

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Quatorzième rapport d'activité

Année 2000

TABLE DES MATIERES

<u>PREMIERE PARTIE : ACTUALITE</u>	<u>7</u>
A. – Actualité des marchés	7
1. L'actualité des marchés en 2000	7
2. Les grandes tendances du fonctionnement des marchés	8
B – Actualité du droit de la concurrence.....	9
1. La codification du droit national de la concurrence.....	9
2. Évolution des pratiques du Conseil en matière de procédure	10
3. La loi sur les nouvelles régulations économiques.....	12
C – Actualité internationale.....	13
1. L'actualité communautaire.....	13
2. Les relations bilatérales.....	14
3. Les activités multilatérales	14
<u>DEUXIEME PARTIE : BILAN D'ACTIVITE</u>	<u>18</u>
<u>Chapitre I. - L'activité du Conseil en 2000</u>	<u>18</u>
A. - Les saisines contentieuses et les demandes d'avis	18
1. Les saisines et demandes contentieuses	18
2. Les demandes d'avis	19
B. - Les délibérations du Conseil	20
C. - Les affaires en instance	22
<u>Chapitre II. – Les moyens du Conseil de la concurrence</u>	<u>22</u>
A. - Les ressources humaines	22
B. - Le Budget	23
<u>Chapitre III. - Les recours contre les décisions du Conseil de la concurrence</u>	<u>23</u>
A. - Les arrêts rendus par la cour d'appel de Paris au cours de l'année 2000	23
B. - Les arrêts de la Cour de cassation	30
<u>TROISIEME PARTIE : ETUDES THEMATIQUES</u>	<u>33</u>
1. Les cartels injustifiables : problèmes de preuve, de qualification et de mesure du dommage à l'économie	33
2. Le droit des restrictions verticales : vers la révolution ?.....	39
3. Un exemple original de restriction verticale dans un contexte de position dominante : l'organisation des réseaux de télétransmission florale.....	43
4. Internet et le commerce électronique	46
5. Les pratiques mises en œuvre par les monopoles publics.....	53
6. Marchés de l'énergie : premières manifestations de l'ouverture	57
7. Offres forfaitaires et droit de la concurrence	65
8. La concurrence potentielle et le droit des concentrations	67
<u>QUATRIEME PARTIE : ANALYSES DE JURISPRUDENCE.....</u>	<u>70</u>
<u>Chapitre 1^{er} : Questions de compétence, de procédure et de preuve</u>	<u>70</u>
A. - Le champ de compétence du Conseil.....	70
1. L'applicabilité de l'article 53 de l'ordonnance du 1 ^{er} décembre 1986.....	70
2. Le champ d'application du titre III de l'ordonnance.....	71
3. Les pratiques relevant de la compétence exclusive d'autres juridictions	71

4. L'application du droit communautaire.....	71
B. - La prescription.....	73
C. - Le déroulement de la procédure	74
1. Les enquêtes administratives.....	74
2. La saisine du Conseil.....	78
3. L'examen des mesures conservatoires.....	80
4. L'instruction	85
D. - La preuve des pratiques anticoncurrentielles	87
E. - L'imputabilité des pratiques	89
1. L'imputabilité entre société mère et filiale	89
2. L'imputabilité en cas de transformation de l'entreprise.....	89
<u>Chapitre II. - Les ententes illicites</u>	90
A. - La forme des ententes prohibées	91
1. Les ententes horizontales	91
2. Les groupements d'entreprises	91
3. Les ententes verticales.....	93
B. - Les participants aux ententes.....	93
1. La nature des participants.....	93
2. Le rôle des organisations.....	94
C. - Les ententes anticoncurrentielles	95
1. Concertations ou ententes à l'occasion d'appels d'offres publics ou privés	95
2. Ententes et échanges d'informations sur les prix et les marges.....	96
3. Entraves à l'accès au marché	98
4. Répartition de marché	101
5. Restrictions verticales	101
6. Autres restrictions verticales	106
<u>Chapitre III : Positions dominantes, situations de dépendance économique et abus anticoncurrentiels. 108</u>	108
A. - Les abus de position dominante	108
1. Définition du marché.....	109
Les contours géographiques du marché	114
2. Définition de la position dominante	115
3. Abus de position dominante anticoncurrentiels	119
B. - La situation de dépendance économique.....	131
<u>Chapitre IV. - Les conditions d'application de l'article 10 de l'ordonnance (L. 420-4 du code de commerce)</u>	132
A. - Les pratiques résultant d'un texte	132
B. - Les pratiques contribuant au progrès économique	132
<u>Chapitre V. - Les pratiques de prix abusivement bas.....</u>	133
<u>Chapitre VI. - L'action du Conseil en matière de pratiques anticoncurrentielles.....</u>	134
A. - L'aspect correctif : les injonctions.....	134
1. Injonction de s'abstenir de certaines pratiques	134
2. Injonction de prendre certaines mesures	135

3. Examen du respect des injonctions	135
B. - L'aspect dissuasif : les sanctions	136
1. Les motivations des sanctions	136
2. Le plafond des sanctions	142
3. La publication des décisions	143
<u>CINQUIEME PARTIE : AVIS.....</u>	<u>144</u>
<u>Chapitre I.- : les concentrations.....</u>	<u>144</u>
1. Acquisition de la société Clemessy par les groupes EDF, Cogema et Siemens (avis n° 00-A-03).....	144
<u>Chapitre II. - Les autres avis.....</u>	<u>153</u>

-

Par délibération en date du 3 mai 2001, 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 L. 464-8 du livre IV du code de commerce et les avis rendus en application des articles L. 410-2, L. 462-1, L. 462-2, L. 462-3 et du titre III du même code, ainsi que sur le fondement des articles L. 36-7 (7°) et L. 36-10 de la loi de réglementation des télécommunications.

EDITORIAL

LE RAPPORT DU CONSEIL CHANGE

Cette année, la présentation du rapport du Conseil change.

Composé essentiellement du texte des décisions et avis du Conseil, il était précédé traditionnellement d'un exposé relatant dans un ordre quasi-immuable le bilan de l'activité du Conseil et sa jurisprudence. Il constituait donc un remarquable outil de travail pour les professionnels et les universitaires.

Mais, aujourd'hui, le droit de la concurrence occupe une place beaucoup plus importante dans la vie économique de notre pays. De plus en plus, il concerne non seulement les entreprises mais aussi les consommateurs. Au total, il fait partie de notre actualité quasi-quotidienne.

Dès lors, le Conseil se devait de rendre compte de son activité dans des termes plus synthétiques, plus accessibles et plus concrets. Une bonne communication fait aussi partie des missions d'une autorité de concurrence.

C'est pourquoi, sans revenir sur la présentation systématique des avis et décisions du Conseil qui est maintenue, ce rapport essaie aussi de rendre compte de l'actualité de l'année 2000 et de présenter des études rassemblant de façon synthétique quelques problématiques particulièrement intéressantes rencontrées au cours de l'année.

On le verra, l'actualité a été particulièrement riche en 2000 : des marchés continuent à s'ouvrir, c'est le cas de celui de l'électricité ; la législation évolue, avec les réformes introduites par la loi sur les nouvelles régulations économiques ; enfin, les activités communautaires ou internationales se développent rapidement, ce qui est le signe du besoin croissant de coopération qu'éprouvent, face à la mondialisation de l'économie, les autorités nationales de concurrence.

Par ailleurs, en 2000, plusieurs thèmes ont retenu l'attention du Conseil : certains sont classiques, comme les problèmes posés par les grands cartels, d'autres sont en pleine évolution, comme le droit applicable aux restrictions verticales ou les pratiques mises en œuvre par des monopoles publics, d'autres, enfin, sont totalement nouveaux comme l'Internet. La variété des sujets traités témoigne de l'extrême diversité des dossiers soumis au Conseil. Ces exposés thématiques et synthétiques s'efforcent de montrer comment, au-delà de cette diversité, le Conseil, prenant appui sur sa jurisprudence passée, aborde ces problématiques et oriente sa réflexion.

Je forme le vœu que cette présentation renouvelée suscite l'intérêt et l'adhésion du lecteur.

*Marie-Dominique Hagelsteen
Présidente du Conseil de la concurrence*

PREMIERE PARTIE : ACTUALITE

A. – ACTUALITE DES MARCHES

Comme les années précédentes, le Conseil a été amené à examiner des faits intervenus à des époques très différentes, en fonction de l'ancienneté des dossiers ; de plus, l'institution, en général, ne choisit pas les dossiers dont elle est saisie. Il est donc difficile de tirer des avis et décisions rendus en 2000 des conclusions synthétiques sur la manière dont ont fonctionné les marchés en France au cours de cette année. Le Conseil est, cependant, en mesure de dégager un certain nombre de leçons de son activité : d'une part, les affaires urgentes et les avis livrent des enseignements sur l'actualité économique ; d'autre part, les dossiers de fond, une fois replacés dans le contexte de l'époque des faits, permettent de dégager de grandes tendances.

1. L'actualité des marchés en 2000

Les avis et les décisions rendus dans le cadre de procédures d'urgence ont souvent porté sur des secteurs anciennement monopolistiques et ayant fait l'objet d'une ouverture relativement récente à la concurrence. Ils ont conduit le Conseil à constater que cette ouverture se heurte à de nombreux obstacles.

S'agissant du secteur des télécommunications, les principaux problèmes portés à la connaissance du Conseil sont liés à la faiblesse de la concurrence sur l'accès à la boucle locale, c'est-à-dire à la ligne qui relie le poste d'abonné au réseau. L'avantage dont dispose sur ce point l'opérateur historique produit des effets perturbateurs sur d'autres marchés qui sont, par construction, entièrement ouverts à la concurrence. Certains sont des marchés de télécommunication, d'autres des marchés plus ou moins étroitement connexes, comme celui de l'accès à Internet. Dans tous les cas, l'opérateur historique est présent, directement ou par filiale interposée, sur ces autres marchés. Des effets de ciseau tarifaire, des avantages tirés de ce que seule la société France Télécom est en mesure de réaliser certaines expérimentations liées à l'utilisation de la boucle locale ou des offres globales portant à la fois sur des activités ouvertes à la concurrence et sur d'autres qui le sont moins, sont les problèmes les plus fréquemment invoqués. L'ouverture à la concurrence de la boucle locale apparaît, dans ces circonstances, comme une nécessité.

S'agissant du secteur de l'électricité, le Conseil a été amené à connaître de son ouverture à la concurrence par le biais de son activité consultative. Il lui est apparu, notamment, que l'organisation de la séparation, au sein d'EDF, entre l'activité de transport et l'activité de production, constitue l'un des enjeux majeurs de cette période transitoire.

La « *net économie* », que le Conseil n'avait rencontrée jusqu'ici qu'au travers de contentieux techniques liés à l'accès aux réseaux ou à Internet, a donné lieu à des affaires plus directement liées aux activités économiques qui se déroulent sur Internet. Les autorités de concurrence, qui mettent en œuvre une procédure de notification obligatoire des accords entre entreprises, comme la Commission européenne ou le Bundeskartellamt allemand, ont déjà traité un nombre significatif d'affaires, ce qui traduit le fait que beaucoup d'initiatives, dans ce secteur, prennent la forme de coopérations entre entreprises. Le Conseil de la concurrence, pour sa part, ne peut intervenir que pour répondre à des demandes d'avis ou pour réprimer des pratiques anticoncurrentielles. A l'occasion du commentaire détaillé de certaines décisions, le Conseil a donc cru utile de faire figurer quelques développements généraux susceptibles d'intéresser les entreprises et les praticiens. Par ailleurs, le très faible nombre d'affaires

contentieuses enregistrées à ce jour peut traduire le fait qu'en pratique, la nouvelle économie fonctionne pour l'instant d'une manière qui ne pose pas de problème de concurrence aigu.

La décision que le Conseil de la concurrence a été amené à prendre au sujet de la carte d'abonnement UGC a été l'occasion d'observer certains aspects significatifs de l'économie contemporaine : les offres faites aux consommateurs sont de plus en plus souvent des offres d'accès, contre un prix qui ne peut pas aisément être rapproché du coût d'un produit ou d'un service précis. La recherche de la fidélisation de la clientèle, la possibilité de se rémunérer indirectement, par la publicité ou par des consommations annexes, rendent de telles offres assez différentes de celles qui sont traditionnellement mises sur le marché.

Deux demandes d'avis, émanant de commissions parlementaires, au sujet du fonctionnement des marchés de l'eau et des carburants routiers, traduisent une préoccupation commune : le niveau, jugé élevé, des prix, enregistré dans certains secteurs, ne serait-il pas le fruit d'un fonctionnement de marchés oligopolistiques ? Cette question risque de se poser de plus en plus souvent : les fusions horizontales d'entreprises, souvent acceptées par les autorités de la concurrence en raison des effets économiques positifs qui en résultent, diminuent mécaniquement le nombre d'opérateurs actifs sur chaque marché. Les marchés oligopolistiques peuvent favoriser la conclusion d'ententes, mais ils peuvent aussi déboucher sur des pratiques de prix élevés, sans que les opérateurs aient besoin de s'entendre, chacun anticipant rationnellement les réactions des autres. Les autorités de la concurrence se trouvent alors face à une double difficulté : distinguer les pratiques sanctionnables de celles qui ne le sont pas ; trouver éventuellement les moyens de lutter contre ces comportements non coopératifs, ce qui, dans l'état actuel du droit, ne peut que prendre la forme d'une vigilance accrue dans l'exercice du contrôle des concentrations.

La concentration de la grande distribution pose, elle aussi, ce type de problèmes, y compris au niveau local : l'avis rendu par le Conseil sur la concentration Carrefour/Promodès montre la fréquence des situations locales caractérisées par un nombre très réduit d'hypermarchés.

D'une manière générale, le Conseil observe une accélération du degré de concentration de nombreux marchés, notamment au niveau international. Lorsque la concentration n'intervient qu'au niveau national, l'existence de concurrents potentiels basés à l'étranger est un élément rassurant, d'autant que les progrès de la construction européenne et de l'internationalisation de l'économie tendent à favoriser une entrée future sur le marché français.

Lorsque les structures oligopolistiques deviennent mondiales, de telles solutions ne sont plus aussi facilement envisageables.

D'autres tendances de fond ne sont pas préoccupantes en elles-mêmes, mais elles conduisent les autorités de concurrence à un approfondissement de leurs réflexions : le développement des offres forfaitaires illimitées, qui recèlent en elles-mêmes un risque de vente à perte, le développement des offres associant la vente d'un produit à la vente de services, et qui touchent donc simultanément plusieurs marchés traditionnellement séparés, ou encore la part croissante dans la production de secteur où les coûts fixes sont très élevés et les coûts marginaux très faibles.

2. Les grandes tendances du fonctionnement des marchés

L'analyse des décisions de fond rendues par le Conseil sur des saisines datant de différentes périodes confirme les observations récurrentes des précédents rapports annuels : la persistance des ententes de répartition de marché entre les soumissionnaires aux appels d'offres publics ou les perturbations occasionnées, sur d'assez nombreux marchés concurrentiels, par le comportement des entreprises disposant d'un monopole public, voire par des administrations agissant comme des entreprises.

Sur le premier point, le Conseil a souvent eu l'occasion d'attirer l'attention des pouvoirs publics sur les effets pervers des politiques d'achats publics trop transparentes, surtout lorsqu'elles donnent lieu à des appels d'offres répétitifs s'adressant toujours à la même population restreinte d'entreprises. Toutefois, les entreprises restent, au premier chef, responsables de cette situation. La politique du Conseil en matière de sanctions (voir quatrième partie, chapitre VI - B), qui sera facilitée par les nouvelles dispositions législatives prévues par la loi sur les nouvelles régulations économiques, ainsi qu'une politique active de saisine du parquet de la part de la DGCCRF, devraient être de nature à faire reculer un phénomène coûteux pour les finances publiques et qui prive l'économie française d'incitations à l'effort de productivité dans un certain nombre de secteurs.

Sur le second point, il sera montré ultérieurement que le Conseil a précisé sa jurisprudence relative à certaines pratiques de prix des administrations et entreprises publiques.

Par ailleurs, la jurisprudence de l'année 2000 révèle que les ententes anticoncurrentielles, notamment sur les prix, sont loin d'être réservées à des secteurs « *habituels* », tels que ceux qui fonctionnent sur la base d'appels d'offres publics. La mise à jour d'une grave entente horizontale sur les prix, qui réunissait la majorité des plus importants établissements français de crédit, montre que des entreprises importantes, notoires et disposant de moyens conséquents peuvent se livrer à des pratiques interdites. Cette même décision révèle l'ampleur du dommage qui peut ainsi être infligé à l'économie.

B – ACTUALITE DU DROIT DE LA CONCURRENCE

1. La codification du droit national de la concurrence

L'année 2000 a été marquée par l'intégration dans le code de commerce de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, dont les dispositions figurent, depuis le 21 septembre 2000, dans son livre IV. Cette codification a eu pour effet de modifier le plan de dispositions législatives qui, désormais, se présente de la façon suivante : dispositions générales (titre I), pratiques anticoncurrentielles (titre II), concentration économique (titre III), transparence, pratiques restrictives de concurrence et autres pratiques prohibées (titre IV), pouvoirs d'enquête (titre V), Conseil de la concurrence (titre VI) et dispositions diverses (titre VII).

Bien que se faisant en principe à droit constant, la codification a apporté quelques modifications à certaines dispositions transposées. En premier lieu, la rédaction du quatrième alinéa de l'article 25 de l'ordonnance, prévoyant l'assistance, sans voix délibérative, des rapporteurs aux délibérés, a été modifiée pour tenir compte de la jurisprudence de la Cour de cassation qui a jugé cette disposition contraire aux prescriptions de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. L'article L. 463-7, qui en reprend la teneur, exclut désormais l'assistance des rapporteurs aux délibérés du Conseil de la concurrence statuant au contentieux. En deuxième lieu, l'article 50 de l'ordonnance, qui énonçait que les demandes d'enquêtes étaient adressées au directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes par le président du Conseil a été transposé à l'article L. 450-6 du code avec une modification aux termes de laquelle la demande d'enquête est transmise par le rapporteur. Enfin, l'article 22 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, qui visait la procédure simplifiée et le plafond des sanctions applicable dans ce cadre, a été éclaté entre les articles L. 463-3 (décision de procédure simplifiée) et l'article L. 464-5, qui énonce que la commission permanente ne peut prononcer de sanction excédant 500 000 F. Il en résulte que la commission permanente, même lorsqu'elle se prononce sur une affaire qui n'a pas fait l'objet d'une procédure simplifiée, ne peut plus prononcer de sanction supérieure à 500 000 F. L'ensemble de ces points pose des problèmes pratiques qui ont conduit le législateur à les modifier dans le cadre de la loi sur les nouvelles régulations économiques (voir plus loin).

2. Évolution des pratiques du Conseil en matière de procédure

Par ailleurs, le Conseil s'est attaché à assurer le plein et entier respect des principes assurant le droit à un procès équitable, prévu par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par l'article 14 du pacte international des droits civils et politiques.

Notamment, le Conseil a décidé de mettre en place des règles d'incompatibilité plus strictes s'agissant de la composition des formations qui se prononcent sur les saisines contentieuses :

- le 28 mars 2000, il a abrogé l'article 8 de son règlement intérieur, qui prévoyait que les saisines d'office étaient prononcées soit par la formation plénière (où siègent la totalité des membres), soit par la commission permanente (où siègent, en principe, la totalité des présidents) ; il a pu, de la sorte, décider que les personnes s'étant prononcées sur une saisine d'office ne siègeraient plus dans la formation se prononçant, au fond, sur les pratiques en cause ;
- de même, il a été décidé que, sauf impossibilité, les membres et présidents s'étant prononcés sur une demande de mesures conservatoires ne siègeront pas dans la formation appelée à se prononcer sur le fond ;
- enfin, une règle comparable est appliquée lorsque des membres du Conseil ont siégé pour rendre un avis les ayant conduit à se prononcer sur des pratiques identiques à celles qui sont en cause dans une affaire contentieuse.

Sensible aux contestations renouvelées de certaines parties, selon lesquelles le fait que la décision du Conseil portant la date du jour de la séance conduisait à présumer que cette décision n'avait pas fait l'objet d'un réel délibéré, le Conseil a, à partir du 1^{er} janvier 2000, fixé un délai de délibéré pour rendre ses décisions. Depuis lors, les décisions portent la date du jour où elles ont été rendues et sont devenues disponibles pour les parties. Elles sont numérotées par ordre de passage en séance.

Le Conseil a aussi appliqué à plusieurs reprises, et parfois d'office, la jurisprudence réitérée de la cour d'appel de Paris aux termes de laquelle les enquêteurs sont soumis au respect du principe de loyauté dans la recherche des preuves. Il a donc été conduit à écarter des dossiers les procès-verbaux dont aucune mention explicite, aucun élément intrinsèque ou extrinsèque ne permettaient de vérifier que les enquêteurs avaient bien fait connaître l'objet de leur enquête aux personnes entendues ou leur remettant des pièces, cette formalité permettant d'assurer le respect du principe de non-auto-incrimination. Le Conseil s'est cependant attaché à n'appliquer cette règle qu'à l'audition de personnes travaillant pour des entreprises mises en cause et non à celle de personnes employées par des entreprises plaignantes ou tierces, pour lesquelles le principe de non-auto-incrimination n'a pas lieu de jouer.

Le nombre relativement important de décisions de cette nature s'explique par le décalage entre le moment où le Conseil statue et le moment où les enquêtes ont été réalisées. En effet, compte tenu de l'importance de son stock, le Conseil est conduit à statuer sur des affaires pour lesquelles les investigations ont été menées antérieurement à 1997, année au cours de laquelle la cour d'appel a commencé à élaborer une jurisprudence plus stricte sur l'obligation qui repose sur les enquêteurs de faire connaître aux personnes entendues, ou qui remettent des pièces, l'objet de leur enquête, tant au regard du cadre légal dans lequel ils interviennent qu'au regard du secteur économique concerné.

S'agissant du contrôle de la régularité des opérations de visite et de saisies réalisées en application de l'article 48 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (L. 450-4 du code de commerce), la chambre commerciale de la Cour de cassation a apporté un changement considérable, par un arrêt *Bec Frères*, du 30 novembre 1999. Jusqu'à cette date, en effet, l'alinéa 3 de cet article avait été interprété comme donnant compétence au juge qui avait

autorisé les visites et les saisies, pour vérifier et, éventuellement, sanctionner le bon déroulement des opérations, sous le contrôle de la Cour de cassation.

L'arrêt *Bec Frères* apporte une interprétation nouvelle de ce texte, en indiquant que la mission du juge « *prend fin avec les opérations, lors de la remise de la copie du procès-verbal et de l'inventaire à l'occupant des lieux ou à son représentant, et qu'il ne peut être saisi a posteriori d'une éventuelle irrégularité entachant ces opérations, une telle contestation relevant du contentieux dont peuvent être saisies les autorités de décision appelées à statuer sur les poursuites éventuellement engagées sur le fondement des documents ainsi appréhendés* ».

En application de cet arrêt, le contrôle de la régularité des opérations de visite et de saisies incombe donc au Conseil de la concurrence et à la cour d'appel de Paris.

Le Conseil a été conduit à effectuer ce contrôle dans une affaire (00-D-68)¹ exposée infra dans la partie analyse de jurisprudence.

Il convient de souligner, à cet égard, que la loi sur les nouvelles régulations économiques a de nouveau modifié la règle applicable, d'une part, en fixant un délai pour contester la régularité des opérations de visite et de saisie et, d'autre part, en retirant de nouveau au Conseil le pouvoir de se prononcer sur leur régularité.

Enfin, le Conseil s'est attaché à motiver de façon plus explicite les sanctions qu'il était conduit à prononcer. Il est, en effet, soucieux d'assurer une lisibilité des critères qui lui permettent de fixer le montant de ces sanctions, tant au regard de l'exercice des droits de la défense, que pour permettre à la cour d'appel d'apprécier l'application qu'il fait des dispositions de l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (L. 464-2 du code de commerce) et du principe de proportionnalité.

Les paramètres qui conduisent à apprécier et à qualifier la gravité des pratiques, le dommage à l'économie et la situation individuelle des entreprises sont détaillés dans la quatrième partie de ce rapport, consacrée à l'analyse des décisions du Conseil, à laquelle le lecteur est invité à se reporter.

Si l'appréciation de la gravité des pratiques et de la situation individuelle des entreprises peut reposer sur un certain nombre de données dont le récolement et l'analyse ne présentent pas de difficulté particulière, il en va différemment de l'appréciation du dommage à l'économie. En effet, ce paramètre se déduit à la fois de raisonnements, mais aussi, autant que faire se peut, d'une analyse quantitative des effets économiques des pratiques (réduction du surplus collectif) et du surprofit réalisé par les entreprises en cause, pour laquelle le Conseil ne dispose pas toujours de tous les éléments qu'il souhaiterait.

Dans les décisions de l'année 2000, ont, par exemple, été retenus dans ce cadre la durée des pratiques, des éléments conjoncturels comme le caractère artificiellement élevé d'un prix (00-D-10)², des comparaisons entre les prix résultant des pratiques et les prix en leur absence (00-D-68 et 00-D-85³), ou l'évaluation du chiffre d'affaires réalisé grâce à la pratique (00-D-54)⁴, des éléments structurels comme la mise en place de barrières à l'entrée (00-D-84⁵ et 00-D-79⁶) ou des entraves au développement d'entreprises concurrentes (00-D-75)⁷ et,

¹ Annexe n° 75 (décision qui a fait l'objet d'un recours)

² Annexe n° 17

³ Annexe n° 92 (décision qui a fait l'objet d'un recours)

⁴ Annexe n° 61 (décision qui a fait l'objet d'un recours)

⁵ Annexe n° 91

⁶ Annexe n° 86

⁷ Annexe n° 82 (décision qui a fait l'objet d'un recours)

enfin, les caractéristiques du marché lui-même qui, parfois, contribuent à aggraver (00-D-67)⁸ ou à limiter l'étendue du dommage (00-D-50)⁹.

A cet égard, figurent désormais dans les rapports, de façon clairement individualisée, les éléments susceptibles d'être retenus pour l'évaluation du montant de la sanction.

3. La loi sur les nouvelles régulations économiques

La loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques a été définitivement adoptée le 2 mai 2001. Le texte comporte, notamment, des dispositions relatives au droit de la concurrence. Il réforme l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, intégrée depuis peu dans le livre IV du code de commerce, pour mieux respecter les exigences de l'égalité des armes, renforcer l'efficacité de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles et adapter le contrôle des concentrations aux exigences du droit européen et aux évolutions des marchés. Il consacre également la nécessité d'une coopération internationale pour lutter contre les infractions au droit de la concurrence.

Respect du principe de l'égalité des armes

La loi sépare, mieux encore, les fonctions d'instruction de celles de jugement ; les actes préalables à la séance (désignation du rapporteur, transmission des demandes d'enquête au ministre chargé de l'économie, envoi de la notification de griefs aux parties) seront confiés au rapporteur général du Conseil.

Renforcement de l'efficacité de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles

Les sanctions pécuniaires seront renforcées : elles pourront atteindre 10 % du chiffre d'affaires mondial, hors taxes, le plus élevé réalisé au cours de l'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Cela permettra de faire échec à une pratique consistant, pendant la procédure, à réduire de manière conséquente le chiffre d'affaires de l'entité juridique poursuivie.

La recherche des preuves sera facilitée : l'article L. 450-4 du code de commerce est modernisé ; les moyens d'enquête englobent désormais la recherche d'indices ou de preuves de nature électronique ; par ailleurs, le Conseil pourra désormais bénéficier d'enquêteurs mis à disposition du rapporteur général pour effectuer des enquêtes spécifiques et faire appel à des experts à sa demande ou à celle des parties.

De plus, et cela marque une avancée notable, à l'instar de ce qui a montré son efficacité en droit communautaire et aux États-Unis, des procédures de clémence et de transaction sont prévues pour les entreprises qui dénonceront des ententes, participeront à l'établissement des preuves nécessaires à la qualification des pratiques et qui s'engageront à assainir leurs comportements.

Les concentrations seront contrôlées de manière plus systématique et plus transparente

Le projet de loi vise à harmoniser la législation française avec le système communautaire en rapprochant la définition d'une opération de concentration de celle retenue par le droit communautaire.

Désormais, au-delà d'un montant de chiffre d'affaires clairement défini, toute opération de concentration sera notifiée au ministre chargé de l'économie, sauf à risquer de sévères sanctions. Les opérations de concentration notifiées seront rendues publiques comme les décisions prises à leur égard, mais les intérêts légitimes des entreprises quant au secret des affaires seront préservés.

⁸ Annexe n° 74

⁹ Annexe n° 57 (décision qui a fait l'objet d'un recours)

Le Conseil de la concurrence sera avisé de l'opération dès sa notification. Il pourra, s'il est consulté, entendre des tiers à l'opération en l'absence des parties et les comités d'entreprises des entreprises concernées.

Amélioration de la coopération internationale

Enfin, la loi prend en compte la nécessaire coopération entre les autorités de concurrence, puisqu'il sera désormais possible de communiquer, tant à la Commission des communautés européennes qu'aux autorités de concurrence étrangères, des informations et des documents détenus ou recueillis par le Conseil, qui, par ailleurs, sera habilité à conduire lui-même ou à demander au ministre chargé de l'économie de conduire des enquêtes à la demande de ces autorités.

C – ACTUALITE INTERNATIONALE

1. L'actualité communautaire

L'année 2000 a été marquée par l'entrée en vigueur à compter du 1^{er} juin du nouveau règlement d'exemption des restrictions verticales ; les principales caractéristiques de ce nouveau règlement ont été présentées dans le rapport annuel 1999 du Conseil de la concurrence. Les premières conséquences qu'en a tirées le Conseil seront évoquées à plusieurs reprises dans le présent rapport.

Au cours de la même année, ont été menés à bien les travaux de révision des deux règlements d'exemption par catégorie de restrictions horizontales qui concernent respectivement les accords de recherche et développement et les accords de spécialisation ; des lignes directrices ont aussi été élaborées pour la très grande majorité des accords horizontaux.

Ces derniers textes sont entrés en vigueur au 1^{er} janvier de cette année.

Ces textes traduisent la volonté d'accorder une plus grande importance à l'analyse économique des ententes : l'approche « *clauses noires* », qui consiste à lister les pratiques *a priori* interdites, se substitue à l'approche « *clauses blanches* », par laquelle sont énumérées les pratiques autorisées et, en dessous d'un certain seuil de parts de marché, on présume que les clauses autres que celles qui sont qualifiées de « *noires* » sont exemptées. Toutefois, à la différence de la solution retenue en matière de restriction verticale, les autorités nationales de la concurrence ne pourront pas, en matière d'ententes horizontales, retirer une exemption de groupe, car une telle mesure aurait nécessité l'intervention d'un règlement du Conseil, alors que l'on est ici en présence de règlements de la Commission.

L'année 2000 aura surtout été marquée par l'accélération des travaux relatifs à la modernisation du règlement 17. L'on sait que ce dernier, qui organise la mise en œuvre pratique du droit communautaire de la concurrence, sauf dans le domaine des concentrations, repose sur deux « *piliers* » que la Commission propose de remettre en cause :

- les accords entre entreprises susceptibles d'être anticoncurrentiels, mais de bénéficier d'une exemption au titre de l'article 81-3 du traité (exemption au titre du « *progrès économique* »), doivent être notifiés à la Commission ; à défaut d'une telle notification, le bénéfice de l'exemption individuelle ne peut plus être revendiqué en cas de contentieux ;
- la Commission a le monopole de l'exemption individuelle, qui ne peut donc être accordée ni par les autorités nationales de concurrence, ni par les juridictions.

Le projet de la Commission prévoit de remplacer le régime de notification obligatoire par un système d'exception légale fonctionnant d'une manière déconcentrée.

Dans ce nouveau contexte, les entreprises prendront l'initiative de mettre en œuvre leurs accords, mais, en cas de contentieux, elles pourront toujours demander, aussi bien aux autorités nationales et aux juridictions qu'à la Commission, le bénéfice d'une exemption individuelle.

Le Conseil de la concurrence est favorable à une telle réforme, qui rapprochera le droit communautaire du droit français. Le Gouvernement français, tout en en discutant certains aspects techniques, a soutenu activement la Commission dans son projet.

La Commission a adopté une proposition le 27 septembre 2000 et l'a présentée au Conseil des Ministres de l'Industrie du 5 décembre 2000 ; ce texte soulève encore de nombreuses objections de la part des Etats membres et les discussions se poursuivent activement au sein d'un groupe de travail constitué au niveau de la présidence du Conseil des Ministres.

On notera, enfin, en matière de concentration, que la réglementation continue de faire l'objet de réserves de la part des Etats membres comme de la Commission ; on se contentera ici de mentionner la question des seuils de compétence et celle du renvoi de dossiers à l'autorité la mieux placée pour en traiter ; aucun agenda n'est toutefois fixé pour aborder ces questions.

Comme il le fait maintenant depuis plus de dix ans, le Conseil a régulièrement participé aux travaux communautaires, qu'il s'agisse de la participation aux réunions dites des directeurs généraux de la concurrence (trois en 2000), de la participation aux comités consultatifs institués auprès de la Commission pour le traitement des affaires antitrust et de concentration (21 en 2000, y compris les auditions) ou de la participation à différents comités d'experts (distribution des produits pétroliers, dérégulation des télécommunications, distribution automobile).

Enfin, récemment, en réponse au souhait de la Commission de voir la Communauté européenne se doter d'un réseau d'autorités, associant à la fois la Commission et les autorités nationales de concurrence, ces dernières ont décidé de s'organiser en une association informelle destinée à étudier leurs problèmes communs. Cette structure légère fera l'objet d'une présidence tournante. Le Conseil s'est également impliqué dans cette nouvelle approche.

2. Les relations bilatérales

Au cours de l'année 2000, le Conseil de la concurrence a entretenu de nombreux contacts bilatéraux. C'est avec l'Asie que les relations prennent la forme la plus régulière (16^{èmes} entretiens bilatéraux annuels avec le Japon et 8^{èmes} avec la Corée, rencontre avec d'importantes délégations taiwanaise et chinoise), mais les pays d'Europe Centrale sont aussi de plus en plus présents (Pologne, Estonie, Lettonie, Roumanie...). Des délégations de nombreux pays ont été reçues au Conseil. Ce dernier a répondu, au niveau de la présidente, des vice-présidents, du rapporteur général et des rapporteurs, à des invitations émanant de plusieurs autorités. Il s'agissait des autorités de la concurrence tunisienne, marocaine, costaricaine, thaïlandaise, indienne et d'Afrique du Sud. Le Conseil a participé à la célébration du dixième anniversaire de l'autorité italienne et de l'autorité russe de concurrence. Par ailleurs, une délégation technique s'est rendue aux Etats-Unis au siège de la FTC et de la division antitrust du ministère de la Justice, afin d'étudier les méthodes de traitement des dossiers. Enfin, une mission d'appui a été envoyée auprès de Caribbean Common Market.

3. Les activités multilatérales

En 2000, les activités internationales en matière de droit et de politique de la concurrence se sont sensiblement développées et approfondies : cette tendance a reflété une volonté très marquée des autorités de concurrence de resserrer le réseau constitué dans chaque pays pour répondre aux défis de l'intégration économique mondiale (« *globalisation* »), ainsi qu'aux mutations technologiques et réglementaires imposées par l'avènement de la société de l'information.

a) La coopération avec les institutions internationales

Des opérations de grande ampleur ont mobilisé les représentants du Conseil participant aux activités des principales institutions et organisations internationales qui traitent des questions soulevées par l'existence et l'application d'un droit et d'une politique de la concurrence. Trois organisations internationales ont organisé en 2000 des réunions complémentaires sur les grands thèmes du droit de la concurrence : l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE), l'Office des Nations-Unies (ONU), et l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

A l'OCDE, organisation réunissant l'ensemble des pays les plus développés, 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 par les États membres de cette organisation, ainsi qu'un laboratoire de recherche et de réflexion sur l'application de ces politiques. En 2000, le groupe de travail conjoint sur les politiques du commerce international et de la concurrence, chargé de promouvoir la convergence entre ces deux politiques et de préparer les réflexions de fond sur certains thèmes évoqués à l'OMC, a adopté une série de rapports consacrés respectivement aux « *options pour la cohérence des politiques commerciale et de la concurrence* », aux « *effets sur le Commerce international et sur la concurrence des abus de position dominante* » et aux « *réparations offertes aux parties privées dans le cadre des lois de concurrence* ». En outre, le groupe conjoint a entrepris des études sur l'impact du droit de la concurrence sur le développement, en particulier en ce qui concerne les questions de droits de propriété intellectuelle et les questions de déréglementation. Le Comité du droit et de la politique de la concurrence, ainsi que ses groupes de travail sur la régulation et sur la coopération internationale, ont aussi tenu de multiples tables rondes sur l'application du droit de la concurrence dans les services financiers, les filiales communes, le gaz naturel, les produits pharmaceutiques et le traitement des déchets ménagers.

Dans le cadre de l'ONU, l'année 2000 a été particulièrement chargée, puisque la X^{ème} Conférence des Nations-Unies sur la coopération et le développement s'est réunie en février à Bangkok, puis la IV^{ème} Conférence de révision des règles de concurrence préconisées par l'ONU s'est aussi réunie dans le cadre de la CNUCED, en septembre, à Genève. Le Conseil était représenté à la conférence de Bangkok par un rapporteur, qui assure la coordination des pays de l'OCDE à la CNUCED et qui a aussi été élu président de la IV^{ème} Conférence de révision. Au cours de ces deux conférences des Nations-Unies, des personnalités de premier plan provenant des pays en développement ont manifesté leur intérêt pour l'instrument que la politique de la concurrence peut représenter au service du développement et de l'intégration économique des pays les moins avancés ou des pays émergents, afin d'éviter en particulier les crises structurelles du type de celles rencontrées par les économies asiatiques en 1997-1998. Les pays en développement ont aussi souligné leur attachement à voir la CNUCED jouer un rôle de premier plan dans l'assistance à la mise en place d'institutions de concurrence, conformément à des principes soutenus constamment par la France et les pays de l'Union européenne au cours de la dernière décennie. La CNUCED X s'est achevée sur une demande explicite des pays en développement de voir la CNUCED approfondir son activité dans le domaine de la politique de la concurrence, tandis que la IV^{ème} Conférence de révision traduisait cette demande en termes concrets : dans les cinq années à venir, les travaux du groupe intergouvernemental d'experts de concurrence de la CNUCED, qui se réunit une fois par an à Genève, devraient ainsi procéder à la modernisation de la « *Loi modèle* » préconisée par l'ONU en matière de concurrence, en développant plus particulièrement ses prescriptions en matière de contrôle des concentrations et de relations entre droit de la concurrence et régulation.

Au sein de l'OMC, le groupe de travail sur l'interaction du commerce international et de la politique de la concurrence, présidé par M. Jenny, vice-président du Conseil de la

concurrence, a tenu trois réunions formelles en 2000. Au cours de ces réunions, le groupe a poursuivi son travail d'inventaire sur la pertinence pour la politique de la concurrence des principes fondamentaux de l'OMC que sont le traitement national, la transparence et le traitement de la nation la plus favorisée, ainsi que sur les moyens de promouvoir la coopération entre les pays membres de cette organisation dotés ou non d'autorités de concurrence. Au total, une vingtaine de communications ont été présentées par les délégations participant à ce groupe, ce qui porte le total des communications présentées depuis sa création à 160, un chiffre particulièrement élevé par rapport aux contributions des autres groupes de travail constitués sur les thèmes de l'investissement ou de l'environnement.

b) Les principaux thèmes fédérateurs du droit et de la politique de la concurrence au plan international

Les activités de ces diverses organisations mettent en évidence plusieurs thèmes fédérateurs qui ont structuré les débats internationaux en matière de concurrence.

La contribution du droit et de la politique de la concurrence à la bonne gouvernance de la mondialisation

Aussi bien à l'OCDE qu'à l'ONU, l'adoption d'un droit de la concurrence et la mise en place d'autorités de concurrence actives pour le mettre en œuvre sont apparues comme un élément essentiel de la croissance des économies nationales, quels que soient leurs niveaux de développement, mais aussi comme des instruments importants de protection des libertés économiques des opérateurs et des consommateurs. De ce point de vue, la pratique considérée unanimement comme la plus nuisible est incontestablement celle des cartels injustifiables économiquement (« *hard core cartels* »).

A l'OCDE, les travaux du Comité du droit et de la politique de la concurrence ont intensifié les échanges entre autorités de concurrence des pays membres pour assurer la mise en œuvre d'une recommandation de 1998 sur la lutte contre les cartels internationaux, dont l'objet consiste à obtenir une augmentation conjointe des prix, à restreindre l'offre de biens et services pour la rendre plus coûteuse, voire pour en interdire purement et simplement la vente à d'autres, ainsi qu'à se répartir les marchés d'appel d'offres publics ou privés. En 2000, les travaux ont concerné cinq points qui préoccupent plus particulièrement les autorités de concurrence : le niveau des prélèvements indus occasionnés par des cartels et les autres dommages qu'ils peuvent causer à l'économie, les restrictions juridiques à la coopération internationale entre autorités de concurrence, les conditions d'une coopération optimale entre ces mêmes autorités, les meilleurs outils d'enquête et les sanctions les plus efficaces pour faire assurer le respect du droit de la concurrence par les entreprises.

A l'ONU, dans le cadre de la CNUCED, les efforts des autorités de concurrence des pays de l'OCDE, coordonnées par un rapporteur du Conseil de la concurrence, ont notamment abouti à l'adoption d'un nouveau chapitre consacré au contrôle des concentrations dans la « *Loi modèle* » préconisée par cet organisme. Ce chapitre reflète une approche équilibrée du système de contrôle des concentrations tel qu'en vigueur au sein de l'Union européenne, notamment en termes de bilan économique et concurrentiel. De même, les experts de la CNUCED ont approfondi, dans la « *Loi modèle* », les réflexions et méthodes d'analyse des abus de position dominante, en suivant plus particulièrement les principes retenus au sein de l'Union européenne.

Les conditions d'une meilleure efficacité des autorités de concurrence dans la lutte contre les atteintes des entreprises mondialisées à un ordre de liberté économique

Les efforts déployés dans les enceintes internationales, en particulier à l'OMC, visent à un but essentiel : renforcer l'état de droit international et la souveraineté nationale des États par rapport à des opérateurs économiques mondialisés qui en reconnaissent de moins en moins les limites territoriales. Ainsi, les travaux de l'OMC reposent sur l'idée que des autorités

nationales de concurrence puissantes sont indispensables au succès de la mise en place des droits de la concurrence. Par exemple, les premiers résultats des travaux au sein du groupe de travail sur le commerce et la concurrence ont abouti au constat que l'application du mécanisme de règlement des différends devrait être limitée à l'obligation des États membres de disposer d'une loi de concurrence nationale fondée sur des principes communs largement inspirés, d'ailleurs, du droit européen. Ainsi, pour garantir pleinement les effets de la libéralisation des échanges économiques dans le monde depuis la dernière décennie, le droit de la concurrence pourra permettre de réduire le pouvoir de marché des entreprises mondialisées, sans pour autant s'opposer aux dispositifs législatifs nationaux destinés à promouvoir des objectifs sociaux ou environnementaux.

Une réflexion sur le cadre le plus adapté pour assurer et élargir la coopération internationale entre les autorités de concurrence dans le monde

L'actualité quotidienne fournit des exemples d'opérations de fusion-acquisitions transnationales, tandis que l'économie mondiale est devenue le terrain d'opération de firmes mondialisées. De même, des marchés dont la dimension géographique est mondiale sont toujours l'objet d'entraves plus ou moins considérables à la liberté économique causées par des comportements anticoncurrentiels. Il s'ensuit un besoin de mieux appréhender ces comportements d'opérateurs mondialisés et de coordonner les conditions de mise en œuvre du droit de la concurrence des États. Dans certains cas extrêmes, des entreprises peuvent saisir l'opportunité de la mondialisation, non seulement pour accroître et concentrer leurs chiffres d'affaires, mais aussi pour éviter les rigueurs de la concurrence au détriment des consommateurs, dont la demande est toujours atomisée. C'est en raison de ces atteintes au bien-être du consommateur que l'Union européenne et ses États membres ont proposé d'élaborer un cadre de règles de concurrence à l'OMC. Au terme des quatre années d'activités, le groupe de travail constitué sur ce thème a fait apparaître un intérêt croissant, y compris parmi les pays en développement, pour des principes communs de droit de la concurrence fondés sur la non-discrimination et la transparence. Ces principes pourraient être assortis d'engagement par les États membres de se doter d'institutions de concurrence garantissant les droits de la défense. L'interdiction des cartels et ententes injustifiables économiquement pourrait être généralisée dans l'ensemble des droits nationaux et faire l'objet d'une prohibition internationalement reconnue.

DEUXIEME PARTIE : BILAN D'ACTIVITE

Chapitre I. - L'activité du Conseil en 2000

Avertissement : la méthode de datation des décisions et avis a changé en 2000. Alors qu'auparavant, les décisions étaient datées du jour de la séance au cours de laquelle le Conseil avait examiné l'affaire, elles sont désormais datées du jour de leur signature. Cependant, toutes les décisions examinées en séance au cours de l'année 2000 portent le numéro « 00 », même si elles ont été signées en 2001 et sont, donc, datées de cette dernière année. Leur numéro d'ordre reflète également la séance au cours de laquelle elles ont été examinées. De la sorte, les statistiques des décisions et avis portant le numéro « 00 » sont homologues de celles des années antérieures et comparables avec elles.

A. - LES SAISINES CONTENTIEUSES ET LES DEMANDES D'AVIS

En 2000, le Conseil a enregistré 109 saisines contentieuses et 35 demandes d'avis, soit au total 144 affaires entrantes.

L'ordre de grandeur du nombre de saisines est resté le même depuis l'origine du Conseil (131 entrées en 1987), les chiffres connaissant des fluctuations annuelles. L'année 2000 s'est, de ce point de vue, caractérisée par un nombre de saisines contentieuses modéré, mais par le plus grand nombre de demandes d'avis qu'ait jamais connu le Conseil : 35, contre 27 en 1999, le chiffre le plus élevé rencontré jusqu'alors étant de 29, en 1998. Si rien ne permet d'affirmer que cette variation reflète une tendance, elle n'en a pas moins des conséquences sur l'activité du Conseil : sauf à les priver de tout intérêt, les demandes d'avis doivent être traitées rapidement ; leur grand nombre ralentit donc corrélativement le traitement des affaires contentieuses ; de même, le nombre élevé de demandes de mesures conservatoires mobilise des ressources au détriment des affaires contentieuses de fond.

Le tableau suivant retrace l'évolution du nombre des saisines et des demandes d'avis depuis 1991.

Saisines ou demandes	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Contentieuses	117	109	103	113	128	115	93	135	109	109
Pour avis	12	12	24	27	19	27	27	29	27	35
Total	129	121	127	140	147	142	120	164	136	144

1. Les saisines et demandes contentieuses

a) Les saisines au fond

Le tableau ci-dessous présente le nombre et l'origine des saisines contentieuses du Conseil fondées sur l'article 11 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, devenu l'article L. 462-5 du code de commerce.

ORIGINE DES SAISINES	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Ministre chargé de l'économie	27	41	35	26	30	24	20
Saisines directes dont :	51	61	58	51	74	57	61

- Entreprises	45	51	45	38	61	44	43
- Organisations professionnelles	6	10	10	11	11	11	11
- Chambres de commerce	0	0	0	0	0	0	0
- Chambres de métiers	0	0	0	0	0	0	0
- Associations de consommateurs	0	0	2	1	1	1	3
- Collectivités territoriales	0	0	1	1	1	1	4
Saisines d'office	1	2	4	4	3	7	5
Saisines sur renvoi de la cour d'appel							
TOTAL	79	104	97	81	107	88	86

b) Les demandes de mesures conservatoires

Le Conseil a enregistré, en 2000, 23 demandes de mesures conservatoires, soit une augmentation de six par rapport à l'année 1999, année au cours de laquelle avaient été enregistrées 17 demandes. On constate ainsi que, sur moyenne période, le recours à cette faculté est de plus en plus souvent utilisé par les parties.

