres services. (...) France Télécom ne peut déroger aux conditions générales techniques et tarifaires qu'elle a préalablement publiées que lorsque la spécificité technique ou commerciale de la demande le justifie. France Télécom peut alors proposer une offre sur mesure dans le respect du principe de non-discrimination. Elle informe l'Autorité de régulation des télécommunications préalablement à la signature du contrat des conditions techniques et financières de*

cette offre. L'Autorité de régulation des télécommunications peut notamment demander, lorsque cela est nécessaire pour garantir le principe de non discrimination, la publication des caractéristiques de l'offre, dans le respect du secret des affaires ".

Ainsi, les offres sur mesure ouvrent à France Télécom la possibilité de proposer à un client un contrat tarifaire qui ne figure pas dans le catalogue des tarifs homologués et de se soustraire à la rigidité et à la transparence tarifaire résultant de l'article 17 du cahier des charges qui impose à France Télécom d'établir un catalogue des prix pour le service universel et les services obligatoires.

Le Conseil a constaté en premier lieu que les critères de la spécificité technique ou commerciale d'une demande qui justifient que France Télécom fasse une offre sur mesure ne peuvent se déduire des dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Mais il a relevé, d'une part, que les appels d'offres, notamment ceux lancés en vue de passer un marché public, justifient le recours à une offre sur mesure dès lors que, selon sa jurisprudence, " le croisement de l'appel d'offres de la collectivité publique et des réponses des candidats a réalisé un marché ", ce qui individualise la demande. Il a, d'autre part, noté que la transparence tarifaire imposée, en règle générale, à France Télécom est peu compatible avec les règles des appels d'offres qui imposent que les soumissionnaires ignorent la nature et le niveau des propositions faites par leur concurrent. Il a, enfin, observé que pour les demandes ne relevant pas des appels d'offres, l'appréciation des possibilités pour France Télécom de faire des offres sur mesure relève de la régulation et de l'appréciation qui peut être portée sur le degré de concurrence constaté sur le marché en cause.

Le Conseil a ensuite relevé que, même si les offres sur mesure restent exceptionnelles, les demandeurs auxquels elles s'adressent, c'est-à-dire généralement ce que l'on appelle les " grands comptes ", présentent un enjeu suffisamment important pour les nouveaux entrants sur le marché pour que l'on s'interroge sur les effets anticoncurrentiels de ces offres.

Afin que le principe de non discrimination soit respecté, il est apparu indispensable au Conseil que les dérogations tarifaires consenties par rapport au catalogue soient justifiables. A cet égard, il a recommandé l'utilisation de la disposition du cahier des charges qui permet à l'Autorité de régulation de demander la publication des caractéristiques de l'offre, dans le respect du secret des affaires, ce qui permettrait à d'autres clients d'y accéder.

Le Conseil a également mis en garde contre des offres sur mesure qui seraient fondées exclusivement sur des avantages tarifaires non justifiés ; l'offre de services supplémentaires ou plus efficaces doit également être recherchée et les remises tarifaires refléter des diminutions de coûts.

Compte tenu de la position particulière de France Télécom sur le marché de la téléphonie vocale, le Conseil a également rappelé que les tarifs résultant d'une offre sur mesure ne devaient pas présenter d'" effet ciseau ", ni comporter de couplage entre des segments en concurrence et en monopole, ni résulter de subventions croisées entre ces deux secteurs. Il a également regardé comme condamnables toutes les clauses qui permettraient à France Télécom de se positionner par rapport à l'offre de ses concurrents ou de limiter la fluidité du marché.

Enfin, le Conseil a recommandé que la présentation des offres sur mesure utilise des documents précis et adaptés afin d'en permettre l'analyse et le contrôle. Il a précisé aussi que la procédure prévue par l'article L. 36-10 du code des postes et télécommunications qui permet au président de l'Autorité de régulation de saisir le

Conseil des abus de position dominante, est susceptible de s'appliquer aux offres sur mesure.