2. Les demandes d'avis

Trente-cinq demandes d'avis ont été adressées au Conseil :

- Trois sur le fondement de l'article L. 410-2 du code du commerce, aux termes duquel : « (...) dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison soit de situations de monopole ou des difficultés durables d'approvisionnement, soit de dispositions législatives ou réglementaires, un décret en Conseil d'Etat peut réglementer les prix après consultation du conseil de la concurrence ».
- Quatorze sur le fondement des dispositions de l'article L. 462-1 du code du commerce, aux termes desquelles : « Le Conseil peut être consulté par les commissions parlementaires sur les propositions de lois ainsi que sur toutes questions concernant la concurrence. Il donne son avis sur toute question de concurrence à la demande du gouvernement. Il peut également donner son avis sur les mêmes questions à la demande des collectivités territoriales, des organisations professionnelles et syndicales, des organisations de consommateurs agréées, des chambres d'agriculture, des chambres de métiers ou des chambres de commerces ou d'industries, en ce qui concerne les intérêts dont elles ont la charge ». Parmi ces demandes, quatre émanaient du ministre de l'économie, dix d'organisations professionnelles et une d'une collectivité territoriale.
- Cinq sur le fondement de l'article L. 462-2 du code du commerce, 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 condition de vente ».
- Quatre sur le fondement de l'article L. 462-3 du code du commerce, qui permet aux juridictions de consulter le Conseil sur des pratiques anticoncurrentielles, définies aux articles L. 420 alinéas 1 et 2 du code du commerce, relevées dans les affaires qu'elles ont à connaître.
- Six sur le fondement de l'article L. 430-1 du code du commerce ,aux termes duquel : « tout projet de concentration ou toute concentration de nature à porter atteinte à la

concurrence, notamment par création ou renforcement de position dominante peut être soumis par le ministre chargé de l'économie à l'avis du Conseil de la concurrence ».

- Deux demandes sur le fondement des articles L. 36-7 (7°) et L. 36-10 du code des postes et télécommunications par l'Autorité de régulation des télécommunications.
- Une demande d'avis a été présentée par la Commission de régulation de l'électricité.

B. - LES DELIBERATIONS 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.

Années	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Séances	64	66	68	94	100	94	101	89	83	109
Dossiers sur lesquels il a été statué :	94	90	105	121	143	124	141	139	131	142
- par une décision	83	78	85	89	123	106	115	114	109	112
- par un avis.	11	12	20	32	20	18	26	25	22	31

Il ressort de ce tableau que l'activité du Conseil s'est maintenue à un rythme soutenu. Le nombre de dossiers examiné est un des plus élevé depuis dix ans.

Les décisions contentieuses rendues par le Conseil se répartissent comme suit :

Décisions	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Irrecevabilité	13	12	7	7	7	25	19
Classement	3	12	13	15	21	17	15
Non-lieu	7	12	15	30	26	22	17
Sursis à statuer	4	5	4	3	3	6	7
Considérant comme établis des griefs notifiés	35	48	49	50	34	27	36
Relatives à des demandes de mesures conservatoires	13	17	9	8	17	12	18

a) Les décisions d'irrecevabilité

L'article L. 462-8 du code de commerce dispose que « *le Conseil de la concurrence 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* ».

Neuf décisions d'irrecevabilité ont été fondées sur le fait que les questions portées devant le Conseil de la concurrence n'entraient pas dans le champ de sa compétence, et neuf autres ont été fondées sur l'absence d'éléments probants.

Une décision a eu pour originalité de retenir l'un et l'autre de ces fondements.

b) Les décisions de classement

Les quinze décisions de classement intervenues en 2000 font suite à des retraits de saisine. La pratique du Conseil consiste à donner systématiquement acte de retrait, ce qui ne lui interdit pas de se saisir d'office des mêmes pratiques.

c) Les décisions de non-lieu à poursuivre la procédure

Les 17 décisions de non-lieu à poursuivre la procédure relèvent de deux catégories : soit le rapporteur avait proposé un non-lieu et a été suivi par le Conseil, soit des griefs avaient été notifiés, mais le Conseil a estimé que les griefs n'étaient pas fondés et, par conséquent, les pratiques dénoncées n'étaient pas condamnables.

d) Les décisions de sursis à statuer

Dans six affaires 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. Une affaire a donné lieu à une décision de sursis à statuer sur un des deux griefs notifiés, qui concernait une clause de contrat de distribution à l'égard de laquelle une procédure de renouvellement d'exemption était en cours auprès de la Commission européenne.

e) Les décisions ayant retenu des griefs

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

	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Nombre de décisions de sanctions	38	41	36	32	13	28
Nombre d'entreprises ou groupes d'entreprises sanctionnés	163	99	82	76	58	67
Montant des sanctions	478 105 500	105 044 849	161 900 500	90 073 000	60 734 210	96 018 000 ¹⁰ 1 240 018 000 ¹¹
Nombre d'organisations professionnelles sanctionnées	23	14	39	14	8	4
Montant des sanctions	3 077 000	1 272 000	2 522 500	3 002 000	670 000	400 000
Montant total des sanctions	481 182 500	106 316 849	164 423 000	93 075 000	61 404 210	1 240 418 000

Le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie est chargé du recouvrement des sanctions et de la surveillance du respect des injonctions décidées par le Conseil. Le niveau de recouvrement des sanctions prononcées est très satisfaisant (voir le rapport spécial du ministre au Conseil, en annexe 145).

f) Les décisions en cas de demande de mesures conservatoires

Le Conseil a enregistré 23 demandes de mesures conservatoires pendant l'année 2000. Cinq des saisines ont été déclarées irrecevables. S'agissant des dix-huit dossiers restants, les demandes ont été rejetées dans seize cas et des mesures ont été prononcées dans les deux

¹⁰ Sans compter le montant des sanctions prononcées par la décision n° 00-D-28 relative à la situation de la concurrence dans le secteur du crédit immobilier

¹¹ Avec les sanctions prononcées par la décision n° 00-D-28 relative à la situation de la concurrence dans le secteur du crédit immobilier

autres cas. Il n'y a pas lieu de voir dans ce dernier chiffre le signe d'une évolution de la jurisprudence du Conseil : ce dernier, en effet, ne peut prononcer de mesures conservatoires que si les conditions légales sont réunies. Le nombre des mesures conservatoires accordées dépend donc de la nature des dossiers soumis au Conseil.

C. - LES AFFAIRES EN INSTANCE

L'évolution du nombre d'affaires en instance devant le Conseil, toutes catégories confondues, traduit une tendance de long terme à l'augmentation, qui est le résultat du déséquilibre entre les entrées et les sorties. L'on observe cependant, depuis quelques années, une inflexion de cette tendance vers la stabilité : l'année 2000 a marqué de ce point de vue une inflexion, puisque le nombre d'affaires en instance a légèrement diminué. Il doit être précisé à ce sujet que certaines décisions peuvent entraîner la « *sortie de stocks* » de plusieurs numéros et, qu'au contraire, certaines saisines font l'objet de disjonctions qui débouchent sur plusieurs affaires en stock. Il ne faut donc pas rapprocher de façon trop simpliste les chiffres relatifs aux flux et les chiffres relatifs aux stocks.

Cette stabilisation ne doit pas cacher la situation préoccupante des dossiers contentieux de fond. Certes, les sorties, dans cette catégorie, ont été nettement supérieures aux entrées (112 contre 100), mais l'âge moyen, au jour de la décision, des dossiers qui n'ont pas été estimés irrecevables et qui, par conséquent, concernent des situations dignes d'être étudiées au fond, reste très élevé : environ cinq années.

Cependant, le délai de traitement des affaires est très variable. Il peut être estimé satisfaisant pour les demandes d'avis et les demandes de mesures conservatoires, généralement traitées en moins de trois mois. S'agissant des dossiers contentieux ordinaires, le délai est resté élevé.

L'amélioration de l'organisation et des méthodes du Conseil, certaines simplifications de procédure autorisées par la loi sur les nouvelles régulations économiques, ainsi qu'une adaptation des effectifs, devraient permettre une réduction progressive du délai de traitement des affaires contentieuses.

Chapitre II. – Les moyens du Conseil de la concurrence

A. - LES RESSOURCES HUMAINES

Le nombre des rapporteurs est passé de 34 à 38. Si les magistrats, les inspecteurs de la DGCCRF et les cadres administratifs supérieurs restent très largement majoritaires parmi les rapporteurs, deux économistes, un ingénieur et un spécialiste des questions financières ont été recrutés, notamment pour améliorer la capacité du Conseil à traiter les questions économiques et financières complexes. Les effectifs des personnels administratifs, désormais dirigés par une secrétaire générale, sont restés stables en 2000. Le recrutement d'un greffier judiciaire traduit le souci d'améliorer le suivi des procédures.

Les services, qui ont compté en moyenne 110 agents, dirigés par le rapporteur général, ont été en totalité composés d'agents rémunérés par le ministère de l'économie, des finances et de l'industrie sur la base d'emplois budgétaires inscrits au budget de différentes directions de ce département. Une petite partie de ces emplois, bien qu'inscrits au budget de l'administration centrale du ministère, était identifiée, par la loi de finances, comme emplois destinés au Conseil. La grande majorité de ces emplois correspondait à des agents de différentes directions mis à disposition de l'institution. Cette situation traditionnelle était peu compatible avec l'indépendance du Conseil et posait de graves problèmes de gestion, puisqu'aucun document budgétaire ne permettait de retracer les moyens humains de l'institution. Le ministre de l'économie des finances et de l'industrie a décidé d'aligner la gestion des ressources humaines du Conseil sur celle des autres autorités indépendantes. Un plan de deux ans a été arrêté, qui permettra au Conseil de rémunérer ses agents à partir de ses propres

crédits budgétaires. La première étape de ce plan est intervenue dès la préparation de la loi de finances pour 2001 : 42 emplois budgétaires sont, en 2001, inscrits au chapitre 37-05 du budget de l'économie, des finances et de l'industrie, dont la présidente du Conseil est ordonnateur principal.

B. - LE BUDGET

Le budget de fonctionnement du Conseil s'est élevé à 12 527 133 F en 2000, ce qui représente une augmentation de 0,75 % par rapport au budget de 1999 qui s'était élevé à 12 434 106 F.

Il a été marqué par une augmentation des crédits de documentation et l'ouverture des crédits nécessaires au câblage des bâtiments en vue de mettre en place un fonctionnement en réseau.

Chapitre III. - Les recours contre les décisions du Conseil de la concurrence

A. - LES ARRETS RENDUS PAR LA COUR D'APPEL DE PARIS AU COURS DE L'ANNEE 2000

Le bilan des recours devant la cour d'appel de Paris sur les décisions rendues par le Conseil au 31 décembre 2000 est le suivant :

- Décisions contentieuses du Conseil :	1 041 }	
	}	30 %
- Décisions ayant donné lieu à recours	312 }	
- Décisions sur lesquelles la cour s'est prononcée	298	
[Hors classements 1999 : 17]		
Dont :		
- confirmations pures et simples	187 }	
- confirmations au fond et réformations des sanctions ou injonctions	}	78,9 %
	48	
	}	
- réformations totales ou partielles	36	
- annulations totales ou partielles	29	

Au cours de l'année 2000, la cour d'appel de Paris a statué sur trente cinq recours exercés contre les décisions du Conseil (plusieurs recours sont parfois dirigés contre la même décision). Quatorze de ces décisions prononçaient des sanctions, cinq portaient sur des mesures conservatoires, trois déclaraient les saisines irrecevables et cinq disaient n'avoir lieu à poursuivre la procédure.

Parmi les arrêts prononcés par la cour, trois ont statué sur renvoi après cassation (4 janvier 2000, France Télécom ; 12 décembre 2000, SA EMCC Entreprise Morillon ; 12 décembre 2000, SNC Société Sogea Sud-Est) et un après une décision du Tribunal des conflits (14 mars 2000, ADP Aéroport de Paris) ; un arrêt a statué sur un sursis à statuer partiel assorti d'un non lieu (28 novembre 2000, Société centrale du prothésiste dentaire) et un sur une décision de sursis simple (4 janvier 2000, Cabinet R. Duploux) ; deux arrêts ont, enfin, statué en rectification d'erreur matérielle (14 mars 2000, Aéroport de Paris ; 21 mars 2000, SA Entreprise Chaillan Frères).

Dans 18 cas, la cour a confirmé les analyses du Conseil en rejetant les recours formés à l'encontre de ses décisions.

Dans un arrêt du 4 janvier 2000, statuant sur renvoi de la Cour de cassation, la cour a estimé que le lancement d'un nouvel annuaire par la société France Télécom, en position dominante sur le marché de l'édition des annuaires professionnels à destination des abonnés au téléphone

de la région parisienne, au même moment que le lancement de son concurrent et sur la même zone que celui-ci, n'est pas en soi un abus de position dominante.

La cour a confirmé, dans un arrêt du 15 février 2000 (SARL Ploermelaise de friction industrielle), l'analyse du Conseil selon laquelle, en l'absence de preuve directe d'une action concertée, la preuve de l'adhésion des distributeurs à une pratique d'entente initiée par un vendeur-fournisseur suppose la démonstration de la volonté d'adhérer à cette pratique en connaissance de cause.

Dans une décision du 22 février 2000 (SARL Pompes funèbres du Tardenois), la cour a confirmé le montant de la sanction infligée par le Conseil (50 000 F) à la société Pompes funèbres du Tardenois, relevant son rôle moteur dans l'organisation de l'entente, la position de faiblesse des familles par rapport aux offreurs et, enfin, l'application limitée du barème qui lui était reprochée.

Dans un arrêt du 28 mars 2000 (Société Financière Granulats), la cour d'appel a appliqué les critères classiques en matière d'ententes tacites et, confirmant l'analyse du Conseil en l'espèce, a jugé que l'entente tacite n'était pas établie, dans la mesure où la preuve de quotas de répartition n'était pas rapportée et la démonstration que *« l'identité des hausses de tarifs (...) ne résulterait pas d'un simple alignement mutuel »* n'était pas faite.

La cour a confirmé le non lieu prononcé par le Conseil, estimant que la preuve d'une entente entre entreprises soumissionnaires n'était pas rapportée (26 septembre 2000, Société Entreprise Jean Lefebvre).

Dans un arrêt du 21 novembre 2000 (TF1), la Cour a jugé que TF1 avait, en subordonnant *« par le moyen de clauses types insérées dans les contrats de coproduction, son engagement de financer les œuvres audiovisuelles à l'acceptation du producteur (...) de confier (...) l'édition (...) de l'œuvre sous forme de vidéogrammes à titre exclusif à une de ses filiales pour une durée allant jusqu'à 10 voir 15 ou 18 ans »*, mis en œuvre une entente anticoncurrentielle ayant affecté le marché de l'édition vidéographique et avait, en accordant à sa filiale des conditions tarifaires injustifiées pour la publicité télévisuelle des vidéogrammes, commis un abus de position dominante.

Dans un arrêt du 5 décembre 2000, la cour a repris les analyses du Conseil sur les offres groupées dans le domaine des marchés publics, estimant que, si elles ne sont pas anticoncurrentielles en soi, il fallait cependant qu'elles soient techniquement justifiées et qu'elles n'aient pas pour objet de réduire la concurrence ; l'effet anticoncurrentiel résulte de la pratique en elle-même, la faible part des offres présentées par le groupement (18/285) ne privant pas cette pratique d'effet restrictif de concurrence.

Les arrêts du 23 mai 2000 (EDF-Climespace), du 6 juin 2000 (Société auxiliaire d'entreprise de l'Atlantique), du 6 juin 2000 (SARL 3MCE), du 27 juin 2000 (SA Vidal) et du 12 décembre 2000 (Compagnie gazière de service et d'entretien) reprennent aussi les analyses du Conseil.

Mesures conservatoires

Statuant sur des décisions du Conseil relatives à des demandes de mesures conservatoires, la cour a confirmé les décisions d'irrecevabilité du Conseil, dans deux arrêts du 19 septembre 2000 (SA Forum Cartes et Collections) et du 3 octobre 2000 (SARL Phototelem), estimant que le réaménagement tarifaire litigieux de France Télécom n'était pas anticoncurrentiel.

La cour a énoncé, dans un arrêt du 30 mars (SA France Télécom), les conditions de régularité des mesures conservatoires prononcées par le Conseil de la concurrence, à savoir, la limitation des mesures au strict nécessaire, la clarté et la précision de leur énoncé, le caractère non subordonné à la décision d'une autorité tierce, la *« faisabilité »*. Selon la cour, les *« atteintes »*

graves et immédiates » sont notamment constituées lorsque la restriction de concurrence dénoncée intervient au moment du lancement d'une innovation technologique.

Dans un arrêt du 1^{er} septembre 2000 (Scan Coupon), la cour a rejeté, comme l'avait fait le Conseil, la demande de mesures conservatoires, estimant que la condition d'atteinte grave et immédiate à un secteur n'était pas remplie.

La cour a confirmé une décision d'irrecevabilité du Conseil, dans un arrêt du 14 novembre 2000 (SNC MK2 Tolbiac), fondée sur l'absence d'éléments probants.

Dans un arrêt du 14 novembre 2000 (Syndicat des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement), la cour a exposé qu'en matière de délégation de service public, « *le destinataire de l'offre de prix prétendument abusivement bas n'est pas le consommateur usager du service, mais la commune délégante* » et que, par conséquent, les dispositions de l'article 10-1 de l'ordonnance ne pouvaient trouver application.

A quatre reprises, la cour a confirmé, totalement ou uniquement sur le fond avec réduction de la sanction prononcée, les analyses du Conseil, après avoir sanctionné, conformément à sa jurisprudence de 1999, la présence au délibéré du rapporteur et du rapporteur général et évoqué l'affaire.

Dans un arrêt Aéroport de Paris du 8 février 2000, la cour a jugé que le refus d'Aéroport de Paris (ADP), en position dominante sur « *le marché des installations aéroportuaires destinées à l'information des passagers* », de consentir aux hôtels de la périphérie l'accès aux signalisations de l'aéroport, au profit des hôtels de la plate-forme, constitue un abus anticoncurrentiel ; la gravité de l'abus est caractérisée par le fait que l'accès aux signalisations de l'aéroport est un élément déterminant pour l'exercice de l'activité des hôtels de la zone, la constatation que la majeure partie de la clientèle des passagers de Roissy est ainsi conduite à s'adresser à l'un des six hôtels de la plate-forme. La sanction de 500 000 F, infligée par le Conseil, a été également confirmée par la cour.

Dans un arrêt du 8 février 2000 (association « L'Académie d'architecture »), la cour a considéré, comme le Conseil, que l'Académie d'architecture, bien qu'association de la loi de 1901 à but non lucratif, relevait de l'application des règles de concurrence, en raison non de sa qualité, mais de la nature économique de son activité de prestations de service, à savoir l'élaboration de la série centrale des prix, susceptible d'affecter l'activité économique du bâtiment ; la sanction de 30 000 F, infligée par le Conseil, est confirmée.

Les analyses du Conseil ont été entièrement confirmées dans un arrêt du 29 juin 2000 concernant la Ligue Nationale de Football (97-D-71).

Dans un arrêt du 18 janvier 2000, la cour d'appel, confirmant la jurisprudence constante du Conseil, évalue le dommage à l'économie en considérant le montant des marchés en cause et réfute l'argument d'absence de préjudice économique tiré du fait que les deux appels d'offres ayant donné lieu à l'échange d'informations anticoncurrentiel ont été déclarés infructueux. Elle prend en compte la situation économique de l'une des sociétés, Chaillan, qui connaît « *de graves difficultés financières* », pour réduire la sanction prononcée par le Conseil, de 70 000 à 40 000 F.

A deux reprises, la cour a confirmé sur le fond les analyses du Conseil mais a réformé les sanctions.

Dans un arrêt du 19 septembre 2000 (Syndicat des négociants détaillants en combustibles du Nord et du Pas-de-Calais), la cour a, dans un considérant de principe, délimité le cadre d'action, licite au regard du droit de la concurrence, d'une organisation professionnelle, en matière de grilles tarifaires. Confirmant sur le fond l'analyse du Conseil, mais prenant en considération la durée limitée des pratiques litigieuses et le nombre restreint des barèmes diffusés, elle a réduit le montant de la sanction de 500 000 F à 50 000 F.

La cour a encore confirmé l'analyse du Conseil, dans un arrêt du 17 octobre 2000, sur l'existence d'une entente contraire à l'article 7 de l'ordonnance, sous l'égide du Syndicat national des ambulanciers de montagne, qui avait établi un tarif unique de transport, assorti de sanctions en cas de non-respect, réservé les transports secondaires aux entreprises adhérentes et réparti entre elles ces transports ; toutefois, la cour a réduit la sanction de 65 000 à 30 000 F, compte tenu du niveau des ressources du syndicat.

La cour a prononcé deux arrêts d'irrecevabilité et un arrêt d'irrecevabilité partielle.

Par des arrêts des 4 janvier et 21 mars 2000 (SARL Boulouard Déménagements), la cour a déclaré irrecevable deux recours contre des décisions du Conseil formés par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, rappelant que les recours doivent être formés, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office, par une déclaration écrite en triple exemplaire et déposée contre récépissé au greffe de la cour d'appel, suivant les termes de l'article 2 du décret n° 87-849 du 19 octobre 1987.

La cour a prononcé un arrêt d'irrecevabilité partielle le 28 novembre 2000, dans une affaire Société centrale du prothésiste dentaire, contre une décision de sursis à statuer prononcée par le Conseil. A l'occasion de ce recours, la cour a rappelé que les décisions de sursis à statuer ne peuvent donner lieu à recours, car elles sont des mesures d'ordre interne qui concernent l'instruction d'une affaire dont le Conseil ne se dessaisit pas.

Enfin, la cour d'appel a annulé six décisions du Conseil.

Dans un arrêt du 29 février 2000 (Syndicat général du livre), la cour d'appel a énoncé le principe selon lequel, pour appliquer l'article 7 de l'ordonnance, il faut « *rechercher si l'une au moins des parties à l'entente peut être considérée comme un acteur économique ayant une activité sur le marché* ». La cour a relevé que les actions développées par les syndicats composant le Comité intersyndical du livre parisien (CILP) afin d'empêcher la société « Les meilleures éditions » de recourir aux services concurrents de l'imprimerie de laurier (n'employant pas le personnel de la presse quotidienne parisienne dont le placement est assuré en exclusivité par le CILP), ont eu pour unique but de peser sur la liberté de choix d'un contractant et résultent d'un accord de volontés entre syndicats membres du CILP. Après avoir constaté que le Conseil lui-même avait exclu que les syndicats aient exercé une activité économique sur le marché du placement des travailleurs ou sur le marché de référence, la cour a considéré qu'il n'était donc pas établi qu'« *au moins l'une des parties à l'entente pouvait être considérée comme un acteur économique exerçant une activité sur le marché* » ; par suite, l'article 7 de l'ordonnance n'était pas applicable.

Un arrêt du 14 mars 2000 a mis fin à l'affaire Aéroports de Paris, sur laquelle le Conseil de la concurrence avait statué par une décision du 2 juin 1998, confirmée par la cour d'appel dans un premier arrêt du 23 février 1999 rejetant l'exception d'incompétence soulevée par Aéroports de Paris et Air France, ainsi que le déclinatoire présenté par le préfet d'Ile-de-France.

Dans cette affaire, où TAT contestait les conditions de regroupement des activités d'Air France dans l'aérogare d'Orly-ouest et diverses mesures prises par ADP, le Conseil avait tout d'abord estimé qu'il était compétent pour connaître des pratiques qui lui étaient soumises aux motifs, d'une part, qu'elles concernaient, non la décision d'approbation du plan de regroupement des activités aériennes sur l'aéroport d'Orly prise par le directeur général de l'aviation civile, mais la concertation préalable à cette décision, menée entre ADP et les sociétés du groupe Air France et, d'autre part, que les pratiques dénoncées ne relevaient pas de la mission de service public confiée à ADP (surveillance et régulation des trafics, sécurité et police des infrastructures), mais de services de nature économique rendus par celui-ci moyennant une redevance.

Il avait estimé que le regroupement des activités d'Air France dans l'aérogare d'Orly-ouest et le transfert de plusieurs compagnies dans l'aérogare d'Orly-sud, décidés en concertation avec Air France, créait, eu égard aux capacités respectives et à la qualité différente des équipements des deux aérogares en 1994, un avantage artificiel dans la concurrence en faveur des sociétés du groupe Air France et un désavantage important pour leurs concurrentes, qu'une telle pratique était prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Par ailleurs, il a qualifié le refus d'ADP opposé à TAT d'ouvrir de nouvelles liaisons à partir de l'aérogare d'Orly-ouest, ainsi que le fait d'imposer à TAT d'utiliser les services d'ADP pour l'assistance en escale, de comportements discriminatoires, constitutifs d'un abus de position dominante.

La cour d'appel de Paris, statuant par arrêt du 23 février 1999, avait rejeté le déclinatoire de compétence déposé par le préfet d'Ile-de-France et avait sursis à statuer jusqu'à décision du Tribunal des conflits. La cour avait confirmé l'analyse du Conseil, relevant qu' *« ADP exerce une activité de services, de nature économique, telle que visées par l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, peu important au regard de ce texte, qui fait expressément entrer dans son champ d'application des activités de production, de distribution et de services émanant de personnes publiques, que le gestionnaire soit investi de prérogatives de puissance publique ou gère une partie du domaine public »*.

Dans une décision du 18 octobre 1999, le Tribunal des conflits, reprenant sa jurisprudence Datasport, a considéré que les décisions de regrouper les activités du groupe Air France à l'aérogare d'Orly-ouest et de refuser à la société TAT d'ouvrir de nouvelles lignes à partir de cette aérogare, se rattachant à la gestion du domaine public, et constituant l'usage de prérogatives de puissance publique, ne relevaient que de la compétence des juridictions administratives, aussi bien pour en apprécier la légalité que, le cas échéant, pour statuer sur la mise en jeu de la responsabilité encourue par ces personnes publiques. Il a jugé que les pratiques relevées par le Conseil étaient indissociables de ces décisions et échappaient donc à la compétence des tribunaux judiciaires. Le Tribunal a, cependant, considéré que la pratique d'ADP, contraignant TAT à recourir à ses services d'assistance en escale, était détachable de l'acte administratif par lequel il avait pris cette décision.

Par l'arrêt du 14 mars 2000, la cour d'appel de Paris, saisie sur renvoi de l'affaire, constate que le Conseil de la concurrence n'a pas distingué, dans son dispositif, les deux pratiques d'abus de position dominante reprochées à ADP et les sanctions se rapportant à chacune d'elles. Elle en conclut que l'annulation des articles 1 et 2 de la décision du Conseil par le Tribunal des conflits entraîne l'annulation de la totalité de la décision du Conseil, même au regard de la pratique ayant échappé à la censure du Tribunal des conflits. Par ailleurs, la cour constate que la procédure du Conseil a été totalement annulée par le Tribunal des conflits, qui n'a pas distingué, parmi les pièces, celles qui subsistaient et celles qui étaient annulées. *« Dès lors, la décision du Tribunal des Conflits fait obstacle à ce que la Cour se substitue au Conseil pour rechercher si l'obligation faite à la TAT d'utiliser les services d'ADP (...) est constitutive ou non d'un abus de position dominante »*.

Dans un arrêt du 17 octobre 2000 (Association syndicale coordination rurale Union départementale), la cour constate que la notification de griefs a été adressée à une association dont il n'est pas démontré qu'elle assure la continuité économique et juridique de l'association visée dans la notification de griefs et met celle-ci hors de la cause.

Par un arrêt du 12 décembre 2000 statuant en audience solennelle, sur renvoi après cassation d'un arrêt rendu par elle le 13 janvier 1998, la cour d'appel a réformé la décision 97-D-11 du Conseil qui avait sanctionné la société EMCC Entreprise Morillon pour entente. La cour a écarté des débats le procès-verbal d'audition du directeur général de cette société, pour manquement au principe de loyauté dans le recueil des preuves. Ce procès-verbal, en effet, ne

comportait aucune mention indiquant que l'objet de l'enquête avait été communiqué à la personne entendue. Plus de vingt mois s'étant écoulés depuis une procédure de visite et saisie sur le fondement de l'article 48 de l'ordonnance et l'intéressé ayant été interrogé sur de nombreux documents et marchés, la cour a estimé que la personne avait pu se méprendre sur la portée de ses déclarations.

Dans un second arrêt du 12 décembre 2000, SNC Société Sogea Sud –Est, statuant également sur renvoi après cassation, la cour a réformé les sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence, en se fondant essentiellement sur les difficultés financières rencontrées par les entreprises en cause.

Enfin, dans une décision avant-dire droit du 9 mai 2000, la cour d'appel a, pour la première fois, enjoint au Conseil de lui communiquer le procès-verbal de séance, pour apprécier la régularité formelle de celle-ci.

Les apports essentiels de la jurisprudence de la cour d'appel, au titre de l'année 2000, sont relatifs aux règles de procédure, à la compétence du Conseil, à la preuve des ententes et à l'appréciation des sanctions.

Les règles de procédure

La cour a estimé, dans un arrêt du 18 janvier 2000, qu'il importe peu que, dans le cadre d'une procédure simplifiée, le rapporteur n'ait pas annexé en photocopie à sa notification de griefs l'intégralité des pièces sur lesquelles il s'est fondé, dès lors que ces pièces sont consultables dans le dossier au bureau de la procédure.

Reprenant les principes énoncés par la Cour de cassation dans son arrêt Campenon-Bernard du 5 octobre 1999, la cour d'appel a jugé, dans un arrêt du 29 février 2000, que l'absence de publicité des débats devant le Conseil n'est pas contraire aux dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors que les décisions prises par le Conseil sont soumises au contrôle effectif *a posteriori* d'un organe judiciaire offrant toutes les garanties d'un tribunal impartial.

Dans un arrêt du 23 mai 2000, la cour s'est prononcée sur plusieurs moyens de procédure : les lettres de convocation adressées par le rapporteur n'ont pas à être jointes au dossier ; il suffit que les copies de ces lettres aient été communiquées au cours de la procédure devant la cour et aient pu être consultées par les parties ; la régularité des procès-verbaux ne peut être contestée par des tiers ; la transcription des questions dans les procès-verbaux est inutile.

L'irrégularité des procès-verbaux peut être soulevée d'office, dès lors que ce moyen est soumis au contradictoire, c'est-à-dire qu'il figure dans le rapport (6 juin 2000 Société auxiliaire d'entreprise de l'Atlantique).

L'absence de retranscription des interventions des parties ou des témoins lors de la séance ne fait pas grief, puisque les débats sont contradictoires (3 octobre 2000 SARL Phototelem).

Dans un arrêt du 21 novembre 2000 (TF1), la cour a encore précisé les points suivants :

- le fait que, conformément aux dispositions de l'ordonnance, le président du Conseil ait adressé au directeur général de la concurrence une demande d'enquête ne permet pas de mettre en doute que le rapporteur est bien l'auteur de la note d'orientation jointe à la demande d'enquête ; cette procédure n'est donc pas contraire à la séparation des fonctions d'instruction et de jugement ;
- la notification de griefs est authentifiée par la mention du nom du rapporteur qui en est le rédacteur et par sa date de communication ;
- la transmission de la notification de griefs par la présidente du Conseil est purement formelle et n'est donc pas contraire à la séparation des fonctions d'instruction et de jugement ;

- les documents écrits ou les notes sur lesquels le rapporteur et le rapporteur général s'appuient pour présenter leur rapport oral n'ont pas à être communiqués préalablement aux débats ;
- le fait que la date de la décision du Conseil soit celle des débats ne suffit pas à entacher cette décision de nullité, rien ne permettant de démontrer que la décision était acquise avant la séance ;
- le Conseil peut motiver sa décision sur des pièces du dossier ne figurant pas en annexe au rapport.

La compétence du Conseil : l'article 53 de l'ordonnance (article L. 410-1 du code de commerce)

La cour d'appel a estimé que :

- la mise à disposition de moyens de signalisation à proximité d'un aéroport constitue une activité économique ne relevant pas d'une prérogative de puissance publique ; c'est « *une activité de prestation de service à laquelle l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 s'applique* » (8 février 2000, Aéroports de Paris) ;
- lorsqu'une organisation syndicale se livre à une activité économique distincte de sa mission première de défense des intérêts de ses adhérents, l'ordonnance de 1986 s'applique aux pratiques mises en œuvre dans le cadre de cette activité économique (29 février 2000, Syndicat général du livre et de la communication écrite) ;
- le Conseil ne peut connaître que des seules pratiques commerciales détachables de la légalité d'un acte administratif ; (...) en effet, « *la mise en œuvre d'une prérogative de puissance publique, par les personnes publiques, dans le cadre de leur mission, ne relève pas de cette ordonnance* » ; l'attribution d'une concession d'occupation du domaine public ne constitue pas une activité de production, de distribution ou de service, au sens de l'article 53 (6 juin 2000 Société auxiliaire d'entreprise de l'Atlantique).

La preuve des ententes

Dans un arrêt du 15 février 2000, SARL Ploermelaise de friction industrielle, la cour a jugé que pour caractériser une entente, et non une simple pratique unilatérale, il faut démontrer « *le consentement, ou la volonté de mise en œuvre d'une pratique anticoncurrentielle constitutive d'une entente* », qui ne se présume pas. En application de ce principe, elle a considéré que la transmission par un fournisseur à un de ses distributeurs de notes confidentielles afférentes à un produit concurrent et concluant à la dangerosité de ce produit, est insuffisante pour établir l'existence d'un accord de volontés visant à éliminer ce produit entre les deux sociétés. Par ailleurs, le fait, pour un revendeur, de bénéficier de la part de son fournisseur de conditions de vente plus favorables que celles qui sont faites à ses concurrents, alors que les conditions de vente octroyées à ces concurrents ne sont pas connues de lui, ne permet pas de démontrer l'adhésion, en connaissance de cause, de ce revendeur, à un processus concerté de distribution à finalité discriminatoire.

L'appréciation des sanctions

Le fait que l'entreprise ait pris des mesures internes nécessaires à la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles est sans effet sur la modulation des sanctions, s'agissant d'un comportement contraire aux règles de concurrence, qui sont d'ordre public (5 décembre 2000 SA Entreprise industrielle).

Dans un arrêt du 12 décembre 2000 (SNC Société Sogea Sud-Est), la cour a énoncé les critères d'appréciation de la gravité des pratiques anticoncurrentielles en matière de travaux publics ; s'agissant du dommage à l'économie, « *ces pratiques anticoncurrentielles (...) sont*

répréhensibles du seul fait de leur existence, en ce qu'elles constituent une tromperie sur la réalité de la concurrence ».

B. - LES ARRETS DE LA COUR DE CASSATION

En 2000, la Cour de cassation a rendu neuf arrêts sur des pourvois formés contre des arrêts de la cour d'appel de Paris statuant sur des recours contre des décisions du Conseil.

Arrêts relatifs à des mesures conservatoires

Dans un arrêt du 18 avril 2000 (NC Numéricâble), la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris, le 15 mars 1999, sur recours contre la décision du Conseil n° 99-MC-01 du 12 janvier 1999. Le Conseil, dont la décision avait été confirmée par la cour, avait jugé que l'augmentation excessive de la redevance exigée par France Télécom de la société NC NumériCâble pour transporter ses signaux audiovisuels sur son réseau câblé pouvait constituer un abus de position dominante ou une exploitation abusive d'un état de dépendance économique et avait enjoint à France Télécom de maintenir, à titre conservatoire, le transport des signaux audiovisuels de NC Numéricâble moyennant le versement d'une provision égale à l'ancienne redevance.

La Cour de cassation considère que le Conseil pouvait prononcer ces mesures qui avaient pour objet, non pas la fixation des tarifs applicables entre les parties, mais la prévention d'un risque d'exploitation abusive d'un état de dépendance économique, la société Numéricâble étant dans une situation de dépendance par rapport à la société France Télécom ; par ailleurs, la Cour formule un attendu de principe sur la nature du contrôle de recevabilité effectué par le Conseil sur les demandes de mesures conservatoires, semblant le restreindre à un contrôle minimum : *« des mesures conservatoires peuvent être décidées, sur le fondement de l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, par le Conseil de la concurrence, dans les limites de ce qui est justifié par l'urgence, en cas d'atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante, même sans constatation préalable de pratiques manifestement illicites au regard des articles 7, 8 ou 10-1 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, dès lors que les faits dénoncés, et visés par l'instruction dans la procédure au fond, sont suffisamment caractérisés pour être tenus comme la cause directe et certaine de l'atteinte relevée »*. Cette jurisprudence semble infirmer celle de la cour d'appel qui, traditionnellement, subordonne les mesures conservatoires à la constatation de faits manifestement illicites, constitutifs de pratiques prohibées par les articles 7 et 8 de l'ordonnance, auxquels il convient de mettre fin sans délai pour prévenir ou faire cesser un préjudice grave et certain¹². Pour la Cour de cassation, une apparence d'illicéité de la pratique semble suffire, l'essentiel étant de démontrer le lien de causalité entre cette pratique et l'atteinte relevée.

Par ailleurs, la détermination de l'imminence et de la gravité de l'atteinte relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. La Cour de cassation se refuse donc à la contrôler, ainsi qu'elle l'a aussi rappelé dans un autre arrêt du 18 avril 2000, concernant une affaire Planète Câble.

Dans un arrêt du 3 mai 2000, s'agissant du renouvellement de délégations de service public de la distribution de l'eau dans plusieurs communes, la Cour de cassation a estimé que les éléments de faits relevés par les juges d'appel, à savoir : la nature et l'objet des marchés qui portaient sur la fourniture de l'eau, la nécessité pour les concurrents de Suez-Lyonnaise des Eaux (SLE) de disposer, de la part de cette société gérant les ressources en eau potable, du prix de vente en gros de l'eau, afin d'établir leurs offres et, enfin, le fait que des candidats potentiels aient été dissuadés de concourir à la suite de ce défaut de communication du prix de l'eau, étaient suffisants pour justifier la décision de la cour d'appel de prononcer, à titre de

¹² 29 juin 1998, Suez- Lyonnaise des Eaux

mesure conservatoire, une injonction à l'égard de la SLE de fournir à ses concurrents le prix de vente en gros de l'eau.

Jurisprudence relative à la procédure

Dans un arrêt du 16 mai 2000, la Cour de cassation a cassé un arrêt de la cour d'appel de Paris du 25 février 1999, qui avait annulé une décision du Conseil de la concurrence décidant d'octroyer des mesures conservatoires. La cour d'appel avait écarté des débats les documents obtenus à la suite d'une demande de renseignements signée par la présidente du Conseil, sans prendre en considération le caractère purement administratif de la lettre de transmission de la présidente et sans rechercher si la note jointe à cette lettre « *n'était pas imputable au rapporteur désigné, même en l'absence de mentions l'identifiant expressément comme son auteur* ».

Dans un arrêt du 7 mars 2000 (Pont-à-Mousson), la Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence de décembre 1999, selon laquelle le président du Tribunal de grande instance ne peut statuer sur la régularité des opérations de perquisition et de saisie après que celles-ci ont pris fin, ce contentieux relevant désormais du juge du fond.

Concernant la compétence du Conseil de la concurrence à l'égard des actes des personnes publiques, la Cour de cassation a rendu, le 16 mai 2000, un arrêt de principe à propos de redevances d'occupation du domaine public exigées par la société Semmaris de la part des entreprises gérant des distributeurs de boissons sur l'emprise du marché d'intérêt national de Rungis. Ces actes ne relèvent pas de la compétence du Conseil si les deux critères suivants sont cumulativement remplis : « *les décisions par lesquelles les personnes publiques ou les personnes privées chargées d'un service public exercent la mission qui leur est confiée et mettent en œuvre des prérogatives de puissance publique et qui peuvent constituer des actes de production, de distribution et de service au sens de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 entrant dans son champ d'application, ne relèvent pas de la compétence du Conseil de la concurrence* » ; si seul un de ces critères est rempli, le Conseil demeure compétent : « (...) *il en est autrement lorsque ces organismes interviennent par leurs décisions hors de cette mission ou ne mettent en œuvre aucune prérogative de puissance publique* ».

Dans un autre arrêt du même jour (Ordre national des pharmaciens), la Cour a appliqué ces principes : en diffusant un communiqué interdisant aux professionnels le portage des médicaments à domicile et en faisant une interprétation inexacte du code de la santé publique, le Conseil central de l'Ordre national des pharmaciens ne « *manifestait pas l'exercice d'une prérogative de puissance publique, sortait de la mission de service public qui lui est conférée en tant qu'ordre professionnel et constituait une intervention sur le marché du portage de médicaments à domicile* » ; ses agissements relevaient donc de la compétence du Conseil déterminée par l'article 53 de l'ordonnance.

Dans un arrêt du 21 mars 2000, la Cour a cassé un arrêt de la cour d'appel en date du 13 janvier 1998 réformant la décision du Conseil n° 97-D-11 du 25 février 1997, en ce qu'elle a retenu que les sociétés EMCC et Quillery s'étaient entendues sur quatre marchés d'aménagement des berges de la Seine sur la base d'une déclaration du directeur général de la société EMCC, qui ne satisfaisait pas à l'obligation de loyauté dans la recherche des preuves. Le procès-verbal en cause ne comportait ni la mention de l'objet du contrôle ni l'indication que celui-ci avait été indiqué à l'intéressé. La cour d'appel avait retenu que celui-ci avait été entendu sur d'autres marchés que les marchés relatifs aux travaux d'aménagement des berges de la Seine et qu'il pouvait donc légitimement se méprendre sur la portée de ses déclarations. La Cour relève « *qu'en statuant ainsi, alors que l'article 47 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ne fait pas obligation aux enquêteurs de délimiter le marché ou les marchés, au sens de*

l'article 7 de cette ordonnance, sur lesquels ils font porter leurs investigations, la cour d'appel a violé les textes susvisés »¹³.

Jurisprudence relative au fond

L'autre intérêt de l'arrêt, précité, du 16 mai 2000, relatif à l'Ordre national des pharmaciens, est d'affirmer explicitement que l'accord de volonté des membres d'un ordre professionnel ou d'un syndicat auteur d'une pratique anticoncurrentielle est présumé : *« un ordre professionnel représente la collectivité de ses membres et une pratique susceptible d'avoir un objet ou un effet anticoncurrentiel mise en œuvre par un tel organisme révèle nécessairement une entente, au sens de l'article 7 de l'ordonnance entre ses membres ».*

La Cour de cassation a entièrement validé l'analyse de la cour d'appel qui, elle-même, avait confirmé l'analyse du Conseil dans un arrêt du 30 mai 2000 (Canal Plus) relatif aux droits de diffusion audiovisuelle.

La Cour de cassation, par un arrêt du 24 octobre 2000 rejetant un pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel du 10 mars 1998, a, au sujet de la politique commerciale de la société Philips, formulé des attendus de principe sur les pratiques de ristournes, de rémunérations de services spécifiques et de primes de référencement :

« l'octroi de ristournes ou de remises différées n'est pas restrictif de concurrence lorsque le principe et le montant de ces avantages sont acquis de manière certaine dès le franchissement des seuils quantitatifs qui en déterminent l'attribution, et lorsque tous les distributeurs peuvent sans aléas ni restrictions, en répercuter le montant sur leurs prix de vente » ; en l'espèce, la cour d'appel avait vérifié que la société avait fixé des *« seuils raisonnables »* et qu'elle n'avait pas pratiqué de disparités de traitement entre distributeurs.

Les conditions de validité, au regard du droit de la concurrence, des rémunérations pour services spécifiques sont les suivantes : le barème n'est pas obligatoire ; les rémunérations ont une contrepartie réelle ; les taux et les modalités d'octroi de ces rémunérations sont objectivement fixés ; il n'y a pas de discrimination dans les taux de remise octroyés ; la fixation autonome de la rémunération de ces services est justifiée par leur caractère spécifique et ne constitue pas *« une pratique d'imposition de marge prohibée par l'article 7 (...), dès lors qu'établissant eux-mêmes la facturation desdits services, les distributeurs en connaissent nécessairement les éléments et peuvent les prendre en compte pour déterminer leur prix plancher ».*

S'agissant des primes de référencement, il appartient au vendeur de justifier de leur licéité ; la Cour de cassation a estimé que la cour d'appel avait légalement justifié sa décision *« en déduisant que ces remises (de référencement) ne présentent pas de caractère anticoncurrentiel dès lors qu'elles sont assorties pour le fournisseur d'une contrepartie réelle et objectivement définie ».*

¹³ La cour d'appel, statuant le 12 décembre 2000 sur renvoi après cassation, a à nouveau écarté le procès-verbal litigieux, au motif que les déclarations avaient été recueillies vingt mois après une procédure de saisie de documents basée sur l'article 48 et que, de surcroît, elles portaient sur de nombreux marchés qui ne faisaient pas partie de l'objet de l'enquête, de sorte que la personne entendue avait pu se méprendre sur l'objet de son audition

TROISIEME PARTIE : ETUDES THEMATIQUES

Les décisions et avis rendus par le Conseil en 2000 ont tranché ou éclairé un grand nombre de points de droit qui sont résumés dans les quatrième et cinquième parties du présent rapport, intitulées *Analyse de jurisprudence* et *Avis*. Les études qui suivent ne reprennent qu'une partie des questions ainsi abordées : il s'agit de sujets qui ont semblé suffisamment importants ou nouveaux pour justifier une présentation plus approfondie, qui prend la forme d'une réflexion fondée sur le rapprochement entre plusieurs décisions ou avis relatifs au même thème, même s'ils ne se rapportent pas tous à l'année 2000. Ces réflexions suscitent, dans certains cas, des interrogations ou des hypothèses que le Conseil a cru utile de porter à la connaissance du lecteur ; cette démarche ne préjuge évidemment en rien de ce que pourrait être sa position s'il avait à se prononcer à la suite d'une procédure contradictoire.

1. Les cartels injustifiables : problèmes de preuve, de qualification et de mesure du dommage à l'économie

Parmi les décisions adoptées par le Conseil en l'an 2000 et ayant concerné des ententes horizontales sur les quantités ou sur les prix ou des ententes ayant des effets équivalents, un certain nombre ont visé ce qui sera appelé ici, par référence à la terminologie de l'OCDE, des « *cartels injustifiables* », c'est-à-dire des ententes qui ont un caractère caché durable, qui couvrent la totalité ou la quasi-totalité d'un marché et qui portent sur les prix, les quantités livrées ou une répartition de la clientèle. Les affaires en question s'opposent à celles qui sont relatives à des ententes organisées en vue de répondre à des appels d'offres, lesquelles ont, au moins pour ce que l'on peut en juger au travers des dossiers examinés, un caractère plus ponctuel et ne réunissent le plus souvent qu'une partie des opérateurs. Lorsqu'ils fonctionnent à la satisfaction de leurs initiateurs, les « *cartels injustifiables* » peuvent provoquer des dommages redoutables à l'économie : le marché, malgré la pluralité des opérateurs qui y sont actifs, fonctionne alors comme s'il existait un véritable monopole, les prix étant fixés en commun à un niveau supérieur à ce que serait le prix résultant d'une concurrence par les mérites. La théorie économique démontre que de telles situations ont deux conséquences : un transfert de richesse des clients vers les producteurs engagés dans le cartel et une perte globale de richesse pour l'économie. La lutte contre ces cartels constitue donc, pour les autorités de la concurrence, une priorité, ce qui explique, notamment, un certain nombre d'actions menées au niveau international et qui sont examinées par ailleurs : elle justifie aussi les initiatives visant à mieux coordonner l'action des autorités de concurrence en la matière et la réforme du droit communautaire de la concurrence qui vise, en particulier, à permettre à la Commission de consacrer davantage de ressources à la lutte contre les cartels.

Les affaires traitées par le Conseil cette année ont à la fois mis en évidence la gravité des pratiques qui se maintiennent dans l'économie et un certain nombre de difficultés propres à cet aspect de la répression des pratiques anticoncurrentielles. Trois d'entre elles illustrent particulièrement ces différents points : la décision n° 00-D-14¹⁴ relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des briques plâtrières dans le grand Ouest de la France, la décision n° 00-D-28¹⁵ relative à la situation de la concurrence dans le secteur du crédit immobilier et la décision n° 00-D-39¹⁶ relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de la production et de la distribution des produits en béton préfabriqués. La première et la troisième

¹⁴ Annexe n° 21

¹⁵ Annexe n° 25 (décision qui a fait l'objet d'un recours)

¹⁶ Annexe n° 46 (décision qui a fait l'objet d'un recours)

concernaient des ententes à caractère régional, tandis que la deuxième était relative à une entente nationale.

a) *L'affaire ayant donné lieu à la décision n° 00-D-14¹⁷ relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des briques plâtrières dans le grand Ouest de la France*

La brique plâtrière est un produit traditionnel qui sert à la confection de cloisons, de doublage de cloisons et de plafonds, dont l'utilisation est en recul car, à la différence d'autres matériaux, elle exige, pour sa pose, une main d'œuvre qualifiée. Dans le grand Ouest de la France, l'essentiel de la commercialisation de ce produit était assuré, à l'époque des faits, par la société SIBO, société commune de commercialisation créée par quatre fabricants de la région. Chaque adhérent avait signé un contrat d'exclusivité avec la SIBO qui prévoyait la fixation d'un quota d'achats et un prix d'achat uniforme de la SIBO, pour chacune des productions vendues par les adhérents. Ceux-ci, au cas où ils auraient quitté l'entreprise commune, n'auraient pas eu le droit de s'adresser aux clients de la SIBO, ce qui rendait improbable leur maintien sur le marché, dès lors que la SIBO fournissait les principaux distributeurs de la zone.

La création d'une entreprise commune, selon une jurisprudence constante, n'est pas anticoncurrentielle en elle-même et une telle pratique n'est généralement pas présentée comme un « *cartel sur les prix* ». Mais, en l'espèce, il apparaissait que la création de la SIBO, compte tenu des contrats souscrits, aboutissait exactement au même résultat qu'un cartel : le marché était partagé entre les fabricants, assurés de conserver leur part de marché initiale, et les prix étaient fixés d'un commun accord, les clients n'ayant aucune possibilité de faire jouer la concurrence puisque, en dehors de quelques zones, aucun fabricant non adhérent à la SIBO n'était présent.

Certes, la situation présentait une différence importante par rapport à un cartel classique : l'entreprise commune de commercialisation offrait la possibilité de réaliser des économies d'échelle et, donc, d'abaisser les coûts, ce qui pouvait apparaître utile pour défendre un produit en relatif déclin. Mais le Conseil a répondu à cette objection en remarquant, d'une part, qu'aucun lien n'avait été démontré entre les clauses anticoncurrentielles des contrats et les éventuels avantages économiques de l'entreprise commune, laquelle, en effet, aurait pu engendrer des économies de coûts sans pour autant fixer des quotas d'achat ou des prix uniformes ; d'autre part, loin d'avoir constitué une stratégie défensive de la part d'un secteur en déclin, la pratique avait permis, malgré la baisse de la demande, une hausse des prix continue, d'environ 4,5 % par an entre 1990 et 1998.

Un tel cartel, évidemment, ne peut survivre que si aucun nouvel entrant ne vient pratiquer des prix plus bas et lui prendre des parts de marché. Or, la même décision établit que la SIBO, en position dominante sur son marché, en pratiquant des baisses de prix géographiquement ciblées, s'est livrée à des pratiques qui avaient pour objet d'évincer du marché un fabricant qui tentait de se développer.

Cette affaire illustre la variété des formes que peut prendre une entente visant à la répartition des marchés et à la hausse de prix ; elle illustre le caractère artificiel et élevé du niveau des prix en cas d'entente horizontale, le prix pouvant, par exemple, augmenter alors que la demande baisse et que la productivité s'améliore. Elle rappelle, enfin, la fragilité inhérente à toute entente horizontale, à la merci d'un concurrent qui refuse les règles du jeu. Sur ces bases, le Conseil a infligé aux entreprises auteurs des pratiques, un montant total d'amendes de plus de 3 millions de francs.

¹⁷ Annexe n° 21

b) *L'affaire ayant donné lieu à la décision n° 00-D-28¹⁸ relative à la situation de la concurrence dans le secteur du crédit immobilier*

Cette affaire est exemplaire à plusieurs titres : l'importance des entreprises en cause, plusieurs des plus grandes banques françaises, le montant élevé des sanctions (en tout, près de 1,2 milliard de francs), la difficulté, qui reste heureusement surmontable, d'apporter la preuve d'ententes secrètes. Enfin, il convient de souligner que la procédure a été ouverte par une saisine d'office du Conseil, qui avait été alerté par des allusions de la presse aux pratiques en cause.

Les particuliers qui s'endettent pour acheter un bien immobilier peuvent contracter un crédit à taux fixe, pratique qui était encore largement répandue à l'époque des faits : de la sorte, compte tenu du temps nécessaire au remboursement de sommes importantes, les emprunteurs s'engagent vis-à-vis des banques dans une relation contractuelle de longue durée. Néanmoins, le législateur a prévu, à l'article L. 312-21 du code de la consommation, la possibilité de remboursement anticipé sous réserve, le cas échéant, d'une pénalité qui est plafonnée. Il en résulte, notamment, que, si les taux d'intérêt du marché viennent à baisser, l'emprunteur peut contracter un nouvel emprunt à des conditions plus avantageuses, de façon à rembourser le précédent par anticipation ; le même résultat peut être atteint si la banque accepte de renégocier le contrat initial. Dans ce dernier cas, les relations de la banque avec son client sont soumises à une pression concurrentielle : en cas de refus de renégociation, le client peut chercher à obtenir d'un autre établissement un emprunt à taux plus bas lui permettant de rembourser ce qui reste à courir du contrat initial.

En 1993, les taux d'intérêt ont connu une forte baisse, alors qu'ils avaient atteint des niveaux élevés quelques années auparavant ; en conséquence, un grand nombre de contrats de prêts immobiliers en cours étaient susceptibles d'une renégociation. La pratique mise à jour et condamnée par la décision n° 00-D-28 a consisté, pour les principales banques de la place, à s'entendre pour refuser de proposer un nouveau crédit aux clients ayant contracté un emprunt immobilier auprès des autres banques parties à l'entente : cette entente a été qualifiée par les intéressés eux-mêmes de « *pacte de non-agression* ». L'un des principaux enseignements de cette affaire est que le Conseil a considéré qu'une telle entente était l'homologue d'une entente horizontale sur les prix. En effet, ne disposant plus de la possibilité de faire pression sur leur banque en la menaçant d'aller chercher un emprunt ailleurs, les clients dépendaient totalement du bon vouloir de leur prêteur en ce qui concerne leurs perspectives de voir leurs conditions de crédits renégociées. Une telle situation, dans laquelle le prix d'un service (ici, le montant des intérêts) ne peut pas être discuté par le client, faute pour lui de pouvoir faire jouer la concurrence parce que les opérateurs se sont entendus pour adopter une attitude commune, est, en effet, tout à fait comparable à celle qui prévaut dans le cas d'une entente sur les prix. La pratique était donc contraire au droit de la concurrence.

Les banques ont cependant cherché à faire prévaloir l'idée d'une spécificité du marché en cause. En l'absence d'une telle entente, tous les établissements auraient été entraînés à proposer des baisses de taux, entraînant une dégradation de leur propre situation ; cette « *spirale* » aurait pu aboutir à une crise financière. A l'appui de cette thèse, les banques rappelaient les recommandations de prudence émanant de leurs autorités régulatrices, par exemple, la lettre adressée le 18 juillet 1995 par le gouverneur de la Banque de France au président de l'Association des établissements de crédit, qui appelait la profession à « *une discipline individuelle pleinement respectueuse des règles de bonne gestion qui s'attachent normalement à la distribution du crédit* ». Mais, précisément, cette lettre parlait d'une discipline individuelle. Dans la situation qui prévalait en 1993, il appartenait donc à chaque

¹⁸ Annexe n° 35 (décision qui a fait l'objet d'un recours)

banque de ne pas consentir à ses propres clients ou à ceux de ses concurrents des taux d'intérêt mettant sa situation financière en péril ; comme toute entreprise sur un marché concurrentiel, la banque devait rechercher un équilibre entre l'avantage d'attirer de nouveaux clients et le risque qu'elle prendrait en le faisant à des conditions trop laxistes.

Une autre particularité du marché était invoquée : l'attachement des clients à leur banque ; dans ces conditions, la banque tierce qui consentait un taux bas risquait de voir le client se retourner vers sa banque d'origine en lui demandant des conditions identiques. Mais la faculté pour un client de s'adresser à plusieurs fournisseurs pour comparer leurs offres et de s'en prévaloir auprès de son fournisseur habituel pour obtenir des conditions plus avantageuses est précisément ce que le consommateur attend d'un marché concurrentiel.

L'affaire présentait également un intérêt certain quant au mode d'administration de la preuve. L'entente était nationale, mais aucune preuve directe d'une réunion ou d'engagements écrits des dirigeants nationaux des réseaux impliqués n'avait pu être trouvée. En revanche, de très nombreux indices avaient été rassemblés, surtout au niveau local ; en effet, pour fonctionner, une entente de ce type suppose, d'une part, une large information du personnel commercial et des agences et, d'autre part, et surtout, comme dans toute entente, un système de surveillance du respect de la « *règle du jeu* » par tous les participants, afin d'éviter qu'un « *tricheur* » n'attire la clientèle des autres en proposant des renégociations à des conditions avantageuses. Ce système doit être complété, au minimum, par un mécanisme d'intervention destiné à faire rentrer dans l'ordre les récalcitrants. La complexité du dispositif était accrue par le fait que plusieurs des réseaux en cause (ceux du Crédit agricole, du Crédit mutuel et des caisses d'épargne) sont décentralisés, c'est-à-dire que les organismes locaux ont le statut de banques et sont coordonnés par des organismes nationaux.

Or, de très nombreux indices ont été trouvés, souvent dans des régions très éloignées, qui traduisaient la mise en œuvre sur le terrain des différents éléments de ce dispositif national :

- de nombreuses allusions écrites ou orales de la part de responsables locaux à l'existence d'un accord national ;
- des instructions de ne pas chercher à démarcher la clientèle de réseaux nommément désignés ;
- des preuves de ce que les agences refusaient effectivement d'engager des négociations avec des clients d'autres banques sans même prévoir d'exceptions pour les clients qu'il était commercialement intéressant d'attirer, attitude dont le Conseil a relevé qu'elle n'est rationnelle que s'il existe une forte probabilité que les concurrents adoptent la même ;
- une remontée systématique des informations sur le comportement des autres réseaux vers les sièges était organisée, dans des conditions dépassant ce que l'on pourrait attendre d'une simple surveillance des marchés ;
- le fait que les négociations entreprises avec des clients d'autres banques étaient considérées comme la rupture d'un engagement préalable ;
- l'existence de contacts entre réseaux lorsqu'une renégociation était malgré tout engagée avec le client d'une autre banque ;
- le fait que l'accord de non-agression était invoqué face aux clients pour justifier la résistance des banques à renégocier.

C'est donc la technique du faisceau d'indices graves, précis et concordants qui a été utilisée par le Conseil. Celui-ci s'est cependant trouvé face à une difficulté : pris dans leur ensemble, les indices le persuadaient de l'existence d'une entente nationale, mais encore fallait-il établir, sur la base de ces indices disparates, la participation à l'entente de chacun des réseaux, dans ses branches locales comme dans son organisation nationale. Le Conseil a donc recouru une

seconde fois à la technique du faisceau d'indices, en distinguant les réseaux centralisés des autres, pour lesquels il a vérifié si telle branche locale avait été impliquée, puis si les organismes centraux l'avaient été également.

La question de l'effet réel des pratiques revêtait, enfin, une importance particulière : d'une part, les banques discutaient l'effet sensible de l'entente dans la mesure où des renégociations de prêts avaient malgré tout eu lieu au cours de la période ; d'autre part, le Conseil devait, pour une affaire présentant un caractère de nouveauté puisque le secteur bancaire n'avait encore fait l'objet d'aucune décision, se donner les moyens d'évaluer le dommage à l'économie en vue de fonder le montant des sanctions infligées. Le Conseil a donc relevé, en s'appuyant sur des études objectives et non contestées, que le montant des crédits immobiliers « éligibles » à la renégociation, compte tenu du taux élevé en vigueur à la date de conclusion des contrats, s'élevait à environ 600 milliards de francs, dont 65 % environ attribuable aux réseaux parties à l'entente, soit 400 milliards de francs. Or, les réaménagements de contrats n'avaient porté que sur 29,6 milliards et les renégociations sur 36,7 milliards. Ces modifications de taux intervenues en cours de contrat avaient cependant permis à leurs bénéficiaires d'alléger leur charge d'intérêt sur dix ans de 3 milliards de francs. Ces chiffres donnent une idée des ordres de grandeur affectés, même s'il n'était pas possible d'affirmer qu'en l'absence des pratiques relevées, la totalité des crédits « éligibles » auraient été renégociés.

L'affaire soulevait, par ailleurs, deux questions techniques propres au secteur bancaire. D'une part, l'article 89 de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 prévoit que, lorsque des entreprises de ce secteur sont en cause, la notification de griefs doit être communiquée à la Commission bancaire et que, dans l'hypothèse où le Conseil prononce une sanction à l'issue de la procédure, il indique, le cas échéant, les raisons pour lesquelles il s'écarte de l'avis de la Commission bancaire. La Commission avait rendu au Conseil un avis dans lequel elle indiquait ne pas avoir d'éléments d'informations sur l'accord national reproché aux banques et ne pas avoir constaté une limitation de concurrence dans le domaine concerné ; à l'appui de cette dernière affirmation, la Commission citait notamment l'érosion des marges des banques au cours de la période considérée. Le Conseil a justifié son appréciation différente en relevant que le fait que la concurrence se soit exercée en ce qui concerne les prêts nouveaux n'empêchait pas la pratique relative à la renégociation de prêts anciens d'avoir existé et que les difficultés financières rencontrées ne justifiaient pas la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles.

D'autre part, le plafond des sanctions qui s'impose au Conseil est de 5 % du chiffre d'affaires. Les banques faisaient valoir qu'il n'existe pas de chiffre d'affaires à proprement parler dans ce secteur ; elles proposaient, en conséquence, de remplacer cette notion par celle de « *produit net bancaire* ». Le Conseil a, cependant, relevé que certains établissements avaient fourni un chiffre d'affaires. Pour les autres, il a considéré que le produit net bancaire, net des principales charges, ne saurait être considéré comme l'homologue du chiffre d'affaires, mais qu'il existe un « *produit brut bancaire* », défini déjà par le règlement communautaire n° 4064/89 relatif au contrôle des concentrations, qui constitue en tout état de cause une grandeur comptable intermédiaire nécessaire au calcul du produit net bancaire et dont toutes les banques disposent.

Cette affaire a, enfin, donné l'occasion au Conseil de rappeler que le secteur bancaire est bien soumis au droit de la concurrence.

c) L'affaire ayant donné lieu à la décision n° 00-D-39¹⁹ relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de la production et de la distribution des produits en béton préfabriqués

Les produits en béton préfabriqués, dont les plus connus sont les parpaings et les hourdis, et dont l'achat représente entre 5 et 10 % du coût d'un bâtiment neuf, sont fabriqués dans des usines dont la production est vendue dans un périmètre restreint, compte tenu de leur caractère pondéreux, ce qui conduit à déterminer des marchés géographiques régionaux ; sept marchés, situés dans la vallée du Rhône et les régions avoisinantes, étaient concernés par l'affaire. Trente-deux fabricants étaient actifs dans l'un ou l'autre des marchés concernés ; malgré une tendance à la concentration, des centaines de négociants intervenaient comme intermédiaires.

A partir de 1986, dans une première zone comprenant les départements de la Drôme, de l'Ardèche, du Vaucluse, du Gard, de l'Hérault et le Nord des Bouches-du-Rhône, une série de pratiques anormales se développe : création par cinq fabricants d'un organisme commun de commercialisation ayant vocation à alimenter le marché du Vaucluse et dont il est décidé qu'il sera alimenté par chacun des cinq fondateurs au prorata de leur part de marché des trois années précédentes ; fixation, entre plusieurs fabricants, de quotas de vente dans plusieurs villes du Gard et de l'Hérault ; au premier semestre 1991, alors que le marché entre en récession, intervention à des dates rapprochées de hausses de prix comparables de la part de tous les fabricants (la première sera de l'ordre de + 35 %), dont l'instruction montrera, au moins pour certaines zones, qu'elles ont été organisées entre eux de façon concertée. Immédiatement après les premières hausses, les négociants de la basse vallée du Rhône se sont concertés, tantôt entre eux, tantôt avec les fabricants, et sont parvenus à établir en commun un tarif de revente minimum.

Après ces premiers événements, en juillet 1991, des hausses de prix simultanées sont annoncées par les fabricants actifs à l'est des Bouches-du-Rhône, dont les tarifs se sont trouvés harmonisés à partir de cette date. L'instruction n'a pas, à cet égard, permis d'établir l'existence de pratiques concertées : en effet, l'hypothèse que les hausses intervenues dans cette zone aient été le fruit d'un processus d'alignement parallèle sur les prix élevés apparus dans la première zone ne pouvait pas être écartée ; il n'a pas davantage pu être établi que les hausses très voisines intervenues peu après dans les tarifs publics des négociants aient été le résultat d'une action concertée.

De la même façon, les hausses intervenues plus au nord, à la même époque, n'ont pu être expliquées par une concertation.

En revanche, dans une zone s'étendant sur la Savoie et le nord du département de l'Isère, il a pu être établi que les fabricants avaient, en septembre 1991, procédé à une hausse ayant eu pour conséquence un quasi-alignement de leurs prix respectifs et que cet événement était le fruit d'une entente.

Au mois d'octobre 1991, les fabricants de la région grenobloise, puis, en février 1992, ceux de la région de Lyon ont, à leur tour, augmenté leurs tarifs, sans que des indices suffisamment convaincants d'entente aient pu être réunis.

En revanche, il a pu être établi que les hausses et les harmonisations de tarifs intervenues chez les fabricants de l'Ain en février 1992 avaient été précédées de concertations.

Cette affaire, qui s'est soldée par le prononcé d'amendes s'élevant au total à plus de neuf millions répartis entre seize entreprises (pour la plupart des PME), montre que la relative complexité d'un secteur (peu concentré et fonctionnant sur la base de marchés géographiques limités, aux contours difficiles à définir avec précision) n'empêche pas les ententes sur les

¹⁹ Annexe n° 46 (décision qui a fait l'objet d'un recours)

prix de s'y produire. L'éclatement de la distribution n'offre aucun contrepois au pouvoir de marché des fabricants lorsque ceux-ci se concertent. Mais la complexité du secteur ne facilite pas la tâche de l'autorité de concurrence : il s'est révélé difficile de faire le partage entre les hausses de prix résultant d'une simple « *contagion* » de zone à zone et celles qui avaient véritablement été concertées. Les indices utilisés ont été classiques : d'une part des « *constatations objectives* », comme la simultanéité des hausses ou le rapprochement de tarifs jusqu'alors dispersés et, d'autre part, des indices matériels, participation à des réunions ou échanges de documents ; encore fallait-il, zone par zone, qu'un nombre d'indices suffisant fût réuni. Il n'est évidemment pas exclu que certaines des hausses qui n'ont pas été réprimées aient été le résultat de concertations ; mais l'instruction n'en apportait pas la démonstration.

L'affaire est convaincante en ce qui concerne l'utilité de réprimer les ententes sur les prix : des hausses spectaculaires (jusqu'à 35 % en une seule fois) et simultanées, laissant les acheteurs finaux sans alternative, sont intervenues dans une période de baisse de la demande au cours de laquelle les prix auraient, normalement, dû diminuer.

Ces trois exemples de « *cartels injustifiables* » confirment donc la gravité de ce type de pratique et montrent que, malgré leur caractère occulte et les difficultés qui en résultent, la répression en demeure possible ; la principale raison tient sans doute à ce que ces ententes présentent une fragilité intrinsèque : une entreprise peut avoir à tout moment la tentation de s'écarter de la règle du jeu commune pour augmenter le profit qu'elle peut espérer de la concertation en s'exonérant des certaines des contraintes qui lui sont imposées, ce qui oblige les ententes à se doter d'un mécanisme de surveillance et de répression qui peut laisser derrière lui des traces constitutives d'indices de l'entente.

2. Le droit des restrictions verticales : vers la révolution ?

Depuis longtemps, la doctrine économique avait émis des doutes sur la pertinence de certains aspects de la jurisprudence communautaire, suivie, par souci de cohérence, par le Conseil de la concurrence, relative aux restrictions verticales, c'est-à-dire aux accords entre entreprises ne se situant pas au même niveau de la chaîne commerciale. En effet, dès lors qu'une concurrence active existe entre les produits, d'une part, et entre les réseaux de distribution, de l'autre, rares sont les cas où la limitation de la liberté d'initiative des distributeurs appartenant à un réseau représente un danger pour le consommateur. Il peut même être soutenu que, notamment pour un fournisseur nouvel entrant, une stricte discipline de son réseau de distribution, incitant les grossistes ou les détaillants à développer spécifiquement les ventes du nouveau produit est, en réalité, proconcurrentielle. Ces idées ont fini par aboutir, à la fin de l'année 1999, à l'adoption d'un nouveau règlement communautaire d'exemption des restrictions verticales : le règlement communautaire n° 2790/1999 du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81 par. 3 du traité de Rome à des catégories d'accords verticaux. Schématiquement, ce règlement prévoit une exemption des accords verticaux organisés par des fournisseurs dont la part du marché pertinent est inférieure à 30 %, sauf si l'accord contient des clauses dites « *noires* », pour l'essentiel des clauses qui obligeraient chaque distributeur à respecter un prix de vente identique, à s'interdire de revendre à un autre distributeur du réseau ou à s'interdire de répondre passivement à des commandes issues de clients situés hors de sa zone d'exclusivité. Ce règlement ne s'est trouvé applicable à aucune des affaires traitées cette année par le Conseil puisque, d'une part, seul le droit national a été appliqué dans nombre d'entre elles et que, d'autre part, ne sont exemptés sur la base de ce texte que les accords postérieurs à son entrée en vigueur.

Aussi, n'est-il pas surprenant qu'un certain nombre de décisions rendues en l'an 2000 reprennent la jurisprudence la plus constante en la matière et ne fassent donc aucune allusion à la part de marché détenue par l'organisateur du réseau. Mais il convient de relever aussi que,

pour la plupart, elles présentaient des caractéristiques qui privaient de portée toute réflexion sur les parts de marché.

C'est ainsi qu'une affaire opposait la société française des montres Rolex, devenue Rolex France, à une bijouterie qui souhaitait faire partie de son réseau de distribution ; un refus avait été opposé à cette bijouterie qui était motivé de la manière suivante : « *nos projets de développement de notre réseau de distributeurs agréés Rolex ne prévoient pas dans l'immédiat l'ouverture de nouveaux points de vente dans votre secteur géographique d'activité dans lequel nous sommes déjà représentés* ». Cette affaire a été traitée, classiquement, sans aucune référence à la part de marché du fournisseur. S'il a été décidé que la pratique ne présentait pas de caractère anticoncurrentiel, c'est que le reproche fait par la société saisissante d'une mise en œuvre discriminatoire des conditions d'adhésion au réseau n'était pas établie, dès lors qu'aucun des établissements ayant présenté une candidature pour la distribution des montres Rolex à la même période n'avait été agréé. Comme, par ailleurs, la justification même de la nature du réseau (qui semble avoir combiné des éléments de distribution sélective et exclusive) n'était pas mise en cause, aucune référence aux parts de marché ne s'imposait (00-D-61)²⁰.

De même, la décision n° 00-D-35²¹ a fait une application classique du droit communautaire relatif aux accords de distribution exclusive. La société espagnole Hispinox avait mis en place un accord de distribution exclusive retenant un distributeur par pays (en France, la société Marketing Général Electronic). L'accord entre les deux sociétés comportait une clause interdisant au distributeur français de commercialiser le produit en cause « *directement ou indirectement dans aucun territoire placé hors de France* », clause que le Conseil a interprétée comme interdisant au distributeur de répondre passivement à une demande issue d'un distributeur situé dans un autre Etat membre de l'Union européenne. De ce fait, cette clause avait pour effet de cloisonner les marchés et sa présence dans l'accord interdisait de faire bénéficier ce dernier de l'exemption par catégorie prévue par le règlement 1983/83 du 22 juin 1986. Le caractère « *noir* » de la clause aurait, en tout état de cause, privé le règlement 2790/1999, s'il avait été applicable, de son effet d'exemption.

De même encore, dans la décision n° 00-D-15²², le débat portait sur le point de savoir si, oui ou non, une fixation concertée de prix (qui aurait constitué une « *clause noire* ») existait au sein d'un réseau. Conformément à une jurisprudence constante, le fait, pour un fournisseur, de diffuser des prix de détail à ses distributeurs agréés ne constitue une pratique anticoncurrentielle que si, soit ces prix sont expressément présentés comme devant être appliqués par les distributeurs, ce qui n'est pas le cas lorsque ces prix sont simplement présentés comme étant « *conseillés* », soit un dispositif de surveillance et de sanction est mis en place, qui garantit le respect de ces tarifs utilisateurs. En conséquence, lorsque les prix de détail sont présentés comme des tarifs conseillés, le Conseil vérifie, d'une part, si les tarifs de détail pratiqués sont, dans la généralité des cas, identiques aux tarifs diffusés par le fournisseur et, d'autre part, si des pressions sont exercées sur les distributeurs qui pratiquent des prix différents. En cas de réponse négative à ces deux questions, la diffusion des tarifs de détail conseillés n'est pas considérée comme anticoncurrentielle.

En revanche, il est significatif que, dans un certain nombre d'affaires où la part de marché détenue par le fournisseur ou par le réseau (part qui constitue un moyen de mesurer le pouvoir de marché et, donc, de savoir si ledit réseau est soumis à une pression concurrentielle) était

²⁰ Annexe n° 68

²¹ Annexe n° 42

²² Annexe n° 22

faible, le Conseil se soit attaché à examiner ce point et, le cas échéant, à en tirer des conséquences.

Par exemple, alors même que le caractère non anticoncurrentiel de l'organisation d'un réseau de distribution sélective était établi, le Conseil, qui faisait application du droit national, a ajouté un argument surabondant tiré de la référence à la part de marché [10 %, en l'espèce] (00-D-72)²³.

Plus spectaculaire pourra apparaître la décision n° 00-D-08²⁴ qui, sans faire davantage référence au nouveau règlement communautaire n° 2790/1999, inapplicable à l'espèce en tout état de cause, a estimé qu'une exclusivité territoriale à caractère absolu, interdisant au distributeur de répondre passivement à une demande issue d'un client situé sur le territoire d'un autre, n'était pas anticoncurrentielle, compte tenu de la faible part de marché du fournisseur (moins de 13 %). En effet, à première lecture, cette décision paraît s'éloigner d'une jurisprudence constante qui réprime ce type de clause, et cela alors même que la pratique litigieuse serait regardée par ledit règlement, s'il était applicable, comme une clause « *noire* » interdisant à l'accord qui la contient de bénéficier de l'exemption. Si l'allusion à la part de marché n'est, à l'évidence, pas due au hasard, il importe toutefois de souligner que cette décision repose sur une analyse plus complexe. L'affaire concernait l'organisation du réseau de distribution de la peinture pour automobile produite par la société Du Pont de Nemours. La protection territoriale absolue dont bénéficient les distributeurs n'est prévue que pour les clients auprès desquels les distributeurs ont installé gratuitement des machines de mélange d'un coût de 47 000 F. Cet investissement ne peut être consenti que si le distributeur peut espérer raisonnablement l'amortir par la vente de peinture. Si le client pouvait acheter la peinture à un autre distributeur, l'investissement ne serait pas réalisé, ce qui aurait pour conséquence de faire perdre au garagiste, et au client final, le bénéfice de la concurrence résultant de la présence de Du Pont de Nemours sur le marché. Compte tenu de ces considérations et de la faible part de marché détenue par le fournisseur, la pratique a donc pu être considérée comme susceptible de maintenir l'intensité concurrentielle régnant sur le marché.

La clé de ces développements jurisprudentiels peut sans doute être trouvée dans la décision n° 00-D-82²⁵, relative au secteur de la glace d'impulsion qui devait, notamment, se prononcer sur une clause de non concurrence d'une durée de trois ans après la fin du contrat, passée entre un fabricant et ses concessionnaires, chargés à titre exclusif de distribuer les produits aux détaillants. La décision, alors que le nouveau règlement d'exemption n'était pas applicable précise qu'il peut « *constituer un guide d'analyse utile* ». Elle rappelle alors que ce règlement n'étend l'exemption prévue, dans les cas où la part de marché est inférieure à 30 %, aux clauses de non concurrence (qui s'imposent à un distributeur qui quitte le réseau) que pour autant que leur durée est inférieure à un an. Ce rappel effectué, la décision recherche si la durée supérieure à ce plafond répond à une justification économique et, n'en ayant pas trouvé, la considère comme prohibée.

Cette affaire traduit ainsi la volonté de tirer du nouveau règlement non seulement des conséquences juridiques mais encore des leçons économiques ; cette démarche s'inscrit aussi dans le souci traditionnel du Conseil de ne pas introduire de discordance entre les jurisprudences nationales et communautaires, ce qui ne lui interdit pas, toutefois, de développer, soit directement, soit grâce à sa présence dans les forums internationaux, ses propres conceptions.

²³ Annexe n° 79 (décision qui a fait l'objet d'un recours)

²⁴ Annexe n° 15

²⁵ Annexe n° 89 (décision qui a fait l'objet d'un recours)

Une autre affaire est d'ailleurs révélatrice du souci du Conseil de faire prévaloir une conception économique et souple du droit des ententes verticales. Dans la décision n° 00-D-72²⁶ déjà citée, le Conseil a estimé qu'il était loisible à un fabricant de faire coexister au sein de son réseau de distribution plusieurs catégories de distributeurs selon le type de relations commerciales qu'il entretient avec eux, dès lors qu'il n'en résulte aucune discrimination, un double réseau comportant des distributeurs agréés et un « *réseau parallèle* » n'étant pas anticoncurrentiel en lui-même, puisqu'il permet aux consommateurs de bénéficier d'une offre plus abondante et plus diversifiée. En l'espèce, le double réseau de Seiko n'est pas anticoncurrentiel, puisque les distributeurs agréés peuvent seuls faire bénéficier leurs clients de la garantie internationale du fabricant : à des sujétions différentes correspondent, en fait, des « *produits* » (combinant un bien et un service) différents.

La présente étude n'est pas destinée à annoncer des évolutions jurisprudentielles qui ne peuvent résulter que de l'analyse au cas par cas des dossiers et qui ne pourraient, en tout état de cause, se dérouler que sous le contrôle de la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation. Mais il est significatif que les décisions prises dans les affaires qui viennent d'être présentées s'éclairent par une réflexion commune à toutes les autorités de la concurrence, réflexion dont le nouveau règlement communautaire constitue une illustration.

Il serait cependant réducteur de limiter la présentation de la jurisprudence relative aux restrictions verticales à ce qui pourrait apparaître comme un « *assouplissement* ». Deux autres tendances importantes se manifestent en effet.

En premier lieu, la référence à l'effet cumulatif de contrats verticaux identiques, passés par des fournisseurs n'ayant pas, à titre individuel, de pouvoir de marché important, apparaît plusieurs fois dans les décisions rendues en 2000, même si, à chaque fois, les conditions posées par la jurisprudence communautaire n'étaient pas satisfaites.

L'une des affaires déjà citée (00-D-82)²⁷ concernait le marché de la glace d'impulsion au sein duquel s'est largement répandue la pratique consistant, pour les fournisseurs, à mettre gratuitement des congélateurs à la disposition des détaillants en contrepartie d'un engagement d'exclusivité. Il était soutenu par un nouvel entrant sur le marché que le caractère systématique de cette pratique avait pour effet de fermer le marché, la plupart des détaillants ne pouvant accueillir qu'un seul congélateur. Le Conseil a reconnu implicitement la valeur du concept d'effet cumulatif de contrats verticaux, même s'il n'a pas suivi le raisonnement qui lui était proposé, faute d'avoir pu constater que la pratique s'étendait à plus de 47 % du marché.

Dans une autre affaire, qui concernait les conditions générales de vente des espaces publicitaires et les accords de coopération commerciale proposés aux annonceurs par les principales chaînes de télévision hertziennes, les conditions de mise en œuvre de la théorie de l'effet cumulatif des contrats n'étaient pas davantage satisfaites. Certes, toutes ces chaînes pratiquaient des remises dites de « *part de marché* » dont bénéficient les annonceurs qui consacrent à la chaîne une certaine part de leurs dépenses de publicité télévisée ; cela pouvait conduire le marché à se stabiliser, chaque annonceur reconduisant chaque année la ventilation de ses dépenses entre les chaînes, lesquelles cesseraient ainsi de se faire concurrence. Mais les conditions de vente n'étaient pas toutes identiques, le seuil de déclenchement des remises de part de marché se situant parfois en dessous de la part de marché réelle de la régie publicitaire de la chaîne, ce qui était de nature à favoriser une augmentation de cette dernière au cours de la période suivante ; la durée des contrats n'était qu'annuelle, ce qui permettait aux annonceurs de remettre en cause facilement leurs choix ; il restait possible aux chaînes

²⁶ Annexe n° 79

²⁷ Annexe n° 89

souhaitant développer leurs parts de marché d'abaisser leurs tarifs, compte tenu du coût quasiment nul de l'écran publicitaire supplémentaire pour la chaîne elle-même (00-D-67)²⁸.

Dans une troisième décision, le Conseil n'a pas davantage exclu l'effet anticoncurrentiel cumulatif d'accords verticaux identiques. Mais, en l'espèce, la pratique n'a pas été estimée anticoncurrentielle, car elle était rendue nécessaire par le fonctionnement même du marché. Il s'agissait de la pratique des « *tours de lait* », consistant, de la part des fabricants de lait maternisé destinés à l'alimentation des nouveau-nés, à offrir gratuitement du lait aux maternités qui le mettaient à la disposition des mères hospitalisées. Il apparaissait que les mères, une fois revenues chez elles, continuaient à acheter la marque qui avait été mise à leur disposition par la maternité. Il était observé, par ailleurs, que les nouveaux entrants sur le marché du lait maternisé ne parvenaient pas, malgré des prix inférieurs à ceux des entreprises en place, à se développer, alors que, du fait de la réglementation, les produits de chaque marque sont largement similaires. Enfin, aucune publicité n'est autorisée pour les laits à destination du premier âge. L'effet cumulé des pratiques de tour de lait, qui constituent des ententes verticales entre les fabricants et les maternités, contribue vraisemblablement à la fermeture du marché. Toutefois, le Conseil a considéré que, si la pratique des tours de lait était de nature à susciter des interrogations déontologiques, la participation des fabricants à cette pratique était, pour chacun d'eux, la seule possibilité d'assurer sa présence sur le marché, compte tenu des demandes formulées par les maternités ; il a, notamment, relevé que rien ne suggérait que les fabricants s'étaient entendus entre eux pour pérenniser la pratique : au contraire, ils avaient essayé de la limiter en élaborant un code de déontologie (00-D-66)²⁹.

En second lieu, la jurisprudence a appliqué le droit des ententes verticales à des catégories d'accords atypiques.

Très allusivement (s'agissant d'une saisine irrecevable), le Conseil n'a pas exclu que des accords entre des fabricants et des moteurs de recherche ou des annuaires sur Internet, accords qui rendraient difficile l'accès au marché d'autres fabricants, puissent constituer des ententes anticoncurrentielles (00-D-32)³⁰.

Le Conseil a également examiné sous l'angle du droit des ententes verticales (comme l'avait fait, en son temps, la Commission de la concurrence) les contrats qui organisent les réseaux de transmission florale, bien que ces contrats ne créent ni un réseau de distribution, ni un réseau de franchise (voir plus loin).

Les usages du courtage, qui régissent les relations entre les compagnies d'assurances et les courtiers, constituent également, en tant que tels, des conventions susceptibles d'affecter la concurrence sur le marché des opérations d'assurance sur la vie et de capitalisation. Il en va notamment ainsi de l'usage n° 3, de moins en moins pratiqué d'ailleurs, qui détermine les conditions dans lesquelles le droit à la commission est transféré, en cas de changement de courtier, par un assuré pour éviter la résiliation des contrats d'assurance qui ferait perdre aux assurés le bénéfice des avantages fiscaux liés au contrat initial. Cependant, aucun effet anticoncurrentiel lié à l'application de cet usage n'a été relevé en l'espèce ; notamment, il n'a pas été constaté que son application ait dissuadé les courtiers de démarcher les assurés qui avaient souscrit une police auprès d'un autre courtier (00-D-62)³¹.

3. Un exemple original de restriction verticale dans un contexte de position dominante : l'organisation des réseaux de télétransmission florale

²⁸ Annexe n° 74

²⁹ Annexe n° 73 (décision qui a fait l'objet d'un recours)

³⁰ Annexe n° 39

³¹ Annexe n° 69

Les réseaux de transmission florale et notamment le réseau Interflora ont, antérieurement à la création du Conseil de la concurrence, fait l'objet d'une analyse approfondie au regard des principes du droit de la concurrence. En effet, dans un avis du 12 décembre 1985, la Commission de la concurrence avait énoncé que « (...) *La nature d'un réseau de transmission florale est d'offrir aux clients et aux fleuristes exécutants la possibilité de réduire le coût associé à l'incertitude des transactions à distance qu'ils veulent entreprendre. (...) La définition et la publication de règles standard de comportements entre les fleuristes qui s'engagent dans un réseau de transmission florale et de conditions minima de transactions susceptibles d'être assurées en toutes circonstances, par ces fleuristes est de nature à diminuer, d'une façon générale l'incertitude associée aux transmissions d'ordre à distance lorsque les clients ne peuvent spécifier leur demande* ». Pour ce motif, la Commission avait estimé que les restrictions de concurrence induites par les exigences de bon fonctionnement d'un tel réseau étaient admissibles, mais seulement pour autant qu'elles étaient indispensables à ce fonctionnement. Il s'agissait là d'une application anticipée des dispositions énoncées par l'article 10-2 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, relatives à la contribution au progrès économique.

Quinze années plus tard, le Conseil, examinant les exigences imposées par Interflora à ses adhérents, a repris à son compte l'énoncé de ce principe qui est une des rares illustrations de ce en quoi peut consister le progrès économique justifiant la mise en œuvre de pratiques, telles la fixation de prix et d'un certain nombre de règles de comportements uniformes ou l'imposition d'un matériel informatique commun, reconnues pourtant comme anticoncurrentielles.

C'est donc au travers de ce prisme qu'ont été examinées les pratiques reprochées à Interflora, mais aussi au regard de la structure du marché dont l'examen a révélé que, si l'apparition de sociétés concurrentes à la société gestionnaire du réseau a été possible entre les années 1971 et 1992, ce qui a permis une certaine diversification du marché, les parts conquises par les concurrentes d'Interflora, en ce qui concerne le nombre d'ordres transmis, sont néanmoins demeurées réduites.

Certaines de ces pratiques, lorsqu'elles ne dépassaient pas ce qui est indispensable au bon fonctionnement du réseau, ont été validées par le Conseil. Tel a été le cas, en premier lieu, de l'obligation faite aux adhérents d'ouvrir un compte de compensation dans une banque, désignée par la société Interflora, obligation justifiée économiquement et sans effet sur le jeu de la concurrence. En deuxième lieu, l'interdiction d'utiliser des accessoires de livraison (cellophane, étiquettes...) comportant le logo d'Interflora avec d'autres logos de chaîne de transmission florale a été considérée comme non excessive en ce qu'elle était de nature à assurer l'information du consommateur sur l'origine du produit qui lui était livré. En troisième lieu, l'obligation de s'équiper d'un certain matériel télématique a été analysée comme se justifiant, à l'époque des faits, d'une part, par les avantages offerts en termes de compatibilité, de performance, de sécurité et de simplicité au regard du nombre élevé d'adhérents et de leur inexpérience et, d'autre part, comme n'empêchant pas les adhérents, compte tenu du faible encombrement de ce matériel, de s'équiper d'un autre matériel pour participer, s'ils le souhaitaient, à un autre réseau.

En revanche, d'autres pratiques ont été sanctionnées par le Conseil en raison de leurs effets sur l'ouverture et la fluidité du marché. Ces pratiques consistaient toutes à décliner selon plusieurs procédés, plus ou moins directs, une exclusivité d'appartenance à Interflora.

En 1985, la Commission de la concurrence avait relevé, à cet égard, qu'à défaut d'un équilibre structurel suffisant entre les réseaux de transmission florale, la concurrence n'est concevable entre eux qu'en l'absence de clause d'exclusivité. En se fondant sur cet avis, le ministre de l'économie avait enjoint, en 1986, à la société de supprimer une clause

d'exclusivité figurant dans son règlement intérieur, puis, en 1993, le Conseil, dans le cadre d'une décision de mesures conservatoires, avait réitéré l'injonction. La société avait exécuté cette décision, mais avait mis en place un certain nombre d'autres règles de fonctionnement du réseau destinées à favoriser l'exclusivité d'appartenance et à empêcher ou, à tout le moins, à dissuader les adhérents de participer à un autre réseau.

Ainsi, avait-elle interdit à ses adhérents de faire paraître dans les annuaires un encart publicitaire faisant référence à la marque Interflora au côté d'une autre marque de transmission florale, ce qui avait pour conséquence de limiter artificiellement la publicité des autres réseaux ; mais, surtout, elle avait élaboré et imposé à ses adhérents un logiciel informatique, dont l'utilisation obligatoire pour la transmission et la réception des commandes favorisait, par un moyen complexe de notation, l'attribution des commandes aux fleuristes appartenant exclusivement au réseau Interflora.

Le système de notation mis en place, légitime en son principe, puisqu'il était destiné à permettre un certain ordre de présentation, par le logiciel, des fleuristes susceptibles d'exécuter une commande, a fait l'objet d'une attention particulière de la part du Conseil. Son analyse a montré que le système était, en premier lieu, considérablement dépendant du nombre d'exécutions de commandes attribuées par le logiciel pendant la période précédente, ce qui rendait inefficaces les stratégies qu'un fleuriste pouvait déployer pour augmenter sa part dans l'exécution des commandes grâce à ses propres efforts commerciaux. En deuxième lieu, la note était élaborée par une addition de deux critères quantitatifs objectifs, pondérés par un pourcentage évolutif représentant la qualité du fleuriste et obtenu par addition de bonus et de malus établis par une grille de critères quantifiés. Le Conseil a relevé que, dans la mesure où un certain nombre de bonus étaient liés à l'appartenance exclusive au réseau Interflora, ne pas en bénéficier engendrait, en raison de l'importance de la note de qualité dans le calcul de la note globale, un malus du même montant. Le Conseil a donc considéré qu'en raison de l'importance de cette note pour l'attribution par le logiciel des commandes, et de la part détenue par Interflora sur le marché de la transmission florale à distance, l'adhésion par un fleuriste Interflora à l'un ou plusieurs réseaux de transmission concurrents lui occasionne automatiquement une perte importante de sa part de marché sur le réseau Interflora, perte qu'il ne peut compenser par le développement de sa part de marché sur l'un ou l'autre réseau beaucoup moins puissant qu'Interflora.

Le Conseil a estimé que les restrictions de concurrence imposées par Interflora à ses adhérents étaient excessives au regard de ce qui peut être admissible pour le bon fonctionnement du réseau et étaient prohibées par l'article L. 420-2 du code de commerce.

Enfin, le Conseil a examiné une pratique d'imposition de prix uniforme à tous les adhérents du réseau sous forme d'un album édité par Interflora présentant les compositions florales transmissibles, ainsi que diverses opérations commerciales ponctuelles et les prix de vente correspondants. Il a confirmé l'analyse de la Commission de la concurrence en 1985, à savoir que des barèmes de prix minima sont de nature à limiter la concurrence entre les fleuristes adhérents d'un même réseau et situés dans une même zone de chalandise ; que, cependant, s'agissant de commandes dont l'exécution ne peut être vérifiée par le donneur d'ordre, l'existence d'un tarif minimal uniforme peut constituer une référence utile et une garantie pour le demandeur que sa demande sera exécutée. Encore faut-il que les effets anticoncurrentiels de la règle soient réduits au minimum. Tel est le cas si les fleuristes membres du réseau ont la possibilité d'accepter des ordres pour des montants inférieurs à ceux figurant sur les barèmes et si les consommateurs sont clairement informés du caractère purement indicatif des conditions minima de transactions définies par le réseau et ne sont pas découragés de passer des ordres d'un montant inférieur à ceux mentionnés. Enfin, ces

barèmes ne doivent pas avoir de caractère artificiel et distinguer clairement les frais de livraison du prix de chaque composition florale.

L'analyse des conditions de vente du réseau Interflora a permis de constater, en premier lieu, que la première condition était respectée en raison d'une disposition claire du règlement intérieur. En revanche, l'information du consommateur a été considérée insuffisante. En effet, la société Interflora expliquait que l'information du consommateur était assurée par une mention figurant dans son album présentant les diverses compositions florales possibles et rédigée de la façon suivante : « *Vous commandez un produit floral défini par ces esquisses à valeur d'illustration. Le fleuriste bon professionnel sélectionné par Interflora doit interpréter votre commande sur la base de son assortiment, des pratiques locales et des prix appliqués dans le magasin au moment de la livraison* ». Le Conseil a estimé que cette formule informait bien les consommateurs que les prix étaient susceptibles de varier, mais ne leur indiquait nullement la possibilité qui leur était offerte de passer une commande pour un prix inférieur aux minima énoncés, si le fleuriste d'exécution l'acceptait.

Cette pratique a été qualifiée d'abus de position dominante mais, aussi, d'entente prohibée, dans la mesure où les fleuristes du réseau y avaient participé par leur adhésion à la convention.

4. Internet et le commerce électronique

Depuis que le développement d'Internet a commencé à jouer un rôle économique de premier plan, les autorités de concurrence se sont interrogées sur l'attitude qu'elles devaient avoir vis-à-vis de ce phénomène. Leurs interrogations sont, en bonne partie, restées théoriques, le nombre de cas soumis étant réduit. Le dernier rapport annuel du Conseil avait cependant permis de présenter deux affaires qui illustraient certains aspects de la nouvelle économie.

La décision n° 99-MC-06, dite affaire ADSL, avait conduit le Conseil à se prononcer sur une première série de questions : celles qui ont trait aux rapports entre le développement d'Internet et les différents marchés des télécommunications. A cette occasion, le Conseil s'était particulièrement intéressé au risque que faisait courir à la concurrence entre les fournisseurs d'accès à Internet le fait que l'un d'eux, France Télécom Interactive (Wanadoo) puisse bénéficier d'un avantage décisif du fait de ses liens avec sa maison mère, opérateur téléphonique disposant d'une position dominante sur plusieurs marchés dont celui, déterminant, de la boucle locale. En effet, pour offrir à leurs clients un accès à Internet à large bande utilisant la technique ADSL, les fournisseurs d'accès devaient disposer d'informations techniques que seule, à l'époque des faits, France Télécom Interactive avait pu acquérir, par le biais d'expérimentations réalisées en commun avec France Télécom dans certaines zones. Pour accorder les mesures conservatoires demandées par la société Grolier interactive Europe/Online Groupe, le Conseil avait, notamment, retenu que l'avance technologique (dont il n'était pas exclu qu'elle soit artificiellement créée par les pratiques discriminatoires sus décrites) de FTI, pouvait donner à cette dernière une « *avance décisive* ». Avantage déterminant du « *premier entrant* », dont il est à craindre qu'il parvienne à « *assécher* » la concurrence, et effet économique potentiellement considérable de chaque progrès technologique : quelques ingrédients de l'analyse concurrentielle de la « *nouvelle économie* » étaient donc présents dans cette décision.

Par ailleurs, l'avis n° 99-A-10, rendu à la demande de l'ART et qui portait sur les effets sur la concurrence de la création d'un portail vocal, avait conduit le Conseil à examiner pour la première fois la notion de portail et à mettre l'accent sur l'apparition d'une nouvelle catégorie d'intervenants économiques. Les portails, en effet, à la différence des distributeurs, ne sont pas des commerçants qui achètent des biens pour les revendre. Ils n'en sont pas moins des intermédiaires entre les producteurs de biens ou de services et les consommateurs. Appliquant à cette catégorie les concepts classiques du droit de la concurrence, le Conseil avait été amené

à formuler un certain nombre de questions dont la plupart sont transposables au domaine du commerce en ligne et des portails Internet :

- les numéros de téléphone courts constituent-ils une ressource rare qui pourrait devenir un enjeu concurrentiel entre portails ? En l'espèce, la réponse est négative ;
- la nature des services qu'un opérateur de téléphone peut rendre à tel ou tel portail peut-elle affecter la concurrence entre portails ? En l'espèce, la réponse est positive, s'agissant de la facturation directe des prestations d'un portail à l'abonné au téléphone ;
- les modalités techniques d'accès à un service peuvent-elles déterminer l'existence d'un marché ? En l'espèce, le Conseil n'exclut pas que le fait que certains services soient accessibles par audiotel détermine un marché pertinent spécifique ;
- la sélection de certains prestataires accessibles par le portail que souhaitait créer France Télécom, au détriment de prestataires concurrents, est-elle susceptible d'affecter la concurrence sur certains de ces marchés pertinents ? La réponse, d'après l'avis, dépend de l'éventualité d'une position dominante détenue par le portail, qui imposerait alors des précautions tenant au choix des prestataires, à leur pluralité éventuelle par catégorie de services ou encore à la remise en cause régulière de leur présence sur le portail ;
- les accords entre le portail et les prestataires de service qui y figurent peuvent-ils constituer des ententes anticoncurrentielles ? Le Conseil ne l'a pas exclu, notamment si ces accords comportaient des clauses d'exclusivité, empêchant ainsi un autre portail d'accueillir un service dont la présence est essentielle pour attirer les consommateurs.

En 2000, le Conseil a de nouveau rencontré ces deux problématiques ; en outre, la décision n° 00-D-32³² lui a offert l'occasion de s'interroger sur l'éventuelle existence d'un marché des noms de domaines Internet et sur ses relations avec les marchés de biens ou de services ayant recours au commerce électronique. Enfin, cette même année 2000 a vu la diffusion des nouvelles lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales, lesquelles ont posé quelques règles d'interprétation au sujet du commerce électronique.