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

Le Conseil a fait l'objet en 1998 de sept saisines fondées sur l'article 6 de l'ordonnance. De surcroît, sont publiés au présent rapport deux avis rendu en 1997 mais qui se rapportent à des textes qui n'ont été publiés qu'au cours de l'année 1998. Le ministre a saisi le Conseil d'une demande d'avis portant sur un projet de décret relatif aux médicaments homéopathiques (319).

Ce projet de décret achève, au plan réglementaire, la transposition en droit interne, déjà effectuée au plan législatif le 18 janvier 1994, de la directive n° 92/73 (CEE) du Conseil en date du 22 septembre 1992 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives aux médicaments et fixant des dispositions complémentaires pour les médicaments homéopathiques. Il précise les conditions d'application des articles L. 601-3 à L. 601-5 du code de la santé publique prévoyant une procédure d'enregistrement pour les médicaments homéopathiques mis sur le marché sans indication thérapeutique, définit les règles particulières applicables aux essais des médicaments homéopathiques soumis à l'autorisation de mise sur le marché prévue par l'article L. 601 du même code et énonce des règles relatives à la publicité et à l'étiquetage des médicaments homéopathiques mentionnés aux articles L. 601-3 et L. 601-4.

Le projet de décret, dans son ensemble, n'a pas appelé d'observation particulière au regard du droit de la concurrence. En effet, pour l'essentiel, ses dispositions correspondent à des mesures d'application de la loi du 18 janvier 1994 et à la mise en œuvre des principes de la directive n° 92/73 (CEE). Le Conseil a noté que le texte, en achevant la transposition en droit interne de la directive n° 92/73 du 22 septembre 1992 et en définissant les procédures d'évaluation et de mise sur le marché des médicaments homéopathiques, fixe un cadre réglementaire qui permettra une concurrence accrue entre les laboratoires préparant des médicaments homéopathiques.

Le Conseil a été saisi de deux projets de décrets modifiant le code de l'aviation civile et transposant en droit interne les dispositions de la directive n° 96/67/CE du Conseil du 15 octobre 1996 relative à l'accès au marché de l'assistance en escale dans les aéroports de la communauté (320).

L'objectif de la directive est d'ouvrir, de manière progressive, les marchés nationaux de l'assistance en escale. L'assistance en escale recouvre l'ensemble des services sur la piste et dans les aérogares qui sont nécessaires au traitement d'un avion de ligne entre son arrivée et son départ. Ces services sont assurés, soit par les transporteurs aériens pour eux-mêmes (autoassistance), soit par des prestataires de services qui peuvent être des transporteurs aériens, les gestionnaires des aéroports, ou des prestataires spécialisés. Pour adapter cette ouverture aux contraintes spécifiques de l'espace aéroportuaire, la directive a toutefois prévu que les Etats membres ont la possibilité de limiter le nombre des opérateurs dans certaines conditions.

Les textes soumis au Conseil, d'une part, rappelaient les différentes phases d'ouverture du marché des services d'assistance en escale jusqu'à l'an 2001 prévues par la directive et, d'autre part, fixaient les mécanismes d'ouverture progressive du marché. Seules les dispositions des projets de décrets susceptibles d'avoir une incidence directe sur le fonctionnement du marché de l'assistance en escale ont fait l'objet d'un examen particulier par le Conseil, qui a formulé deux recommandations.

La première concerne les contraintes susceptibles de justifier la limitation du nombre des opérateurs assurant les services " côté piste ", qu'ils soient transporteurs exerçant l'autoassistance (article R 2163II) ou prestataires spécialisés (article R 216-5II). Le Conseil a tout d'abord constaté que, si les textes soumis reprennent les quatre contraintes énumérées par la directive susceptibles de justifier la limitation du nombre des opérateurs, à savoir celles " *de sûreté, de sécurité, de capacité et d'espace disponible* ", contraintes quantitatives donc objectivement mesurables, ils introduisent une cinquième contrainte, celle " *du bon fonctionnement et de l'utilisation efficace des installations* ". Il a alors observé que ce dernier critère fait référence à des notions générales et imprécises qui laissent à l'autorité de tutelle une marge d'appréciation excessive et que sa mise en œuvre pourrait conduire à des décisions arbitraires et discriminatoires. Le Conseil a donc recommandé la suppression de cette contrainte supplémentaire dans les deux articles précités.