L'accès à Internet

La première des affaires examinées en 2000 ne posait, à vrai dire, que des questions devenues classiques relatives aux relations entre les marchés de la téléphonie, Internet et le progrès technologique. A la suite des mesures conservatoires prononcées l'année précédente, les offres d'accès à Internet par la technique ADSL de la part de divers fournisseurs d'accès ont connu un certain succès ; en conséquence, la transmission téléphonique de données à haut débit pour répondre aux besoins de cette nouvelle catégorie d'abonné est devenue un enjeu de concurrence pour les opérateurs de téléphonie. France Télécom proposait ainsi, en parallèle avec l'offre d'accès ADSL *Netissimo* de sa filiale France Télécom Interactive, un service Turbo IP assurant la collecte locale du trafic Netissimo. La société 9 Télécom, opérateur de réseau de télécommunication, bien que ne pouvant, à l'époque, accéder à la boucle locale et donc desservir directement les abonnés, souhaitait offrir un service concurrent du couple Turbo IP/Netissimo. Elle avait demandé à France Télécom d'avoir accès à ce que l'on appelle le « *circuit virtuel* », technique qui permet à l'abonné d'être le client du nouvel opérateur pour un service de données à haut débit tout en restant client de France Télécom pour le service téléphonique vocal. France Télécom, en réponse, n'a offert à cet opérateur que la possibilité de lui acheter en gros l'offre Netissimo pour la revendre en détail. Cette possibilité ne permettait évidemment pas à l'opérateur d'élaborer une offre spécifique, éventuellement plus performante techniquement ou plus avantageuse économiquement que celle qu'avait élaborée l'opérateur dominant. Le Conseil a donc considéré que la proposition de France Télécom ne

³² Annexe n° 39

permettait aux opérateurs tiers d'accéder au marché qu'en la seule qualité de distributeur de son offre et non en tant que fournisseur d'une offre spécifique.

Cette dernière position est importante. Dans la « *nouvelle économie* », les offres ne valent pas seulement par la nature des services rendus, mais aussi par les qualités propres des technologies mises en œuvre ; le bon fonctionnement des marchés implique que l'auteur d'une innovation, même potentielle, ne soit pas empêché de la mettre sur le marché par le concurrent qui exploite une autre technologie dirigée vers les mêmes consommateurs. Les opérateurs qui maîtrisent des points de passage obligés (matériels ou virtuels) sont en mesure de s'opposer à la diffusion d'innovations : la notion, classique, d'abus de position dominante paraît adaptée au traitement de tels cas. C'est ainsi que le Conseil a considéré qu'un abus de position dominante n'était pas exclu, dans l'affaire commentée, qui a donné lieu à la décision n° 00-MC-01³³, par laquelle il a été enjoint à France Télécom, à titre de mesure conservatoire, de proposer aux opérateurs tiers, dans un délai maximum de huit semaines à compter de la notification de la décision, une offre technique et commerciale d'accès au circuit virtuel permanent pour la fourniture d'accès à Internet par la technologie ADSL ou toute autre solution technique et économique équivalente permettant aux opérateurs tiers l'exercice d'une concurrence effective, tant par les prix que par la nature des prestations offertes.

La justification du prononcé de mesures conservatoires présente un intérêt particulier : « *la restriction de concurrence intervenant au moment du lancement de l'innovation revêt un caractère grave et immédiat nécessitant l'adoption de mesures d'urgence* ». L'avantage déterminant que le premier entrant est en mesure de prendre, du fait que la nouvelle technologie répond à une forte attente des consommateurs, apparaît donc comme une caractéristique importante de l'analyse concurrentielle dans les secteurs de haute technologie. Parallèlement, il est significatif que le Conseil se soit refusé à interdire à France Télécom d'étendre géographiquement son offre : le droit de la concurrence vise à favoriser, et non à limiter, l'accès à l'innovation, sauf cas extrêmes où le blocage provisoire d'une offre innovante constitue le seul moyen de préserver à moyen et long terme les intérêts des consommateurs.

L'accès des portails au marché

La décision n° 00-MC-17³⁴, relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Wappup.com, a conduit à approfondir l'examen des relations entre les opérateurs téléphoniques et les opérateurs de portail, déjà abordé à l'occasion de l'avis n° 99-A-10, mais surtout à examiner cette question dans le contexte particulier de l'Internet mobile, promis, d'après les experts, à un développement accéléré lorsque les nouvelles générations de téléphone mobile auront été commercialisées. La société Wappup.com souhaitait développer un portail Internet basé sur la technologie WAP, qui permet d'accéder au Web à partir de téléphones mobiles de l'actuelle génération. Ce portail aurait donné accès à de nombreux services et aurait trouvé sa rémunération dans des recettes publicitaires, ainsi que dans la bonne connaissance des habitudes de consommation des clients qu'il aurait permis d'analyser. La société Wappup.com reprochait aux deux premiers opérateurs de téléphonie mobile offrant le service WAP, c'est-à-dire Itineris, filiale de France Télécom, et SFR, filiale de Vivendi, de commercialiser des terminaux verrouillés sur leur passerelle (accès technique à Internet) et sur leur portail propre (respectivement i-Itineris et Vizzavi). Ces portails donnent accès à différents sites, les uns gérés directement par le groupe qui possède le portail, d'autres étant simplement « *référéncés* » sur le portail. Certes, il était possible de déverrouiller la plupart de ces terminaux mais, d'après la société saisissante, c'était au prix de longues manipulations qui

³³ Annexe n° 100

³⁴ Annexe n° 115

devaient être suivies d'opérations également complexes de reparamétrage des téléphones en direction d'une nouvelle passerelle et d'un nouveau portail. La société Wappup.com attribuait à cette situation l'impossibilité dans laquelle elle se trouvait de dégager des recettes ; « *start-up* » soutenue par du capital risque, elle faisait valoir non seulement que les pratiques en cause étaient anticoncurrentielles, mais encore que, face à la situation qui lui était faite, les investisseurs menaçaient de lui retirer leur confiance et que son existence était donc en péril, ce qui justifiait le prononcé de mesures conservatoires consistant à enjoindre à France Télécom et à SFR de cesser de commercialiser directement ou indirectement des appareils verrouillés, tant sur le portail que sur la passerelle de leur filiale.

La réalité était la suivante : les appareils sont, le plus souvent, achetés par les consommateurs soit à l'occasion de leurs abonnements, soit dans le cadre de campagnes initiées par les opérateurs de téléphonie mobile. Dans tous ces cas, les caractéristiques des appareils sont définies dans des cahiers des charges rédigés par les opérateurs et que les constructeurs doivent respecter. Ce sont ces cahiers des charges qui spécifiaient, souvent mais pas toujours, le verrouillage des terminaux sur les portails des opérateurs. Le déverrouillage demeurait cependant possible, ainsi que la programmation manuelle d'une autre passerelle. Par ailleurs, mais au prix de manipulations plus nombreuses que pour accéder au portail de l'opérateur, il était possible, à partir du même terminal et en tapant l'adresse URL correspondante, d'accéder à un autre portail du type de celui de Wappup.

Le Conseil s'est livré à l'analyse concurrentielle suivante qui, s'agissant d'une décision relative à une demande de mesures conservatoires, doit s'entendre sous réserve de la future instruction au fond : il existe un marché de la fourniture d'accès à Internet mobile, sur lequel la concurrence s'exerce entre les opérateurs de téléphonie mobile, qui disposent de leur propre fournisseur d'accès, et les fournisseurs d'accès indépendants ; par ailleurs, il existe un marché de la fourniture de contenu sur lequel la concurrence s'exerce également entre des prestataires indépendants des opérateurs de téléphonie et ces mêmes opérateurs, qui disposent de leurs propres portails et de leurs propres sites. Or, selon des témoignages versés au dossier, les fournisseurs d'accès et les opérateurs de portail indépendants éprouveraient des difficultés en raison du verrouillage des terminaux. En effet, ce verrouillage aurait pour effet de rendre artificiellement difficile pour l'utilisateur l'accès aux passerelles et aux portails indépendants, cette situation produisant des effets massifs, dès lors que la majorité des terminaux sont distribués sous formes de « *packs* » commandés par les opérateurs. En outre, les cahiers des charges semblaient avoir demandé aux constructeurs de ne pas prévoir dans leurs terminaux une fonctionnalité de téléchargement (dite OTAP) facilitant le reparamétrage des téléphones après déverrouillage.

Le Conseil a donc estimé qu'il n'était pas exclu que les clauses des cahiers des charges exigeant le verrouillage et l'absence de fonctionnalité OTAP puissent être constitutives d'ententes anticoncurrentielles ou d'abus de position dominante.

En revanche, il a refusé les mesures conservatoires demandées. En effet, le juge des référés, préalablement saisi, avait ordonné que les téléphones mobiles utilisant la technique WAP puissent être déverrouillés de façon relativement simple. Cette mesure avait été prolongée par la cour d'appel de Paris jusqu'à l'intervention de la décision au fond du Conseil. Après avoir constaté que cette injonction avait été respectée, le Conseil a également pu observer que la pratique des opérateurs de téléphonie mobile s'assouplissait rapidement et que des terminaux non verrouillés étaient également proposés en packs. Surtout, le Conseil n'a pas admis que l'absence totale de chiffre d'affaires de la société saisissante puisse s'expliquer par les pratiques litigieuses ; il n'a pas non plus considéré comme établi qu'aucun investisseur ne la soutiendrait plus si la mesure conservatoire n'était pas prononcée.

Le commerce électronique

La seule décision relative au commerce électronique qu'a rendue le Conseil de la concurrence concerne l'AFNIC (00-D-32)³⁵. Néanmoins, le Conseil de la concurrence a engagé une veille concurrentielle afin d'analyser les mécanismes stratégiques à l'œuvre dans le commerce électronique et d'assurer le suivi des décisions rendues par d'autres autorités de la concurrence, en raison des enseignements qu'il est possible d'y puiser en vue de l'analyse d'éventuelles affaires à venir.

Au premier rang du commerce électronique par l'importance des montants en jeu, se trouvent les échanges entre entreprises (Business to Business, ou BtoB). Les places de marché électroniques, lieux des transactions entre fournisseurs et entreprises clientes, se créent à un rythme rapide et concernent de nombreux secteurs économiques. S'agissant du commerce électronique à destination des particuliers (Business to Consumers, ou BtoC), la demande est encore fortement contrainte par la fiabilité des paiements, ou le respect de la vie privée, et l'offre est actuellement en pleine (re)composition. Néanmoins, la vente en ligne semble être particulièrement adaptée pour certains biens, comme les produits immatériels, ou certains achats répétitifs.

La décision n° 00-D-32 offre un éclairage sur ce que pourrait être le rôle d'une autorité de la concurrence dans ce secteur émergent.

Dans cette affaire, la société Concurrence se plaignait des difficultés rencontrées pour « accéder au monde de l'Internet », selon sa propre formulation. Cette affirmation est *a priori* paradoxale puisqu'elle concerne un réseau dont on n'a cessé d'affirmer qu'il était ouvert par nature. Mais il est vrai que le succès d'Internet s'est traduit par une double évolution : le tarissement des noms de domaine disponibles pour créer de nouveaux sites et la multiplication des sites existants. Dans ces circonstances, l'accès à une identité électronique et la visibilité de cette identité deviennent des traits essentiels du fonctionnement du commerce électronique.

L'accès à l'identité électronique

La société Concurrence s'était vu refuser l'attribution du nom de domaine « *concurrence.fr* » par l'Association française pour le nommage Internet en coopération (AFNIC), en raison du caractère trop général de cette dénomination. Elle alléguait, d'une part, que l'AFNIC avait abusé de sa position dominante sur le marché du domaine « *.fr* » et, d'autre part, que ce refus était le fruit d'une entente entre les membres de la commission de l'AFNIC.

Le Conseil a considéré qu'il n'était nullement évident que le domaine « *.fr* » constitue le seul ou même le principal point d'accès aux marchés visés par la saisissante. Le domaine « *.com* » serait une alternative substituable pour les sites exerçant une activité commerciale. En admettant que le marché de référence soit bien celui des noms de domaine en « *.fr* », l'AFNIC avait proposé trois autres noms de domaine à la société Concurrence lui permettant de se faire connaître sous sa raison sociale, son enseigne commerciale ou sa marque. Le Conseil a considéré ces solutions comme des alternatives au nom « *concurrence.fr* », puisque les clients potentiels de la société Concurrence auraient été en mesure d'accéder à son site dans des conditions satisfaisantes. Par conséquent, il n'était nullement établi que l'AFNIC ait détenu une position dominante ni, à supposer qu'elle en ait détenu une, qu'elle en ait abusé.

Le Conseil n'a pas exclu que la décision de l'organe délibérant de l'AFNIC refusant l'attribution d'un nom de domaine puisse être qualifiée d'entente anticoncurrentielle, dès lors que des opérateurs évoluant sur les mêmes marchés que la société Concurrence avaient pu y participer et auraient pu se servir de leur influence pour empêcher cette dernière d'accéder au marché. Cependant, les éléments de l'espèce ne permettaient pas d'apporter le moindre commencement de preuve d'une telle pratique anticoncurrentielle.

³⁵ Annexe n° 39

Le Conseil reconnaît donc l'importance des noms de domaine pour les entreprises souhaitant pratiquer le commerce électronique. Il n'exclut pas que l'attribution de ces identités électroniques puisse être entachée de pratiques anticoncurrentielles : cette décision, par sa rédaction, témoigne du souci de vigilance du Conseil en ce qui concerne les questions d'accès au marché, mais aussi de sa volonté de ne pas définir artificiellement des marchés trop étroits.

La visibilité des opérateurs du commerce électronique

Dans cette même décision, le Conseil considère que la fonction des moteurs de recherche et des annuaires n'est pas strictement indispensable pour qu'un consommateur puisse parvenir jusqu'à un site de commerce électronique, puisque l'utilisateur connecté sur Internet peut accéder directement au site de son choix en inscrivant l'adresse connue. Néanmoins, le Conseil ne méconnaît pas l'importance de ces outils de recherche, puisqu'il n'exclut pas que les opérateurs qui offrent des services de recherche de site en ligne puissent être en position dominante collective. Il écarte la position dominante individuelle, dès lors que les opérateurs sont, pour l'instant, nombreux sur le marché.

En outre, en avançant que ces outils d'aide à la navigation n'ont pas l'obligation de référencer l'intégralité des sites Internet ou d'adopter une méthode particulière de classement, le Conseil reconnaît que l'exhaustivité n'apporterait aucun service à l'utilisateur et irait à l'encontre d'une politique commerciale librement choisie par les opérateurs. Les principes généraux de fonctionnement des annuaires et des moteurs de recherche ne constituent pas, en eux-mêmes, des éléments de nature à laisser présumer une atteinte à la concurrence. Toutefois, comme il l'avait souligné dans l'avis précité n° 99-A-10, le Conseil relève que la politique de référencement de portails ou d'annuaires dotés d'un pouvoir de marché pourrait présenter un danger pour la concurrence. Mais aucun élément probant n'ayant été avancé en l'espèce, la saisine a été déclarée irrecevable.

Les problèmes de concurrence du commerce électronique

La veille scientifique engagée sur ce thème par les autorités de concurrence a débouché sur de nombreuses réunions, notamment internationales, auxquelles le Conseil a participé. La plus significative a sans doute été la table ronde organisée par le Comité du droit et de la politique de la concurrence de l'OCDE les 24 et 25 octobre 2000. Il ne saurait être question de présenter ici tous les sujets abordés, mais seulement de rappeler les positions ou les interrogations le plus souvent exprimées.

Favorables au développement du commerce électronique dès lors qu'il augmente l'efficacité des relations entre entreprises dans le BtoB, en réduisant les coûts associés aux transactions, ou, pour le BtoC, dès lors qu'il permet d'accroître la concurrence entre entreprises et de satisfaire les consommateurs en augmentant leurs possibilités de choix, les autorités de la concurrence n'en sont pas moins attentives aux formes que pourraient prendre d'éventuels comportements anticoncurrentiels dans ce secteur.

Les questions suivantes, par exemple, ont été souvent posées :

Les premières concernent les échanges entre entreprises. Les places de marché doivent-elles être considérées comme des ressources essentielles dont l'accès devrait être garanti dans des conditions non discriminatoires pour les fournisseurs et/ou les clients, ou sont-elles des actifs stratégiques des entreprises ? L'exclusivité des relations au sein d'une place de marché doit-elle être tolérée au regard du caractère émergent du marché ? Enfin, les échanges d'informations entre entreprises adhérentes à une place de marché n'augmentent-ils pas les risques de comportements collusifs ?

Le commerce électronique à destination des particuliers soulève d'autres questions, notamment en ce qui concerne la définition du marché pertinent et l'appréciation de la licéité des restrictions verticales : la vente en ligne constitue-t-elle un marché distinct de la vente en

magasin ? Internet étend-il les dimensions du marché géographique pertinent ? Les relations entre producteurs et distributeurs sont-elles modifiées par le commerce en ligne ? L'imposition d'un territoire exclusif a-t-elle encore un sens sur Internet ? A quelles conditions un producteur peut-il refuser à ses distributeurs d'ouvrir des boutiques virtuelles ?

Enfin, les possibilités techniques d'échanges d'informations offertes par le médium électronique sont vastes et ne vont pas sans poser des problèmes quant à la nature juridique de ces espaces non accessibles au public. Partant, la collecte de preuves sur les échanges d'informations nécessite un renouvellement des modalités d'enquêtes. Alors que le parallélisme de comportements n'est pas un critère suffisant pour établir une pratique concertée, le développement des échanges électroniques ne va-t-il pas modifier le droit ? La seule appartenance à une plate-forme électronique ne suffira-t-elle pas pour asseoir la participation à une entente tacite ou expresse ?

L'examen de décisions rendues par d'autres autorités peut apporter un certain éclairage. La Commission européenne a eu à connaître de la création de joint-ventures entre Bertelsmann et différents partenaires pour créer la librairie en ligne BOL³⁶. Dans ces affaires, la Commission a considéré deux marchés possibles : celui des ventes à distance de livres, qui inclut les clubs de lecteurs, la vente par correspondance et sur Internet, et celui de la vente par Internet. Dès lors que, sur les deux marchés précités, l'opération proposée ne posait pas de problèmes anticoncurrentiels, la Commission n'a pas eu à se prononcer sur la substituabilité entre les librairies on-line et les librairies classiques.

Le Bundeskartellamt a traité d'une affaire relative à la vente électronique de composants automobiles. IdentCo, distributeur électronique en mesure d'offrir des prix inférieurs de 15 % à ceux des distributeurs traditionnels, s'était vu opposer un refus de vente par Carat, première coopérative allemande de commercialisation de pièces détachées. C'est bien la reconnaissance de la substituabilité des modes de vente qui a conduit Carat à refuser d'approvisionner IdentCo. Cette affaire présente l'intérêt de rappeler aux autorités que la définition du marché est aussi largement guidée par les pratiques des opérateurs. Le Bundeskartellamt a finalement enjoint à Carat de livrer IdentCo.

Si le nouveau règlement communautaire relatif aux restrictions verticales est muet sur le commerce électronique, les lignes directrices publiées par la Commission ont pris à ce sujet des positions qui suscitent encore quelques difficultés d'interprétation. Elles posent en effet un principe : un fournisseur ne peut pas, dans le cadre de la distribution sélective, se réserver à lui seul la distribution électronique. En d'autres termes, si le produit ou le service est « commercialisable » en ligne, puisque le fournisseur le vend lui-même de cette façon, ce mode de commerce ne peut pas être interdit aux distributeurs du réseau. Le libellé de cette règle semble en faire un principe absolu, ce qui peut poser problème au regard de l'exemption de principe accordée aux réseaux de distribution dont la part de marché est inférieure à 30 %. Par ailleurs, l'adaptation au commerce en ligne des règles de la distribution sélective (par exemple, l'interdiction d'exclure, par principe, une forme de distribution) est loin d'être réglée par ces lignes directrices.

On rappellera, enfin, les conclusions de la table ronde de l'OCDE, qui a souligné l'apparition de problématiques nouvelles :

1. – Risques liés à l'intégration verticale ;
2. – Influence que les fournisseurs pourraient exercer sur les prix de détail au travers des sites et des plates-formes à coûts partagés entre ces deux catégories d'opérateurs ;

³⁶ Bertelsmann/Planeta/Bol Spain JV.24, 03.12.1999 et Bertelsmann/Kooperativa Förbundet/BOL Nordic JV. 45, 12.05.2000

3. – Effets anticoncurrentiels possibles liés à l'étendue des droits de propriété intellectuelle ;
4. – Pratiques propres aux effets de réseau :
 - Risques liés à l'établissement de normes propriétaires ou à d'autres mesures susceptibles de réduire l'interopérabilité et qui pourraient renforcer les effets de réseau et les avantages des premiers engagés, créant ou renforçant ainsi une position dominante ;
 - Problèmes liés à l'accès éventuellement exclusif aux plates-formes d'échanges interentreprises ;
 - Relations entre la théorie des prix prédateurs ou des prix d'éviction et la stratégie de long terme des opérateurs de commerce électronique qui les conduit à envisager une exploitation déficitaire pendant de longues années ;
5. – Lutte contre les effets coordonnés (risque d'entente ou d'accroissement des pratiques parallèles) :
 - Faudra-t-il limiter la quantité d'informations transmises par le biais des réseaux pour éviter les effets coordonnés ?
 - Opportunité d'évaluer les diverses solutions techniques envisageables pour réduire les effets coordonnés (gestion indépendante par un tiers des plates-formes qui sont la propriété des participants, encadrement de la participation au capital des plates-formes interentreprises, mise en place de « *murailles de chine* » etc.).

Ainsi, le commerce électronique est certainement un vecteur d'amélioration du fonctionnement des marchés : les premières lignes directrices ou décisions adoptées par les autorités de concurrence en cette matière traduisent d'abord le souci de favoriser son développement. Mais les risques anticoncurrentiels ne sont pas absents ; les concepts traditionnels du droit de la concurrence ont, jusqu'à présent, pu s'adapter sans difficulté à ces nouvelles situations, ce qui n'empêche pas de nombreuses questions de rester ouvertes.

5. Les pratiques mises en œuvre par les monopoles publics

En 2000, le Conseil s'est prononcé au contentieux à quatre reprises sur des pratiques mises en œuvre par des monopoles publics dans le cadre de leur diversification et du développement d'activités annexes. Il a ainsi examiné des pratiques mises en œuvre par EDF et sa filiale Citelum sur le marché de l'éclairage public (00-D-47)³⁷, par la société Française des Jeux (00-D-50)³⁸, par l'Institut national de la consommation (INC) et par une société d'économie mixte locale, constituée à Grenoble pour la distribution du gaz et de l'électricité et dénommée Gaz et Electricité de Grenoble (00-D-57)³⁹.

Ces affaires appliquent, dans le cadre contentieux, les principes dégagés par le Conseil dans un certain nombre d'avis antérieurs sur la diversification de services publics. Elles ont conduit le Conseil à rappeler les limites dans lesquelles le développement d'activités concurrentielles par des entreprises détenant un monopole et le soutien matériel et financier qu'elles accordent à ces activités étaient admissibles au regard du droit de la concurrence.

Tout d'abord, le Conseil a rappelé dans sa décision n° 00-D-47 qu'il est licite, pour une entreprise publique qui dispose d'une position dominante sur un marché en vertu d'un monopole légal, d'entrer sur un ou des marchés relevant de secteurs concurrentiels, à condition qu'elle n'abuse pas de sa position dominante pour évincer du marché les opérateurs en place ou pour restreindre ou tenter de restreindre l'accès au marché de nouveaux

³⁷ Annexe n° 54

³⁸ Annexe n° 57

³⁹ Annexe n° 64

opérateurs en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence les mérites. Ainsi, une entreprise publique disposant d'un monopole légal, qui utilise des ressources de son activité monopolistique pour subventionner une nouvelle activité en concurrence, ne méconnaît pas, de ce seul fait, les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce.

En revanche, est susceptible de constituer un abus le fait, pour une entreprise disposant d'un monopole légal, d'utiliser tout ou partie de l'excédent des ressources que lui procure son activité sous monopole pour subventionner une offre présentée sur un marché concurrentiel, lorsque la subvention est utilisée pour pratiquer des prix prédateurs ou lorsqu'elle a conditionné une pratique commerciale qui, sans être prédatrice, a entraîné ou est de nature à entraîner une perturbation durable du marché qui n'aurait pas eu lieu sans elle.

Ainsi qu'il a déjà été précisé dans l'avis relatif à la diversification des activités d'EDF et de GDF, dans le cas où un déficit structurel des activités de diversification serait indéfiniment compensé par les résultats positifs tirés de l'activité de monopole, une telle pratique conduirait à maintenir sur le marché une offre artificiellement compétitive qui, sinon, disparaîtrait. La permanence de cette offre rétroagirait sur le fonctionnement concurrentiel du marché. Dès lors, une subvention croisée peut à elle seule, par sa durée, sa pérennité et son importance, avoir un effet potentiel sur le marché.

Dans le cadre ainsi défini, il apparaît que la mise à disposition de moyens tirés de l'activité de monopole pour le développement d'activités relevant du champ concurrentiel, sans contrepartie financière, constitue une subvention croisée susceptible d'être qualifiée de pratique anticoncurrentielle, si l'une des conditions relevées ci-dessus (prix prédateurs ou perturbation durable du marché) est remplie.

Les faits de l'affaire Citélum étaient les suivants : jusqu'en 1992, EDF confiait son activité relative à l'éclairage public aux centres EDF-GDF Services. A la fin de 1992, le groupe a créé une filiale spécialisée dans les domaines de l'éclairage public, de la signalisation lumineuse tricolore et des illuminations, Citélum. Progressivement, les contrats des centres EDF-GDF Services ont été transférés à Citélum qui, jusqu'en 1994, a bénéficié d'un certain nombre de prestations en termes d'appui commercial et logistique de la part de ces centres.

Le Conseil a relevé qu'il était établi que, pendant la phase de démarrage de la société Citélum, celle-ci avait bénéficié de l'appui logistique et commercial direct des centres EDF-GDF Services, sans qu'il soit démontré que ces facilités avaient fait l'objet de contreparties, et qu'elle avait donc été bénéficiaire de subventions en nature de la part de sa société mère. Néanmoins, d'une part, aucun élément du dossier ne démontrait que les conditions financières établies par Citélum auraient présenté un caractère prédateur et, d'autre part, les éléments de l'enquête permettent de constater que, si Citélum avait obtenu des contrats pendant cette période, sa part de marché n'avait pas dépassé 1 % et que, de surcroît, les subventions ainsi octroyées avaient eu une durée limitée à la phase de démarrage de la société et étaient demeurées d'une ampleur modeste. Dans ces conditions, le Conseil a considéré qu'aucune pratique anticoncurrentielle ne pouvait être reprochée de ce chef à EDF.

En revanche, le Conseil a estimé que la convention par laquelle la ville de Tourcoing avait confié à EDF, pour dix ans, l'entretien de l'éclairage public de la ville avait donné lieu à un abus de position dominante.

En effet, il ressortait des études effectuées que l'offre faite par EDF pour l'éclairage public de la ville, à un niveau artificiellement bas par rapport, d'une part, aux prix relevés pour des conventions comparables et, d'autre part, aux études de coûts relatives à ce type de prestations, avait été déterminante pour la municipalité dans sa décision d'attribuer le marché à EDF. Par ailleurs, cette offre, faite à un prix particulièrement bas et présentée par l'établissement public dans le cadre de l'obtention de la concession de la distribution

d'électricité, avait dissuadé la ville de procéder à un appel d'offres pour cette prestation et avait permis à l'entreprise d'emporter le marché qui avait, en outre, été conclu pour une durée de dix ans, renouvelable par tacite reconduction.

Le Conseil a fait la même analyse pour les conventions d'entretien et de maintenance de l'éclairage public d'une durée qu'il a estimé trop longue (supérieure à cinq ans, renouvelable à l'issue de la durée initiale, par tacite reconduction, sauf dénonciation avec préavis de douze mois), conclues par EDF avec 62 communes. A cet égard, il a relevé que les conventions en cause avaient été négociées et conclues par les centres EDF-GDF Services, qui, dans le cadre du quasi-monopole de la distribution d'électricité d'EDF, dont ils assurent la gestion au niveau local, sont en relations constantes et privilégiées avec les communes. En outre, ces centres bénéficient de la notoriété et de l'image d'EDF en matière de distribution d'électricité, ce qui est susceptible de leur conférer un rôle de prescripteur auprès des communes notamment petites et moyennes.

Ces pratiques ont donné lieu à sanctions, mais il a été tenu compte du fait qu'elles ont eu lieu au cours d'une période pendant laquelle une incertitude régnait quant aux conditions dans lesquelles EDF pouvait régulièrement s'engager dans des activités de diversification et qu'elles ont cessé dès que, à la suite des avis rendus par le Conseil de la concurrence et le Conseil d'Etat, ces incertitudes ont été levées ; de surcroît, le Conseil a relevé qu'en dépit de ces pratiques, la part de marchés détenue par le groupe EDF sur le marché de l'éclairage public est restée faible.

La décision n° 00-D-57⁴⁰, relative à une société d'économie mixte constituée pour la distribution du gaz et l'électricité, concernait uniquement la qualification de subventions croisées des versements faits par une société mère au bénéfice de ses filiales.

Au regard des principes précédemment énoncés, le Conseil a estimé que le regroupement et la gestion sur un compte commun des disponibilités à court terme de la société mère titulaire d'un monopole légal de distribution du gaz et de l'électricité sur le territoire de la ville de Grenoble et de deux de ses filiales actives sur des marchés concurrentiels ne constituait pas un avantage injustifié, dans la mesure où il n'était pas établi que ce compte ait permis des apports de trésorerie disproportionnés au profit des filiales, alors, de plus, que les facilités de trésorerie apportées aux filiales, par le biais de ce compte, faisaient l'objet d'une rémunération au profit de la société mère. Dans le même cadre, la mise à disposition de locaux, personnels et prestations diverses, par la société mère au bénéfice de ses filiales, réalisée par des conventions écrites et faisant l'objet de contreparties financières effectives, sans qu'il soit établi que ces contreparties n'aient pas été suffisantes pour rémunérer les services ainsi rendus par la société mère, n'a pas été considérée comme constitutive d'une subvention croisée.

L'affaire relative aux pratiques de la société Française des Jeux fait application des mêmes principes (00-D-50)⁴¹.

En effet, cette société, qui détient un monopole d'exploitation dans le secteur des jeux, a créé en 1991, pour filialiser son activité informatique et valoriser ses compétences dans ce secteur spécifique, une filiale dénommée la Française de Maintenance. Cette société, qui a pour activité la maintenance du parc de terminaux de prises de jeux de la Française des Jeux, a développé ses activités auprès d'entreprises extérieures au groupe auquel elle appartient. Or, il est apparu au cours de l'enquête que la Française des Jeux assurait la prise en charge d'une partie de la masse salariale de la Française de Maintenance par une sur-rémunération de certains contrats qui la lient à sa filiale. Par ailleurs, l'enquête a permis de faire apparaître que, sur les cent contrats de fourniture de prestations de services informatiques conclus pour le

⁴⁰ Annexe n° 64

⁴¹ Annexe n° 57

compte d'entreprises extérieures au groupe, dix-sept l'avaient été à des prix inférieurs à leurs coûts variables.

Les prix en cause, inférieurs, de façon épisodique, aux coûts variables moyens, ne pouvaient être qualifiés de prix prédateurs dans la mesure où ni les éléments du dossier, ni la configuration du marché ne révélaient l'existence d'une stratégie prédatrice de la part de leur auteur. Cependant, en rappelant qu'une politique de prix bas non prédatrice, mise en œuvre par la filiale d'une entreprise disposant d'un monopole public, peut être anticoncurrentielle, à la double condition qu'elle n'ait été rendue possible que par des subventions tirées de la rente dégagée dans l'activité monopolistique et qu'elle ait entraîné une perturbation durable du marché, le Conseil a considéré que les prix en cause relevaient bien, en l'espèce, d'une pratique anticoncurrentielle.

Il a relevé, en premier lieu, que les prix étaient nettement inférieurs aux prix pratiqués par les concurrents de la Française de Maintenance, en deuxième lieu, que l'importance du déficit résultant de l'exécution des contrats démontrait que ce déficit ne pouvait être dû à l'imprévoyance ou à l'erreur du soumissionnaire, mais avait été anticipé et rendu possible par l'aide financière de la maison mère et, en troisième lieu, que la Française de Maintenance avait bénéficié des structures commerciales de sa maison mère, qui lui avaient permis d'acquérir un poids économique et une réputation déterminants pour son avenir. Considérant que la pratique avait affecté la capacité d'autres entreprises du secteur, le Conseil a estimé que cette perturbation n'aurait pas pu avoir lieu sans les subventions croisées mises en œuvre et que les pratiques étaient donc qualifiables au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce.

Dans la quatrième affaire (00-D-54)⁴², le transfert financier des activités sous monopole vers les activités soumises à la concurrence se présente différemment. L'Institut national de la consommation (INC) est un établissement public national à caractère industriel et commercial dont la mission essentielle est d'informer les consommateurs. Il lui était reproché d'avoir, en 1992 et 1993, fait de la publicité illicite pour ses publications, notamment la revue « *50 millions de consommateurs* », dans des émissions de télévision prévues par le cahier des charges des chaînes publiques, d'avoir financé le déficit de ses publications commerciales au moyen d'une partie des subventions publiques dont il bénéficiait et, enfin, d'avoir pratiqué des prix de vente, en kiosque et par abonnement, inférieurs à ses coûts de revient, d'une part, et aux prix de vente de son principal concurrent, l'Union fédérale des consommateurs (UFC), d'autre part.

L'enquête avait établi que l'INC, en 1992 et 1993, avait utilisé partiellement le temps d'antenne qu'il lui était donné pour l'information des consommateurs pour effectuer la promotion de sa revue « *50 millions de consommateurs* », en contradiction avec les règles édictées par le décret du 27 mars 1992, qui interdisent la publicité télévisée en faveur des organes de presse.

Pour sa défense, l'INC avait, notamment, fait valoir que son principal concurrent l'UFC avait adopté le même comportement et que la pratique n'avait eu ni objet, ni effet anticoncurrentiel dans la mesure où elle n'avait pas eu d'effet, notamment négatif, sur les ventes de la revue de l'UFC « *Que choisir ?* ».

Le Conseil, relevant que les ventes des publications de l'INC s'étaient fortement développées pendant la période considérée, puis avaient fortement chuté après la cessation des pratiques, a estimé que la publicité télévisuelle avait procuré à l'Institut, qui était seul sur le marché à pouvoir utiliser la télévision pour promouvoir ses publications, un avantage concurrentiel certain en lui permettant d'augmenter de manière sensible ses ventes en kiosque et de détenir

⁴² Annexe n° 61

une part de marché élevé. Il a donc considéré que cette publicité, au demeurant illicite, effectuée par l'INC au seul bénéfice des revues qu'il éditait, alors que le temps d'audience qui lui était gratuitement affecté lui conférait un monopole de l'information des téléspectateurs avait eu pour objet et pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché de la presse consumériste. A cet égard, le Conseil a relevé que la pratique avait pu faire obstacle au développement d'une compétition par les seuls mérites et que, même si l'UFC n'avait pas enregistré, en valeur absolue, une chute de ses ventes, la pratique en cause avait pu limiter ses perspectives de progression, ainsi que celle des autres opérateurs, et exercer un effet dissuasif à l'égard de nouvelles entrées sur le marché.

En revanche, le Conseil a estimé que le grief de financement par des subventions publiques du déficit des publications commerciales n'était pas constitué, car les subventions sont octroyées à l'Institut, sans affectation particulière, pour l'ensemble de sa mission d'intérêt général qui inclut l'information par le moyen des publications.

S'agissant de la pratique de prix bas, le Conseil a estimé que, dans la mesure où il n'était pas démontré que ceux-ci étaient inférieurs au coût variable moyen de production de la revue, ils ne pouvaient être considérés comme prédateurs.

6. Marchés de l'énergie : premières manifestations de l'ouverture

La mise en place d'un nouveau cadre juridique pour l'électricité, délimité par la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, transposant la directive 96/92/CE, a suscité, au titre de l'année 2000, un certain nombre de saisines du Conseil, de la part du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie ou de la Commission de régulation de l'électricité. Cette intervention du Conseil dans ce secteur en voie de libéralisation mérite, compte tenu de l'importance du sujet, une attention particulière.

Le contexte juridique

Le maintien d'une clientèle captive

La loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité a partiellement ouvert, en France, le marché de la production d'électricité à la concurrence, en autorisant les consommateurs d'électricité dits « *éligibles* », consommant plus de seize gigawattheures, à choisir leur fournisseur d'électricité. Cependant, la majorité des consommateurs demeurent soumis au monopole de fourniture d'électricité d'EDF. L'acheminement de l'énergie électrique des centrales de production jusqu'au consommateur final, qui reste placé sous le régime du monopole, utilise des lignes de haute tension (réseau de transport) et des lignes de moyenne et basse tension (réseaux de distribution). Ces lignes, qui ne peuvent être dupliquées en raison de leurs coûts et des contraintes environnementales, constituent, selon la théorie économique, des facilités essentielles. Le réseau public de transport est géré, sous le régime de la concession, par un service interne à l'établissement public EDF, appelé « *EDF-RTE* », indépendant sur le plan de la gestion des autres activités d'EDF. Les réseaux publics de distribution sont, quant à eux, gérés, d'une part, par les centres de distribution EDF intégrés à l'opérateur historique dans 95 % des communes et, d'autre part, par les distributeurs non nationalisés mentionnés à l'article 23 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946.

Afin de permettre l'acheminement de l'énergie produite par les producteurs d'électricité concurrents d'EDF, dits producteurs « *indépendants* », à destination des consommateurs éligibles, l'accès aux réseaux de transport et de distribution doit être ouvert. Les conditions techniques et économiques d'accès aux réseaux jouent donc un rôle déterminant pour l'entrée sur le marché des concurrents de l'opérateur historique et l'effectivité de la concurrence. La loi a opté à cet égard pour un accès réglementé des tiers aux réseaux (ATR).

Une autorité sectorielle de régulation

La loi sur l'électricité a instauré une nouvelle autorité administrative indépendante de régulation sectorielle : la Commission de régulation de l'électricité (CRE). Cette autorité a pour mission de régler les litiges de raccordement aux réseaux ; en cas de différend entre le gestionnaire et les utilisateurs des réseaux publics de transport ou de distribution lié à l'accès auxdits réseaux, notamment en cas de refus d'accès ou de désaccord sur la conclusion ou l'exécution des contrats et protocoles d'accès, elle peut être saisie par l'une ou l'autre des parties. Elle se prononce alors dans un délai de trois mois ou six mois. « *En cas d'atteinte grave et immédiate aux règles régissant l'accès aux réseaux publics de transport et de distribution d'électricité ou à leur utilisation, la commission peut, après avoir entendu les parties en cause, ordonner les mesures conservatoires nécessaires* » (article 36 de la loi). La Commission est aussi dotée d'un pouvoir de sanction administrative (article 40) qu'elle exerce, d'office ou à la demande du ministre chargé de l'énergie, d'une organisation professionnelle, d'une association agréée d'utilisateurs ou de toute autre personne concernée, lorsqu'elle constate des manquements de la part des gestionnaires de réseaux publics de transport ou de distribution ou de leurs utilisateurs. Enfin, elle est consultée sur les sujets déterminants pour l'ouverture du marché de l'électricité, à savoir, notamment, sur la fixation des tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution (article 4), sur les tarifs de vente aux clients non éligibles, les tarifs de cession de l'électricité aux distributeurs non nationalisés et les tarifs de secours (article 4), sur les projets de règlements relatifs à l'accès aux réseaux publics de transport et de distribution d'électricité et à leurs utilisateurs (article 31).

Champ d'intervention respectif de l'autorité sectorielle et du Conseil de la concurrence

Le Conseil a souligné, dans son avis n° 98-A-05 du 28 avril 1998 sur les principes à respecter pour assurer le fonctionnement concurrentiel de ce marché, la nécessité d'une instance de régulation de l'électricité, qui puisse notamment trancher rapidement les litiges d'accès aux réseaux et dont la compétence doit être définie de manière à assurer une articulation harmonieuse avec le droit de la concurrence, dont le Conseil a pour mission d'appliquer les règles uniformément à tous les secteurs de l'économie.

Des risques de contrariété entre les décisions du Conseil et de la CRE existent : l'autorité de régulation pourra par exemple avoir à connaître d'un refus d'accès, qui constitue un litige entre opérateurs, mais qui peut aussi constituer une pratique anticoncurrentielle (abus de position dominante). Par ailleurs, l'autorité de régulation peut généralement sanctionner les comportements irréguliers des opérateurs sur le marché, par exemple, le non-respect du cahier des charges. Tel sera, par exemple, le cas si l'opérateur dominant pratique des subventions croisées entre ses clients captifs et ses clients éligibles ou des prix prédateurs sur le marché des clients éligibles, dans le but d'évincer ses concurrents. Mais ce non-respect du cahier des charges peut aussi constituer un abus de position dominante. Le même comportement peut donc être qualifié, sur deux fondements différents. La dualité de saisine pourrait aussi aboutir à des divergences d'analyse sur les marchés pertinents et la position des opérateurs sur le marché.

Pour prévenir de telles situations, l'article 37 de la loi n° 2000-08 du 10 février 2000 prévoit une coopération entre les deux autorités analogue à celle instituée par la loi du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications. Il instaure la faculté, pour le président de la Commission de régulation de l'électricité, de saisir le Conseil de la concurrence « *des abus de position dominante et des pratiques entravant le libre exercice de la concurrence dont il a connaissance dans le secteur de l'électricité* ». L'article 39 prévoit que « *cette saisine peut être introduite dans le cadre d'une procédure d'urgence, conformément à l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986* ». L'article 39 prévoit aussi que le président de la

Commission « peut (...) saisir (le Conseil) pour avis de toute autre question relevant de sa compétence ». Ce texte ajoute la Commission de régulation à la liste des personnes, des institutions ou des organisations habilitées à saisir le Conseil pour avis. Réciproquement, le Conseil communique à la Commission toute saisine entrant dans le champ de sa compétence et « lui demande son avis sur les pratiques relatives au fonctionnement du secteur de l'électricité dont il est saisi ».

La complémentarité des deux autorités a été mise en évidence dans l'avis n° 00-A-29⁴³ du 30 novembre 2000, relatif à la séparation comptable entre les activités de production, transport et distribution d'électricité, rendu sur la première saisine du Conseil par la Commission. Aux termes de l'article 25 de la loi du 10 février 2000 : « La Commission de régulation de l'électricité approuve, après avis de Conseil de la concurrence, les règles d'imputation (des postes d'actif et de passif et des charges et produits de chaque activité), les périmètres comptables (de chaque activité) et les principes (déterminant les relations financières entre ces activités)(...) qui sont proposés par les opérateurs concernés pour mettre en œuvre la séparation comptable (...) ainsi que toute modification ultérieure de ces règles, de ces périmètres ou de ces principes. La Commission veille à ce que ces règles, ces périmètres et ces principes ne permettent aucune discrimination, subvention croisée ou distorsion de concurrence ». La CRE a choisi de saisir le Conseil très en amont des propositions des opérateurs, à savoir EDF, la Compagnie nationale du Rhône et l'ANROC. Par délibération du 11 janvier 2001, la CRE s'est en grande partie inspirée de l'avis du Conseil pour refuser les propositions des opérateurs et a décidé, par une autre délibération du 15 février 2001, de définir, sur la base de l'article 37-6 de la loi, les principes devant inspirer les opérateurs pour la mise en œuvre de la séparation comptable.

Les principaux problèmes de concurrence sont donc relatifs, d'une part, à l'accès aux réseaux et, d'autre part, à la position dominante de l'opérateur historique. Dans sa jurisprudence récente, le Conseil a posé un certain nombre de principes relativement à ces deux points.

Les problèmes d'accès aux facilités essentielles (réseaux de transport et de distribution de l'électricité)

L'indépendance du gestionnaire de réseau et les refus d'accès

S'agissant de la transposition de la directive électricité, le Conseil de la concurrence avait préconisé, dans son avis n° 98-A-05 du 28 avril 1998, la constitution d'un établissement public autonome, en vue de garantir l'indépendance du gestionnaire du réseau de transport voulue par la directive ; cette solution n'a pas été retenue et le législateur a préféré la mise en place, au sein d'EDF, d'une entité autonome chargée du transport.

Pour exécuter un contrat de vente d'électricité à un consommateur éligible, un producteur indépendant régulièrement autorisé devra donc s'adresser à EDF, avec un certain délai de préavis. Cette demande sera prise en compte dans le plan de charge du gestionnaire de réseau, qui devra, à chaque instant, équilibrer l'offre et la demande sur le réseau et appeler les installations de production. Le Conseil a déjà estimé qu'un refus d'accès à une installation essentielle (c'est-à-dire nécessaire pour accéder au marché et non duplicable à des conditions économiques raisonnables) peut constituer une pratique anticoncurrentielle, contraire à l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ou à l'article 82 du traité de Rome (voir la décision du Conseil n° 96-D-51 du 3 septembre 1996 relative à des pratiques de la SARL Héli-Inter Assistance - décision confirmée en appel).

Conditions techniques de raccordement

⁴³ Annexe n° 139

Dans une décision n° 96-D-80 du 10 décembre 1996, relative à des saisines présentées par différents producteurs indépendants d'électricité, le Conseil de la concurrence a condamné des pratiques consistant à rendre plus difficiles les conditions de raccordement des producteurs autonomes au réseau, en ne portant pas à la connaissance des producteurs intéressés les nouveaux critères techniques adoptés. Le choix du niveau de tension, ainsi que l'allongement injustifié des délais de raccordement, pourraient également constituer un frein au développement de la concurrence dans le secteur considéré.

Tarifification du transport

La tarification du transport est, au regard de la concurrence, un élément déterminant, dès lors que la possibilité pour un nouvel opérateur d'entrer sur le marché de la fourniture d'électricité est subordonnée à l'application de tarifs transparents, non discriminatoires et orientés par les coûts, assurant notamment l'égalité de traitement d'EDF, producteur, et de ses concurrents.

Ainsi, des prix de transport trop élevés pourraient constituer un obstacle rédhibitoire à l'ouverture du marché. Le Conseil, dans son avis n° 98-A-05 du 28 avril 1998, a préconisé une tarification « *timbre-poste* », c'est-à-dire indépendante de la distance, qui reflète les coûts et rien que les coûts, transparente et non discriminatoire.

Dans son avis n° 93-A-15 en date du 28 septembre 1993 relatif aux conditions d'exploitation de l'oléoduc Donges-Melun-Metz, le Conseil de la concurrence a rappelé que, si les tarifs de base du transport et les conditions éventuelles de remises doivent être objectifs, transparents et non discriminatoires, « *tout système comportant des avantages tarifaires en fonction de quantités transportées* » serait de nature à affecter le jeu de la concurrence, car cela peut avantager indûment certains utilisateurs par rapport à d'autres. Une tarification du transport comportant une composante tenant trop largement compte des quantités transportées risquerait d'introduire une dissymétrie dans la concurrence.

Saisi par le ministre de l'économie, le Conseil de la concurrence a rendu un avis n° 00-A-21⁴⁴ du 6 septembre 2000 relatif aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité.

Le III de l'article 4 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 dispose : « *Dans le respect de la réglementation mentionnée au I du présent article, les décisions sur les tarifs et plafonds de prix sont prises conjointement par les ministres chargés de l'économie et de l'énergie, sur proposition de la Commission de régulation de l'électricité pour les tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution, et sur son avis pour les autres tarifs et les plafonds de prix* ».

Le projet de décret relatif aux tarifs d'utilisation des réseaux, sur lequel le Conseil a été consulté, se situait en amont du processus réglementaire ci-dessus décrit, le dispositif retenu étant celui d'un « *décret-cadre* » fixant seulement les grands principes ou orientations et ne comportant aucune formule tarifaire ; pris sur l'avis simple de la Commission de régulation de l'électricité, il devait être suivi d'un second décret, définissant les modalités concrètes de tarification. Le Conseil a souligné, dans son avis, que cette méthodologie posait deux problèmes : d'une part, cette consultation ne permet pas au Conseil de se prononcer sur le fond de la réglementation, contrairement aux autres saisines du Conseil, sur le fondement de l'article 1^{er} de l'ordonnance de 1986. Cette situation est d'autant plus regrettable qu'un certain nombre d'options tarifaires peuvent avoir un effet direct sur la concurrence, telle que la répartition des charges d'accès entre producteurs (injection) et consommateurs (soutirage) ; d'autre part, ce dispositif semble s'écarter de la procédure prévue par la loi, qui prévoit que la proposition de la Commission de régulation de l'électricité est à l'origine du processus

⁴⁴ Annexe n° 133

d'élaboration de la tarification de l'accès aux réseaux, alors qu'un simple avis de l'autorité de régulation est prévu les autres tarifs réglementés.

Le décret retenait implicitement un mode de tarification dit « *au timbre-poste* », c'est-à-dire indépendant de la distance et sans distinguer les infrastructures qui sont effectivement utilisées pour fournir cette prestation. Ce mode de tarification, dont les principaux avantages sont la simplicité et la garantie de la couverture complète des coûts pour le gestionnaire du réseau et qui tient compte de l'impossibilité physique d'identifier les flux d'électricité, a été utilisé aux Etats-Unis. Ses principaux inconvénients tiennent au fait qu'« *elle ne prend pas en compte les contraintes de réseau qui peuvent apparaître et le coût des renforcements nécessaires* ». En l'absence de précisions suffisantes sur le projet soumis, le Conseil a estimé qu'il n'était pas en mesure d'indiquer si le dispositif tarifaire mis en place était de nature à garantir un accès non discriminatoire à l'infrastructure des réseaux publics d'acheminement de l'électricité. Il a demandé des précisions sur un certain nombre de points, tels la formule tarifaire retenue ainsi que l'assiette, l'imputabilité et les dérogations aux principes tarifaires.

Le Conseil a souligné que le projet de décret ne retenait pas, au nombre des « *utilisateurs des réseaux publics de transport et de distribution* » auxquels les tarifs ont vocation à s'appliquer, les gestionnaires des réseaux de distribution. Il a relevé les conséquences de cette exclusion, compte tenu des effets que la loi attache à cette qualité d'« *utilisateurs* » :

- les relations juridiques entre le gestionnaire du réseau de transport et les gestionnaires des réseaux de distribution sortiraient du champ d'application de la loi et échapperaient au contrôle de la Commission de régulation de l'électricité. En effet, seules les relations entre le gestionnaire du réseau de transport et les « *utilisateurs* » sont réglementées et régies par les conventions ou protocoles (prévues au même article) transmis à la Commission de régulation de l'électricité ;
- la Commission de régulation de l'électricité n'aurait plus aucune compétence pour connaître des litiges entre les gestionnaires de réseaux publics de distribution et le gestionnaire du réseau public de transport (article 38 de la loi) ou pour sanctionner d'éventuelles pratiques d'un gestionnaire de réseau de distribution en tant qu'utilisateur du réseau de transport (article 40 de la loi). Au plan de l'analyse concurrentielle, le Conseil a souligné que le principe du traitement non discriminatoire des opérateurs ne serait pas garanti, certains clients du gestionnaire de réseau de transport ayant la qualité d'utilisateurs et d'autres non.

Les problèmes de concurrence tenant à la position dominante de l'opérateur historique

L'opérateur historique EDF devant rester en position dominante pendant encore longtemps, il sera contraint à des obligations qui ne pèsent pas sur les autres opérateurs.

Le Conseil a déjà délimité un certain nombre de marchés dans le secteur électrique. Dans une décision n° 96-D-80 du 10 décembre 1996, il a considéré qu'il existait un marché national de la production de l'électricité, sur lequel EDF détenait une position dominante (92 %), nonobstant l'existence d'une obligation d'achat de la part d'EDF et la réglementation des tarifs ; cette concurrence entre les producteurs autonomes et EDF s'exerce non pas sur les prix, mais sur la compétitivité des divers moyens de production de l'électricité. La cour d'appel a confirmé cette analyse dans une décision du 27 janvier 1998. Dans une décision n° 99-D-51 du 20 juillet 1999, le Conseil a défini un marché de la fourniture d'énergie destinée au chauffage des bâtiments et un marché de la fourniture d'énergie destinée à la climatisation des bâtiments, sur lesquels EDF dispose d'une position dominante.

Le Conseil rappelle souvent, dans ses décisions, « *qu'une entreprise disposant d'une position dominante et confrontée à l'arrivée d'un concurrent, est en droit de défendre ou de développer sa part de marché pourvu qu'elle demeure dans les limites d'un comportement*

loyal et légitime ; qu'en revanche, le fait, pour l'entreprise disposant d'une telle position de tenter de limiter l'accès du marché à son concurrent en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites revêt un caractère abusif ».

Les aides commerciales

Le Conseil a ainsi sanctionné certaines pratiques commerciales d'EDF dans la décision précitée n° 99-D-51. Il s'agissait d'aides consenties par EDF à la Bibliothèque Nationale de France (BNF) pour l'inciter à se doter d'une installation autonome de production de froid alimentée par l'électricité, plutôt que de choisir le raccordement au réseau de froid de la société Climespace. Le Conseil a estimé que les aides commerciales accordées par une entreprise en position dominante ne sont pas en elles-mêmes anticoncurrentielles, d'autant moins qu'elles constituent la seule marge de négociation commerciale pour une entreprise dont les prix sont régulés par la puissance publique. Pour qu'elles soient constitutives d'un abus de position dominante, il faut démontrer, soit qu'elles ont permis de pratiquer des prix prédateurs, soit que leurs conditions d'octroi sont discriminatoires.

En l'espèce, les pratiques consistaient à subordonner l'octroi d'aides à des clauses d'exclusivité. Il était reproché à EDF d'avoir, dans le cadre de la construction de la BNF, subordonné l'octroi d'aides financières au raccordement électrique et à l'installation d'applications thermiques consommatrices d'électricité et à l'engagement, par le client, de s'approvisionner en énergie exclusivement et directement auprès d'EDF pendant une durée d'au moins vingt ans, sous peine de pénalités financières. La cour d'appel a confirmé cette analyse dans un arrêt du 23 mai 2000.

La tarification de l'électricité

Le Conseil s'est prononcé sur la tarification de l'électricité dans un avis (98-A-22) sur saisines du Syndicat national des producteurs indépendants d'électricité thermique (SNPIET) et de la Fédération nationale de la gestion des équipements, de l'énergie et de l'environnement (FG3E).

Les questions posées au Conseil étaient relatives, d'une part, au mouvement tarifaire d'EDF encore en situation de 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 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 en augmentant les 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. 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. Il était en quelque sorte demandé au Conseil d'anticiper sur l'organisation future des marchés et les formes de concurrence et de définir des règles pour éviter les subventions croisées et les prix prédateurs. 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 bientôt 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-saisonnnières 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 pour les prix à la clientèle captive, dans le cadre de l'ouverture du marché à la concurrence, car, outre les avantages liés intrinsèquement et par construction à 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.

Le Conseil a rendu un avis n° 00-A-20⁴⁵ du 6 septembre 2000 relatif aux tarifs de vente de l'électricité aux clients non éligibles. Pour l'essentiel, le Conseil a relevé que le projet de décret proposé par le Gouvernement relatif à la tarification de l'électricité aux clients non éligibles ne proposait pas de changements de structure par rapport à l'ancien dispositif et a, notamment, souligné deux difficultés :

- le problème de l'annexion du barème tarifaire d'EDF au décret ;
- le problème de l'article 6 du projet

Alors que le précédent décret n° 88-850 du 29 juillet 1988 fixait des taux d'évolution globaux par grandes classes de tarifs (haute tension, moyenne tension, basse tension), laissant à l'arrêté ministériel le soin de fixer le niveau des tarifs, le projet de décret soumis au Conseil expose que les tarifs applicables à son entrée en vigueur sont les tarifs résultant de la grille tarifaire d'EDF du 1^{er} mai 2000, annexée au décret.

Il convient en effet de rappeler que, si le Conseil de la concurrence a bien, dans son avis n° 98-A-22, préconisé, pour prévenir les subventions croisées entre les clients éligibles et les clients captifs de l'opérateur historique, de considérer les tarifs au coût de développement d'EDF, en ce qui concerne leur composante production, comme un plafond pour les clients captifs, c'était « *sous réserve que des procédures précises et détaillées soient mises en œuvre sous le contrôle d'un audit externe pour définir les points de vérification de ce processus et vérifier que lesdits tarifs correspondent à une allocation raisonnable des coûts comptables* ».

Or, le Conseil a constaté que le projet de décret qui lui était soumis reprenait intégralement la grille tarifaire d'EDF avant qu'aucune vérification de ce genre ait pu être entreprise. Le Conseil a précisé, par ailleurs, que la baisse continue des tarifs correspondant aux heures de pointe, de nature, notamment, à avantager le chauffage électrique par rapport aux modes alternatifs de chauffage, tel le raccordement aux réseaux de chaleur, nécessiterait, ainsi que le Conseil l'avait noté dans le même avis n° 98-A-22, qu'« *une expertise du modèle aléatoire utilisé par EDF pour déterminer les périodes de pointe tarifaire* » soit réalisée.

Le Conseil a aussi souligné que cette disposition aurait pour conséquence d'aligner les tarifs pratiqués par les distributeurs non nationalisés (DNN) sur ceux d'EDF, alors qu'à l'heure actuelle l'électricité est vendue moins cher dans la zone exclusive de distribution de certains DNN, à cause de leurs coûts de production inférieurs. Ces DNN exploitent historiquement des installations de production d'électricité qui leur permettent d'approvisionner leur clientèle, sans passer par l'obligation d'achat d'EDF. Or, il peut sembler paradoxal, dans une période d'ouverture du marché, de contraindre les distributeurs non nationalisés à s'aligner sur le

⁴⁵ Annexe n° 132

barème d'EDF, et de priver ainsi les consommateurs captifs de prix de fourniture plus compétitifs.

L'article 6 du projet de décret prévoyait, par ailleurs, un abattement sur la part fixe des tarifs (correspondant au coût d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution) en cas d'interruption de fourniture imputable à une défaillance des réseaux de transport ou de distribution. Le Conseil a estimé que cet article, peu contraignant en termes d'efficacité du service public et peu précis dans sa rédaction, semblait autoriser le gestionnaire de réseau à une assez grande liberté. Il a rappelé sa décision n° 90-D-31 du 18 septembre 1990 selon laquelle une clause limitative de responsabilité imposée par un prestataire de service public, détenteur d'un monopole, à ses cocontractants, sans négociation possible de leur part, alors qu'ils ne disposaient pas de solutions équivalentes, pouvait être de nature à les détourner d'une action en réparation auprès des juridictions compétentes, permettre au prestataire de limiter artificiellement le risque financier qu'il encourait en cas de non-exécution d'un élément essentiel du contrat et limiter les coûts associés au contrôle de la qualité de ses prestations. Le Conseil avait qualifié cette pratique d'abus de position dominante.

La diversification d'EDF et de GDF

S'agissant de la diversification des activités de l'opérateur dominant, le Conseil a défini sa doctrine dans l'avis n° 94-A-15 du 10 mai 1994, relatif aux problèmes soulevés par la diversification des activités d'EDF-GDF.

La diversification d'un monopole historique peut engendrer des distorsions de concurrence, car l'entrée sur le marché de ces entreprises n'exerçant pas leurs activités dans les mêmes conditions que les opérateurs concurrentiels peut poser problème. Compte tenu de la position nécessairement dominante qu'occupent ces entreprises sur leurs marchés traditionnels, la question posée au regard du droit de la concurrence est celle des abus éventuels de cette position : discrimination dans les conditions de vente, refus de vente, pratique de prix prédateurs, ou, surtout, subventions croisées relevant spécifiquement de la problématique de la diversification.

Dans son avis n° 96-A-10 du 25 juin 1996 sur les activités financières de La Poste, le Conseil a clairement exposé les conditions dans lesquelles la jurisprudence sur les prix prédateurs pouvait être transposée aux activités de diversification des monopoles publics : d'une part, l'opérateur public n'est pas soumis aux mêmes contraintes de rentabilité que les opérateurs privés sur la part de son activité qui relève de sa mission de service public ; d'autre part, il peut être soumis à des contraintes de coûts de nature différente (statut du personnel, conditions de financement). Donc, le simple fait d'enregistrer des pertes (par rapport au coût moyen) sur des activités concurrentielles, peut s'expliquer autrement que par un objet anticoncurrentiel.

Par ailleurs, le Conseil a souligné que la situation particulière des filiales des monopoles historiques leur permet d'obtenir de manière privilégiée des moyens de financement, que leur accès au consommateur final est facilité par l'existence d'un réseau couvrant l'intégralité du territoire national et qu'elles bénéficient de l'image du service public, toutes caractéristiques qui constituent des avantages incontestables. On peut mentionner à titre d'exemples : l'accès aux infrastructures du réseau commercial EDF-GDF Services, l'accès à des informations privilégiées concernant des marchés connexes à ceux détenus en monopole, l'accès à des compétences techniques (brevets, recherche) et la mise à disposition de personnels.

Le Conseil a préconisé un certain nombre de mesures propres à garantir que les filiales d'EDF exercent leur activité dans des conditions comparables à celles des entreprises privées du même secteur. Il a ainsi demandé le regroupement de toutes les activités de diversification de l'entreprise sous un holding commun qui accéderait au marché des capitaux, la filialisation de chacune des activités et la mise en place, pour chacune des filiales, d'une autonomie

juridique, matérielle et comptable, retraçant fidèlement et objectivement tous les flux physiques et financiers intervenant entre EDF et ses filiales et permettant de vérifier que les activités de diversification ne bénéficient pas, directement ou indirectement, des profits du monopole. Il a également mentionné la nécessité d'interdire à EDF et à GDF de certifier ou prescrire du matériel ou des services produits par leurs filiales.

Dans une décision contentieuse du 22 novembre 2000 (00-D-47)⁴⁶ relative aux pratiques mises en œuvre par EDF et sa filiale Citelum sur le marché de l'éclairage public, commentée plus haut (troisième partie, point 5), le Conseil a exposé les conditions de régularité, au regard du droit de la concurrence, des subventions versées, par un établissement public en position de monopole, à ses filiales intervenant dans le secteur concurrentiel.

Dans un avis n° 00-A-03⁴⁷ du 22 février 2000 relatif à l'acquisition de la société Clemessy par les groupes EDF, Cogema et Siemens exposé plus loin (5^{ème} partie), le Conseil a décrit les conditions de validité, au regard du droit de la concurrence, des offres globales de services proposés par un opérateur bénéficiant d'une position monopolistique à l'égard d'une partie de sa clientèle.

En conclusion, nombreuses sont les règles déjà posées qui, en dehors du droit régulateur spécifique que la CRE est chargée de mettre en œuvre, encadrent la libéralisation des marchés de l'énergie.

7. Offres forfaitaires et droit de la concurrence

Les problèmes posés au regard du droit de la concurrence par la commercialisation de forfaits illimités ont pris un relief particulier au cours de l'année 2000 avec l'examen par le Conseil d'une demande de mesures conservatoires relative à la carte UGC Ciné-Cité, ouvrant droit à un accès illimité aux salles de ce distributeur. Par le passé, le Conseil avait déjà été conduit à examiner ces questions, notamment dans les secteurs de la téléphonie fixe ou mobile, de la télématique et d'Internet (décision n° 99-MC-11 du 21 décembre 1999, AOL/CompuServe). L'extension de ce type d'offres au secteur de l'exploitation des salles de cinéma confirme l'intérêt qu'elles présentent pour les entreprises et la nécessité d'une clarification de leurs effets sur la concurrence sur les marchés concernés.

Les offres forfaitaires se développent dans des contextes de marché différents :

- Sur des marchés immatures, comme Internet ou la téléphonie mobile, où l'innovation technologique constante contraint les entreprises à des investissements lourds, qui repoussent leurs perspectives de rentabilité vers un horizon toujours plus lointain, et rend les positions concurrentielles instables, les stratégies de fidélisation de la clientèle ont pour objectif de pérenniser et de développer les acquis de parts de marché dans la perspective de profits futurs.
- Dans un contexte de sortie de monopole et de déréglementation des marchés, comme la téléphonie fixe, où l'opérateur historique doit faire face la concurrence de prix bas proposés par de nouveaux entrants, ces offres ont pour but la conservation du portefeuille d'abonnés.
- Dans un contexte de marché proche de la saturation, comme le secteur de l'exploitation des salles de cinéma, où le potentiel d'extension géographique est limité par la réglementation, les principaux opérateurs du secteur sont conduits à intensifier leur activité par la mise en place de réseaux de clientèles fidélisées à une enseigne, à l'instar de ce qui se passe dans le domaine de la grande distribution.

⁴⁶ Annexe n° 54

⁴⁷ Annexe n° 122

Cette variété de situations révèle que le développement des offres forfaitaires répond à une volonté légitime et commune des entreprises de réduire l'incertitude quant à leurs perspectives de chiffre d'affaires.

Au regard du droit de la concurrence, l'une des questions que posent ces offres forfaitaires illimitées est liée au fait qu'elles constituent un instrument de fidélisation de la clientèle. L'analyse économique indique que les stratégies de fidélisation de la clientèle constituent une forme de différenciation des produits et des services, dont la fonction est de réduire la substituabilité vis-à-vis des produits des concurrents et qu'elles sont donc susceptibles d'avoir pour effet un cloisonnement des marchés et une réduction de la concurrence par les prix.

Cependant, les efforts de différenciation des produits peuvent également apporter des avantages réels aux consommateurs et stimuler les investissements de recherche et de développement. Ces raisons expliquent que le droit de la concurrence considère, à première vue, les stratégies de différenciation des marchés et la fidélisation comme relevant d'un comportement compétitif légitime⁴⁸.

Dans sa décision du 25 juillet 2000 concernant la carte « *UGC Illimité* »⁴⁹, le Conseil de la concurrence a confirmé cette approche en considérant que « *le fait, pour une entreprise, de tenter de fidéliser sa clientèle n'est pas en tant que tel condamnable au regard du droit de la concurrence ; que ce n'est que si cette fidélisation est acquise au moyen d'une pratique anticoncurrentielle qu'elle est susceptible d'être appréhendée par le droit de la concurrence* ».

Mais c'est surtout une autre question posée par ces offres qui pose problème aux autorités de concurrence : l'évaluation de leur éventuel caractère prédateur. Les critères de caractérisation des prix prédateurs dégagés par la jurisprudence supposent, en effet, qu'il soit possible de comparer les prix pratiqués aux coûts variables et aux coûts moyens supportés par l'entreprise pour la fourniture du service. Or, dans le cas des offres forfaitaires illimitées, les coûts supportés, et donc la rentabilité de l'offre, dépendent du comportement des consommateurs, c'est-à-dire de leur taux réel d'utilisation du service, comportement que les entreprises et, *a fortiori*, les autorités de la concurrence, ont beaucoup de mal à anticiper. Avec un peu de recul, l'on constate que certaines entreprises, ayant sous-estimé la consommation réelle des forfaits, sont contraintes de relever leurs prix ou de suspendre la fourniture du service. Du point de vue du Conseil de la concurrence, la difficulté est aggravée lorsque, comme c'était le cas pour la carte UGC, ou pour l'offre « *Les Intégrales* » de France Télécom, il est saisi d'une demande de mesures conservatoires dès le début de la mise sur le marché de l'offre et doit donc se prononcer sur les évaluations encore incertaines faites par les entreprises concernant le comportement des consommateurs.

Dans sa décision précitée du 25 juillet 2000, le Conseil a d'abord estimé que les offres d'abonnement forfaitaire ouvrant droit à des prestations illimitées n'étaient pas prédatrices du seul fait qu'il existe un seuil de consommation, au moins théorique, au-delà duquel les coûts marginaux de chaque unité de consommation supplémentaire de services par l'abonné ne sont plus couverts par la recette de l'abonnement. Ensuite, confirmant une position qu'il avait pour la première fois esquissée dans la décision n° 99-MC-11 précitée, le Conseil a précisé que « *l'appréciation du prix d'une offre de prestation de services à caractère illimité au regard*

⁴⁸ Notamment : Conseil de la concurrence, décision n° 92-D-56 du 13 octobre 1992, commercialisation du supercarburant sans plomb : « *chaque compagnie pouvait également souhaiter, quelle que soit la stratégie suivie par ses concurrents, différencier le nouveau carburant sans plomb 98 qu'elle mettait sur le marché de celui offert par ses concurrents ou par les grandes surfaces, notamment grâce à une campagne de publicité ; qu'elle pouvait ainsi espérer fidéliser une partie de la clientèle ou augmenter sa part de marché* »

⁴⁹ Décision n° 00-MC-13 du 25 juillet 2000 relative à des demandes de mesures conservatoires concernant les pratiques de la société UGC Ciné-Cité dans le secteur de l'exploitation des salles de cinéma

du critère matériel du prix prédateur doit s'opérer non en fonction d'un quantum de consommation virtuellement illimité mais en fonction de la consommation effective moyenne (constatée ou évaluée à partir des comportements connus des consommateurs) des clients ayant accepté cette offre ; que cette référence est la seule qui permet de savoir si l'offre présente un intérêt économique pour l'entreprise et, donc, de mettre en lumière, dans le cas contraire, qu'une stratégie prédatrice en constitue la seule justification ».

Le cas des offres forfaitaires illimitées est représentatif de la difficulté d'adapter les critères de la prédation à des contextes de marché émergents, innovants ou instables où les entreprises peuvent être légitimement conduites à développer des stratégies de conquête de part de marché au détriment de leur rentabilité de court terme. Ce contexte général contribue à l'évolution de la jurisprudence sur la prédation, comme l'illustre une décision récente du Conseil de la concurrence qui précise que l'analyse de la structure du marché doit entrer dans l'appréciation des pratiques de prédation ⁵⁰.

8. La concurrence potentielle et le droit des concentrations

Dans son analyse des effets des opérations de concentration, le Conseil fait une large place à l'évaluation de la concurrence potentielle. Dans l'hypothèse où l'opération a pour effet de renforcer sensiblement la part de marché de la nouvelle entité, le point de savoir si elle se dote ainsi d'une forte capacité à augmenter ses prix dépend de l'existence de concurrents non encore présents sur le marché, mais susceptibles d'y rentrer ; la pression qu'ils exercent ainsi, soit sous forme de menace, soit en devenant réellement acteurs sur le marché, diminue le pouvoir de marché de la nouvelle entité. Si cette dernière, en effet, augmente effectivement ses prix, ces nouveaux offreurs seront d'autant plus incités à entrer sur le marché et à proposer une offre alternative qui pèsera à la baisse sur les prix.

Cette analyse de la concurrence potentielle doit être distinguée de la prise en compte éventuelle de la substituabilité de l'offre au stade de la définition du marché pertinent. La capacité d'autres offreurs à proposer le service ou le produit concerné peut en effet entrer en ligne de compte dans la définition du marché pertinent, mais seulement dans la mesure où la réaction des nouveaux offreurs peut être rapide et ne nécessite pas d'investissements importants.

La crédibilité de l'hypothèse de l'entrée de nouveaux offreurs sur le marché concerné en cas de hausse des prix dépend avant tout de l'importance des barrières à l'entrée. On peut distinguer plusieurs catégories de barrières à l'entrée. Certaines sont liées à l'importance des économies d'échelle dans le secteur concerné. Plus les économies d'échelle sont importantes, plus la part de marché que doit conquérir un nouvel entrant afin d'atteindre le seuil de rentabilité est importante, rendant peu probables de nouvelles entrées. D'autres barrières s'expliquent par les avantages de coûts accumulés par les entreprises déjà présentes sur le marché, par rapport à un nouvel entrant, comme par exemple un savoir-faire, des brevets ou des marques. Les barrières réglementaires comprennent les réglementations, normes ou certifications spécifiques à l'activité ou au produit. Les barrières comportementales, telles que l'attachement à la marque ou à une technologie, les habitudes nationales ou régionales, ou encore le comportement d'achat des distributeurs, sont également susceptibles de rendre peu crédible l'hypothèse de nouvelles entrées.

Dans l'avis n° 00-A-07⁵¹ relatif à l'acquisition de certains actifs du groupe Benckiser (dont la marque de cirage Baranne) par le groupe Sara Lee (qui exploitait la marque de cirage Kiwi), la constatation selon laquelle il n'existait pas, à la date de l'opération, d'alternative à l'offre

⁵⁰ Voir : Conseil de la concurrence, décision n° 00-D-50 du 5 mars 2001, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Française des Jeux dans les secteurs de la maintenance informatique et du mobilier de comptoir

⁵¹ Annexe n° 125

proposée par les groupes parties à l'opération, a été relativisée par l'analyse de la notoriété des marques et de l'attachement des consommateurs aux marques notoires. Il a en effet été considéré que, si Kiwi et Baranne étaient bien les seules marques notoires présentes sur le marché, les consommateurs ne manifestaient pas à ces marques un attachement tel qu'il puisse empêcher l'entrée sur le marché de nouveaux produits, telles que des marques étrangères ou des marques de distributeurs. La faiblesse des barrières à l'entrée a également été déduite de plusieurs facteurs : l'absence de réglementation spécifique au cirage, la non spécificité des technologies utilisées, la disponibilité des matières premières, l'inexistence de brevets et la faiblesse des investissements publicitaires engagés par les groupes Sara Lee et Benckiser pour la promotion des marques Kiwi et Baranne au cours de la période récente. En revanche, le fait que la grande distribution ne référence en général qu'une seule marque de cirage et que l'accès aux linéaires est donc limité a été considéré comme l'un des principaux obstacles à l'entrée sur le marché, obstacle ne dépendant toutefois que du seul comportement des distributeurs, qu'il leur serait loisible de modifier s'ils s'estimaient victimes d'une hausse de prix de la part du groupe Sara Lee.

Dans l'avis n° 00-A-11⁵² relatif à l'acquisition par la société Assa Abloy de la société Fichet Serrurerie Bâtiment, le Conseil a relevé, au contraire, que le marché de la serrurerie était caractérisé par une forte fidélité aux marques, due à l'ancienneté de beaucoup d'entre elles, et à l'importance du marché de renouvellement du parc existant, qui se fait souvent à marque identique. D'ailleurs, le caractère déterminant de cette barrière à l'entrée a contraint le groupe étranger Assa Abloy à racheter des entreprises et des marques nationales lorsqu'il a voulu de se développer sur des marchés nouveaux.

Dans l'avis n° 00-A-27⁵³ relatif à l'acquisition par la société Saint Gobain Pipelines de la société Biwater Industries Coney Green, l'existence de capacités de production excédentaires chez les autres producteurs européens de tuyaux en fonte ductile a été considérée comme rendant crédible leur entrée sur le marché français, entrée qui pourrait permettre de compenser la disparition de l'unique offre alternative à celle de la société Pont-à-Mousson sur ce marché, le Conseil ayant au préalable constaté que les coûts de transport n'étaient pas un obstacle, comme le prouvaient les échanges existants entre différents pays européens. L'incidence de barrières comportementales, telles que l'attachement des acheteurs à la fonte ductile et à la fonte française, a également été évoquée dans cet avis, mais il a été considéré que ces comportements évoluaient rapidement et que ce type de barrières allait donc disparaître.

Enfin dans les avis n° 00-A-03⁵⁴ du 22 février 2000 relatif à l'acquisition de la société Clemessy par les groupes EDF, Cogema et Siemens, et n° 00-A-06⁵⁵ du 3 mai 2000 relatif à l'acquisition de la société Promodès par la société Carrefour, les barrières réglementaires constituées, dans le premier cas, par le quasi-monopole d'EDF sur la distribution d'électricité et, dans le second cas, par l'existence d'un contrôle de la création ou de l'extension des surfaces de vente, ont évidemment été considérées comme un élément déterminant dans l'analyse.

L'évaluation des barrières à l'entrée est généralement complétée par une identification précise de concurrents potentiels, c'est-à-dire d'entreprises présentes sur un marché de produits proche ou sur le même marché de produits, mais sur d'autres marchés géographiques. Cette approche est justifiée par le fait que ces entreprises sont plus susceptibles que d'autres d'être intéressées par une extension de leurs activités vers le marché concerné. Elles sont déjà mieux à même de surveiller les marchés et d'y détecter des opportunités d'entrée, comme celle

⁵² Annexe n° 127

⁵³ Annexe n° 136

⁵⁴ Annexe n° 122

⁵⁵ Annexe n° 124

offerte par une hausse du niveau des prix des produits. De plus, les barrières à l'entrée éventuellement identifiées peuvent être moins difficiles à franchir pour ces entreprises que pour d'autres.

Ainsi, dans l'avis n° 00-A-27⁵⁶ précité (Saint-Gobain/Biwater), le Conseil a accordé un poids important au fait qu'il existait en Allemagne et en Italie des producteurs susceptibles d'accroître leur présence en France, même si celle-ci était restée modeste jusqu'à l'opération.

Il peut également s'agir d'entreprises présentes sur des marchés, situées en amont ou en aval du marché concerné par l'opération de concentration et qui trouveraient un intérêt à un développement vertical de leurs activités. Par exemple, dans l'avis n° 00-A-07⁵⁷ précité (Benckiser/Sara Lee), les entreprises de la grande distribution ont été considérées comme des concurrents potentiels dans la mesure où elles pouvaient aisément utiliser leur nom pour développer, sur un marché de produit donné, une nouvelle marque, dite marque de distributeur.

⁵⁶ Annexe n° 136

⁵⁷ Annexe n° 125

QUATRIEME PARTIE : ANALYSES DE JURISPRUDENCE

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

A. - LE CHAMP DE COMPETENCE DU CONSEIL

1. L'applicabilité de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986

En 2000, le Conseil s'est prononcé à plusieurs reprises sur sa compétence au regard de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, devenu L. 410-1 du code de commerce.

Dans deux décisions, le Conseil s'est déclaré incompétent pour examiner des décisions préfectorales. La première était un arrêté du préfet de la Vendée fixant l'organisation d'un service de garde et d'urgence des pharmacies sur le pays d'Olonne (00-D-12)⁵⁸, et la seconde un refus d'accorder une autorisation d'organiser un salon commercial, décision administrative se rattachant aux pouvoirs de police des foires et des salons (00-D-81)⁵⁹.

A l'occasion de deux autres affaires (00-D-41⁶⁰ et 00-D-42⁶¹), le Conseil a rappelé que la fixation des redevances afférentes à l'occupation du domaine public fait partie des actes de gestion de ce domaine mettant en cause des prérogatives de puissance publique dont l'appréciation ne relève que de la juridiction administrative et qu'il en est de même des décisions refusant d'accorder un droit d'occupation sur le domaine public. Cette analyse a été confirmée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 27 février 2001 rendu sur le recours introduit contre la décision n° 00-D-41.

Dans sa décision n° 00-D-28⁶², relative à la situation de la concurrence dans le secteur du crédit immobilier, le Conseil a considéré que si le Centre national des caisses d'épargne et de prévoyance (CENCEP) constitue, en application des articles 20 et 21 de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984, un « *organe central* » chargé de représenter les établissements de crédit qui lui sont affiliés, de veiller à la cohésion de leur réseau et de s'assurer du bon fonctionnement des établissements qui lui sont affiliés, disposant à cet effet d'un pouvoir de sanction, et si l'article 2 de la loi n° 83-557 du 1^{er} juillet 1983 lui attribue la qualité de « *chef de réseau* », les pratiques qui lui sont reprochées ne se rattachent pas aux missions de service public dont il est investi. Dans ces conditions, le Conseil était compétent pour connaître de ces pratiques.

Certaines des entreprises mises en cause dans une saisine relative à des pratiques relevées lors de marchés d'électrification rurale dans la Somme ont fait valoir que le Conseil ne pouvait plus se prononcer dans la mesure où, à la suite du rejet de divers recours intentés par le préfet à l'encontre des appels d'offres litigieux, la régularité de ces derniers aurait été validée. Le Conseil a rejeté cette exception de procédure, dans sa décision n° 00-D-20⁶³, en relevant que la régularité de l'attribution des marchés concernés au regard du droit administratif n'était en cause ni dans la saisine du Conseil, ni dans la procédure engagée.

Enfin, dans une affaire relative aux conditions de distribution par la société Eurest de produits de consommation courante aux prisonniers de la maison d'arrêt d'Osny, le Conseil, dans sa décision n° 00-D-27⁶⁴, a considéré que la distribution de produits de consommation courante aux prisonniers, dans le cadre de la cantine, relevait de sa compétence en application de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, dans la mesure où la société gestionnaire

⁵⁸ Annexe n° 19

⁵⁹ Annexe n° 88

⁶⁰ Annexe n° 48

⁶¹ Annexe n° 49

⁶² Annexe n° 35

⁶³ Annexe n° 27

⁶⁴ Annexe n° 34

de ce service fixait elle-même les prix, l'administration pénitentiaire n'exerçant qu'un suivi à cet égard.

Saisi de pratiques concernant le secteur de l'audiovisuel en Polynésie française, le Conseil, comme il l'avait déjà fait en 1999 pour les dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, a jugé par sa décision n° 00-D-64⁶⁵ que les dispositions relatives au droit de la concurrence ne s'appliquent pas à ce territoire. En effet, le livre IX du code de commerce énonce que le livre IV de ce même code, au sein duquel sont rassemblées les dispositions de fond et de procédure applicables au Conseil de la concurrence, n'est pas applicable en Polynésie française et la circonstance que la loi audiovisuelle du 20 septembre 1986 prévoit que la compétence du Conseil en matière audiovisuelle est étendue à la Polynésie française est sans effet, dès lors que l'application de cette loi par le Conseil est subordonnée « *aux règles et conditions prévues par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986* » et que ce texte ne prévoit pas de régime spécial de compétence du Conseil.

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

Selon une jurisprudence constante, il ne peut être fait application du titre III de l'ordonnance à des opérations de concentration qui relèvent du titre V, même si celles-ci, parce qu'elles concernent plusieurs entreprises, constituent, au sens commun du terme, des ententes. Pendant l'année 2000, aucune saisine présentant ce cas de figure n'a été soumise au Conseil.

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

Selon une jurisprudence constante, le Conseil, qui est saisi *in rem*, n'est pas tenu par les conclusions des parties. Lorsqu'il est saisi de conclusions qui ne relèvent pas de sa compétence mais de celle, exclusive, d'autres juridictions, le Conseil ne peut que constater l'irrecevabilité de ces conclusions. C'est la décision qu'il a prise, par exemple, concernant la saisine d'un pharmacien aux Sables d'Olonne, qui contestait l'organisation du service d'urgence et du service de garde des pharmacies pendant et hors la saison estivale sur le pays d'Olonne par un arrêté du préfet de la Vendée, dont il demandait l'annulation, ainsi que la condamnation du service de garde et d'urgence localement concerné à lui payer des dommages et intérêts. Le Conseil s'est déclaré incompétent pour statuer sur de telles demandes (00-D-12)⁶⁶.

La saisine de la société Le Grand Cerf, sur laquelle il a été statué par la décision n° 00-D-18⁶⁷, faisait valoir que le décret relatif au contrôle technique des véhicules, dont le projet avait donné lieu à un avis du Conseil le 25 septembre 1990, ne correspondait pas au texte sur lequel le Conseil s'était prononcé et que le fonctionnement des réseaux de contrôle technique était contraire à la législation et à la réglementation en vigueur. Le Conseil a rappelé, à cette occasion, qu'il n'entrait pas dans ses pouvoirs de statuer sur la validité des textes législatifs ou réglementaires. Il a, en outre, précisé qu'il ne lui appartenait pas d'apprécier si les lois et règlements organisant le contrôle technique des véhicules en France sont respectés par les professionnels.

En revanche, le Conseil, dans sa décision n° 00-D-20⁶⁸, a rappelé que les mêmes faits peuvent être soumis à la fois aux juridictions et au Conseil de la concurrence, dans la mesure où les infractions à l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sont indépendantes d'autres éventuels manquements, par exemple relatifs à la régularité des procédures d'appel d'offres.

4. L'application du droit communautaire

⁶⁵ Annexe n° 71

⁶⁶ Annexe n° 19

⁶⁷ Annexe n° 25

⁶⁸ Annexe n° 27

En 2000, le Conseil de la concurrence a appliqué le droit communautaire à six reprises.

Dans la décision n° 00-D-01⁶⁹, le Conseil de la concurrence a estimé que la coordination rurale du Lot-et-Garonne, en tant qu'elle était le support d'une entente entre ses adhérents, a violé l'article 81 du traité de Rome en organisant des actions de pression sur les négociants et distributeurs en vue de limiter les importations de fraises espagnoles, une telle action ayant eu un effet sensible sur le commerce entre États membres de l'Union européenne.

Dans l'affaire ayant donné lieu à la décision n° 00-D-15⁷⁰, le Conseil a sursis à statuer sur la licéité de la clause du contrat de distribution de la société Ivoclar, fabricant de fournitures à destination des dentistes et prothésistes dentaires, qui interdit aux dépôts dentaires membres du réseau de vendre, de quelque façon que ce soit, les produits Ivoclar par correspondance, jusqu'à ce que la Commission européenne ait rendu sa décision sur la demande d'exemption individuelle présentée par la société Ivoclar.

Dans la décision n° 00-D-84⁷¹, le Conseil de la concurrence a examiné le système d'identification professionnelle mis en place par la Fédération nationale des travaux publics (FNTP) destiné à certifier la réalisation d'un certain nombre de travaux par des entreprises, cette certification étant ensuite utilisée par ces dernières pour informer les clients potentiels de leurs qualifications techniques. Plusieurs éléments du dispositif ont été estimés contraires aux exigences de l'article 81-1 du traité de Rome, étant entendu que la FNTP, qui fédère des organisations professionnelles, a été considérée comme le support indirect d'une entente entre entreprises. Ont ainsi été considérées comme contraires aux exigences du droit communautaire de la concurrence :

- L'obligation de détenir une carte professionnelle délivrée par la FNTP, cette condition aboutissant à l'exclusion de la certification des entreprises ayant leur siège dans d'autres États de l'Union et n'ayant pas de filiale en France, sur une base qui n'avait rien à voir avec leurs qualifications techniques ;
- Le fait de ne prendre en compte, pour apprécier la qualification, que les seuls travaux réalisés sur le territoire français ou sous le contrôle des maîtres d'ouvrage ou de maîtres d'œuvre français, cette condition favorisant les entreprises françaises ;
- Le fait de ne prendre en considération que les seuls certificats de capacité délivrés par les maîtres d'ouvrage publics ou par certains maîtres d'œuvre qualifiés.

Dans la décision n° 00-D-35⁷², le Conseil a considéré que la société Hispainox, fabricant espagnol d'appareils de nettoyage à vapeur, avait enfreint la prohibition instituée par l'article 81-1 du traité :

- En passant avec son importateur en France, la société Marketing General Electronic, un accord de distribution exclusive interdisant à cette dernière de répondre à d'éventuelles demandes de clients situés hors de sa zone de concession ; il est noté que cet accord n'avait pas été notifié à la Commission et ne bénéficiait donc pas, en tout état de cause, d'une exemption individuelle ; par ailleurs, dès lors qu'il contenait une clause « *noire* », il ne pouvait pas davantage bénéficier de l'exemption par catégorie prévue par le règlement du 22 juin 1986 relatif à des catégories d'accords de distribution exclusive ;
- En exerçant des mesures de rétorsion à l'encontre de ses distributeurs irlandais et britanniques, parce qu'ils avaient répondu à des commandes passées par la société VAP Industrie.

⁶⁹ Annexe n° 8

⁷⁰ Annexe n° 22

⁷¹ Annexe n° 91

⁷² Annexe n° 42

Dans la décision n° 00-D-83⁷³, qui a abouti à un non-lieu, le Conseil a examiné la conformité au droit communautaire de la concurrence des pratiques mises en œuvre par la Fédération Internationale de Football Association (FIFA) et le Comité français d'organisation France 98 (CFO) à l'occasion de la Coupe du monde de football 1998.

Dans la décision n° 00-MC-19⁷⁴, qui n'a pas examiné le fond du litige, le Conseil a estimé, pour déclarer recevable la saisine au fond, qu'il n'était pas exclu que la mise au point de l'annonce de la commercialisation, par France Télécom, d'une formule forfaitaire souscrite pour une durée d'un an concernant tant l'abonnement que les communications locales et les communications longue distance, à un moment où ses concurrents ne disposent pas encore de la possibilité de commercialiser des offres similaires, puisse constituer un abus de position dominante contraire aux exigences de l'article 82 du traité de Rome.

Dans la décision n° 00-MC-14⁷⁵, le Conseil a considéré qu'il n'était pas exclu que les pratiques de plusieurs laboratoires pharmaceutiques consistant à privilégier la livraison des grossistes-répartiteurs travaillant sur le territoire français, par rapport aux grossistes exportateurs, puissent être contraires aux articles 81 et 82 du traité de Rome, dans la mesure où ces pratiques pourraient affecter la concurrence sur les prix dans d'autres Etats-membres du marché commun.

Cette dernière décision s'est expressément prononcée sur un point de compétence territoriale qui avait également été implicitement tranché dans la décision n° 00-D-35⁷⁶, ainsi que dans une décision n° 97-D-68. Le Conseil de la concurrence, comme la plupart des autorités de concurrence dans le monde, détermine en général sa compétence territoriale en appliquant la théorie des effets, notamment parce que les textes qui lui sont applicables ne contiennent pas de précision à ce sujet. Selon cette théorie, une autorité de la concurrence est compétente pour réprimer des pratiques, quelque soit le lieu de leur commission ou le siège des entreprises en cause, dès lors que les effets économiques sont ressentis sur son territoire national.

Dans les deux décisions ici commentées, le Conseil a cependant estimé qu'il était compétent pour réprimer des pratiques affectant les exportations lorsque le droit communautaire est applicable et que les exportations affectées sont dirigées vers d'autres Etats-membres du marché commun. Dans la décision n° 00-MC-14⁷⁷, le Conseil a exposé que les dispositions de droit communautaire de la concurrence sont d'application directe et qu'il avait reçu compétence pour les appliquer par l'effet de l'article L. 470-6 du code de commerce et, enfin, que le droit communautaire de la concurrence est applicable si les pratiques affectent le commerce entre Etats-membres, même si elles n'ont pas d'effet sur le territoire français.

B. - LA PRESCRIPTION

Aux termes de l'article 27 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, devenu L. 462-7 du code de commerce : « *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* ». Deux arrêts de la cour d'appel de Paris, en date des 9 mars et 1^{er} octobre 1999, ont précisé que le délai de prescription ainsi établi est suspendu à l'égard de la société saisissante, ou du ministre lorsqu'il est à l'origine de la saisine du Conseil, dès lors qu'ils ne sont pas en mesure d'agir pour faire exécuter un acte interruptif dans la procédure en cours devant le Conseil.

⁷³ Annexe n° 90

⁷⁴ Annexe n° 117

⁷⁵ Annexe n° 112

⁷⁶ Annexe n° 42

⁷⁷ Annexe n° 112

Ce cas de figure s'est présenté une fois au Conseil pendant l'année et a donné lieu à la décision n° 00-D-85⁷⁸.

En outre, le Conseil a rappelé que la prescription ne s'applique pas aux pratiques continues, comme l'application d'un barème d'honoraires élaboré et diffusé par un ordre d'avocats (00-D-52)⁷⁹.

S'agissant des effets de la prescription, le Conseil a indiqué, dans sa décision n° 00-D-26⁸⁰, que, s'il ne peut retenir des griefs pour des pratiques prescrites, il lui est cependant loisible de décrire des faits survenus dans la période prescrite, dès lors que cette description est de nature à éclairer les pratiques mises en œuvre dans la période non prescrite. Ce principe est inspiré d'une jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation, qui, dans un arrêt en date du 3 mai 2000, a précisé, au même motif, qu'un président de tribunal de grande instance avait valablement pu rendre une ordonnance autorisant des visites et saisies en se fondant notamment sur des documents remontant à plus de trois ans.

Enfin, concernant les actes susceptibles d'interrompre le délai de prescription, le Conseil a appliqué la jurisprudence classique et constante selon laquelle la convocation d'une partie à une audition, suivie d'un procès-verbal de carence, est un acte tendant à la recherche, la constatation et la sanction des pratiques et interrompt, à ce titre, le délai de l'article 27 de l'ordonnance (00-D-74)⁸¹.

C. - LE DEROULEMENT DE LA PROCEDURE

1. Les enquêtes administratives

a) *Les pouvoirs d'enquête au titre de l'article 47 de l'ordonnance (L. 450-2 du code de commerce)*

Si l'établissement d'un procès-verbal de remise de documents est indispensable lorsque la remise est faite par une personne privée, afin que puissent être vérifiées les conditions dans lesquelles cette opération s'est déroulée, cette formalité n'est pas nécessaire, en revanche, lorsque les pièces concernées sont des documents publics. Le Conseil a rappelé ces principes dans ses décisions n° 00-D-26⁸² et 00-D-59⁸³. Dans cette dernière affaire, il a tout d'abord précisé, d'une part, que la collecte d'éléments d'information librement accessibles au public n'est pas soumise aux prescriptions de l'article L. 450-2 du code de commerce. Puis, en application des dispositions de l'article L. 450-7 du même code, qui prévoit que « *les enquêteurs peuvent, sans se voir opposer le secret professionnel, accéder à tout document ou élément d'information détenu par les services et établissements de l'Etat et des autres collectivités publiques* », le Conseil a estimé que toutes les pièces ayant un caractère administratif pouvaient être considérées comme figurant de façon licite au dossier d'enquête, mais, qu'en revanche, toutes les pièces et renseignements émanant de personnes physiques ou morales privées devaient, à défaut de précision sur la façon dont ils avaient été recueillis, être écartés du dossier.

S'agissant de la validité des procès-verbaux, la cour d'appel de Paris, par un arrêt en date du 6 juin 2000 (SOCAE), a confirmé qu'il appartenait au Conseil de veiller au respect de l'obligation de loyauté qui doit présider à la recherche de la preuve. Comme en 1999, le Conseil a donc été conduit à écarter un certain nombre de procès-verbaux de déclaration ou de remise de pièces, établis dans le cadre de l'article 47, qui ne permettaient pas de s'assurer que

⁷⁸ Annexe n° 92

⁷⁹ Annexe n° 59 (décision qui a fait l'objet d'un recours)

⁸⁰ Annexe n° 33

⁸¹ Annexe n° 81

⁸² Annexe n° 33

⁸³ Annexe n° 66

ce principe avait bien été respecté par les enquêteurs faute de comporter la mention de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, ou l'explicitation de l'objet de l'enquête (00-D-63⁸⁴, 00-D-74⁸⁵, 00-D-90⁸⁶). Dans une décision n° 00-D-35, il a aussi estimé que, bien qu'un procès-verbal comporte une formule aux termes de laquelle les enquêteurs ont justifié de leur qualité et indiqué l'objet de l'enquête « *relative à la vérification du respect des dispositions des titres III et IV de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986* », la personne interrogée avait pu se méprendre sur la portée de ses déclarations, dans la mesure où cette personne avait elle-même porté plainte auprès de la DGCCRF et pouvait penser que l'enquêteur qui l'interrogeait instruisait sa plainte.

Néanmoins, il résulte des dispositions régissant la procédure que la mention relative à la communication de l'objet de l'enquête à la personne entendue n'est pas prescrite à peine de nullité. En effet, cette mention, qui permet de s'assurer que l'obligation de loyauté a bien été respectée et que la personne concernée par les investigations n'a pas été conduite à s'auto-incriminer, peut être suppléée par des éléments extrinsèques ou intrinsèques propres à démontrer, en l'absence de précision expresse, que la personne entendue ou remettant des pièces n'a pu se méprendre sur la portée de ses déclarations ou des remises de documents (00-D-14⁸⁷, 00-D-20⁸⁸, 00-D-47⁸⁹, 00-D-85⁹⁰).

Ainsi, dans sa décision n° 00-D-20⁹¹, le Conseil a estimé que les personnes entendues à la suite d'opérations de visite et de saisies ne pouvaient valablement prétendre avoir pu se méprendre sur la portée exacte de leurs déclarations. Dans l'affaire Citelum (00-D-47⁹²), le Conseil a relevé, en premier lieu, que les procès-verbaux concernés commençaient par la mention préimprimée suivante : « *nous avons indiqué à M. X l'objet de notre enquête* » et que cette mention était suivie de l'énoncé de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, en deuxième lieu, que tous ces procès-verbaux débutaient par une phrase concernant le marché visé par l'enquête et que les déclarations concernaient, ensuite, les conventions sur lesquelles portait précisément l'enquête. De plus, pour deux des procès-verbaux en cause, outre les éléments précédemment décrits, l'enquête administrative avait débuté dans le contexte du débat ouvert à l'occasion de la diversification d'EDF et l'un d'entre eux était intervenu postérieurement à un avis du Conseil de la concurrence relatif à la diversification des activités de cette entreprise. Dans ce contexte, le Conseil a estimé que la personne interrogée, qui était précisément chargée des activités nouvelles au sein du groupe EDF, ne pouvait, compte tenu de ses fonctions, se méprendre sur la portée de ses déclarations.

En revanche, dans une décision n° 00-D-63⁹³, le Conseil a estimé que la mention de la qualité des enquêteurs et le fait que les déclarations des personnes entendues portent sur des questions de concurrence ne permettaient pas de constituer des éléments intrinsèques démontrant que les personnes n'avaient pu se méprendre sur la portée de leurs déclarations. Il a pris la même position dans une décision n° 00-D-82⁹⁴, dans laquelle il a écarté l'argumentation selon laquelle les procès-verbaux contenaient, dans le corps des déclarations, des termes relatifs au marché qui constituaient des éléments intrinsèques démontrant que les

⁸⁴ Annexe n° 70

⁸⁵ Annexe n° 81

⁸⁶ Annexe n° 97

⁸⁷ Annexe n° 21

⁸⁸ Annexe n° 74

⁸⁹ Annexe n° 54

⁹⁰ Annexe n° 92

⁹¹ Annexe n° 27

⁹² Annexe n° 54

⁹³ Annexe n° 70

⁹⁴ Annexe n° 89

personnes entendues connaissaient l'objet de l'enquête et n'avaient pu se méprendre sur la portée de leurs déclarations. A cet égard, le Conseil a estimé que les déclarations dépassaient largement le strict secteur concerné et s'étendaient à la nature et aux contraintes des activités des entreprises, ainsi qu'à la totalité du système de distribution des glaces.