La seconde recommandation porte sur le régime des dérogations. La directive a prévu que, lorsque des contraintes exceptionnelles exigent qu'un seul opérateur pour certains services " côté piste " soit autorisé, ou que " côté aérogare ", où l'accès au marché est libre, seuls quelques opérateurs soient autorisés à intervenir, des possibilités de dérogation soient ouvertes aux Etats membres.

Ces dérogations doivent être justifiées par des contraintes exceptionnelles dont la Commission vérifie l'exactitude et sont accompagnées d'un plan d'élimination de ces contraintes. Lorsque certaines parties seulement d'un aéroport sont concernées par les contraintes exceptionnelles, la directive prévoit que " *la dérogation ne doit pas (...) être plus étendue que nécessaire* "(art 9 iii), c'est-à-dire circonscrite aux seules parties de l'aéroport concernées par la limitation exceptionnelle du nombre des opérateurs.

Le texte français soumis (article R 216-7 II 2° alinéa 2), en prévoyant que : " les décisions prises peuvent se délimiter aux seules parties d'un aérodrome où les contraintes invoquées sont effectivement vérifiées ", n'est pas apparu conforme aux exigences de la directive. Le Conseil a, en effet, considéré que cette rédaction pouvait permettre à la France de prendre une décision de dérogation plus étendue que nécessaire et de limiter ainsi indûment le nombre des opérateurs. Le Conseil a en conséquence préconisé que le texte français remplace le verbe " pouvoir " par le verbe " devoir ".

Ces recommandations ont été prises en compte dans le décret n° 98-7 du 5 janvier 1998 modifiant le code de l'aviation civile (2° partie) et relatif aux services d'assistance en escale dans les aérodromes publié au journal officiel du 7 janvier 1998 (cf PJ).

Le Conseil de la concurrence a été saisi d'un projet de décret modifiant le décret n° 90200 du 5 mars 1990 relatif à l'exercice de la profession de commissionnaire de transport [\(321\)](#) . Les nouvelles dispositions renforcent l'exigence de capacité financière requise des entreprises pour accéder à la profession et l'exercer.

Auparavant satisfaite dès lors que le commissionnaire de transport disposait " des moyens lui permettant de faire face à ses engagements ", la condition de capacité financière est aujourd'hui réalisée " lorsque le commissionnaire de transport dispose de capitaux propres et de réserves ou de cautions bancaires d'un montant total de 150 000 F ", sans que " toutefois, le montant des cautions ne [puisse] excéder la moitié du montant de la capacité financière exigible ". Le nouveau dispositif supprime, par ailleurs, la seconde voie d'accès à la profession de commissionnaire de transport réservée aux entreprises de transports routiers de marchandises inscrites au registre des transporteurs routiers et qui " à la date de [la] demande "

justifiaient de " trois années d'activité ininterrompue de transport public routier de marchandises ". Le décret soumis au Conseil constituait un élément des mesures sociales et économiques édictées ces dernières années dans le cadre de la déréglementation économique du secteur du transport routier de marchandises amorcée en 1986. En l'espèce, il s'agissait pour l'Etat, d'une part, de remédier à certains dysfonctionnements du secteur de la commission de transport de marchandises en écartant les entreprises susceptibles de nuire indirectement au secteur du transport routier de marchandises (défaillance d'entreprises et absence de paiement des transporteurs ou délais très allongés de règlement des transporteurs) et, d'autre part, de tenir compte de la spécificité du métier de commissionnaire de transport par rapport au transport routier de marchandises bien que ces professions soient étroitement liées économiquement.

Compte tenu de la nature restrictive de concurrence des mesures envisagées, le Conseil a recherché si les mesures envisagées n'affectaient pas la concurrence dans une mesure excédant ce qui était strictement nécessaire à la satisfaction des impératifs d'intérêt général exposés par le ministère chargé des transports.

S'agissant, en premier lieu, de la nouvelle condition de capacité financière, le Conseil a relevé que l'impact de la disposition sur la structure du marché de la commission de transport ne pouvait faire l'objet d'une estimation même approximative, mais, qu'au vu de la structure de l'offre du secteur, il ne pouvait être exclu que les très petites entreprises (moins de cinq salariés et près de 41 % du total des entreprises) ne se trouvent hors d'état de satisfaire à cette nouvelle condition financière et que, par ailleurs, un certain nombre d'entrants potentiels dans la profession ne soient dissuadés ou dans l'incapacité d'accéder au marché. Or, l'analyse du secteur de l'organisation du transport montre un secteur en légère expansion, circonstance de nature à suggérer de maintenir un accès ouvert au marché considéré. C'est pourquoi le Conseil a souligné que, si les très petites entreprises ne réalisaient qu'un très faible pourcentage du chiffre d'affaires global du secteur, elles n'en demeuraient pas moins, par leur nombre et leur capacité de développement, un facteur de concurrence et, qu'au surplus, il n'était pas démontré que cette catégorie d'entreprises soit plus particulièrement à l'origine des dysfonctionnements auxquels le projet se proposait de remédier. Le Conseil a également observé que le montant des fonds propres minimum exigé, soit 150 000 F, n'était fondé sur aucune analyse économique ou financière mais résultait d'un accord entre les partenaires sociaux de la profession et le ministère chargé des transports, s'inspirait de la règle établie pour les entreprises de transport routier de marchandises et correspondait au montant de fonds propres exigés d'une entreprise de transport routier disposant de deux véhicules. Il a, en outre, relevé que le ministère en charge des transports disposait de moyens juridiques destinés à assurer la police de la profession tant pour accéder à la profession que pour l'exercer.

Le Conseil a, par ailleurs, souligné que le renforcement des conditions d'accès et d'exercice de la profession était sans incidence sur la maîtrise des délais de règlement des sommes dues aux transporteurs routiers puisque les délais de règlement constituent une clause substantielle des contrats commerciaux, négociables au cas par cas et dont l'application relève des seules entreprises, quelle que soit leur taille, et qu'en tout état de cause, la loi dite " Gaysot " du 6 février 1998 a sensiblement augmenté les garanties offertes au transporteur pour obtenir le paiement du prix de sa prestation. Au vu du dispositif administratif et légal existant, le Conseil a estimé que celui-ci semblait suffisamment complet pour atteindre les objectifs affichés ayant conduit à adopter le décret. Au surplus, le Conseil a mis en

évidence l'action exercée par les instances professionnelles des secteurs de la commission de transport de marchandises et du transport routier de marchandises en vue d'améliorer la qualité des prestations de service et d'offrir une plus grande sécurité juridique aux entreprises, action concrétisée par la création d'un label de qualité dénommé " pro-réseau " .

Sur la base de ces éléments, le Conseil a été conduit à émettre un avis négatif sur l'institution d'une capacité financière minimale fixée à un minimum de 150 000 F pour exercer la profession de commissionnaire de transport.

S'agissant, en second lieu, de la suppression de la " passerelle " existante entre les professions de transporteur routier de marchandises et de commissionnaire de transport de marchandises, le Conseil a observé qu'elle avait pour objet et effet de traiter tous les candidats à la profession de commissionnaire de transport de manière identique et qu'elle n'entraînait pas, pour l'avenir, l'élimination du marché de l'organisation de transport des opérateurs potentiels ayant la qualité de transporteur routier dans la mesure où ces derniers pouvaient accéder à la profession au même titre et dans les mêmes conditions que tous les autres acteurs économiques. Le Conseil a également relevé que cette disposition avait pour seule conséquence de mettre fin à une discrimination positive au bénéfice des transporteurs routiers de marchandises. Ces considérations ont amené le Conseil à apprécier positivement, au regard des règles de concurrence, la modification qui lui était soumise.