Dans le même ordre d'idées, le Conseil a été conduit à rappeler, par sa décision n° 00-D-74⁹⁵, la jurisprudence de la cour d'appel de Paris, qui, dans un arrêt du 12 mai 1998 (Pompes funèbres générales Ile-de-France), avait considéré que la nature professionnelle ou le caractère obligatoire de l'établissement et de la conservation de documents remis, ainsi que l'absence de déclaration accompagnant cette remise, ne sont pas, en soi, de nature à valider un procès-verbal qui ne comporte pas la mention de l'objet de l'enquête. Dans la même affaire, le Conseil a précisé qu'une société d'économie mixte investie d'une mission de service public ne saurait être considérée comme un service ou établissement de l'Etat au sens des dispositions de l'article L. 450-7 du code de commerce.

Par ailleurs, le Conseil, à l'occasion de plusieurs décisions (00-D-26⁹⁶, 00-D-47⁹⁷, 00-D-74), a rappelé, en application des principes dégagés par la cour d'appel dans un arrêt du 15 juin 1999 (SOLATRAG), qu'une société n'est pas fondée à remettre en cause la régularité du procès-verbal concernant une entreprise qui n'a jamais discuté avoir été valablement informée de l'objet de l'enquête.

Par arrêt du 1^{er} juin 1999, la chambre commerciale de la Cour de cassation, saisie d'un pourvoi formé contre la décision rendue par le président d'un tribunal en application de l'article 48 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, a écarté le grief pris de l'absence de recherche sur le point de savoir si l'objet de l'enquête avait été porté à la connaissance des déclarants, en retenant que les procès-verbaux litigieux relataient les déclarations de personnes entendues comme témoins et non comme accusées d'une infraction. Faisant application de cette jurisprudence, le Conseil a estimé, s'agissant des procès-verbaux de personnes entendues comme témoins et n'ayant pas fait l'objet de griefs, que, dans ce cas de figure, l'absence de mention précisant la communication de l'objet de l'enquête ne constituait pas une irrégularité, dans la mesure où, à supposer que ces personnes aient pu se méprendre sur la portée exacte de l'enquête, leurs déclarations ne pouvaient leur faire grief (00-D-14⁹⁸, 00-D-20⁹⁹, 00-D-22¹⁰⁰, 00-D-74).

S'agissant des autres mentions devant figurer au procès-verbal, le Conseil a rappelé, en premier lieu, qu'il ne résulte d'aucune disposition ou principe que les procès-verbaux devraient faire mention des éventuelles présomptions qui pourraient peser sur les personnes entendues (00-D-08)¹⁰¹, en deuxième lieu, que, dans la mesure où ils respectent le principe de loyauté dans la recherche des preuves, les enquêteurs, lorsqu'ils interrogent des personnes à la suite de visites et saisies, n'ont l'obligation de présenter ni les procès-verbaux de visite et saisie antérieurement dressés, ni les listes des documents saisis (00-D-68)¹⁰² et, enfin, que si la remise d'un double du procès-verbal constitue une modalité obligatoire, en vertu de l'article 46 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, et si mention doit en être faite au procès-verbal pour en rapporter la preuve, l'absence de cette mention ne saurait conduire à

⁹⁵ Annexe n° 81

⁹⁶ Annexe n° 33

⁹⁷ Annexe n° 54

⁹⁸ Annexe n° 21

⁹⁹ Annexe n° 27

¹⁰⁰ Annexe n° 29

¹⁰¹ Annexe n° 15

¹⁰² Annexe n° 75

écarter ledit procès-verbal des débats, dès lors que la formalité de la remise n'est pas contestée par l'intéressé.

b) Les pouvoirs d'enquête au titre de l'article 48 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (article L. 450-4 du code de commerce)

L'année 2000 a marqué le point de départ de l'exercice du contrôle du déroulement des opérations de visites et saisies, dévolu au Conseil de la concurrence en conséquence de l'arrêt du 30 novembre 1999 (BEC Frères), rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation, aux termes duquel la compétence du président de Tribunal de grande instance ayant autorisé les opérations de visites et saisies s'arrête au moment où s'achèvent lesdites opérations¹⁰³.

La décision n° 00-D-68 comporte donc un examen de la validité d'un procès-verbal récapitulatif des opérations diligentées en application de l'article 48 de l'ordonnance. Dans cette affaire, s'est posée la question de l'interprétation du terme « *occupant des lieux* », par lequel les procès-verbaux relatant le déroulement des opérations doivent être signés, en application de l'article 32, alinéa 2 du décret du 29 décembre 1986, fixant les conditions d'application de l'ordonnance. Le Conseil a estimé que le procès-verbal, signé par le patron de l'entreprise concernée, « *occupant des lieux* » à titre principal, était conforme aux prescriptions de l'article 32, précité. Dans la même décision, le Conseil a rappelé que des agendas comportant des mentions relatives aux activités professionnelles de leurs propriétaires et saisis au siège des entreprises ne pouvaient être qualifiés de documents à caractère mixte et avaient donc été régulièrement saisis.

En revanche, dans une affaire concernant des pratiques relevées lors de marchés d'électrification rurale dans la Somme (00-D-20)¹⁰⁴, le Conseil a été conduit à se prononcer sur l'atteinte aux droits de la défense invoquée par plusieurs entreprises qui faisaient valoir qu'elles n'avaient pu, à l'occasion des pourvois en cassation qu'elles avaient diligentés sous le régime antérieur à l'arrêt du 30 novembre 1999, avoir connaissance des pièces présentées par l'administration au soutien de sa demande d'autorisation de visite et de saisies. Le Conseil a écarté ce moyen en indiquant qu'il n'avait pas été destinataire des pièces en cause et n'avait donc pu les porter à la connaissance des parties. Dans le même sens, le Conseil a rappelé, dans sa décision n° 00-D-39¹⁰⁵, qu'il n'était pas compétent pour se prononcer sur les éventuels vices de procédure entachant l'ordonnance du président du tribunal de grande instance, autorisant les opérations de visites et de saisies.

S'agissant de l'effet de l'annulation des opérations au cours desquelles des documents ont été saisis, une société a fait valoir, dans le cadre de l'affaire des marchés d'électrification rurale dans la Somme, que cette annulation avait pour effet d'entraîner l'annulation de l'ensemble des poursuites, puisque le rapport administratif constitue un ensemble indivisible qui conserve, même expurgé, des traces des déclarations ou des documents recueillis irrégulièrement. Le Conseil a écarté ce moyen au motif qu'avaient été retirés du dossier les documents saisis ou recueillis irrégulièrement, toutes les déclarations des responsables entendus à la suite de ces opérations de saisies ou de communication, ainsi que toute référence aux documents en cause lors d'auditions ultérieures des responsables d'autres entreprises et

¹⁰³ La loi relative aux nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 a inséré, à l'article L. 450-4 du code de commerce, un nouvel alinéa aux termes duquel : le déroulement des opérations de visite ou saisie peut faire l'objet d'un recours auprès du juge les ayant autorisés, dans un délai de deux mois qui court, pour les personnes occupant les lieux où ces opérations se sont déroulées, à compter de la notification de l'ordonnance les ayant autorisés et, pour les autres personnes mises en cause ultérieurement, à compter de la date à laquelle elles ont eu connaissance de l'existence de ces opérations et au plus tard à compter de la notification de griefs

¹⁰⁴ Annexe n° 27

¹⁰⁵ Annexe n° 46

dans le rapport administratif d'enquête. Il a ajouté que si certaines traces de ces documents pouvaient subsister dans le rapport administratif d'enquête, sous la forme de renvoi à des constatations ou à des déclarations retirées, ni le rapport, ni les renvois en cause n'avaient été utilisés pour établir les griefs.

2. La saisine du Conseil

a) Les auteurs de la saisine

Il résulte des dispositions combinées des articles 11 et 5, 2^{ème} alinéa de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, devenus respectivement L. 462-5 et L. 462-1 du code de commerce, que le Conseil peut être saisi au contentieux par le ministre chargé de l'économie, les entreprises et, 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 et les chambres de métier ou les chambres de commerce et d'industrie.

Le Conseil peut aussi être saisi des pratiques qui ont pu être constatées dans leurs champs de compétences par le médiateur du cinéma (article 92 de la loi du 29 juillet 1982, sur la communication audiovisuelle), le Conseil supérieur de l'audiovisuel (article 41-4 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée, sur la liberté de communication), le président de l'Autorité de régulation des télécommunications (article 36-10 du code des postes et télécommunications) et par le président de la Commission de régulation d'électricité (article 39 de la loi du 11 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité).

Enfin, l'article 11 de l'ordonnance prévoit que le Conseil peut se saisir d'office.

S'agissant des entreprises, le Conseil a appliqué sa jurisprudence, constante, aux termes de laquelle, le saisissant, pour être regardé comme une entreprise, doit exercer une activité d'offreur de biens ou de services sur un marché à la date de la saisine. En application de ce principe, le Conseil a indiqué que des personnes physiques qui se bornent à faire état de leur qualité de demandeur d'emploi, (00-D-65)¹⁰⁶ ou de retraité (00-D-69)¹⁰⁷ ne relèvent d'aucune des catégories des personnes visées par les articles L. 462-5 et L. 462-1 du code de commerce.

Pour ce qui concerne les associations de consommateurs agréées, le Conseil a indiqué implicitement dans sa décision n° 00-D-89¹⁰⁸, que l'association « *d'usagers de l'eau de Saint-Martin d'Uriage* » ne relevait pas de cette catégorie.

L'impartialité de la saisine du Conseil par le ministre a été contestée dans l'affaire de la distribution des laits infantiles. Une des parties a fait valoir, en effet, que la double compétence accordée au directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, d'une part, pour saisir le Conseil de la concurrence et, d'autre part, pour remplir les fonctions de commissaire du Gouvernement constituerait une violation des droits de la défense. Le Conseil a écarté ce moyen en retenant que cette double compétence, prévue par les dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, avait été voulue par le législateur qui, ainsi, avait donné au ministre les moyens de veiller à la protection de l'ordre public économique. Il a estimé que, par ailleurs, le principe d'impartialité était respecté, dans la mesure où le ministre et le commissaire du Gouvernement ne disposent de pouvoirs d'intervention, ni sur le déroulement de l'instruction, ni sur la formulation des griefs, ni sur la qualification des pratiques et leur sanction et que l'ensemble des interventions écrites et orales

¹⁰⁶ Annexe n° 72

¹⁰⁷ Annexe n° 76

¹⁰⁸ Annexe n° 96

du commissaire du Gouvernement au cours de la procédure font l'objet d'un débat contradictoire (00-D-66)¹⁰⁹.

La décision n° 00-D-28¹¹⁰, relative à la situation de la concurrence dans le secteur du crédit immobilier, a permis au Conseil d'apporter un certain nombre de précisions sur les modalités de la saisine d'office.

En premier lieu, l'un des établissements de crédit en cause contestait la compétence de la commission permanente pour prendre la décision de saisine d'office, au motif que la compétence de cette formation serait prévue par le règlement intérieur du Conseil, alors que la vocation de ce règlement est, aux termes de l'article 8 du décret du 29 décembre 1986, limité au fonctionnement administratif du Conseil et à l'organisation de ses services. Le Conseil a écarté le moyen en rappelant que l'article 4 de l'ordonnance a prévu qu'il pouvait siéger en différentes formations et que, lorsqu'une formation particulière était compétente pour statuer sur une catégorie de décisions, les dispositions de l'ordonnance le prévoyaient expressément (tel est le cas, par exemple, des décisions prises dans le cadre de procédures simplifiées). Ainsi, faute de dispositions contraires, le Conseil a estimé que la commission permanente était compétente pour prendre, au nom du Conseil, une décision de saisine d'office.

En deuxième lieu, la validité de la décision de saisine d'office était contestée en raison de la participation du rapporteur au délibéré. A ce moyen, le Conseil a répondu que la présence du rapporteur au délibéré n'entachait pas la décision de saisine d'irrégularité au motif que, la jurisprudence ayant sanctionné la participation du rapporteur au délibéré sur le fondement de l'article 6 de la CEDH ne s'appliquait que lorsque le Conseil statuait sur le fondement des articles 12 et 13 de l'ordonnance. Dans la mesure où la décision de saisine d'office se borne, non pas à sanctionner des pratiques anticoncurrentielles, mais à décider de rechercher si de telles pratiques existent, cette décision ne fait pas grief. Au surplus, le Conseil a relevé que le rapporteur qui avait participé à la séance au cours de laquelle la saisine d'office avait été décidée, n'avait procédé à aucun acte d'instruction.

En troisième lieu, certaines parties contestaient la participation même de ce rapporteur à la séance à l'issue de laquelle le Conseil avait décidé de se saisir d'office, puisque l'acte de désignation de ce rapporteur était postérieur à la décision du Conseil. Sur ce point, il a été rappelé qu'aucune disposition de l'ordonnance n'interdit au Conseil de demander à un rapporteur de rassembler des éléments d'information permettant d'apprécier l'intérêt d'une saisine d'office.

Enfin, cette décision a conduit le Conseil à préciser que, s'agissant des autorités administratives visées par l'article 16 du décret du 29 décembre 1986, auxquelles doit être communiquée toute saisine entrant dans le champ de leur compétence, aucune disposition législative ou réglementaire ne précise le moment auquel la saisine doit être adressée aux organismes concernés. Il a souligné qu'en matière de saisine d'office, seule la transmission de la notification de griefs permet à l'autorité administrative concernée de disposer des informations nécessaires sur la portée de la saisine, alors que, dans les autres cas de saisine, la communication de ce document permet, le plus souvent, de connaître les pratiques en cause et les marchés sur lesquels elles sont intervenues. Au surplus, le Conseil a rappelé que les dispositions nouvelles de l'article 62 de la loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière, modifiant l'article 89 de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit qui, en tant que loi de procédure, est d'application immédiate, prévoient que la notification de griefs est communiquée à la Commission bancaire.

¹⁰⁹ Annexe n° 73

¹¹⁰ Annexe n° 35

b) Le champ de la saisine

Conformément à une jurisprudence constante, le Conseil a été amené à rappeler dans une décision n° 00-D-07¹¹¹, relative à une demande de mesures conservatoires présentées par la SA Forum cartes et collections, qu'il est saisi *in rem* de l'ensemble des faits et des pratiques affectant le fonctionnement d'un marché, sans être lié par les demandes et les qualifications des parties saisissantes. Cela lui permet d'examiner, sans avoir à se saisir d'office, des pratiques anticoncurrentielles, et ce, même lorsque les demandes présentées par la société saisissante à l'issue de sa saisine ne relèvent pas de sa compétence.

Mais encore faut-il que les pratiques dénoncées relèvent du champ de compétence matérielle du Conseil, c'est-à-dire qu'elles puissent être constitutives d'une entente, d'un abus de position dominante ou de dépendance économique. C'est ce qui a conduit le Conseil à déclarer irrecevable, en application de l'article 19 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (L. 462-8 du code de commerce), la saisine d'un propriétaire de fonds de commerce de vente de vêtements usagés et de friperie, qui dénonçait comme constitutives de concurrence déloyale la vente de vêtements usagés par les associations de la Croix Rouge, le Secours Catholique et le Secours Populaire. Le saisissant faisait valoir que ces associations ne sont assujetties ni aux charges sociales, ni aux contraintes courantes du commerce, telles que les charges de loyer et les achats de marchandises, ce qui leur permet de pratiquer des prix largement inférieurs à ceux des entreprises commerciales. Le Conseil a relevé que la partie saisissante ne faisait état d'aucun élément permettant de penser que les pratiques dénoncées relèveraient d'une des qualifications sus rappelées.

Enfin, il convient de noter que le Conseil refuse de considérer comme entrant dans le champ de la saisine les motivations qui ont pu conduire une partie à porter à sa connaissance des pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, dans une affaire relative à des pratiques en matière d'honoraires mises en œuvre par le barreau de Bonneville, le barreau mis en cause faisait valoir que la Confédération syndicale du cadre de vie (CSCV) n'avait saisi le Conseil que pour satisfaire les rancœurs de l'un de ses adhérents, alors que les organismes visés par le deuxième alinéa de l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, (L. 462-1 du code de commerce) ne peuvent saisir le Conseil que « *pour toute affaire qui concerne les intérêts dont ils ont la charge* ». Le Conseil, dans sa décision n° 00-D-23¹¹², a écarté le moyen, au motif que, dès lors qu'il est saisi par une personne ayant qualité à cet effet, en vertu des dispositions combinées des articles 5 et 11 de l'ordonnance, il importe peu que l'initiative de la personne saisissante trouve son origine dans le comportement de tel ou tel adhérent.

c) Les modalités de la saisine

La décision n° 00-D-66¹¹³, relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des laits infantiles, a rappelé une jurisprudence ancienne de la cour d'appel et de la Cour de cassation (4 juillet 1990 et 6 octobre 1992), aux termes de laquelle les saisines du Conseil de la concurrence par le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes sont valides dès lors qu'elles résultent d'une lettre signée par ce dernier, agissant au nom du ministre de l'économie en vertu d'une délégation permanente donnée par celui-ci par arrêté, à l'effet de signer, dans la limite de ses attributions, au nom du ministre, tous actes, arrêtés, décisions ou conventions à l'exclusion des décrets.

3. L'examen des mesures conservatoires

a) La recevabilité des demandes de mesures conservatoires

Recevabilité appréciée au regard de la qualité du demandeur

¹¹¹ Annexe n° 14

¹¹² Annexe n° 30

¹¹³ Annexe n° 73

Dans sa décision n° 00-MC-10¹¹⁴, le Conseil a estimé que l'Autorité de régulation des télécommunications est recevable à demander des mesures conservatoires au Conseil de la concurrence. Certes, d'une part, l'ART ne figure pas au nombre des personnes énoncées dans la liste fixée par l'article L. 462-1 du code de commerce, auquel renvoie l'article L. 464-1 du même code, et ayant, à ce titre, qualité pour solliciter le prononcé de mesures conservatoires ; d'autre part, l'article L. 36-10 du code des postes et télécommunications, s'il donne qualité à l'ART pour saisir le Conseil et même pour introduire une telle saisine dans le cadre d'une procédure d'urgence, ne prévoit pas davantage que l'Autorité puisse solliciter des mesures conservatoires. Cependant, le Conseil a considéré « *qu'il résulte du rapprochement des articles L. 461-1, L. 462-5 et L. 464-1 du code de commerce que le législateur a entendu consacrer le principe d'identité des personnes physiques ou morales qui ont le pouvoir de saisir le Conseil au fond et celui de demander (...) le prononcé de mesures conservatoires, cette seconde faculté (...) étant indissociable de la première dont elle constitue l'accessoire* ».

Recevabilité appréciée au regard du contenu de la demande

La jurisprudence constante, selon laquelle il n'appartient pas au Conseil de prononcer une mesure conservatoire dont ni la nature, ni l'objet n'ont été définis par la partie saisissante a été confirmée par la décision n° 00-MC-04¹¹⁵.

b) Le bien-fondé des demandes de mesures conservatoires

Réalité de l'urgence invoquée pour soutenir l'existence d'une atteinte grave et immédiate

Le Conseil peut prononcer, à titre de mesures conservatoires, la suspension d'une offre commerciale, alors que l'auteur de l'offre (en l'espèce, il s'agissait de l'offre *Ligne France* de France Télécom) en a déjà spontanément suspendu la commercialisation, dès lors que la suspension n'était pas pure et simple et que France Télécom se réservait la possibilité de reprendre la commercialisation, sans condition (00-MC-19)¹¹⁶.

En revanche, le fait que le juge des référés ait fait interdiction à France Télécom et à ses filiales de commercialiser des téléphones mobiles qui, d'une part, n'indiquaient pas clairement la préprogrammation du numéro du fournisseur d'accès Internet de France Télécom et, d'autre part, ne comportaient pas la possibilité, clairement indiquée, de remplacer ce numéro par celui d'un autre fournisseur d'accès moyennant quelques manœuvres simples -le tout jusqu'à ce que le Conseil de la concurrence se soit prononcé au fond sur le litige opposant France Télécom à la société Wappup.com- prive de bien-fondé une demande de mesures conservatoires tendant aux mêmes fins (00-MC-17)¹¹⁷.

Atteinte grave et immédiate aux intérêts de l'entreprise

Le Conseil a estimé que les conditions du prononcé de mesures conservatoires, qui auraient consisté à suspendre la commercialisation, par la société UGC Ciné-Cité, de la carte « *UGC Illimitée* » n'étaient pas remplies. Le risque grave et immédiat allégué était celui d'un transfert de la clientèle des spectateurs parisiens les plus assidus vers les salles UGC au détriment des salles indépendantes ainsi menacées dans leur existence. Outre les éléments relatifs à l'évolution du marché, et décrits infra, le Conseil a constaté que les sociétés saisissantes n'avaient donné aucune suite aux propositions de concertation relatives à une extension aux exploitants indépendants du bénéfice de la carte. Dans ces conditions, aucune atteinte grave et immédiate aux entreprises saisissantes n'était établie, le Conseil ayant spécialement relevé le caractère évolutif de la situation ayant donné lieu à la saisine sur sa décision, puisqu'il a ajouté la formule inusitée suivante : « *sans préjudice de la faculté ouverte (...) de saisir le*

¹¹⁴ Annexe n° 108

¹¹⁵ Annexe n° 103

¹¹⁶ Annexe n° 117

¹¹⁷ Annexe n° 115

Conseil de la concurrence de nouvelles demandes de mesures conservatoires en cas de survenance d'éléments nouveaux. » (00-MC-13)¹¹⁸.

Le Conseil a considéré comme non fondée la demande de mesures conservatoires de la société Wappup.com tendant à ce qu'il soit interdit à France Télécom et à SFR de commercialiser des appareils de téléphonie mobile de type WAP verrouillés tant sur le portail du fournisseur d'accès Internet que sur la passerelle des opérateurs ou de leur filiale. En effet, compte tenu de la décision prise par le juge des référés, de la relative facilité de déverrouillage des appareils vendus, du fait que de nombreux appareils non verrouillés étaient également commercialisés, du fait que la société Wappup n'avait fourni aucun effort commercial pour persuader des utilisateurs de téléphones dotés de la fonctionnalité WAP de recourir à son portail d'accès à Internet, de la réticence, pour des raisons qui leur sont propres, de doter leurs appareils de la fonctionnalité OTAP qui facilite la reprogrammation des appareils et alors que cette réticence des constructeurs semble en voie d'être levée, du fait que d'autres sociétés pratiquant une activité comparable ont connu un certain succès et, enfin, de l'absence de démonstration de ce que la société Wappup ne pouvait trouver de nouvelles sources de financement, la présence d'un danger grave et immédiat pour la société n'était pas établie (00-MC-17)¹¹⁹.

L'offre *Ligne France* de France Télécom, dont il n'était pas exclu, au fond, qu'elle présente un caractère anticoncurrentiel du fait qu'elle proposait une formule forfaitaire regroupant des communications locales, sur lesquelles l'ouverture à la concurrence n'était pas encore réalisée, et des communications longues distance, était de nature à porter une atteinte grave et immédiate au secteur des télécommunications justifiant l'adoption de mesures conservatoires prononçant sa suspension, alors même que l'intérêt de cette offre pour le consommateur apparaissait limité. En effet, les consommateurs éprouvent des difficultés à comparer les offres nombreuses et complexes du secteur ; ils peuvent donc être attirés par une formule forfaitaire, même si elle n'est, en réalité, pas plus avantageuse que d'autres formules. Or, à la date à laquelle le Conseil statuait, d'une part, seule France Télécom était pratiquement en mesure d'offrir une telle offre combinant des communications locales et longue distance, d'autre part, l'ouverture à la concurrence des communications locales devait intervenir quelques mois plus tard, ce qui autoriserait les concurrents à présenter des offres similaires, mais l'offre *Ligne France* étant d'une durée d'un an et compte tenu de la fragilité de la concurrence dans le secteur et de la difficulté de son émergence sur la « *boucle locale* », la pratique examinée était susceptible de provoquer un dommage grave et immédiat au secteur (00-MC-19)¹²⁰.

Une société, qui considérait que ses pertes sont dues à l'existence de clauses d'exclusivité figurant dans les contrats passés entre son concurrent dominant et ses clients, s'est vue refuser une mesure conservatoire tendant à suspendre lesdites clauses, dès lors que son chiffre d'affaires augmentait, que tous les clients de son concurrent n'étaient pas liés à ce dernier par des clauses d'exclusivité et qu'elle pouvait profiter du renouvellement annuel des contrats pour obtenir de nouveaux clients, nonobstant la clause d'exclusivité (00-MC-12)¹²¹.

La condition d'atteinte grave et immédiate aux intérêts de l'entreprise n'est pas satisfaite en ce qui concerne un fabricant de médicaments génériques qui se plaint de prix prédateurs pratiqués par son concurrent détenteur d'une position dominante, dès lors que les ventes du plaignant ont augmenté, que le produit litigieux ne représente que 34 % de ses ventes et qu'il ne fournit aucun chiffre pour l'année 2000 ; l'atteinte grave et immédiate au secteur n'est pas

¹¹⁸ Annexe n° 111

¹¹⁹ Annexe n° 115

¹²⁰ Annexe n° 117

¹²¹ Annexe n° 110

davantage constituée, d'autres fabricants de génériques étant sur le point d'entrer sur le marché pertinent (00-MC-16)¹²².

Un exploitant de salle de cinéma, qui se plaint de ne pas obtenir du distributeur dominant de la région les films dont il aurait besoin pour rentabiliser son exploitation, n'établit pas l'existence d'une atteinte grave et immédiate aux intérêts de son entreprise, dès lors qu'il n'a pas cherché à choisir un mode de rémunération du distributeur dont le médiateur du cinéma avait estimé qu'il lui garantirait un traitement équivalent à celui d'autres salles, que son résultat d'exploitation est positif et que la commune a établi un plan de développement de cette salle municipale (00-MC-15)¹²³.

Un manque à gagner, à le supposer démontré, est insuffisant à lui seul à caractériser une atteinte grave et immédiate aux intérêts d'une entreprise, alors que l'entreprise demanderesse est bénéficiaire et que son bénéfice augmente (00-MC-14)¹²⁴.

Un déficit d'exploitation ne suffit pas à établir l'existence d'une atteinte grave et immédiate justifiant le prononcé de mesures conservatoires, dès lors que cette situation est ancienne et que le lien avec le litige en cause n'est pas clairement établi (00-MC-11)¹²⁵.

Dès lors que le lien entre la baisse d'activité et la pratique anticoncurrentielle invoquée n'est pas établi, la perte d'un seul client qui ne représente pas une part significative du chiffre d'affaires ne permet pas de caractériser une atteinte grave et immédiate aux intérêts de l'entreprise demanderesse (00-MC-10)¹²⁶.

Atteinte grave et immédiate au secteur ou à l'économie

Le Conseil a estimé que les conditions du prononcé de mesures conservatoires, qui auraient consisté à suspendre la commercialisation, par la société UGC Ciné-Cité, de la carte « *UGC Illimitée* », n'étaient pas remplies. Le risque grave et immédiat allégué était celui d'un transfert de la clientèle des spectateurs parisiens les plus assidus vers les salles UGC, au détriment des salles indépendantes, ainsi menacées dans leur existence. Mais le Conseil a relevé qu'à l'époque à laquelle il statuait, la progression des parts de marché détenues par UGC sur le marché parisien s'effectuait essentiellement au détriment de grands opérateurs et, surtout, intervenait dans un contexte de progression générale du marché qui voyait la fréquentation de toutes les salles augmenter, notamment celles des sociétés demanderesses ; le Conseil a également constaté que les sociétés saisissantes n'avaient donné aucune suite aux propositions de concertation relatives à une extension aux exploitants indépendants du bénéfice de la carte. Dans ces conditions, aucune atteinte grave et immédiate aux entreprises saisissantes ou au secteur n'était établie, le Conseil ayant spécialement relevé le caractère évolutif de la situation ayant donné lieu à la saisine sur sa décision, puisqu'il a ajouté une formule inusitée : « *sans préjudice de la faculté ouverte (...) de saisir le Conseil de la concurrence de nouvelles demandes de mesures conservatoires en cas de survenance d'éléments nouveaux.* » (00-MC-13)¹²⁷.

Le fait qu'un grossiste risque d'être conduit à abandonner un marché n'est pas constitutif d'un risque d'atteinte grave et immédiate au secteur, dès lors que la part de marché de ce distributeur n'est que de 5 ou 6 %, que d'autres grossistes, ainsi que d'autres formes de distribution, subsistent (00-MC-09)¹²⁸.

¹²² Annexe n° 114

¹²³ Annexe n° 113

¹²⁴ Annexe n° 112

¹²⁵ Annexe n° 109

¹²⁶ Annexe n° 108

¹²⁷ Annexe n° 111

¹²⁸ Annexe n° 107

En offrant à sa clientèle un accès à Internet à haut débit par la technique ADSL sans avoir encore proposé à ses concurrents une offre d'accès à son réseau local leur permettant de proposer à leur tour à la clientèle un accès à haut débit dans des conditions économiques acceptables, France Télécom restreignait la concurrence au moment même où une innovation « *porteuse de progrès incontestables* » apparaissait. En étendant cette offre, initialement limitée à quelques zones expérimentales, France Télécom était en mesure de s'adresser à une grande partie de la clientèle potentielle. Dans ces conditions, la pratique revêtait un caractère de menace grave et immédiate justifiant le prononcé de mesures conservatoires (00-MC-01)¹²⁹.

Atteinte grave et immédiate aux intérêts des consommateurs

Un prix s'élevant à quelques francs par consommateur et présenté au surplus, par la partie plaignante, comme étant particulièrement bas ne peut être constitutif d'une atteinte grave et immédiate aux intérêts des consommateurs (00-MC-08)¹³⁰.

c) La nature des mesures conservatoires accordées

Mesures conservatoires que le Conseil ne peut accorder

- des mesures conservatoires qui conduiraient le Conseil à prendre part dans un litige fondé sur une controverse technique et juridique pour lequel il n'est pas compétent (00-MC-02)¹³¹ ;
- des mesures conservatoires qui interviendront trop tard pour redresser une situation ne sont plus nécessaires et, dès lors, ne peuvent être accordées (00-MC-06)¹³² ;
- des mesures conservatoires qui modifieraient le montant de la consignation d'une redevance prévue par des dispositions de nature réglementaire (00-MC-11)¹³³ ;
- des mesures d'astreinte ou de séquestre (00-MC-15)¹³⁴ ;
- une demande tendant au prononcé d'une injonction d'ouverture immédiate de la boucle locale a été rejetée, au motif que le calendrier établi par l'Autorité de régulation des télécommunications pour résoudre cette question était compatible avec les besoins des opérateurs (00-MC-01)¹³⁵.

Mesures conservatoires pouvant être accordées

Le Conseil a considéré qu'il pouvait prononcer, à titre de mesures conservatoires, la suspension d'une offre commerciale (00-MC-19)¹³⁶. Cette solution avait déjà été adoptée dans le domaine des télécommunications.

Compte tenu de la nature des risques anticoncurrentiels (résultant du fait que l'offre *Ligne France* de France Télécom regroupait, dans une formule forfaitaire, des communications locales et de longue distance, alors que l'ouverture à la concurrence de la boucle locale ne devait intervenir que quelques mois plus tard), le Conseil a enjoint à la société France Télécom de suspendre son offre tarifaire *Ligne France* jusqu'à la mise en place effective des conditions permettant aux opérateurs tiers de proposer, s'ils le souhaitent, des offres alternatives (00-MC-19).

¹²⁹ Annexe n° 100

¹³⁰ Annexe n° 106

¹³¹ Annexe n° 101

¹³² Annexe n° 105

¹³³ Annexe n° 109

¹³⁴ Annexe n° 113

¹³⁵ Annexe n° 100

¹³⁶ Annexe n° 26

Dans une saisine de la société 9 Télécom, il était demandé au Conseil de prononcer des mesures conservatoires tendant à interdire à France Télécom d'étendre une offre –qui faisait, à l'époque l'objet d'expérimentations géographiquement limitées- d'accès Internet à haut débit selon la technique ADSL, ou d'interrompre cette extension, en attendant que le Conseil ait statué au fond sur la pratique consistant, pour l'opérateur historique, à ne pas avoir offert à ses concurrents les conditions techniques d'accès à son réseau local leur permettant de mettre en place des offres comparables. Le Conseil, après avoir relevé que le service proposé à la clientèle par France Télécom constituait « *une innovation porteuse d'un progrès incontestable* » a décidé, non de prononcer les mesures demandées, mais d'enjoindre à France Télécom de proposer aux opérateurs tiers, dans un délai maximum de huit semaines, une offre technique et commerciale d'accès au « *circuit virtuel permanent pour la fourniture d'accès à Internet à haut débit par la technologie ADSL ou toute autre solution technique et économique équivalente permettant aux opérateurs tiers l'exercice d'une concurrence effective* ». Cette solution constructive a été validée par la cour d'appel de Paris qui a considéré que la mesure conservatoire accordée était incluse dans ce qui avait été demandé. (00-MC-01 ; cour d'appel de Paris 30 mars 2000).

4. L'instruction

a) La notification des griefs

Un arrêt du 25 février 1999, rendu par la cour d'appel de Paris, a conduit à considérer que la séparation entre l'organe d'instruction, qu'est le rapporteur, et l'autorité de décision, qu'est le Conseil de la concurrence, devait apparaître clairement dans le cours de la procédure. En matière de demande d'enquête, cette séparation peut, en apparence, prêter à discussion, dans la mesure où l'article 50 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 précisait, dans sa rédaction antérieure à son intégration dans le code de commerce, que les demandes étaient transmises par le président du Conseil au directeur général de la concurrence. En pratique, une note définissant les orientations de l'enquête était jointe aux demandes du président. La Cour de cassation, dans son arrêt en date du 16 mai 2000, statuant sur le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel précité, a précisé que, même en l'absence de mention identifiant expressément le rapporteur désigné comme étant l'auteur de la note d'orientation de l'enquête transmise avec la demande du président au directeur de la DGCCRF, il y avait lieu de rechercher si ce document lui était imputable. Le Conseil a rappelé cette jurisprudence dans sa décision n° 00-D-28¹³⁷ et a estimé qu'une attestation du rapporteur chargé du dossier, à l'époque de la formulation de la demande d'enquête, permettait valablement d'établir cette preuve.

b) Les destinataires de la notification de griefs

Selon une jurisprudence ancienne et constante, la notification de griefs est le point de départ de la procédure contradictoire. Le Conseil a rappelé ce principe dans le cadre de sa décision n° 00-D-23¹³⁸ relative à des pratiques en matière d'honoraires mises en œuvre par le barreau de Bonneville, en réponse à un moyen invoquant la violation des droits de la défense résultant de ce que le barreau n'avait été informé ni de la procédure d'enquête, ni d'une procédure de non-lieu, ni d'une enquête complémentaire, préalables à la notification des griefs et ce, alors que l'association saisissante avait été informée de toutes ces étapes de procédure et avait pu présenter des observations. En vertu du même principe, le Conseil, dans sa décision n° 00-D-39¹³⁹, a rappelé qu'aucune disposition n'impose ni la communication des pièces de la

¹³⁷ Annexe n° 35

¹³⁸ Annexe n° 30

¹³⁹ Annexe n° 46

procédure avant que les griefs n'aient été notifiés, ni que le rapporteur accomplisse des actes complémentaires au rapport d'enquête.

Par ailleurs, le Conseil a été amené à répondre à un moyen nouveau aux termes duquel, faute de comporter la signature de leur auteur et la date à laquelle ils étaient établis, la notification de griefs et le rapport étaient nuls. Ce moyen a été écarté au motif, d'une part, qu'aucune disposition n'impose ces formalités et, d'autre part, que la page de garde de ces documents comporte la mention selon laquelle ils sont établis par tel ou tel rapporteur, mention qui permet d'en identifier clairement les auteurs et vaut authentification (00-D-67)¹⁴⁰.

Dans l'affaire relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des laits infantiles, l'une des sociétés mises en cause a fait valoir que les maternités, qui sont les décideurs des tours de lait, auraient dû être mises en cause. Le Conseil a relevé dans sa décision n° 00-D-66¹⁴¹ qu'aucun élément du dossier ne démontrait que les maternités étaient les décideurs de la pratique et il a rappelé, à cet égard, une jurisprudence ancienne aux termes de laquelle le Conseil n'est pas tenu d'engager une procédure de notification de griefs à l'égard de toutes les parties à une entente (cour d'appel de Paris, 25 septembre 1991, Salomon).

c) Le rapport

Établi par le rapporteur, dans le cadre de la procédure normale, après réception des observations écrites formulées par les parties en réponse à la notification de griefs, le rapport est une pièce essentielle de la procédure, puisque le Conseil ne peut retenir dans sa décision que des griefs maintenus dans le rapport.

S'agissant de la réponse aux moyens des parties, le Conseil, dans sa décision n° 00-D-39¹⁴², a estimé que le rapporteur pouvait valablement répondre par une seule argumentation à plusieurs moyens identiques présentés par plusieurs parties.

Concernant les pièces annexées au rapport, le Conseil a considéré, dans la même décision, que ne constituait pas une violation des droits de la défense le fait de communiquer aux parties, postérieurement au rapport, des procès-verbaux de saisie et d'inventaire qui n'avaient pas été intégrés à ce rapport, dans la mesure où les pièces recensées dans ces procès-verbaux et qui avaient servi de fondement à la notification de griefs avaient été jointes au rapport. Dans une autre décision (00-D-59)¹⁴³, le Conseil a estimé que, dans la mesure où un certain nombre de pièces consistaient dans des conventions signées par la société mise en cause, où les autres pièces avaient été citées dans la notification de griefs et où la société mise en cause n'alléguait pas que la situation qu'elle dénonçait aurait porté atteinte à ses droits, alors que les pièces en question figuraient au dossier ouvert à la consultation, le fait que ces pièces ne figurent pas en annexe au rapport ne constituait pas une violation des droits de la défense ou du principe du contradictoire.

S'agissant des griefs retenus, le Conseil a considéré dans sa décision n° 00-D-67¹⁴⁴ qu'il n'était pas lié par l'appréciation faite par le rapporteur, au stade du rapport, sur l'autonomie d'une filiale par rapport à sa société mère. Dans cette affaire les deux sociétés avaient répondu par un mémoire commun en s'exonérant chacune des pratiques relevées et avaient, ensemble, fait valoir des moyens de défense tant sur la procédure que sur le fond ; le respect du principe du contradictoire avait donc bien été assuré.

d) La durée de la procédure

¹⁴⁰ Annexe n° 74

¹⁴¹ Annexe n° 73

¹⁴² Annexe n° 46

¹⁴³ Annexe n° 66

¹⁴⁴ Annexe n° 14

La disparition de personnes dont l'audition aurait pu être utile à l'établissement de la vérité ou la perte d'archives ne constituent pas en elles-mêmes des causes d'irrégularité de la procédure ; la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 12 décembre 2000 (société CGST SAVE), a précisé à cet égard que des difficultés pour retrouver des pièces à la suite d'une fusion entre entreprises, dues à des causes internes aux dites entreprises, étaient sans lien avec le déroulement de l'instruction et de la procédure suivie devant le Conseil.

Le Conseil, pour sa part, estime qu'il lui appartient d'apprécier la situation ainsi créée et de vérifier s'il dispose d'éléments suffisants pour statuer. Les disparitions résultant de l'écoulement du temps peuvent donc avoir un effet négatif sur la procédure, mais cet effet n'est pas mécanique : il dépend de l'incidence de ces événements sur l'ensemble des éléments probants dont dispose le Conseil, qui n'exclut pas, au surplus, de s'interroger sur le point de savoir si la situation ainsi créée a porté préjudice aux parties (00-D-38¹⁴⁵, 00-D-66¹⁴⁶, 00-D-85¹⁴⁷).

e) Le déroulement de la séance

L'article 25 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 autorise le Conseil à entendre, au cours de la séance, des personnes susceptibles de l'éclairer.

Dans un arrêt du 19 septembre 2000, relatif à la décision n° 00-D-07¹⁴⁸, la cour d'appel de Paris a précisé que le Conseil n'est pas tenu de mentionner dans sa décision la teneur des interventions qui ont eu lieu lors de la séance.

D. - LA PREUVE DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

La question de la validité des procès-verbaux et de l'application du principe de loyauté dans la recherche des preuves a déjà été abordée dans la partie procédure, à laquelle le lecteur est invité à se reporter.

S'agissant des preuves recevables, le Conseil a rappelé, dans une décision n° 00-D-68¹⁴⁹, que les agendas saisis au siège d'une entreprise dans le cadre d'une enquête diligentée à la suite d'une autorisation judiciaire constituaient des éléments de preuve valables.

Ainsi que le Conseil l'a souvent rappelé, la preuve des pratiques anticoncurrentielles résulte le plus fréquemment d'un faisceau d'indices : « *La preuve des pratiques anticoncurrentielles peut résulter, soit de preuves se suffisant à elles-mêmes, soit d'un faisceau d'indices constitué par le rapprochement de divers éléments recueillis en cours d'instruction qui peuvent être tirés d'un ou plusieurs documents ou déclarations, et qui, pris isolément, peuvent ne pas avoir un caractère probant* ».

Dans une décision n° 00-D-08¹⁵⁰, relative à la situation de la concurrence dans la distribution des peintures pour carrosserie de la société Du Pont de Nemours, le Conseil a estimé que les preuves consistant dans la déclaration de six distributeurs sur 120 (par ailleurs formulées en termes hypothétiques) et un échantillon de la clientèle effectivement desservie par les membres du réseau étaient insuffisantes, à elles seules, pour établir l'instauration d'un régime de protection territoriale absolue prohibé par l'article 7 de l'ordonnance.

Dans une décision n° 00-D-16¹⁵¹, relative à deux saisines de la société Les Carrières de Sainte-Marthe, le Conseil a rappelé que le seul fait que les prix pratiqués par plusieurs

¹⁴⁵ Annexe n° 45

¹⁴⁶ Annexe n° 73

¹⁴⁷ Annexe n° 92

¹⁴⁸ Annexe n° 14

¹⁴⁹ Annexe n° 75

¹⁵⁰ Annexe n° 15

¹⁵¹ Annexe n° 23

carrières membres d'un GIE pour les granulats de type « *fillers* » soient identiques ne démontrait pas, à lui seul, l'existence d'une entente entre les membres du GIE, le pourcentage de ces granulats dans le total des granulats vendus étant faible (2 %) et l'identité des prix pouvant s'expliquer par le caractère peu différencié du produit en cause.

De même, dans une décision n° 00-D-15¹⁵², relative à des pratiques mises en œuvre par la société Ivoclar Division France, le Conseil a estimé que la preuve de prix imposés sous couvert de prix « *utilisateurs* » conseillés n'était pas rapportée : il n'était pas démontré que les agents commerciaux d'Ivoclar auraient effectivement fait pression sur leurs distributeurs pour qu'ils remontent leurs prix ; l'échantillon de relevés de prix était insuffisamment justifié pour pouvoir être retenu comme élément de preuve ; enfin, dans cet échantillon, 55 à 88 % des commandes étaient facturées à un prix s'écartant du prix conseillé¹⁵³.

La stabilité dans le temps de la répartition de marchés publics entre entreprises peut être considérée comme un indice de concertation, mais est insuffisante pour caractériser, à elle seule, une entente anticoncurrentielle, ainsi que le Conseil l'a énoncé dans une décision n° 00-D-20¹⁵⁴, relative à des pratiques relevées lors de marchés d'électrification rurale dans la Somme ; en l'espèce, des réunions entre les entreprises et des conversations téléphoniques étaient établies, mais la teneur de ces échanges n'était pas connue et pouvait s'expliquer par d'autres motifs¹⁵⁵. Par ailleurs, si les groupements conjoints et solidaires d'entreprises pour soumissionner à un marché public ne sont pas prohibés en soi, encore faut-il qu'ils ne dissimulent pas une entente anticoncurrentielle de prix et de répartition de marchés visant, comme en l'espèce, à répartir, entre les membres, les marchés concernés et à reconduire des situations déjà acquises ; ces groupements sont présumés anticoncurrentiels lorsqu'ils ne peuvent s'expliquer par le motif de mise en commun de moyens ou par d'autres raisons plausibles.

Un parallélisme de comportement ne peut suffire, en règle générale, à lui seul, à démontrer l'existence d'une entente anticoncurrentielle, ce parallélisme pouvant résulter de décisions prises par des entreprises qui s'adaptent de façon autonome au contexte du marché, ainsi que le Conseil l'a jugé dans une décision n° 00-D-34¹⁵⁶ relative à des pratiques relevées lors de la passation de plusieurs marchés d'électrification rurale dans le département de l'Eure-et-Loir ; il faut d'autres éléments de preuve pour corroborer cet indice. Ce raisonnement a également été suivi par le Conseil dans sa décision n° 00-D-39¹⁵⁷ relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production et de la distribution des produits en béton préfabriqués. Il a, de surcroît, considéré qu'en l'absence d'éléments précis sur l'identité des personnes ayant participé à des réunions et sur l'objet de celles-ci, la preuve d'une entente ne pouvait être regardée comme apportée.

En matière d'abus de position dominante, le Conseil, dans une décision n° 00-D-50¹⁵⁸, relative à des pratiques mises en œuvre par la société la Française des Jeux dans les secteurs de la maintenance informatique et du mobilier de comptoir, a énoncé, en ce qui concerne le lien de connexité entre le marché dominé par l'opérateur en position dominante et le marché où se déroulent les pratiques anticoncurrentielles qui lui sont imputables, que « *lorsque les pratiques consistent en l'application sur le marché concurrentiel de prix bas rendus possibles par des transferts de ressources provenant de la rente dégagée grâce à la position détenue*

¹⁵² Annexe n° 22

¹⁵³ Voir aussi décision n° 00-D-51 du 23 janvier 2001 relative à la commercialisation des lecteurs de glycémie

¹⁵⁴ Annexe n° 27

¹⁵⁵ Voir aussi décision n° 00-D-26 du 21 juin 2000

¹⁵⁶ Décision qui fait l'objet d'un recours

¹⁵⁷ Annexe n° 46

¹⁵⁸ Annexe n° 57

sur le marché dominé par l'auteur des subventions, l'existence de la relation de causalité entre les pratiques et la position dominante s'induit du seul comportement de l'entreprise dominante ; (...) en d'autres termes, cette dernière, par le financement abusif de l'activité concurrentielle, établit elle-même un lien de connexité entre les deux marchés ».

E. – L'IMPUTABILITE DES PRATIQUES

1. L'imputabilité entre société mère et filiale

Il résulte d'une jurisprudence ancienne et constante que les pratiques, lorsqu'elles sont mises en œuvre par la filiale d'une société, sont imputables à cette filiale pour autant qu'elle dispose d'une autonomie de décision par rapport à sa société mère. Dans le cas contraire, les pratiques sont reprochées à la société mère.

Dans l'affaire relative aux pratiques mises en œuvre par la société la Française des Jeux, les sociétés saisissantes faisaient valoir que les pratiques de soutien abusif devaient être imputées tant à la société mère, la Française des Jeux, qu'à sa filiale, ayant bénéficié de ce soutien, la société Française de Maintenance. Le Conseil a relevé que cette filiale ne disposait, au moment des faits, d'aucune autonomie par rapport à sa mère puisque, notamment, celle-ci détenait 90 % de son capital, que la filiale réalisait 60 % de son chiffre d'affaires avec sa société mère, que la plupart des dirigeants de la Française de Maintenance exerçaient également des responsabilités au sein de la Française des Jeux et, qu'enfin, la gestion de la filiale et la détermination de sa stratégie commerciale étaient étroitement contrôlées par la société mère (00-D-50)¹⁵⁹.

Dans sa décision relative aux pratiques relevées dans le secteur de la vente d'espaces publicitaires télévisuels, le Conseil a repris l'argumentation développée par TF1, aux termes de laquelle TF1 Publicité ne disposait d'aucune autonomie juridique et d'action par rapport à sa société mère et était détenue à plus de 99 % par TF1, son conseil d'administration étant, pour l'essentiel, composé de dirigeants de la société mère (00-D-67)¹⁶⁰.

2. L'imputabilité en cas de transformation de l'entreprise

Dans un arrêt en date du 17 décembre 1991 (ENICHEM Anic SpA/Commission des Communautés européennes), le Tribunal de première instance des Communautés européennes a précisé que la responsabilité du comportement infractionnel de l'entreprise suit, en droit de la concurrence, la personne morale. Il en résulte, en premier lieu, que tant que la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise qui a mis en œuvre des pratiques subsiste juridiquement, c'est elle qui doit assumer la responsabilité de ces pratiques, même si les éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction ont été cédés à une tierce personne ; en second lieu, lorsque la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise qui a mis en œuvre les pratiques a disparu, les pratiques sont imputées à la personne morale à laquelle l'entreprise a juridiquement été transmise et, à défaut d'une telle transmission, à celle qui assure, en fait, sa continuité économique et fonctionnelle.