Les autres avis rendus par le Conseil de la concurrence se rapportent à des textes qui n'ont pas fait l'objet de publication à la date d'établissement du présent rapport. Ils ne peuvent donc être analysés dans le cadre de ce document.

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.

1. 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 des 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. A cet égard, l'année 1998 a été marquée essentiellement par les travaux relatifs au traitement des restrictions verticales. Par contre, aucun texte nouveau n'a été publié à l'exception de textes d'application du règlement concentration modifié l'année précédente (règlement [CE] n° 447/98 de la Commission du 1^{er} mars 1998 relatif aux notifications, aux délais et aux auditions, et cinq communications interprétatives publiées au JOCE du 2 mars 1998 et portant respectivement sur la notion d'entreprises communes de plein exercice, la notion de concentration, la notion d'entreprises concernées, le calcul du chiffre d'affaires et le rapprochement en matière de procédures dans le traitement des concentrations dans le cadre des traités CECA et CE) et de deux règlements de procédure n° 2842/98 et 2843/98 de la Commission en date du 22 décembre 1998 relatifs aux auditions et aux notifications dans le secteur des transports.

En ce qui concerne les travaux du comité d'experts relatifs aux restrictions verticales, ils ont pris fin avec l'adoption par la Commission de deux propositions de règlements du Conseil modifiant le règlement 17/62 (règlement de procédure) et le règlement 19/65 (règlement d'habilitation) ainsi que d'une communication établissant les options envisagées pour le futur règlement d'exemption de la Commission. Il reste au Conseil des ministres de la Communauté à adopter ces documents, ce qui devrait intervenir au cours du premier semestre 1999.

Le nouveau système projeté repose sur un règlement d'exemption unique, de très large portée, qui englobe toutes les restrictions verticales concernant des biens intermédiaires et finals, ainsi que les services, à l'exception d'un nombre limité de restrictions fondamentales (fixation des prix, protection territoriale absolue...).

Ce règlement se substituera aux règlements existants (systèmes de distribution exclusive et franchise) et couvrira aussi la distribution sélective.

En ce qui concerne la distribution automobile, en tout état de cause le règlement actuel restera en vigueur jusqu'en 2002 ; de plus le nouveau dispositif ne préjuge en

rien du renouvellement de ce règlement particulier ou de son entrée dans le champ d'application du règlement général d'exemption.

Dans le dispositif proposé le mécanisme de l'exemption fait intervenir un ou deux seuils de parts de marchés afin de lier l'exemption au pouvoir de marché ; il crée une zone de sécurité permettant de distinguer les accords présumés légaux de ceux qui devront éventuellement faire l'objet d'un examen individuel ; ces derniers ne feront toutefois pas l'objet d'une présomption d'illégalité et la charge de la preuve continuera d'incomber à la Commission.

Pour accompagner cette réforme, il est prévu de dispenser de notification préalable tous les accords de distribution verticale, par extension du champ d'application de l'article 4-2 du règlement 17/62 ; ceci permettra de faire rétro agir, en tant que de besoin, une décision individuelle d'exemption à la date de mise en vigueur de l'accord contesté.

Sur les autres thèmes abordés, il faut mentionner les discussions auxquelles a donné lieu la mise en œuvre par la Commission des lignes directrices relatives à la méthode de calcul des amendes en droit communautaire ainsi que la réflexion engagée par la Commission sur le secteur de la radiodiffusion des événements sportifs et la négociation des droits afférents.

Enfin, le Conseil de la concurrence a été associé à la mise en œuvre 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.

2. Les travaux au sein des organisations internationales

Dans le contexte de la mondialisation économique, l'année 1998 a été marquée par le développement des travaux au sein de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) en matière d'analyse de l'impact du droit et de la politique de la concurrence sur le commerce international. Les réflexions menées au sein de cette organisation internationale sont ainsi venues compléter les travaux conduits chaque année dans le cadre du comité du droit et de la politique de la concurrence de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) et la Conférence des Nations-Unies pour la Coopération et le Développement (CNUCED). A l'OMC, le groupe de travail sur l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, présidé par M. Frédéric Jenny, vice-président du Conseil de la concurrence, a tenu quatre sessions en 1998. La première réunion a cherché à évaluer l'incidence des pratiques anticoncurrentielles des entreprises et associations d'entreprises sur le commerce international. La seconde a été consacrée aux conséquences des comportements des monopoles d'État, des droits d'exclusivité et des politiques de réglementation sur la concurrence et le commerce international et à l'incidence de la politique commerciale sur la concurrence. La troisième session a été consacrée à l'étude des rapports entre les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce international et la concurrence et aux rapports entre les investissements et la politique de la concurrence. La quatrième session a été consacrée à la préparation du rapport à la conférence ministérielle de l'OMC. Au total plus d'une trentaine de communications écrites ont été présentées au cours de ces débats, ce qui porte à plus d'une centaine les textes soumis par les États membres de l'OMC au cours des deux années de travail sur le thème de la concurrence dans cette enceinte. Le Conseil de la concurrence était représenté à chacune de ces réunions de travail au cours desquelles la Commission de l'Union Européenne a systématiquement présenté le point de vue de l'Union et de ses États membres, conformément à la règle au sein de cette organisation internationale. S'il n'est pas

encore possible de dégager un consensus entier sur la portée des instruments qu'il conviendrait d'adopter en matière de résolution des conflits au plan international dans le cadre de cette organisation, la participation des pays en développement à cet exercice doit, en revanche, être soulignée. Cette participation montre le succès de l'initiative prise par l'Union Européenne d'ouvrir des travaux à l'OMC sur le thème de la politique de la concurrence et du commerce international.

Les travaux ont également révélé qu'un nombre important de pays se déclaraient en faveur de la poursuite de ces travaux et que ces derniers pourraient déboucher sur de futures négociations au sein de l'OMC. Ces négociations pourraient viser notamment à renforcer les principes de base communs à l'OMC de la transparence et de la non discrimination.

A l'OCDE, le Comité du droit et de la politique de la concurrence, qui est présidé par M. Jenny, vice-président du Conseil, constitue un forum d'échanges d'informations sur les développements des politiques de concurrence mises en œuvre dans les États membres de cette organisation ainsi qu'un laboratoire de recherche et de réflexion sur l'application de ces politiques. L'année 1998 a vu la poursuite des activités du Comité conjoint des échanges internationaux et du droit et de la politique de la concurrence, chargé de promouvoir la convergence entre ces deux politiques. Ainsi les thèmes de la courtoisie positive et de la coopération internationale sont étudiés en même temps que le Comité conjoint travaille à la mise au point d'un vocabulaire ou d'une terminologie destinée à accroître la cohérence entre les politiques de la concurrence et des échanges internationaux. Cette terminologie devrait aussi permettre de faciliter les négociations en vue d'aboutir à terme à un accord international en matière de concurrence à l'OMC. Le Conseil de la concurrence a été représenté aux trois séances annuelles du Comité conjoint ainsi qu'aux trois séances du Comité du droit et de la politique de la concurrence et de ses deux groupes de travail. Ces deux groupes de travail traitent respectivement du droit et de la politique de la concurrence et de la réglementation et de la coopération entre autorités de concurrence des États membres. Les principaux thèmes traités par le Comité en 1998 ont été largement centrés sur les problématiques liées à la déréglementation, qui ont fourni matière à six tables rondes sur les sujets suivants : l'accroissement du rôle de la politique de la concurrence dans la régulation du secteur bancaire, le rôle de la concurrence et les questions de régulation dans le secteur de l'assurance, la concurrence et les droits de retransmission télévisée, les relations entre autorités de régulation sectorielle et autorités de concurrence, concurrence et marchés publics et le traitement de la puissance d'achat en droit de la concurrence. Certains thèmes sont particulièrement novateurs dans les enceintes internationales et scientifiques : ainsi le dernier thème, sur le traitement de la puissance d'achat par le droit de la concurrence, n'a jamais été étudié d'une manière aussi approfondie avec un nombre de contributions aussi important des États membres. L'ensemble de ces travaux donne désormais lieu à publication par le Secrétariat de l'OCDE.