En application de ces principes, le Conseil a appliqué la notion de continuité économique et fonctionnelle à la Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance à laquelle il a imputé les pratiques relevées à l'encontre du Centre national des caisses d'épargne et de prévoyance (CENCEP), qui avait été dissout, conformément aux dispositions de l'article 29 de la loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière, et dont les droits et obligations avaient été transférés à la Caisse, à laquelle appartiennent désormais les éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction (00-D-28)¹⁶¹.

¹⁵⁹ Annexe n° 57

¹⁶⁰ Annexe n° 74

¹⁶¹ Annexe n° 35

Il a, par ailleurs, appliqué le même raisonnement, dans sa décision n° 00-D-22¹⁶², à une société ayant absorbé une des entreprises ayant participé aux pratiques et ayant fait l'objet d'une radiation du registre du commerce, ainsi que dans sa décision n° 00-D-29¹⁶³, dans le cas de pratiques commises par une association, dissoute ultérieurement par une assemblée générale exceptionnelle, alors que, le jour même de la dissolution, les membres de l'association avaient créé un syndicat dont le procès-verbal d'assemblée constitutive avait précisé qu'il constituait la transformation de l'association et qu'il se situait dans le prolongement de son action et, enfin, que l'actif de l'association avait été transféré au syndicat qui avait repris les biens, les droits et divers contrats.

Dans sa décision n° 00-D-47¹⁶⁴, le Conseil a considéré qu'eu égard aux circonstances de la cause, il n'était pas établi que le cessionnaire du fonds de commerce de l'entreprise, auteur des pratiques, assure la continuité économique et fonctionnelle de celle-ci. En effet, cette cession, ordonnée dans le cadre d'une procédure en liquidation judiciaire, n'avait porté que sur les éléments incorporels et certains éléments corporels, à l'exclusion des locaux d'exploitation ; par ailleurs, l'ordonnance du juge ayant prescrit la cession avait pris acte de ce que le dirigeant de l'entreprise cédante ne participerait ni au capital, ni à la direction de la nouvelle structure.

En revanche, le Conseil a estimé qu'il n'y avait pas lieu de rechercher la continuité économique et fonctionnelle :

- s'agissant d'une société qui, à l'occasion d'une modification de sa raison sociale, cède la branche d'activité dans le cadre de laquelle ont été mises en œuvre les pratiques (00-D-20)¹⁶⁵ ;
- s'agissant de l'apport à une autre société, dans le cadre d'un apport partiel d'actifs, de la filiale au sein de laquelle ont été commises les pratiques, alors que cette filiale ne disposait d'aucune autonomie par rapport à sa société mère (00-D-26)¹⁶⁶ ;
- s'agissant de la cession par une société mère à une de ses filiales de l'agence dans le cadre de laquelle avaient été mises en œuvre les pratiques (00-D-34)¹⁶⁷.

Chapitre II. - Les ententes illicites

Depuis deux ans, l'évolution de la jurisprudence, tant du Conseil que de la cour d'appel de Paris, se caractérise par un double mouvement :

- une attention accrue portée à la démonstration d'un accord de volonté pour fausser le jeu de la concurrence ;
- le souci de ne pas négliger des formes d'entente non directement orientées vers les prix, mais ayant des effets analogues.

Sur le premier point, la cour a confirmé la jurisprudence exigeante élaborée par le Conseil en 1999 (99-D-31, confirmée par l'arrêt du 15 février 2000). La formule employée par la cour d'appel de Paris dans l'arrêt du 9 janvier 2001, relatif à la décision n° 00-D-34¹⁶⁸, retient l'attention : « *il importe (...) pour que la pratique puisse être sanctionnée sur le fondement des articles L. 420-1, L. 462-6 et L. 464-2 du code de commerce, que les*

¹⁶² Annexe n° 29

¹⁶³ Annexe n° 36

¹⁶⁴ Annexe n° 54

¹⁶⁵ Annexe n° 27

¹⁶⁶ Annexe n° 33

¹⁶⁷ Annexe n° 41

¹⁶⁸ Annexe n° 41

entreprises aient librement et volontairement participé à une action concertée, en sachant qu'elle avait pour objet ou pouvait avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ». Dans une décision n° 00-D-39¹⁶⁹, le Conseil a considéré qu'une entente anticoncurrentielle ne pouvait être établie par le seul fait que les entreprises d'une zone géographique ont augmenté leurs prix, après que les entreprises de la zone voisine aient augmenté les leurs à la suite d'une concertation.

Sur le second point, on retiendra la décision n° 00-D-20¹⁷⁰, confirmée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 5 décembre 2000 (voir, ci-dessous, « *les groupements d'entreprise* »), et la tentative, censurée au contraire par la cour, de sanctionner les concertations mises en œuvre dans le cadre de l'élaboration des bordereaux de prix unitaires (00-D-34¹⁷¹, réformée par l'arrêt du 9 janvier 2001).

A. - LA FORME DES ENTENTES PROHIBÉES

1. Les ententes horizontales

Dans deux affaires, le Conseil a considéré qu'une pratique concertée, consistant à adresser une demande à l'autorité publique afin qu'elle exerce sa compétence et prenne une décision déterminée, ne saurait caractériser, à elle seule, une entente anticoncurrentielle. La première concernait une démarche engagée par une association de taxis en direction d'une commune et tendant à ce qu'une borne d'appel soit retirée de la voie publique (00-D-79)¹⁷². Dans la seconde, le Conseil a tacitement admis qu'une démarche concertée visant à obtenir le report de l'entrée en vigueur d'un arrêté ministériel aurait pu être constitutive d'une entente anticoncurrentielle, si elle avait eu pour unique objet de favoriser une entreprise et de priver une autre d'une opportunité (00-D-73)¹⁷³.

Une concertation entre deux entreprises offrant des services sur un même secteur, mais dont les activités sont complémentaires, ne devrait pas, en principe, poser de problèmes de concurrence ; ainsi, la société Citélum, qui gère et entretient des réseaux d'éclairage public, pouvait, en principe, s'associer à la société Architecture Lumière, qui réalise des images infographiques permettant de simuler les effets de l'éclairage de monuments publics ou de sites, Citélum ne pratiquant pas cette dernière activité. Mais, en l'espèce, les deux sociétés avaient aussi des activités de même nature : la conception et l'installation technique de projets d'illumination. Dès lors, le Conseil a considéré que certaines des stipulations de leur accord, restrictives de la liberté commerciale de la société Architecture Lumière, étaient susceptibles d'être prohibées (00-D-47)¹⁷⁴.

Une « *coordination rurale* », qui constitue une entente entre entreprises agricoles, met en œuvre une entente anticoncurrentielle, contraire aux droits national et communautaire réprimant les ententes, en imposant, par la force, à la grande distribution un certain nombre de pratiques (00-D-01)¹⁷⁵.

2. Les groupements d'entreprises

Groupements ne posant pas, en principe, de problème de concurrence

¹⁶⁹ Annexe n° 46

¹⁷⁰ Annexe n° 27

¹⁷¹ Annexe n° 41

¹⁷² Annexe n° 86

¹⁷³ Annexe n° 80

¹⁷⁴ Annexe n° 54

¹⁷⁵ Annexe n° 8

La jurisprudence traditionnelle relative aux groupements qui doivent être justifiés par des raisons techniques et économiques et dont le maître d'ouvrage doit être informé, a été confirmée par la décision n° 00-D-53¹⁷⁶.

Groupements temporaires susceptibles de poser des problèmes de concurrence

A côté de la jurisprudence constante qui considère comme anticoncurrentiels les groupements d'entreprise constitués en vue de répondre à un appel d'offres, qui ne sont pas justifiés par des nécessités techniques et qui réunissent une proportion telle des entreprises potentiellement intéressées par le marché que la concurrence s'en trouve asséchée, se développe une autre ligne jurisprudentielle qui sanctionne les groupements dont la constitution, ne répondant à aucune justification technique, vise uniquement à permettre à chacune des entreprises membres de retrouver, une fois le groupement déclaré attributaire du marché, la zone sur laquelle elle travaillait antérieurement. (00-D-20¹⁷⁷, confirmée par la cour d'appel de Paris 5 décembre 2000).

Entreprises communes

Une entreprise commune ne relève du droit des concentrations que si, d'une part, elle assure toutes les fonctions d'une entreprise autonome d'une manière durable et si, d'autre part, sa création n'a pas pour objet, ou ne peut pas avoir pour effet, une coordination, sur les marchés pertinents, des sociétés mères entre elles ou de l'une d'entre elles avec la filiale commune. (00-D-39¹⁷⁸, confirmant 97-A-23). En l'espèce, la filiale commune, créée par cinq fabricants de produits agglomérés en béton, visait à pérenniser leurs parts de marché des trois années précédentes et à coordonner leurs politiques commerciales : ce n'était pas une concentration.

Par ailleurs, s'il est de jurisprudence constante que la création d'une entreprise commune de commercialisation, notamment sous la forme d'une société coopérative, par plusieurs entreprises n'est pas en soi anticoncurrentielle, encore faut-il que les clauses de ses statuts, ou l'application qui est faite de ces clauses, ne soient pas de nature à empêcher ou à fausser le jeu de la concurrence. Dans sa décision n° 00-D-14¹⁷⁹, le Conseil a considéré que sont anticoncurrentielles les clauses suivantes des statuts d'une coopérative de commercialisation :

- la fixation de quotas de production pour chacune des entreprises adhérentes, assortis d'un prix d'achat unique et de clauses d'exclusivité réciproques, les adhérents n'ayant alors aucune incitation à chercher à obtenir des gains de productivité ;
- une clause de non concurrence d'une durée de trois ans, en vertu de laquelle l'adhérent qui quitte la coopérative s'abstient de s'intéresser à la clientèle de la société coopérative, dès lors que le marché pertinent, de dimension régionale, ne comprenait qu'un nombre réduit de grands acheteurs déjà clients de la coopérative. (00-D-14)¹⁸⁰.

Dans la même décision, le Conseil a estimé que les économies d'échelle et les mesures de rationalisation rendues possibles par la création d'une entreprise commune de commercialisation de nature anticoncurrentielle, mais intervenant dans un secteur en déclin, ne suffisent pas pour accorder le bénéfice de l'exemption prévue par l'ancien article 10, 2^{ème} alinéa, de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, devenu l'article L. 420-4 du code de commerce, dès lors que :

¹⁷⁶ Annexe n° 60

¹⁷⁷ Annexe n° 27

¹⁷⁸ Annexe n° 46

¹⁷⁹ Annexe n° 21

¹⁸⁰ Annexe n° 21

- il n'est pas démontré en quoi les clauses restrictives de concurrence sont nécessaires pour obtenir le résultat allégué ;
- aucun lien n'est établi entre leur mise en œuvre et les résultats obtenus ;
- des hausses des prix continues de 4,5 % par an pendant huit ans interdisent de prétendre que les consommateurs ont bénéficié des pratiques litigieuses.

3. Les ententes verticales

Différentes catégories de pratiques sont susceptibles de constituer des ententes verticales

Ainsi, dans sa décision n° 00-D-62¹⁸¹, le Conseil a considéré que les usages du courtage, qui régissent les relations entre les compagnies d'assurances et les courtiers, constituent en tant que tels des conventions susceptibles d'affecter la concurrence sur le marché des opérations d'assurance sur la vie et de capitalisation.

Conformément à la jurisprudence communautaire, le Conseil admet le principe selon lequel des contrats d'exclusivité identiques passés entre les fournisseurs et leurs distributeurs qui, individuellement, ne poseraient pas de problème de concurrence, peuvent, par leur effet cumulatif, devenir anticoncurrentiels lorsque l'accès au marché s'en trouve limité ou les parts de marché figées. Dans sa décision n° 00-D-82¹⁸², le Conseil a estimé qu'un tel effet cumulatif n'était pas établi, dès lors que les fournisseurs qui avaient passé les contrats litigieux ne détenaient, ensemble, que 47 % de parts de marché.

Les restrictions de concurrence portant sur les prix entre revendeurs appartenant à un même réseau ne sont prohibées que pour autant que ceux-ci sont actifs sur le même marché. Le marché à prendre en compte est le marché pertinent, au sens du droit de la concurrence ; il importe peu, dans ces conditions, que le réseau soit organisé sous la forme de concessions territoriales exclusives ; dès lors que les zones d'exclusivité sont de taille plus réduite que les marchés pertinents, certains membres du réseau sont en concurrence entre eux, ce qui suffit à rendre illégale toute limitation de la liberté de fixer les prix de détail (00-D-10)¹⁸³.

Le fait, pour des distributeurs, de respecter le prix de vente au détail demandé par le fournisseur, alors que, compte tenu du caractère certain des ristournes et remises, ils avaient la possibilité de fixer leurs prix à un niveau plus bas, a été considéré comme caractérisant leur adhésion volontaire à l'entente sur les prix initiée par le fournisseur (00-D-85)¹⁸⁴.

B. - LES PARTICIPANTS AUX ENTENTES

1. La nature des participants

La délibération de l'organe dirigeant de l'AFNIC, organisme responsable de l'enregistrement des noms de sites Internet dans le domaine national « .fr » qui rassemble divers opérateurs publics et privés, dont des entreprises, « *est susceptible de constituer une entente* » ; le Conseil a admis qu'une telle délibération, refusant à une entreprise demanderesse l'enregistrement d'un nom de site, pourrait tomber sous le coup du droit de la concurrence, dès lors qu'auraient pu y participer « *des opérateurs évoluant sur le même marché* » que cette entreprise. Aucun élément probant n'ayant été invoqué dans la saisine, le Conseil, en l'espèce a prononcé une décision d'irrecevabilité (00-D-32)¹⁸⁵.

Les participants à des ententes anticoncurrentielles, au sens de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (devenu article L. 420-1 du code de commerce), ne sont pas nécessairement des entreprises ; il peut, notamment, s'agir de syndicats ouvriers. Mais, pour

¹⁸¹ Annexe n° 69

¹⁸² Annexe n° 89

¹⁸³ Annexe n° 17

¹⁸⁴ Annexe n° 92

¹⁸⁵ Annexe n° 39

appliquer l'article 7, il faut « *rechercher si l'une au moins des parties à l'entente peut être considérée comme un acteur économique exerçant une activité sur le marché* ». (cour d'appel de Paris, 29 février 2000, solution infirmant celle adoptée par le Conseil dans sa décision n° 99-D-41).

Des syndicats ouvriers pourraient être regardés comme des acteurs économiques dont la présence dans une entente suffirait à elle seule à permettre l'application de l'article L. 420-1, s'ils se livraient à une activité économique « *distincte de leur mission première de défense des intérêts de [leurs] adhérents* », circonstance dont la réalité n'était pas alléguée en l'espèce. (cour d'appel de Paris, 29 février 2000).

Une pratique commerciale d'un « *centre EDF-GDF* » peut constituer une entente entre ces deux entreprises (cour d'appel de Paris, 23 mai 2000, confirmant 99-D-51).

2. Le rôle des organisations

Questions générales relatives aux organisations

Selon une jurisprudence constante, le fait que le support d'une entente soit une association n'exerçant pas elle-même d'activité économique n'empêche pas de lui appliquer le droit des ententes, dès lors que les pratiques ont associé des adhérents qui exercent bien une telle activité et qu'elles « *sont susceptibles d'affecter [une] activité économique* ». (cour d'appel de Paris, 8 février 2000).

Mais le simple fait de créer une association ne constitue pas, en soi, une atteinte au fonctionnement d'un marché ; il en va de même pour le fait, de la part d'une telle association, d'ester en justice (00-D-24)¹⁸⁶.

Organisations professionnelles (syndicats, ordres professionnels, etc.)

Une fédération professionnelle qui met en place un système de sélection d'entreprises dans le but de délivrer des qualifications est le support d'une entente (qui n'est pas anticoncurrentielle en elle-même) entre les entreprises adhérentes (00-D-84)¹⁸⁷.

Autres types d'organisation

L'association GETAP, créée par trois entreprises pratiquant le désamiantage des bâtiments, a constitué le support de deux ententes : l'une, qui consistait à délivrer *de facto* et dans des conditions discriminatoires un label de qualification à ses adhérents, label devenu un avantage concurrentiel appréciable pour accéder au marché du désamiantage, avant la mise en place d'une norme en 1996 ; l'autre consistait en une entente sur les prix (00-D-29)¹⁸⁸.

Une « *coordination rurale* », qui constitue une entente entre entreprises agricoles, peut mettre en œuvre une entente anticoncurrentielle contraire aux droits national et communautaire des ententes, en imposant par la force à la grande distribution un certain nombre de pratiques (00-D-01)¹⁸⁹.

Une association de radio-taxis, dont l'objet social est de gérer un service d'appels radios, peut être le support d'une entente anticoncurrentielle, lorsque des clauses de ses statuts ont pour objet et peuvent avoir pour effet de limiter l'accès au marché et la liberté commerciale de ses adhérents (00-D-79)¹⁹⁰.

Dès lors qu'un GIE qui bénéficie d'une exclusivité d'accès à un marché, en vertu d'une convention qui permet l'exercice d'une concurrence entre ses membres, et que, compte tenu de ses statuts, le cosignataire de cette convention pouvait s'attendre à ce qu'il accueille les

¹⁸⁶ Annexe n° 31

¹⁸⁷ Annexe n° 91

¹⁸⁸ Annexe n° 36

¹⁸⁹ Annexe n° 8

¹⁹⁰ Annexe n° 86

entreprises répondant à des conditions objectives de compétence professionnelle, ce GIE se livre à une pratique d'entente prohibée s'il ajoute, dans les faits, des conditions d'adhésion supplémentaires et les met, en outre, en œuvre de façon discriminatoire (00-D-71)¹⁹¹.

La disposition des statuts d'une association de transporteurs ayant elle-même vocation à offrir des services en s'appuyant sur les moyens de ses adhérents, qui interdit à ces derniers (qui représentaient, en l'espèce, la quasi-totalité des transporteurs de personnes susceptibles de proposer des offres significatives dans la zone) de soumissionner sans en avoir informé au préalable l'association et de recourir à la sous-traitance, ce qui aurait permis aux membres de faire des offres pour des marchés dépassant leurs capacités techniques, a été considérée comme anticoncurrentielle (00-D-68)¹⁹².

C. - LES ENTENTES ANTICONCURRENTIELLES

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

Une offre de couverture, qui résulte nécessairement d'une concertation, est constitutive en elle-même d'une entente anticoncurrentielle, quel que soit le nombre d'entreprises ayant participé à la concertation (00-D-22)¹⁹³.

La transmission par un transporteur à l'un de ses concurrents du prix moyen d'une ligne, même en l'absence d'information sur le nombre de lignes qu'il se proposait de créer pour satisfaire les besoins de transports prévus par le cahier des charges, a été considérée comme présentant un caractère anticoncurrentiel, dès lors que le concurrent savait pour quels lots cette offre allait être déposée (00-D-68)¹⁹⁴, à comparer avec infra 00-D-34¹⁹⁵.

Tout comme sont considérés anticoncurrentiels les groupements d'entreprises constitués en vue de répondre à un appel d'offres et réunissant une proportion telle des entreprises potentiellement intéressées par le marché que la concurrence s'en trouve asséchée, les groupements dont la constitution, ne répondant à aucune justification technique, vise uniquement à permettre à chacune des entreprises membres de retrouver, une fois le groupement déclaré attributaire du marché, la zone sur laquelle elle travaillait antérieurement font l'objet de la même analyse (00—D-20¹⁹⁶, confirmé par la cour d'appel de Paris, 5 décembre 2000).

La faible part des offres présentées par un groupement en réponse à un appel d'offres relatif à un marché à lots (en l'espèce, 18 offres sur 285) ne prive pas la pratique ayant consisté pour les entreprises à se grouper sans justification de tout effet restrictif de concurrence (cour d'appel de Paris, 5 décembre 2000).

Dans le cadre de l'application de sa jurisprudence constante, selon laquelle plusieurs entreprises unies par des liens juridiques et financiers peuvent présenter des offres distinctes, mais doivent alors s'abstenir de toute concertation entre elles, faute de quoi elles trompent le maître de l'ouvrage sur la réalité de la concurrence entre les soumissionnaires au marché considéré, le Conseil a précisé que la seule circonstance que deux filiales d'un même groupe partageaient le même stand au congrès des habitations à loyer modéré ne permettait pas d'établir que le maître de l'ouvrage connaissait les liens économiques et juridiques qui les unissaient (00-D-22)¹⁹⁷.

¹⁹¹ Annexe n° 78

¹⁹² Annexe n° 75

¹⁹³ Annexe n° 29

¹⁹⁴ Annexe n° 75

¹⁹⁵ Annexe n° 41

¹⁹⁶ Annexe n° 27

¹⁹⁷ Annexe n° 29

Les décisions n° 00-D-26¹⁹⁸ et 00-D-34¹⁹⁹ (cette dernière ayant été ultérieurement réformée par la cour d'appel de Paris) ont apporté une illustration de la règle selon laquelle, en matière de marchés publics ou privés sur appels d'offres, il est établi que des entreprises ont conclu une entente anticoncurrentielle, dès lors que la preuve est rapportée qu'elles ont échangé des informations antérieurement à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être. Cette règle, dont une des applications interdit aux entreprises de coordonner leurs offres en décidant à l'avance de qui proposera le prix le plus bas, concerne aussi les informations les plus variées : existence de compétiteurs, leur nom, leur importance, leur disponibilité en personnel ou en matériel, leur intérêt ou leur absence d'intérêt pour le marché considéré.

Le point nouveau tranché par ces décisions concernait des concertations relatives à l'élaboration du bordereau de prix unitaires des marchés à bons de commande. Pour mémoire, il est rappelé que, dans ce type de marché, il est demandé aux soumissionnaires de fixer leurs prix sous la forme d'un taux de majoration ou de réduction appliqué à un bordereau de prix unitaires fixé par l'autorité adjudicatrice. Le bordereau de prix n'est donc pas, en lui-même, un « *prix* ». En l'espèce, à la demande du maître d'œuvre, les entreprises qui devaient ultérieurement soumissionner s'étaient réunies pour discuter de la refonte technique et des termes de la revalorisation du bordereau de prix, en fonction de l'évolution de leurs coûts. Ce faisant, elles n'avaient pas organisé directement une coordination de leurs offres, puisqu'elles restaient libres de déterminer les taux de réduction qu'elles entendaient appliquer à ce bordereau. Mais, pour réaliser l'actualisation du bordereau, elles avaient échangé des informations leur permettant d'avoir une meilleure connaissance des marchés et des concurrents. La pratique avait donc été considérée par le Conseil comme contraire à la règle jurisprudentielle susmentionnée et a donné lieu à sanctions.

A cette occasion, le Conseil avait aussi fait application de sa jurisprudence traditionnelle, selon laquelle l'implication du maître de l'ouvrage dans une entente relative à un appel d'offres ne prive pas cette entente de son caractère anticoncurrentiel.

La réformation de la décision n° 00-D-34²⁰⁰ par la cour d'appel de Paris (arrêt du 9 janvier 2001) ne remet pas totalement en cause les analyses du Conseil. La cour, en rappelant qu'une pratique ne peut être qualifiée d'entente anticoncurrentielle que si les entreprises ont librement et volontairement participé à l'action concertée, en sachant quel en était l'objet ou l'effet, a estimé que tel n'était pas le cas, en l'espèce, dans la mesure où les concertations sur le bordereau de prix unitaire avaient été initiées par le maître d'œuvre, dans un but d'actualisation, et où aucun élément n'établissait que les entreprises étaient allées au-delà de sa demande. Rien n'établissait non plus que les pratiques avaient permis des échanges d'informations ou une concertation sur les rabais ou majorations susceptibles d'être ultérieurement proposés²⁰¹.

Lorsque, après un appel d'offres infructueux, l'autorité adjudicatrice entame une procédure négociée avec une entreprise et que celle-ci, incapable de formuler seule une offre, organise une réunion avec d'autres entreprises en vue de mettre en place une sous-traitance, une telle concertation à elle seule n'est pas qualifiable d'entente anticoncurrentielle, même si les sous-traitants pressentis ont participé à l'entente prohibée qui a eu pour effet de rendre l'appel d'offres infructueux (00-D-68)²⁰².

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

¹⁹⁸ Annexe n° 33

¹⁹⁹ Annexe n° 41

²⁰⁰ Annexe n° 41

²⁰¹ Cet arrêt fait l'objet d'un pourvoi en cassation de la part du ministre de l'économie

²⁰² Annexe n° 75

Les pratiques suivantes relatives aux prix ou aux marges ont été qualifiées d'anticoncurrentielles

Si des négociants confrontés à une hausse généralisée de leurs prix d'achat, due à une entente entre fabricants, n'ont pas d'autre solution que d'augmenter leurs prix de revente, ils ne sont pas pour autant autorisés à coordonner la fixation de leurs tarifs (00-D-39)²⁰³.

Avant l'adoption, en 1996, d'une norme relative aux travaux de désamiantage, l'adhésion à l'association GETAP valait, en pratique, label de qualification et facilitait l'accès au marché. Cette association, s'étant vu notifier un grief d'entente sur les prix puisqu'elle organisait des réunions au cours desquelles ses adhérents fixaient des fourchettes de prix, faisait valoir qu'en l'absence de normes ou de réglementation, il importait d'éviter que, par des pratiques de prix trop bas ne couvrant pas les coûts réels d'un désamiantage de qualité, des entreprises n'offrant pas toutes les garanties de compétence technique et de conformité aux règles de l'art ne remportent des marchés. Ce moyen de défense a été écarté sur la base d'un double raisonnement :

- aucune démonstration n'était rapportée de ce que des prix inférieurs aux minimums fixés par l'association auraient, soit débouché sur des pertes n'ayant comme but que de faire disparaître des concurrents, soit été pratiqués par des entreprises « *trichant* » avec la qualité ;
- l'association s'était précisément dotée des moyens d'exclure les entreprises ne respectant pas les exigences de qualité ; cette exclusion, compte tenu de la reconnaissance dont jouissait GETAP chez les maîtres d'ouvrage, suffisait donc à écarter les « *tricheurs* » du marché, sans qu'il fût nécessaire que les entreprises compétentes alignent leurs prix (00-D-29)²⁰⁴.

Une entente entre les principaux établissements bancaires de la place, en vertu de laquelle chacun d'eux s'engage à refuser de proposer aux clients d'autres banques des prêts leur permettant de refinancer, en profitant de la baisse des taux, leurs emprunts immobiliers, constitue l'homologue d'une entente sur les prix. En effet, une telle pratique, dès lors qu'elle est suffisamment généralisée, protège chaque banque contre le risque d'avoir à subir la pression de ses propres clients en faveur de la renégociation des taux de leurs crédits immobiliers. Or, la réglementation (article L. 312-21 du code de la consommation) permet aux emprunteurs de rembourser leurs emprunts par anticipation, ce qui leur offre notamment la possibilité, lorsque les taux d'intérêt baissent, de contracter un nouvel emprunt à des conditions plus favorables afin de rembourser le premier. Il y avait bien coordination de la politique des taux d'intérêt, assimilables aux prix du service rendu par les banques (00-D-28)²⁰⁵.

Il résulte de cette décision que les caractéristiques propres de l'activité bancaire ne suffisent pas à exonérer les banques du respect du droit de la concurrence. Les banques soutenaient que la pratique en cause avait pour but de leur éviter de courir le risque de s'engager dans une spirale de renégociation généralisée, ruineuse pour tous. Le Conseil a rappelé qu'il restait loisible aux banques de refuser unilatéralement les renégociations à un taux qu'elles estimaient trop bas ; le risque afférent à un tel choix, qui était celui d'une certaine perte de clientèle, « *fait intrinsèquement partie de toute politique commerciale conduite sur un marché concurrentiel* ».

La disposition du règlement intérieur d'un barreau qui prescrit aux avocats de ne pas fixer leurs honoraires au-dessous du « *coût économique* » de la prestation constitue une fixation

²⁰³ Annexe n° 39

²⁰⁴ Annexe n° 36

²⁰⁵ Annexe n° 35

concertée des prix prohibés. En effet, d'une part, il est loisible à un opérateur économique, et souvent opportun pour un nouvel entrant sur un marché, de pratiquer, pour un bien ou service donné, un prix inférieur à son coût de revient, sauf dans les cas où le législateur l'a expressément interdit ; d'autre part, le « *coût économique* » en cause était censé être calculé selon une méthode commune, ce qui s'oppose à la règle constante selon laquelle les prix doivent être déterminés indépendamment par chaque opérateur économique (00-D-23)²⁰⁶.

Une « *coordination rurale* », qui constitue une entente entre entreprises agricole, met en œuvre une entente anticoncurrentielle en imposant par la force à la grande distribution de ne pas vendre de fraises en-dessous d'un certain prix minimum (00-D-01)²⁰⁷.

Deux arrêts de la cour d'appel précisent les critères conduisant à considérer que la publication ou la diffusion d'une série de prix, par une organisation, constitue une entente prohibée sur les prix :

Dans son arrêt du 8 février 2000, la cour retient les critères suivants : valeurs de référence constituées de plusieurs éléments de coûts de revient estimés à partir d'une valeur moyenne ; série de prix largement utilisée dans la profession ; prix unitaires de prestations supérieurs aux prix du marché et, enfin, rédaction qui incite chaque entreprise à se détourner d'une appréciation directe et individuelle de ses coûts.

Dans l'arrêt du 19 septembre 2000, les critères suivants sont utilisés : diffusion de grilles tarifaires destinées à calculer des prix de détail ; note accompagnant des grilles ayant pour but d'éviter le « *déravage des prix* » ; organisation d'un système de surveillance des prix par l'organisation et, tenue d'une réunion d'harmonisation des prix.

Une entente horizontale sur les prix entre deux entreprises qui, à elles deux, effectuent plus de 50 % des ventes du marché pertinent, a été considérée comme ayant, un effet sensible sur le jeu de la concurrence (00-D-63)²⁰⁸.

Pratiques relatives aux prix ou aux marges n'ayant pas été qualifiées d'anticoncurrentielles

Enfin, le Conseil a considéré comme prohibée une convention entre une entreprise qui réalise des simulations infographiques d'illuminations de monuments publics (société Architecture Lumière) et une entreprise qui installe et met en œuvre des illuminations (société Citelum), par laquelle la première s'engage à facturer à la seconde un prix toujours inférieur de 30 % au meilleur prix pratiqué auprès des autres clients, dès lors que cet avantage a pour contrepartie le versement initial par celle-ci d'une somme de 1 500 000 F au titre du préfinancement du développement technique du système informatique nécessaire à l'activité de celle-là (00-D-47)²⁰⁹.

3. Entraves à l'accès au marché

Adhésion à une organisation, qualifications et labels

Dans plusieurs décisions, le Conseil a appliqué des jurisprudences anciennes et constantes.

Une association de radios taxis, dès lors qu'il est, en pratique, nécessaire d'y adhérer pour entrer sur le marché de l'exploitation de taxis, est le support d'une entente anticoncurrentielle, lorsque l'adhésion est subordonnée à l'adhésion préalable à un syndicat et lorsque les conditions d'adhésion ne sont pas objectives (00-D-77²¹⁰, 00-D-78²¹¹, 00-D-79²¹²).

²⁰⁶ Annexe n° 30

²⁰⁷ Annexe n° 8

²⁰⁸ Annexe n° 70

²⁰⁹ Annexe n° 54

²¹⁰ Annexe n° 84

²¹¹ Annexe n° 85

²¹² Annexe n° 86

L'association GETAP, à laquelle l'appartenance était devenue une sorte de label valant qualification pour la réalisation de travaux de désamiantage de bâtiments, a méconnu le droit de la concurrence en ne faisant pas reposer les refus d'adhésion ou les exclusions sur des critères objectifs, transparents et directement liés au souci de qualité visé par les statuts (00-D-29)²¹³.

Est anticoncurrentielle la disposition des statuts d'une association de transporteurs ayant, elle-même, vocation à offrir des services en utilisant les moyens de ses adhérents, qui interdit à ces derniers (qui représentaient en l'espèce la quasi-totalité des transporteurs de personnes susceptibles de proposer des offres significatives dans la zone), d'une part, de soumissionner sans en l'avoir préalablement informée et, d'autre part, de recourir à la sous-traitance, ce qui aurait permis aux membres de faire des offres pour des marchés dépassant leurs capacités techniques (00-D-68)²¹⁴.

Un système d'identification professionnelle conduisant à sélectionner des entreprises en fonction de leurs aptitudes à réaliser certains travaux, lorsqu'il est mis en place par une organisation, constitue une entente entre les entreprises adhérentes dont l'organisation est le support. Une telle mise en place n'est pas anticoncurrentielle en soi, même lorsque l'organisation est une fédération syndicale qui a vocation à rassembler toutes les entreprises d'un secteur. Toutefois, la pratique peut poser des problèmes de concurrence si l'identification est une condition de l'accès des entreprises au marché, voire un élément facilitant cet accès. Dans un tel cas, pour que le système ne soit pas anticoncurrentiel, les critères de l'identification « *doivent être clairs et objectifs et de nature à garantir la compétence des professionnels, sans aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire à cette garantie* » ; en outre, ces critères ne doivent pas être appliqués de façon discriminatoire. Dans sa décision n° 00-D-84²¹⁵, le Conseil a considéré, s'agissant du système de qualification professionnelle mis en place par la Fédération nationale des travaux publics, en premier lieu, que l'exigence fréquente d'une qualification de la part des maîtres d'ouvrage et la facilité offerte aux détenteurs d'une qualification pour justifier de leurs compétences, ou de la maîtrise de certains moyens de production, faisaient de ce système un élément conditionnant ou facilitant l'accès au marché. En second lieu, le Conseil a estimé que plusieurs conditions exigées par la Fédération ne respectaient pas la jurisprudence :

- l'exigence d'une carte professionnelle d'entrepreneur délivrée par la Fédération nationale des travaux publics excluait les entreprises opérant dans un autre État de l'Union européenne, ainsi que le démontrait le fait que, sur 6 246 entreprises détentrices de la carte, cinq seulement avaient leur siège hors de France ;
- la prise en compte des seuls travaux réalisés sur le territoire français, ou sous le contrôle de maître d'ouvrages français, avait le même effet ;
- la nécessité d'être propriétaire du matériel nécessaire à certains travaux (ou de l'avoir acquis en crédit bail) conduisait à évincer des entreprises ayant les compétences techniques souhaitées, mais préférant louer le matériel qu'elles utilisaient ;
- la prise en compte des seuls certificats de capacité délivrés par les maîtres d'ouvrage publics ou certains maîtres d'œuvre qualifiés avait pour conséquence d'écartier des entreprises ayant réalisé des travaux pour des maîtres d'ouvrage privés ayant pourtant la capacité technique d'attester de la qualité des ouvrages livrés.

S'agissant de la mise en œuvre du système, le Conseil a considéré que le fait qu'une entreprise n'obtienne pas, dans un premier temps, la qualification qui lui est accordée à la

²¹³ Annexe n° 36

²¹⁴ Annexe n° 75

²¹⁵ Annexe n° 91

suite d'un recours n'est pas constitutif d'une discrimination, dès lors que le mécanisme de recours fait partie intégrante du dispositif en cause (00-D-84).

Autres pratiques susceptibles de constituer une entrave à l'accès au marché

Les mécanismes qui gouvernent le fonctionnement des annuaires et moteurs de recherche sur Internet, c'est-à-dire des instruments qui peuvent rendre plus aisé ou, au contraire, plus difficile, pour un internaute, l'accès à tel ou tel site commercial et qui, comme tels, pourraient éventuellement être appréhendés comme traduisant l'existence d'ententes (entre les entreprises qui mettent en œuvre ces instruments ou entre ces dernières et celles qui gèrent certains sites commerciaux) « *ne constituent pas, en eux-mêmes, des éléments de nature à laisser présumer une atteinte au droit de la concurrence* ». Cette prise de position ne préjuge évidemment pas de ce qui pourrait être décidé, au cas par cas, si des indices d'entente étaient réunis, ce qui n'était pas le cas en l'espèce (00-D-32)²¹⁶.

Une délibération de l'organe dirigeant de l'AFNIC, organisme responsable de l'enregistrement des noms de sites Internet dans le domaine national « .fr » qui rassemble divers opérateurs publics et privés, dont des entreprises, « *est susceptible de constituer une entente* » : le Conseil a admis qu'une telle délibération, refusant à une entreprise demanderesse l'enregistrement d'un nom de site, pourrait tomber sous le coup du droit de la concurrence, dès lors qu'auraient participé « *des opérateurs évoluant sur le même marché* » que cette société. Aucun élément probant n'ayant été produit à l'appui de la saisine, le Conseil a prononcé une décision d'irrecevabilité (00-D-32).

Une « *coordination rurale* », qui constitue une entente entre entreprises agricoles, met en œuvre une entente anticoncurrentielle en imposant par la force à la grande distribution de ne pas vendre de fraises importées d'Espagne, pratique qui a pour objet et peut avoir pour effet de limiter l'accès au marché d'autres entreprises. Cette pratique enfreint tant l'article 81 du traité de Rome que l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (00-D-01)²¹⁷.

Lorsque le gestionnaire d'une infrastructure qui accueille des manifestations (salons ou congrès) décide de faire bénéficier les organisateurs de ces manifestations d'une offre concurrentielle en matière de restauration, les restaurateurs agréés par le gestionnaire méconnaissent le droit de la concurrence s'ils s'entendent pour limiter l'accès à ce marché spécifique dans des conditions qui privent les organisateurs de manifestations de l'offre concurrentielle qui leur avait été garantie par le gestionnaire de l'infrastructure. En l'espèce, le gestionnaire du Palais des Congrès de Lyon avait confié au GIE Lyonnaise de Gastronomie l'exclusivité des prestations de restauration dans l'enceinte de Palais. Dans le but de garantir une gastronomie de qualité et une diversité de l'offre, les modalités prévues par la convention laissaient la possibilité de mettre en concurrence les membres du groupement pour obtenir la meilleure prestation au prix le plus compétitif. Les statuts du GIE ne prévoyaient comme condition d'adhésion que l'exercice d'une activité économique compatible avec celle du groupement, mais les entrées (ou les refus d'entrée) dans le groupement étaient décidées par les entreprises fondatrices en méconnaissance des règles statutaires, tant en ce qui concerne la procédure que les conditions de fond, des conditions nouvelles, appliquées qui plus est de manière discriminatoire et non objective, ayant été imposées. Dans ces conditions, le Conseil a considéré que le GIE avait mis en œuvre une entente anticoncurrentielle ayant eu pour objet et pour effet de réserver l'accès du marché en cause à un nombre limité de professionnels (00-D-71)²¹⁸.

²¹⁶ Annexe n° 39

²¹⁷ Annexe n° 8

²¹⁸ Annexe n° 78

Une pratique concertée ayant eu pour effet d'empêcher une société d'organiser un salon de l'assurance n'a pas eu d'effet anticoncurrentiel, dès lors que l'existence d'un marché de l'organisation de salons de l'assurance n'est pas établie et, qu'à supposer que soit établie l'existence d'un marché de la distribution des produits de l'assurance, celui-ci ne serait pas affecté par les pratiques, les activités d'intermédiaire de l'assurance ne pouvant se limiter à une rencontre annuelle et la clientèle finale disposant d'autres circuits de distribution concurrentiels pour accéder aux produits (cour d'appel de Paris, 27 juin 2000).

Une offre commerciale d'un centre EDF-GDF, proposant un prix du gaz indexé sur celui susceptible d'être proposé par les réseaux de vapeur et prenant en charge le raccordement au réseau de gaz moyennant un engagement par le client de n'utiliser que le gaz et l'électricité comme source d'énergie, constitue une entente anticoncurrentielle entre EDF et GDF (cour d'appel de Paris, 23 mai 2000, confirmant 99-D-51).

4. Répartition de marché

Lorsque deux entreprises sont liées par un accord leur permettant d'offrir à leurs clients des services complémentaires (en l'espèce, la gestion et l'entretien de l'éclairage public, pour la société Citélum, et la production de simulations infographiques de l'illumination de monuments publics, pour la société Architecture Lumière), tout en offrant, par ailleurs, des services pour lesquels elles sont en concurrence (en l'espèce, la conception et l'installation d'éclairages et de systèmes de lumière, ainsi que la maîtrise d'œuvre et l'installation de projets d'illumination), les clauses générales de répartition de marché ou de limitation de la liberté ou de l'indépendance de l'une des deux sociétés figurant dans l'accord qui les lie ont été appréciées différemment au regard de leur nécessité pour le bon fonctionnement de l'accord. Ont été considérées comme acceptables, parce que nécessaires à la préservation des intérêts de Citélum, partie à l'accord, les clauses suivantes :

- obligation faite à Architecture Lumière d'informer Citélum de son intention de réaliser la maîtrise d'œuvre d'un projet d'illumination, lorsque c'est à la demande de Citélum que la simulation infographique correspondante aura été réalisée ;
- priorité laissée à Citélum pour réaliser un projet, lorsque Citélum aura eu l'antériorité de la démarche.

Ont, en revanche, été considérées comme prohibées, les clauses obligeant Architecture Lumière à ne pas démarcher les collectivités locales incluses sur une liste établie préalablement qui comprenait, notamment, toutes les villes de plus de 50 000 habitants (00-D-47)²¹⁹.

Une entreprise commune de commercialisation créée par plusieurs fabricants de briques plâtrières est assimilable à une entente prohibée de répartition de marché, dès lors que le statut de l'entreprise commune comporte les clauses suivantes, qui ont, de surcroît, été effectivement appliquées :

- la fixation de quotas de production pour chacune des entreprises adhérentes assortis d'un prix d'achat unique et de clauses d'exclusivité réciproques, les adhérents n'ayant alors aucune incitation à chercher à obtenir des gains de productivité ;
- une clause de non concurrence d'une durée de trois ans en vertu de laquelle l'adhérent qui quitte la coopérative s'abstient de toute relation avec la clientèle de la société coopérative, dès lors que le marché pertinent, de dimension régionale, ne comprenait qu'un nombre réduit de grands acheteurs déjà clients de la coopérative (00-D-14)²²⁰.

5. Restrictions verticales

²¹⁹ Annexe n° 54

²²⁰ Annexe n° 21

La part de marché détenue par un fournisseur sur le marché de produit qu'il alimente, qui constitue un indice de l'importance de son pouvoir de marché, doit être prise en considération pour apprécier le caractère anticoncurrentiel de pratiques verticales restrictives. Cette orientation résulte, en premier lieu, des dispositions du nouveau règlement communautaire n° 2790/1999 du 22 décembre 1999, qui prévoit que les pratiques restrictives (en dehors de certaines « *clauses noires* ») bénéficient d'une exemption lorsque le fournisseur détient moins de 30 % du marché de produit. Mais ce règlement n'est applicable : que si le Conseil fait application du droit communautaire et si le contrat est postérieur à l'entrée en vigueur du nouveau règlement.

Cependant, même lorsque le nouveau règlement n'est pas applicable, le Conseil considère qu'il « *peut constituer un guide d'analyse utile* », ce qui le conduit à retenir dans son analyse les distinctions et règles fixés par ladite norme (00-D-82)²²¹.

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

Distribution sélective ou exclusive

Il est loisible à un fabricant de faire coexister au sein de son réseau de distribution plusieurs catégories de distributeurs selon le type de relations commerciales qu'il entretient avec eux, dès lors qu'il n'en résulte aucune discrimination ; ainsi, un double réseau comportant des distributeurs agréés et un « *réseau parallèle* » n'est pas anticoncurrentiel, en lui-même, lorsqu'il permet aux consommateurs de bénéficier d'une offre plus abondante et plus diversifiée. Examinant le double réseau de Seiko, le Conseil a considéré qu'il n'était pas anticoncurrentiel, puisque les distributeurs agréés peuvent seuls faire bénéficier leurs clients de la garantie internationale du fabricant : à des sujétions différentes correspondent, en fait, des produits différents (00-D-72)²²².

Le refus, opposé par la société française des montres Rolex, devenue Rolex France, à une bijouterie qui souhaitait faire partie de son réseau de distribution, motivé par le fait que « *nos projets de développement de notre réseau de distributeurs agréés Rolex ne prévoient pas dans l'immédiat l'ouverture de nouveaux points de vente dans votre secteur géographique d'activité dans lequel nous sommes déjà représentés* » ne présente pas de caractère anticoncurrentiel. En effet, d'une part, la justification même de la nature du réseau (qui semble avoir combiné des éléments de distribution sélective et exclusive) n'était pas mise en cause ; d'autre part, le reproche fait par la société saisissante d'une mise en œuvre discriminatoire par Rolex des conditions d'adhésion au réseau n'était pas fondé, dès lors qu'il n'était pas contesté qu'aucun des établissements ayant présenté une candidature pour la distribution des montres Rolex à la même période n'avait été agréé (00-D-61)²²³.

La décision n° 00-D-35²²⁴ a fait une application classique du droit communautaire relatif aux accords de distribution exclusive. La société espagnole Hispinox avait mis en place un accord de distribution exclusive s'appuyant sur un distributeur par pays (en France, la société Marketing Général Electronic). L'accord entre les deux sociétés comportait une clause interdisant au distributeur français de commercialiser le produit en cause « *directement ou indirectement dans aucun territoire placé hors de France* », clause que le Conseil a interprétée comme interdisant au distributeur de répondre passivement à une demande issue d'un distributeur établi dans un autre Etat membre de l'Union européenne. De ce fait, cette clause avait pour effet de cloisonner les marchés et, dès lors, l'accord ne pouvait bénéficier de l'exemption par catégorie prévue par le règlement n° 1983/83 du 22 juin 1986.

²²¹ Annexe n° 89

²²² Annexe n° 79

²²³ Annexe n° 68

²²⁴ Annexe n° 42

Cette même affaire a également conduit à sanctionner une pratique distincte de l'accord entre Hispainox et son distributeur exclusif français : le fournisseur avait sanctionné ses distributeurs irlandais et britannique pour avoir répondu à des commandes passées par un négociant français.

Conformément à une jurisprudence constante, le fait, pour un fournisseur, de diffuser des prix de revente au détail à ses distributeurs agréés ne constitue une pratique anticoncurrentielle que si, ou bien ces prix sont expressément présentés comme devant être appliqués par les distributeurs, ce qui n'est pas le cas lorsque ces prix sont simplement présentés comme étant « *conseillés* », ou bien un dispositif de surveillance et de sanction est mis en place pour garantir le respect de ces prix. Lorsque les prix de détail sont présentés comme des prix conseillés, le Conseil vérifie s'il ne s'agit pas en pratique de prix imposés. A cet effet, il examine, d'une part, si les tarifs de détail pratiqués sont, dans la généralité des cas, conformes aux tarifs diffusés par le fournisseur et, d'autre part, si des pressions sont exercées sur les distributeurs qui pratiquent des prix différents pour qu'ils alignent leurs prix sur les prix prétendus conseillés. Ce n'est que si l'une ou l'autre de ces pratiques est vérifiée que le Conseil considère que les prix conseillés doivent être analysés comme des prix imposés. Dans l'hypothèse inverse, la diffusion des tarifs de détail conseillés n'est pas considérée comme anticoncurrentielle (00-D-15)²²⁵.

La part détenue par un fournisseur sur le marché qu'il alimente, qui constitue un indice de l'importance de son pouvoir de marché, doit être prise en considération pour apprécier le caractère anticoncurrentiel de pratiques verticales restrictives. La décision n° 00-D-08²²⁶, sans faire référence au nouveau règlement communautaire n° 2790/1999, inapplicable à l'espèce, et alors même que la pratique litigieuse est qualifiée par ce règlement comme une clause « *noire* » interdisant à l'accord qui la contient de bénéficier de l'exemption, le Conseil a estimé qu'une exclusivité territoriale à caractère absolu, interdisant au distributeur de répondre passivement à une demande issue d'un client situé sur le territoire d'un autre distributeur, n'était pas anticoncurrentielle, compte tenu de la faible part de marché du fournisseur (moins de 13 %). Cette décision repose, cependant, sur une analyse plus complexe que la seule référence à la part de marché. En effet, elle concerne l'organisation du réseau de distribution de la peinture pour automobiles produite par la société Du Pont de Nemours. La protection territoriale absolue dont bénéficiaient les distributeurs n'était prévue que pour les clients auprès desquels les distributeurs avaient installé gratuitement des machines de mélange d'un coût de 47 000 F. Or, cet investissement ne pouvait être consenti que si le distributeur espérait l'amortir par la vente de peinture et, si le client avait pu s'adresser à un autre distributeur, l'investissement ne serait pas réalisé, ce qui aurait pénalisé la vente des peintures Du Pont de Nemours. Compte tenu de ces considérations et de la faible part de marché détenue par le fournisseur, la pratique a donc été considérée comme susceptible de maintenir l'intensité concurrentielle sur le marché (00-D-08).

Un autre exemple de référence à la part de marché (10 %), utilisé à titre surabondant pour établir le caractère non anticoncurrentiel de l'organisation d'un réseau de distribution sélective, figure dans la décision n° 00-D-72²²⁷.