Le Comité a également poursuivi les analyses des rapports annuels en matière de concurrence et a procédé à l'examen approfondi des politiques de la concurrence de quatre pays qui se sont soumis à l'examen d'ensemble de leur politique économique dans le cadre de l'exercice de l'OCDE sur la réforme réglementaire : États-Unis, Japon, Mexique et Pays-Bas. Dans le cas du Japon en particulier, le Conseil de la concurrence a été notamment retenu comme l'examineur de la politique de la concurrence et de la politique en matière de production et distribution d'énergie électrique de ce pays.

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 ou des économies émergentes et qui procèdent à des réformes économiques. Ce groupe permet également d'assurer la diffusion des principes du droit de la concurrence dans l'ensemble des pays en développement, droit qui représente une caractéristique essentielle des plans d'ajustements structurels du FMI et de la Banque Mondiale dans le cadre des pays affectés par la crise financière, notamment en Asie. Ceci constitue de même l'un des piliers de la stratégie de l'Union Européenne dans son assistance aux pays en transition d'Europe centrale et aux pays en développement. A ce titre, ce groupe permet d'assurer à la fois une coordination des activités des pays développés à l'égard des pays en développement et d'accroître les informations de chacun sur les développements et difficultés rencontrées par les autorités de concurrence des pays en développement. Un rapporteur permanent du Conseil, chargé des affaires multilatérales, est le coordinateur des pays de l'OCDE au sein de ce groupe depuis 1995. Ce rapporteur a présidé la session de groupe en 1998, qui n'avait jamais été présidé par un Français depuis sa création en 1980. En 1998, les travaux de ce groupe ont suivi de près les méthodes de travail en vigueur au sein de l'OCDE. Trois tables rondes ont été organisées sur le thème de la courtoisie positive, sur la question des sanctions destinées à asseoir l'effectivité du droit de la concurrence et sur les pratiques discriminatoires et les prix prédateurs observés dans le cadre des abus de position dominante. La participation d'experts de haut niveau venus des autorités de concurrence des économies émergentes est à souligner : le directeur général de l'Administration d'État chargé de la politique de la concurrence de la République de Chine a ainsi activement participé aux travaux et a présenté les débuts de l'expérience chinoise en matière de traitement des abus de position dominante dans le secteur de la distribution du gaz. En outre, à l'initiative du Secrétariat de la CNUCED, un rapporteur permanent du Conseil a été invité à participer à un audit des conditions de mise en place du droit de la concurrence en Tunisie, qui a permis d'organiser un séminaire sur ce thème en Tunisie. En outre, le même rapporteur a été invité à animer un séminaire sur le droit et la politique de la concurrence à Rome devant des responsables d'autorités de concurrence des pays d'Afrique francophone et d'Amérique latine.

3. 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 ce qui concerne l'Asie, le Conseil a dépêché une mission au Japon pour les entretiens annuels avec son homologue japonais. Le thème central des débats a été consacré à la déréglementation et aux conditions de l'application de la politique de la concurrence dans cette phase de mutations économiques, également caractérisée par une importante crise économique et financière au Japon. Ce dernier thème a également été à l'ordre du jour des débats intervenus au cours d'une réception

en avril 1998 par le Conseil de la concurrence d'une délégation des autorités coréennes de concurrence conduite par le président de la Commission de la concurrence de ce pays.

On notera encore, pour leur nouveauté, les premiers contacts établis avec la Macédoine et l'Ethiopie.

Lien vers la [deuxième partie du rapport](#) :