Une clause de non concurrence d'une durée de trois ans après la fin du contrat, liant un fabricant à ses concessionnaires, chargés, à titre exclusif, de distribuer les produits aux détaillants, est prohibée dès lors qu'il n'est apporté aucun argument de nature à justifier une durée supérieure au plafond d'une année prévue, pour les clauses de non concurrence, par le

²²⁵ Annexe n° 21

²²⁶ Annexe n° 15

²²⁷ Annexe n° 79

règlement communautaire n° 2790/1999, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81 paragraphe 3 du traité de Rome à des catégories d'accord verticaux. Ce règlement, bien que n'étant pas applicable à l'espèce, a été considéré par le Conseil comme pouvant « constituer un guide d'analyse utile », cette motivation a été complétée par une référence au fait que le fabricant peut se prémunir contre la divulgation de son savoir-faire par l'imposition d'une clause de confidentialité s'étendant au-delà de l'expiration du contrat (00-D-82)²²⁸.

Franchise

Les restrictions de concurrence portant sur les prix entre commerçants appartenant à un même réseau de franchise ne sont prohibées que pour autant que ces commerçants sont actifs sur le même marché. Le marché à prendre en compte est le marché pertinent, au sens du droit de la concurrence ; il importe peu, dans ces conditions, que le réseau soit organisé sous la forme de concessions territoriales exclusives : dès lors que les zones d'exclusivité sont de taille plus réduites que les marchés pertinents, certains membres du réseau sont en concurrence entre eux, ce qui suffit à rendre illégale toute limitation de la liberté de fixer les prix de détail (00-D-10)²²⁹.

Des clauses et des pratiques de référencement exclusif de certains fournisseurs mises en œuvre par un franchiseur (en l'espèce, le réseau d'opticiens Alain Afflelou), destinées à faciliter la négociation avec des fournisseurs de montures de lunettes, de remises et de ristournes fondées sur le volume, ne présentent, en tout état de cause, pas de caractère anticoncurrentiel, dès lors que les franchisés qui le souhaitent sont libres de s'approvisionner directement, à titre individuel, auprès des fournisseurs non référencés (même décision).

Un franchiseur qui fait livrer à ses franchisés des produits par les fournisseurs qu'il référence est regardé comme fixant en concertation avec les franchisés les prix de détail pratiqués par ces derniers lorsque, du fait du franchiseur, les remises manquent de transparence et qu'aucune indication de remise ne figure sur les factures, ce qui interdit aux franchisés de répercuter ces avantages dans leurs prix (même décision).

La pratique consistant, de la part du réseau Alain Afflelou, à imposer à l'ensemble de ses franchisés de vendre des lunettes « à prix coûtant » alors que les franchisés paient, en réalité, du fait des remises et ristournes, lesdites lunettes à un prix plus bas que le « prix coûtant », puisque celui-ci est défini avant remises et ristournes, ne constitue pas une pratique de « prix maximum », comme le soutenaient les parties, laquelle serait autorisée, mais, au contraire, une pratique de prix minimum imposé. En effet, les franchisés, étant tenus dans l'ignorance du montant des remises et ristournes certaines qui leur étaient acquises, ne pouvaient en tenir compte pour fixer leurs marges et se trouvaient donc économiquement contraints de pratiquer au moins le « prix coûtant » défini par le franchiseur (même décision).

Un réseau de franchise qui souhaite offrir à sa clientèle un service qui peut être acheté dans un magasin et dont les prestations peuvent être réalisées dans tout magasin du réseau (en l'espèce, un contrat d'abonnement souscrit par les utilisateurs de lentilles de contact) et donne lieu à un système de refacturation, entre les franchisés, des coûts liés à l'exécution du contrat, peut, sans méconnaître les exigences du droit de la concurrence, déterminer uniformément les services offerts et, par souci de simplicité, facturer les dépenses exposées par les franchisés pour exécuter les prestations sur une base forfaitaire. En revanche, le progrès économique que constitue la mise en place d'une offre de cette nature ne justifie pas que le prix de vente de l'abonnement soit fixé de façon uniforme sur l'ensemble du réseau, dans la mesure où cette pratique n'est, en effet, pas nécessaire au bon fonctionnement des abonnements et où il n'est

²²⁸ Annexe n° 89

²²⁹ Annexe n° 17

pas établi que les utilisateurs se voient réserver une part équitable du profit résultant de cette uniformité de prix (même décision).

Une coopérative de commerçants qui, dans le catalogue qu'elle édite au bénéfice de ses adhérents, indique un prix sans préciser qu'il s'agit d'un prix maximum ou d'un prix conseillé, alors qu'il s'agit, par ailleurs, du prix de vente au public dont son fournisseur avait demandé le respect, est regardée comme ayant mis en œuvre une entente anticoncurrentielle sur les prix avec ses fournisseurs (00-D-85)²³⁰.

b) Conditions générales de vente et accords de coopération commerciale

Le fait, pour des distributeurs, de respecter le prix de vente au détail demandé par le fournisseur, alors que, compte tenu du caractère certain des ristournes et remises, ils avaient la possibilité de fixer leurs prix à un niveau inférieur, caractérise leur adhésion volontaire à une entente sur les prix initiée avec le fournisseur (00-D-85).

Des conditions générales de vente et des accords de coopération commerciale offerts par des entreprises concurrentes aux clients finaux et comportant des clauses de nature à stabiliser les parts de marché peuvent, en principe, par leur effet cumulatif, constituer des pratiques d'entente anticoncurrentielle si les conditions précisées par la Cour de justice des communautés européennes dans l'arrêt *Delimitis* du 28 février 1991 sont satisfaites, c'est-à-dire que les clauses litigieuses sont identiques, que le marché est difficilement accessible à un nouvel entrant, ou qu'il lui est difficile d'accroître ses parts de marché et que chacun des contrats litigieux contribue de manière significative au blocage. Dans sa décision n° 00-D-67²³¹, le Conseil a considéré que les contrats entre un fournisseur et un intermédiaire qui étaient soumis à son examen, ne constituaient pas une telle pratique, essentiellement parce que les conditions de la jurisprudence *Delimitis* n'étaient pas satisfaites.

Il s'agissait, en l'espèce, des conditions générales de vente des espaces publicitaires et des accords de coopération commerciale proposés aux annonceurs par les principales chaînes de télévision hertziennes. Certes, toutes les chaînes pratiquent des remises dites de « *part de marché* » dont bénéficient les annonceurs qui consacrent à la chaîne une certaine part des dépenses de publicité télévisée, ce qui pourrait conduire le marché à se stabiliser, dans la mesure où chaque annonceur reconduisant chaque année la ventilation de ses dépenses entre les chaînes, ceci pourrait conduire celles-ci à cesser de se faire concurrence. Mais le Conseil a relevé que les conditions de vente n'étaient pas toutes identiques. En effet, d'une part, le seuil de déclenchement des remises de part de marché se situait parfois en-dessous de la part de marché réelle de la régie publicitaire de la chaîne, ce qui était de nature à favoriser une augmentation de cette part de marché au cours de la période suivante, d'autre part, la durée des contrats n'était qu'annuelle, ce qui permettait aux annonceurs de remettre en cause facilement leurs choix, et, enfin, il restait possible aux chaînes souhaitant développer leurs parts de marché d'abaisser leurs tarifs, compte tenu du coût quasiment nul de l'écran publicitaire supplémentaire pour la chaîne elle-même.

En l'absence de clauses anticoncurrentielles contenues dans les conditions générales de vente auxquelles les distributeurs pourraient être réputés avoir adhéré, ce qui aurait permis de considérer le réseau de distribution comme une entente anticoncurrentielle, de simples pratiques unilatérales, soit du fournisseur, soit d'un distributeur, ne suffisent pas, à elles seules, à caractériser un accord de volonté permettant d'appliquer le droit des ententes. Tel est le cas de la transmission par un fournisseur aux membres de son réseau de distribution d'une note critiquant les produits d'un concurrent, ou des conditions discriminatoires qu'il consent à un distributeur, dès lors que les prix ainsi fixés sont le résultat de la capacité de négociation

²³⁰ Annexe n° 92

²³¹ Annexe n° 74

du distributeur qui en bénéficie et ne suffisent pas à démontrer sa volonté de se livrer à des pratiques anticoncurrentielles. Tel est aussi le cas d'une mesure défavorable prise contre un distributeur par le fournisseur, à la suite d'une plainte d'un distributeur concurrent relative aux prix pratiqués par le premier distributeur, alors que rien n'établit que ce dernier avait entendu demander des mesures de rétorsion (cour d'appel de Paris, 15 février 2000, confirmant sur ces points les positions adoptées par le Conseil dans sa décision n° 99-D-31).

En revanche, lorsqu'il est établi, que la plainte du distributeur contre les prix bas pratiqués par un concurrent visait expressément à obtenir une mesure de rétorsion de la part du fournisseur, la qualification d'entente verticale sur les prix est possible (00-D-66)²³².

Enfin, la Cour de cassation a confirmé l'analyse constante du Conseil et de la cour d'appel de Paris, selon laquelle l'octroi de ristournes ou de remises différées n'est pas restrictif de concurrence lorsque le principe et le montant de ces avantages sont acquis de manière certaine dès le franchissement des seuils quantitatifs qui en déterminent l'attribution et lorsque tous les distributeurs peuvent, sans aléa ni restriction, en répercuter le montant dans leurs prix de vente (Cour de cassation, ch. comm. 24 octobre 2000).

6. Autres restrictions verticales

Une pratique verticale concertée ayant pour conséquence, compte tenu de ses effets cumulatifs, de fermer l'accès au marché pour les nouveaux entrants peut ne pas être anticoncurrentielle lorsqu'elle est rendue nécessaire par le fonctionnement même du marché. En l'espèce, la pratique des « *tours de lait* », mise en œuvre par des fabricants de lait maternisé destiné à l'alimentation des nouveau-nés, consistait à offrir gratuitement du lait aux maternités qui le mettaient à la disposition des mères hospitalisées, lesquelles, une fois revenues chez elles, continuaient à acheter la marque qui avait été mise à leur disposition par la maternité. Le Conseil a relevé que les nouveaux entrants sur le marché du lait maternisé, qui ne pouvaient, du fait de la réglementation, recourir à aucune publicité, ne parvenaient pas, malgré des prix inférieurs à ceux des entreprises en place, à se développer, bien qu'il soit démontré qu'un changement de marque de lait était sans danger pour la santé des enfants. L'effet cumulé des pratiques de « *tours de lait* », qui constituent des ententes verticales entre les fabricants et les maternités, contribuait vraisemblablement à entraver la fluidité du marché. Le Conseil a néanmoins considéré que, si cette la pratique était de nature à susciter des interrogations déontologiques, la participation des fabricants était, pour chacun, la seule possibilité d'assurer sa présence sur le marché, compte tenu des demandes formulées par les maternités ; il a notamment relevé qu'aucun élément du dossier ne permettait de penser que les fabricants s'étaient entendus pour pérenniser la pratique : qu'ils avaient essayé au contraire, de la limiter en élaborant un code de déontologie (00-D-66)²³³.

Les mécanismes qui gouvernent le fonctionnement des annuaires et moteurs de recherche sur Internet, c'est-à-dire des instruments qui peuvent rendre plus aisé ou, au contraire, plus difficile, pour un internaute, l'accès à tel ou tel site commercial et qui, comme tels, pourraient éventuellement être appréhendés comme traduisant l'existence d'ententes (entre les entreprises qui mettent en œuvre ces instruments, ou entre ces dernières et celles qui gèrent certains sites commerciaux) « *ne constituent pas, en eux-mêmes, des éléments de nature à laisser présumer une atteinte au droit de la concurrence* ». Cette prise de position ne préjuge évidemment pas de ce qui pourrait être décidé, au cas par cas, si des indices d'entente étaient réunis, ce qui n'était pas le cas en l'espèce (00-D-32)²³⁴.

²³² Annexe n° 73

²³³ Annexe n° 73

²³⁴ Annexe n° 39

Le fait, pour une entreprise de radiodiffusion à vocation nationale qui se trouve à la tête d'un réseau d'affiliés locaux avec lesquels elle présente au Conseil supérieur de l'audiovisuel des candidatures en vue d'obtenir l'autorisation de diffuser des émissions dites de catégorie C, associant des services locaux à un programme national, de réserver à chacun de ses affiliés une exclusivité géographique et de leur imposer, en contrepartie, une obligation d'exclusivité à son égard, tout en leur demandant de ne pas émettre le programme fourni sur des fréquences autres que celles qu'ils ont déterminées en commun et pour lesquelles ils ont obtenu une autorisation, ne constitue pas une pratique d'entente susceptible de limiter abusivement l'exercice de la libre concurrence (00-D-45²³⁵).

Les conditions d'adhésion et de fonctionnement de réseaux ont donné lieu à une importante décision qui est également analysée au titre des abus de position dominante, dès lors qu'il a été considéré que la société Interflora détenait une telle position. Au titre du droit des ententes, la décision a, notamment, considéré que n'étaient pas anticoncurrentielles les pratiques suivantes :

- l'obligation faite aux fleuristes adhérents à un réseau de télétransmission de se fournir auprès de la société « tête de réseau » en appareils télématiques, en vue de transmettre ou recevoir les ordres de livraison, dès lors que, compte tenu des incompatibilités existant entre les marques de matériel informatique à l'époque, du nombre élevé des adhérents, de leur inexpérience, la pratique n'excédait pas ce qui était nécessaire au fonctionnement performant et sécurisé du réseau ; il a été relevé, au surplus, qu'un des appareils en cause était d'un encombrement réduit et n'empêchait pas l'utilisation d'autres équipements, en cas d'adhésion simultanée à plusieurs réseaux ;
- l'offre d'accessoires divers, dès lors qu'il n'était pas obligatoire pour les fleuristes de se fournir auprès de la tête de réseau ;
- l'obligation faite aux fleuristes adhérents d'ouvrir un compte de compensation dans une banque filiale de la société tête de réseau, compte tenu de la complexité des opérations de compensation, des conditions de fonctionnement avantageuses des comptes résultant de leur regroupement et de ce que les fleuristes restaient libres d'ouvrir, par ailleurs, un compte dans un établissement bancaire de leur choix pour le fonctionnement commercial de leur exploitation.

En revanche, dès lors que le réseau comportait des fleuristes susceptibles de se faire concurrence à l'intérieur de la même zone de chalandise, a été considéré comme contraire au droit des ententes le fait de ne pas mentionner dans les catalogues (destinés à la démonstration des bouquets pouvant faire l'objet de commandes) la possibilité offerte au consommateur de passer des commandes pour un prix inférieur au minimum indiqué, si le fleuriste exécutant l'accepte. Cette analyse reprend celle qu'avait déjà adoptée sur la même pratique la Commission de la concurrence dans un avis du 12 décembre 1985.

Les usages du courtage, qui régissent les relations entre les compagnies d'assurances et les courtiers, constituent en tant que tels des conventions susceptibles d'affecter la concurrence sur le marché des opérations d'assurance sur la vie et de capitalisation. Il en va notamment, ainsi, de l'usage n° 3, qui détermine les conditions dans lesquelles le droit à la commission est transféré en cas de changement de courtier, en évitant de résilier les contrats d'assurance de manière à ne pas faire perdre aux assurés le bénéfice des avantages liés au contrat initial.

L'examen de ces dispositions a conduit le Conseil à prononcer un non-lieu, dans la mesure où aucun effet anticoncurrentiel lié à l'application de cet usage n'avait été relevé ; il n'avait,

²³⁵ Décision qui a fait l'objet d'un recours

notamment, pas été constaté que l'application de l'usage n° 3 ait dissuadé les courtiers de démarcher les assurés qui ont souscrit une police auprès d'un autre courtier (00-D-62)²³⁶.

Les accords passés entre des sociétés de gestion de droits d'auteur ou de droits voisins, d'une part, et des syndicats professionnels de discothèques et autres établissements diffusant de la musique, d'autre part, en vertu desquels des réductions de taux sont accordées aux établissements qui adhèrent à ces syndicats, ne sont pas prohibés, dans la mesure où ces réductions sont attribuées en contrepartie d'avantages réels liés à la prévention des risques de fraude et à un autocontrôle sur la régularité des paiements mis en œuvre par ces syndicats (00-D-40)²³⁷, confirmation de jurisprudence, cf. Cass. comm. 26 avril 1985).

L'accord d'exclusivité passé entre le gestionnaire d'une infrastructure accueillant des salons ou des congrès et une entreprise ou un groupement chargé par ce gestionnaire de réaliser des prestations de restauration au bénéfice des organisateurs de salons et congrès, ne présente pas de caractère anticoncurrentiel si ces organisateurs ont la faculté de choisir entre plusieurs infrastructures substituables pour accueillir leur manifestation ; en effet, l'offre adressée par le gestionnaire de l'infrastructure aux organisateurs de manifestation s'analyse alors comme une offre globale (location d'espace plus restauration) susceptible d'être confrontée à d'autres offres globales substituables (00-D-71)²³⁸.

Les conventions avec les producteurs, par lesquelles une chaîne de télévision finance la production d'une œuvre audiovisuelle, constituent des ententes anticoncurrentielles affectant le marché de l'édition vidéographique, lorsque l'engagement financier de ladite chaîne est conditionné par l'acceptation du producteur de confier l'édition de l'œuvre sous forme de vidéogramme, à titre exclusif, à la filiale de la chaîne (cour d'appel de Paris, 21 novembre 2000, confirmant 99-D-85).

Conformément à la jurisprudence communautaire, le Conseil admet le principe selon lequel des contrats d'exclusivité identiques passés entre les fournisseurs et leurs distributeurs, contrats qui, pris individuellement ne poseraient pas de problème de concurrence, peuvent, par leur effet cumulatif, devenir anticoncurrentiels, lorsque l'accès au marché se trouve limité ou les parts de marché figées. Le Conseil a considéré que, sur le marché la glace dite d'impulsion, cette pratique n'était pas établie, dès lors que les fournisseurs qui avaient passé les contrats litigieux ne détenaient, ensemble, que 47 % de part de marché (00-D-82)²³⁹.

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

L'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, devenu L. 420-2 du code de commerce, 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

²³⁶ Annexe n° 69

²³⁷ Annexe n° 47

²³⁸ Annexe n° 78

²³⁹ Annexe n° 89

L'application du 1. de l'article 8 de l'ordonnance (L. 420-2 du code de commerce) implique tout d'abord de définir le marché de référence, pour évaluer ensuite 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.

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 chaque offreur est soumis à la concurrence par les prix des autres. 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 considèrent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande. Parmi les éléments pris en compte pour définir les contours d'un marché pertinent, il y a lieu, notamment, de retenir la nature du produit ou du service, l'environnement juridique, les conditions techniques d'utilisation, le coût d'usage ou de mise à disposition et la stratégie des offreurs, ainsi que le comportement des demandeurs.

La saisine de la SA Forum cartes et collections dénonçait, dans le cadre d'une demande de mesures conservatoires, une décision brutale et inattendue de France Télécom d'augmenter les prix d'abonnement des offreurs de service sur Minitel (00-D-07)²⁴⁰. France Télécom faisait valoir qu'il existait une substituabilité entre Internet et le Minitel et que le marché pertinent ne saurait être circonscrit au Minitel.

Le Conseil a relevé que, si Internet assure certaines fonctionnalités comparables, voire plus élaborées, que celles qu'offre Télétel, le nombre de ses utilisateurs est encore limité et ses caractéristiques d'accès et de coût sont différentes. Par ailleurs, le Conseil a observé qu'après la mise en place sur Internet d'un service Kiosque identique à celui offert sur Minitel, de nouveaux services Télétel se sont développés sur les paliers les plus chers du 3617, et a considéré que ce fait contribuait à démontrer qu'Internet et Minitel n'étaient pas substituables. Au vu de ces éléments, le Conseil a conclu que, pour les fournisseurs de service, Internet et Minitel ne permettaient pas d'atteindre la même clientèle, ni d'offrir des conditions de paiement comparables, que ces deux choix techniques n'apparaissaient donc pas substituables et qu'il n'était, en conséquence, pas exclu que doive être reconnu comme pertinent le marché des prestations nécessaires à la fourniture au grand public de services disponibles sur Minitel.

Dans le cadre d'une saisine au fond, assortie d'une demande de mesures conservatoires, la société Concurrence a contesté le refus d'attribution du nom de domaine « *concurrence.fr* » que lui avait opposé l'AFNIC, organisme responsable de l'enregistrement des sites Internet dans le domaine national « *.fr* ». Elle faisait valoir que l'AFNIC dispose d'un monopole de fait sur la gestion du domaine « *.fr* ».

²⁴⁰ Annexe n° 14

Le Conseil a relevé qu'il existait, au moins, un autre domaine, notoirement connu des internautes français et étrangers, qui était susceptible d'accueillir les sites des sociétés de toute nationalité ayant une activité commerciale et qu'il n'était nullement évident que le domaine « .fr » constituait le seul, ou même le principal, point d'accès aux marchés brigüés par la société Concurrence. Il n'a toutefois, pas exclu que le domaine « .fr » puisse être considéré comme un marché pertinent (00-D-32)²⁴¹.

Dans sa décision n° 00-D-54²⁴², relative au comportement de l'Institut national de la consommation, le Conseil a défini le marché pertinent comme étant celui de la presse consumériste sur lequel les publications de l'Institut national de la consommation (INC) étaient, à l'époque des faits, en concurrence avec celles de la revue de l'Union fédérale des consommateurs (UFC) et avec la revue « *Le particulier pratique* ».

En réponse à l'argument selon lequel les publications de l'INC se trouvaient en concurrence avec l'ensemble de la presse magazine orientée vers les problèmes de consommation, le Conseil a opposé les caractéristiques spécifiques des publications de l'INC et de l'UFC par rapport aux autres publications traitant des problèmes de consommation et, notamment, en premier lieu, le fait que ces dernières traitent d'autres sujets et n'ont pas pour vocation unique d'informer et de défendre le consommateur, en deuxième lieu, que la méthodologie de certains essais publiés par ces revues n'était pas toujours aussi rigoureuse et, en troisième lieu, qu'en tout état de cause, ces revues plus généralistes contiennent de la publicité de marques qui leur procure des moyens financiers non négligeables et peut susciter un doute sur leur objectivité.

Dans le cadre ainsi défini, le Conseil a ensuite examiné la question de savoir s'il fallait distinguer sur ce marché le segment de la vente en kiosque de celui de la vente par abonnement. L'UFC faisait valoir, sur ce point, que le marché des ventes par abonnement devait être distingué de celui de la vente en kiosque, dans la mesure où ces deux modes de distribution s'adressent à des clientèles différentes, concernent des réseaux de distribution autonomes et offrent des prix différents. Le Conseil a rejeté cette argumentation en relevant que les produits commercialisés selon ces deux modes étaient rigoureusement identiques et, par conséquent, susceptibles de substitution. Il a estimé que les différences de comportement observées entre les différents types de lecteurs ne sauraient aboutir à remettre en cause l'unité du marché de la presse consumériste.

Dans l'affaire relative à des pratiques mises en œuvre par la société la Française des Jeux dans les secteurs de la maintenance informatique et du mobilier de comptoir (00-D-50)²⁴³, le Conseil a été conduit à s'interroger sur la substituabilité des « *jeux de hasard pur* » commercialisés par la société la Française des Jeux avec les « *jeux de hasard partiellement maîtrisé* », tels les paris sur les courses de chevaux organisés par le PMU, ou avec les « *jeux de hasard pur* » des casinos.

Le Conseil a pris en compte la méthode de distribution de ces jeux. S'agissant des jeux de hasard pur, il a distingué ceux commercialisés exclusivement dans les salles de casino des autres jeux et relevé que ceux de la Française des Jeux étaient distribués dans 40 000 points de vente et qu'ils sont donc accessibles sur tout le territoire national, à la grande différence de ceux offerts par les casinos, dont la répartition géographique est plus limitée et qui sont soumis à un droit de timbre.

Concernant la demande, le Conseil a relevé que le profil sociologique des joueurs et le montant moyen des mises conduisent à distinguer entre des catégories de clientèles

²⁴¹ Annexe n° 39

²⁴² Annexe n° 61

²⁴³ Annexe n° 57

différentes. Celles des courses concernent une faible proportion de la population, composée d'hommes de 35 à 49 ans issus de milieux socio-professionnels modestes, alors que les deux tiers de la population française jouent aux jeux de la Française des Jeux, ce qui conduit à une grande variété de profils de joueurs qui, en définitive, représentent toutes les catégories de la population. En outre, les différences des mises engagées confortent l'analyse de la spécificité de chacun des types de jeux considérés. Relevant, enfin, une perception claire de non substituabilité des formes de jeux tant chez les offreurs (PMU et Française des Jeux) que chez les joueurs, le Conseil a estimé qu'il existait un marché spécifique des jeux organisés et commercialisés par la société la Française des Jeux, caractérisé tant par la nature des produits offerts et leur mode de distribution que par une demande particulière émanant d'une clientèle très large.

Le dossier relatif à des pratiques constatées dans le secteur de la vente d'espaces publicitaires télévisuels (00-D-67)²⁴⁴ a conduit le Conseil à s'interroger une nouvelle fois sur l'existence d'un marché de l'espace publicitaire propre à chaque type de média.

Ces marchés avaient déjà été circonscrits comme tels dans la décision n° 96-D-44 du Conseil, qui avait estimé que, si l'espace publicitaire recherché par les annonceurs peut être disponible sur différents types de média et, pour chacun de ceux-ci, sur différents supports, il ressortait d'un certain nombre d'éléments que les multiples combinaisons média/supports n'étaient pas toutes substituables pour les annonceurs. Il apparaissait, en effet, que les choix de média et de support effectués par les annonceurs dépendaient de l'importance du budget affecté, de la nature du message publicitaire et de la catégorie de consommateurs visés. Relevant des conditions d'émission de message variant avec les spécificités techniques de chacun des médias, des durées de passage et des taux de couverture de la population extrêmement différents, ainsi que des niveaux tarifaires propres à chacun d'eux, le Conseil avait considéré que chaque média possède des qualités propres de nature à le rendre insubstituable à un autre média pour les annonceurs. Cette analyse était conforme à celle adoptée par la Commission européenne, qui, dans une décision du 20 septembre 1995 RTL/Veronica/Endemol, relative à une opération de concentration, avait estimé que, pour des raisons touchant au public concerné, aux techniques employées et aux coûts de production, même si les frontières entre publicité télévisée et publicité par d'autres médias n'étaient pas totalement étanches, la publicité télévisée et celle de la presse écrite constituaient des marchés distincts.

Dans le cadre de l'affaire ayant donné lieu à la décision n° 00-D-67²⁴⁵, la société TF1 contestait cette analyse en produisant une étude concluant à l'existence d'un marché de la publicité multimédia, fondée sur les résultats d'un test d'élasticité croisée, et à la démonstration que le média télévision n'a pas véritablement de caractéristiques propres.

A cette occasion, le Conseil a rappelé que la délimitation du marché pertinent se fait par la méthode d'un faisceau d'éléments, parmi lesquels les résultats d'un test d'élasticité croisée peuvent être pris en considération, mais ne sauraient être à eux seuls décisifs, dès lors que figurent au dossier des éléments d'appréciation qualitatifs qui doivent également être pris en compte. A cet égard, le Conseil a rappelé un arrêt de la Cour de cassation en date du 29 novembre 1994 qui a précisé que « (...) la délimitation des contours du marché doit être opérée en examinant successivement et, en cas de contradiction, en pondérant les différents indices réunis au cours de l'instruction ».

En l'espèce, les éléments pris en compte pour confirmer l'existence d'un marché spécifique de la publicité télévisuelle ont été, d'une part, une perception générale, de la part des acteurs concernés, de la singularité du média télévision, d'autre part, l'utilisation de techniques

²⁴⁴ Annexe n° 74

²⁴⁵ Annexe n° 74

propres de commercialisation et de mesures et, enfin, des conditions de vente particulières et des contraintes juridiques spécifiques.

S'agissant de l'étude produite par la société, le Conseil a écarté le test d'élasticité croisée, d'une part, au motif qu'il avait été pratiqué sur des données traduisant une sélection artificielle des demandeurs et, d'autre part, au motif que le nombre réduit de points sur la base duquel il avait été établi, ne permettait pas de garantir sa validité. Par ailleurs, le Conseil a relevé, en ce qui concerne la couverture et la mémorisation, qu'il résulte des exigences affichées de la part des demandeurs et des changements parfois brutaux de leur stratégie média, sans lien avec des variations de prix, que la possibilité d'obtenir des couples répétition/mémorisation équivalents dans les différents médias, à la supposer établie, ne permet pas de conclure à une indifférence des décideurs à l'égard des différentes catégories de média. Enfin, le Conseil a estimé que le fait qu'il puisse y avoir des investissements publicitaires plurimédias ne permettait pas de conclure à l'existence d'un marché unique de la publicité, tous supports confondus.

Par ailleurs, l'une des sociétés mises en cause avait fait valoir qu'il convenait de distinguer l'espace publicitaire des chaînes généralistes de l'espace publicitaire des chaînes thématiques. Elle exposait, sur ce point, que la singularité de l'espace télévisuel des chaînes thématiques résultait de quatre critères : des techniques propres de mesure d'audience et de parts de marché publicitaires, une différence de positionnement par rapport aux cibles, une tarification différente et, enfin, une commercialisation par des régies gérant également des chaînes généralistes. Le Conseil a considéré qu'il n'était pas nécessaire d'examiner cette question, dans la mesure où, à l'époque des faits concernés, les chaînes de télévision thématiques ne détenaient qu'une très faible part du marché publicitaire télévisuel et où elles ne faisaient l'objet d'aucune mesure spécifique d'audience et n'entraient donc pas dans le calcul de parts de marché utilisé pour la mise en œuvre des pratiques concernées.

La saisine relative à des pratiques mises en œuvre par la FIFA Fédération Internationale de Football Association (FIFA) et le Comité français d'organisation de la Coupe du monde (CFO), à l'occasion de la Coupe de monde de football 1998, et qui a donné lieu à la décision n° 00-D-83²⁴⁶, émanait d'un tour-opérateur sélectionné par le CFO au titre des « *Tours Opérateur Autorisés* » (TOA), et dénonçait les conditions dans lesquelles avaient été distribués les billets pour la Coupe du monde. Un grief avait été notifié au CFO et à la FIFA pour avoir abusé de leur position dominante collective sur le marché des billets d'entrée dans les stades destinés à la confection de forfaits touristiques à l'occasion de la Coupe du monde 1998, en ayant laissé fonctionner, parallèlement au système de distribution sélective réservée aux TOA, un système de vente de billets par les fédérations.

La FIFA contestait cette définition du marché en faisant valoir que les TOA étaient libres de vendre les billets dont ils disposaient comme ils l'entendaient. Le Conseil a écarté ce moyen en relevant, en premier lieu, que la demande émanant des tours-opérateurs et des agences de voyage, aux fins de confectionner des forfaits touristiques, se distinguait des demandes de billets secs. A cet égard, il a rappelé que la société saisissante avait déclaré ne pas avoir commercialisé de billets indépendamment de forfaits touristiques. En second lieu, le Conseil a rappelé que la Commission européenne avait, pour sa part, précisé, dans une décision du 20 juillet 1999, que la majorité des billets proposés par les tours-opérateurs européens au grand public ont été commercialisés dans le cadre d'un forfait comprenant, en sus du billet proprement dit, la prestation d'autres services. Enfin, le Conseil a rappelé que, compte tenu de l'importance de la demande et de l'insuffisance de l'offre en billets commercialisés par les circuits officiels mis en place par le CFO et la FIFA, un marché parallèle s'était constitué pour

²⁴⁶ Décision qui a fait l'objet d'un recours

alimenter, à partir des excédents de billets dont disposaient certains tours-opérateurs ou certaines fédérations nationales, le marché des billets destinés à la confection de forfaits touristiques. Sur le fondement de l'ensemble de ces éléments, le Conseil a conclu à l'existence d'un marché constitué par l'offre et la demande de billets destinés à être revendus dans le cadre de la confection de forfaits touristiques, à l'occasion de la Coupe du monde de football 1998, par les tours-opérateurs.

La FIFA soutenait qu'elle n'était pas présente sur le marché ainsi délimité, dans la mesure où le règlement de la Coupe du monde 1998 précisait que le CFO était responsable de l'ensemble du système comprenant la confection des billets d'entrée, les prix, la distribution et la vente de ceux-ci. Le Conseil a écarté son argumentation en rappelant que les fédérations nationales disposaient, aux termes des conditions générales de vente approuvées par la FIFA, de la faculté de commercialiser des billets délivrés, soit directement, soit par l'intermédiaire de distributeurs agréés ou de tout autre réseau de commercialisation, et qu'il ressortait du dossier que le CFO n'était jamais intervenu dans la vente de billets aux associations nationales, la vente ayant toujours été du ressort de la FIFA, sans que le CFO soit informé du mode de répartition.

Enfin, la décision n° 00-D-85²⁴⁷, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution du chlorate de soude, constitue un exemple classique du mode de raisonnement suivi par le Conseil pour déterminer le marché pertinent s'agissant d'un produit (le chlorate de soude) qui est principalement utilisé pour blanchir le papier, mais qui est aussi utilisé comme désherbant non sélectif.

Pour définir le marché pertinent, le Conseil a tout d'abord examiné les caractéristiques techniques et chimiques spécifiques de ce produit, telles que décrites par le représentant du bureau de la protection des cultures au ministère de l'agriculture, qui avait, notamment, indiqué que le chlorate de soude se distingue des autres désherbants en raison, d'une part, de la période à laquelle il peut être utilisé, d'autre part, de l'étendue de ses effets et, enfin, de sa réputation d'une certaine innocuité.

S'agissant du comportement des acheteurs, le Conseil a relevé que de nombreuses déclarations figurant au dossier qualifiaient le produit d'« *incontournable* » et devant obligatoirement figurer dans les gammes de produits phytosanitaires destinés aux amateurs. Il ressortait, en effet, de ces déclarations que ce produit, très ancien et efficace, faisait l'objet d'une forte demande, qu'il bénéficiait de l'image d'un produit inoffensif et écologique et que, considéré comme un produit de référence, aucun magasin ou enseigne s'adressant aux jardiniers amateurs ne pouvait s'en passer.

Le critère du rapport qualité-prix démontrait lui aussi une spécificité du chlorate de soude, dans la mesure où il était considéré comme le produit le plus performant à cet égard.

A ces caractéristiques techniques, chimiques, économiques et de notoriété, s'ajoutait la constatation que le produit fait l'objet d'une demande manifestement spécifique de la part de certains consommateurs. Sur ce point, le Conseil a relevé que les déclarations de détaillants étaient confirmées par la différence de présentation des emballages de chlorate de soude avec ceux des autres désherbants totaux apportés par la société Celloplast et présentés lors de la séance. En effet, pour le chlorate de soude, la composition chimique du produit apparaissait en gros caractères, lisibles à distance, le nom de la marque étant écrit en caractères nettement plus petits, alors que, pour les autres produits, le nom de la marque et la nature du désherbant apparaissaient en gros caractères, la mention relative à la composition chimique du produit n'étant pas lisible à distance.

²⁴⁷ Annexe n° 92

En réponse aux parties, qui faisaient valoir une substituabilité du chlorate de soude avec les autres désherbants totaux, notamment pour des motifs d'identité des fonctions de ces produits, de faible différence de coûts rapportée à la superficie à désherber, de diminution progressive de la part relative du chlorate de soude sur le marché des désherbants et du caractère incontournable d'un produit concurrent, dénommé Round'up, pour cinq distributeurs, le Conseil a opposé le comportement des consommateurs. Il a, en effet, considéré qu'en admettant même que les fonctions intrinsèques du chlorate de soude ne soient pas objectivement très différentes de celles des autres désherbants et que son coût d'usage ne constitue pas, dans certains cas, un avantage décisif, il était constant que les consommateurs, dans leur majorité, considéraient, comme le soulignent les nombreux distributeurs, que ces produits n'étaient pas substituables. En conséquence, le Conseil a estimé que, tout au moins à l'époque des faits, il existait un marché du chlorate de soude.

Parfois, cependant, le Conseil ne s'arrête pas au seul test de la substituabilité. Ainsi, dans sa décision relative à des pratiques mises en œuvre par la société Ivoclar Division France, qui commercialise en France les produits et fournitures pour dentistes et pour prothésistes fabriqués par le groupe Ivoclar-Vivadent (00-D-15)²⁴⁸, le Conseil a estimé que la définition du marché pertinent en fonction de la substituabilité des produits n'a pas de sens lorsqu'il s'agit d'examiner des relations entre un fabricant et des grossistes distribuant de nombreux produits aux utilisateurs finaux, car l'application de ce principe aboutirait à une segmentation artificielle du marché, alors qu'il n'était pas démontré qu'existent des méthodes distinctes de distribution pour chacune des familles de produits, ou que les offreurs adoptent un comportement distinct, selon qu'il s'agit de vendre des produits différents.

En présence d'une gamme de produits comprenant près d'une centaine d'articles, le Conseil, après avoir relevé que les professionnels distinguent, au sein des produits destinés aux prothésistes dentaires concernés par les pratiques, quatre grandes familles de produits, pour lesquelles l'offre se présentait de façon différente selon chacune, a décidé d'examiner les pratiques en cause au regard de ces quatre grands groupes de produits reconnus par les professionnels.

Enfin, il arrive que les pratiques dénoncées concernent une activité qui ne s'exerce pas sur un marché au sens du droit de la concurrence. La décision n° 00-D-55²⁴⁹, relative à la désourisation du département de l'Orne, apporte une illustration à cette hypothèse. Dans cette affaire, en effet, le Conseil a considéré que l'activité d'achat du produit chimique permettant la destruction des ragondins et des campagnols terrestres, de fabrication des appâts et de leur mise à disposition, exercée par une fédération départementale des groupements de défense contre les ennemis des cultures en vertu d'une exclusivité qui lui est conférée pour l'accomplissement des missions d'intérêt collectif, dont elle est en charge, et qui ne comportent aucune finalité de profit, ne peut être considérée comme s'exerçant dans le cadre d'un monopole sur un marché au sens du droit de la concurrence.

Les contours géographiques du marché

Dans un certain nombre d'affaires, le Conseil a été conduit à apporter des précisions sur les contours géographiques des marchés. Ainsi, la décision Ivoclar (00-D-15)²⁵⁰ précise-t-elle que le fait que la Commission européenne ait reconnu une dimension communautaire à un marché de produits ne s'oppose pas à ce que le marché pertinent puisse être limité au marché national, dès lors que l'offre et la demande s'y expriment de façon spécifique. En l'espèce, cependant, il a relevé que les produits en cause bénéficiaient d'une norme européenne, intégrée au code

²⁴⁸ Annexe n° 22

²⁴⁹ Annexe n° 62

²⁵⁰ Annexe n° 22

de la santé publique, que la plupart de ces produits étaient importés sur le territoire français, que les distributeurs français se fournissaient auprès de filiales françaises des fabricants ou d'importateurs exclusifs, mais également par des achats directs à l'étranger ; il a donc considéré que la confrontation de l'offre des fabricants et de la demande des distributeurs, pour chacun des quatre groupes de produits, n'était pas limitée au seul territoire national, mais devait être considérée comme s'étendant au moins à celui de l'Union européenne.

Dans sa décision n° 00-D-70²⁵¹, relative à la situation de la concurrence dans le secteur de la distribution du disque à Paris, le Conseil a examiné le bien-fondé d'une saisine selon laquelle les pratiques tarifaires du magasin FNAC du boulevard des Italiens constitueraient un abus de position dominante de cette société. Sur les contours géographiques du marché, il a relevé que, si les parts détenues par la FNAC sur le marché du disque étaient prépondérantes dans Paris intra-muros (60,6 %), il convenait néanmoins de prendre en compte le fait qu'une proportion importante des clients achetant des disques dans les magasins situés à Paris résident en Ile-de-France. Dans un tel cas de figure, les acheteurs ont donc la possibilité de comparer le prix des disques pratiqués par les hypermarchés proches de leur domicile et d'effectuer leurs achats, tout au moins pour une certaine gamme de disques et plus particulièrement pour les nouveautés, tant auprès des hypermarchés que des spécialistes comme la FNAC. Dans ces circonstances, le Conseil a considéré que, pour la fraction de clientèle qui réside en banlieue et pour celle qui peut se rendre aisément dans les hypermarchés périphériques, les magasins FNAC situés à Paris intra-muros se trouvent en concurrence avec les distributeurs de banlieue. En conséquence, le marché géographique pertinent ne s'arrêtait pas à Paris intra-muros, mais était plus étendu.

S'agissant, enfin, du marché des prestations funéraires, compte tenu de la proportion élevée des décès se produisant dans les maisons de retraites, du comportement des familles, ainsi que des dispositions légales et réglementaires en vigueur à l'époque des faits, le Conseil a considéré que le marché géographique pertinent pour apprécier des pratiques mises en œuvre par la société concessionnaire du service extérieur des pompes funèbres de la ville de Dieppe et de 30 communes avoisinantes était constitué par le secteur sanitaire de Caux-Maritime, lequel comprend la ville de Dieppe et 312 communes réparties en 18 cantons (00-D-59)²⁵².

2. Définition de la position dominante

Ayant délimité les contours du ou des marchés pertinents, le Conseil examine si l'entreprise ou le groupe d'entreprises en cause détient une position dominante sur ce ou ces marchés. En d'autres termes, il recherche si l'entreprise est en situation de s'abstraire de la concurrence des autres entreprises présentes sur le marché. Cette démarche est identique à celle de la Cour de justice des Communautés européennes, qui a considéré que « *la position dominante visée par l'article 82 concerne la 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* ».

a) Les situations de monopole

Lorsqu'une entreprise bénéficie d'un monopole légal sur le marché pertinent, la détermination de sa position de domination ne présente, en principe, pas de difficulté.

Ainsi, dans sa décision n° 00-D-40²⁵³, relative à une saisine des sociétés 4D, Générale de la Ferme et Heiba, le Conseil a rappelé que la Sacem, seul organisme gérant en France les droits d'auteurs d'œuvres musicales et dotée des moyens nécessaires à la perception de ces droits

²⁵¹ Annexe n° 77

²⁵² Annexe n° 66

²⁵³ Annexe n° 47

sur tout le territoire et à leur répartition entre les ayants-droit, se trouvait en position dominante et disposait d'un monopole de fait. Il a adopté le même raisonnement pour la SPRE, seul organisme à gérer en France les droits des artistes interprètes et des producteurs de phonogrammes.

Dans le cadre de l'affaire relative à des pratiques mises en œuvre par EDF et sa filiale Citélum sur le marché de l'éclairage public (00-D-47)²⁵⁴, EDF, qui détient un monopole légal assorti d'exceptions limitées de la production d'électricité, un monopole sur le transport de l'électricité et est concessionnaire des réseaux de distribution de 95 % des communes françaises, occupe une position dominante sur les marchés de la production, du transport et de la distribution d'électricité. De la même façon, dans sa décision n° 00-D-57²⁵⁵, relative à des pratiques mises en œuvre par la SEM gaz et électricité de Grenoble, le Conseil a considéré que la société GEG, disposant, seule, de la concession de la distribution d'électricité et du gaz sur le territoire de la ville de Grenoble, détenait une position dominante sur le marché de la distribution du gaz et de l'électricité.

Enfin, s'agissant de la société la Française des Jeux (00-D-50)²⁵⁶, rappelant que cette société bénéficiait, notamment en application de l'article 136 de la loi de finances du 31 mai 1933, d'un monopole légal sur le marché des jeux de hasard pur, le Conseil a estimé que ce seul monopole était suffisant pour caractériser l'existence d'une position dominante.

Dans un certain nombre d'affaires, le Conseil a été conduit à examiner la question de savoir si l'on était en présence d'un monopole.

Ainsi, dans le cadre de l'examen des conditions de distribution, par la société Eurest, de produits de consommation courante aux prisonniers de la maison d'arrêt d'Osny, il est apparu que, dans le contexte législatif et réglementaire interdisant aux détenus de recevoir de la nourriture et des biens de consommation courante et en les obligeant, en conséquence, à s'approvisionner exclusivement auprès de la cantine de l'établissement dans lequel ils sont incarcérés, l'entreprise seule autorisée à alimenter ce marché au sein de la maison d'arrêt se trouvait en situation de monopole, et donc de position dominante, au sens de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (00-D-27)²⁵⁷.

D'autres affaires ont posé la question de la persistance d'une position dominante lorsque le marché sur lequel une entreprise se trouve en situation de monopole est en cours d'ouverture à la concurrence.

A l'occasion de la demande de mesures conservatoires présentée par la SA Forum cartes et collections (00-D-07)²⁵⁸ et concernant la modification des montants d'abonnements des prestataires de service sur Minitel, dans le système kiosque, le Conseil a relevé que seule France Télécom était en mesure d'assurer la circulation de l'information entre les fournisseurs de services et les terminaux de type Minitel installés chez leurs clients par l'intermédiaire de ses infrastructures, puisque France Télécom demeurait en quasi monopole de fait sur le marché de la boucle locale et qu'aucun opérateur n'avait mis en œuvre de service de transport de données en normes X25 adapté aux services télématiques de type kiosque. Il a, en outre, retenu que France Télécom était le seul opérateur qui pouvait offrir aux prestataires de services informatiques un système de facturation permettant d'intégrer le paiement de service rendu au consommateur à la facture téléphonique de ce dernier. Ainsi, malgré les évolutions

²⁵⁴ Annexe n° 54

²⁵⁵ Annexe n° 64

²⁵⁶ Annexe n° 57

²⁵⁷ Annexe n° 34

²⁵⁸ Annexe n° 14

récentes en matière d'interconnexion, le Conseil a considéré que France Télécom est toujours en position dominante sur le marché pertinent.

b) Les autres situations

Pour les entreprises qui ne se trouvent pas en situation de monopole, et pour lesquelles seul un examen des conditions de fonctionnement effectif du ou des marchés permet de déterminer une position dominante, le Conseil effectue une analyse fondée sur l'application de divers critères, parmi lesquels les parts respectives 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, le cas échéant, la nature de barrières à l'entrée sur le marché.

Ainsi, dans la décision n° 00-D-14²⁵⁹, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des briques plâtrières dans le grand Ouest de la France, qui concerne à la fois des pratiques d'entente mises en œuvre au sein de la société coopérative société industrielle des briqueteries de l'Ouest (SIBO) et des pratiques d'abus de position dominante commises par cette société coopérative, le Conseil a relevé que la SIBO avait, au moment des faits, une capacité de production de briques plâtrières représentant 75 % de la production totale des entreprises du secteur géographique concerné, alors que les entreprises concurrentes ne produisaient que de faibles quantités de briques ; il a relevé, en outre, que malgré une baisse continue et sensible du tonnage vendu, dans un marché en régression, la SIBO avait pu augmenter chaque année son prix de vente unitaire. S'appuyant sur ce faisceau d'éléments, le Conseil a estimé que la SIBO se trouvait en position dominante sur le marché de la brique plâtrière dans le « *grand Ouest* », secteur géographique concerné par les pratiques.

Dans le cadre de l'analyse effectuée sur la position de l'INC sur le marché de la presse consumériste, le Conseil a relevé qu'au moment des faits, la part de marché de l'INC était supérieure à 50 % et nettement supérieure à celle de l'UFC, son principal concurrent, que, par ailleurs, l'Institut était le seul organisme d'information des consommateurs qui avait accès gratuitement à la télévision, ce qui lui permettait de se faire connaître, de faire des allusions à ses publications et de se présenter comme le porte-parole et le défenseur des consommateurs. De surcroît, la situation financière de l'INC se caractérisait par une absence de contrainte de bilan, liée à son statut d'établissement public, alors même que, durant les années concernées par les pratiques, il avait bénéficié d'une subvention élevée accordée sans affectation prédéfinie, cette subvention étant, dans ce contexte, de nature à lui permettre de pratiquer des prix attractifs, de supporter, sur une longue période, des pertes de son pôle médias et de conforter sa position sur le marché (00-D-54)²⁶⁰.

Sur le marché de la publicité télévisuelle, il a été relevé que TF1 et sa filiale TF1 publicité détenaient une part de marché nettement supérieure à celle de leur concurrent le plus immédiat, France Télévision Publicité, que TF1 avait pu maintenir et même développer, en toutes circonstances, ses recettes publicitaires malgré la baisse de son audience, qu'elle était la seule chaîne à être dans cette situation et qu'elle avait pu, en dépit de cette baisse, pratiquer des prix supérieurs à ceux de ses concurrents. Le Conseil a donc considéré, dans sa décision n° 00-D-67²⁶¹, que les sociétés TF1 et TF1 publicité occupaient, au cours de la période considérée (décembre 1993 à mai 1997), une position dominante sur le marché de la publicité télévisuelle.

²⁵⁹ Annexe n° 21

²⁶⁰ Annexe n° 61

²⁶¹ Annexe n° 74

TF1 et TF1 publicité contestaient cette analyse et faisaient valoir, notamment, qu'elles étaient soumises à une forte pression concurrentielle en raison de la puissance financière de France Télévision et de Canal Plus et qu'elles ne pouvaient, d'une quelconque façon, s'affranchir de cette concurrence.

Le Conseil a écarté cette argumentation en relevant, d'une part, que sur son cœur de cible la chaîne, compte tenu de sa puissance, pouvait pratiquer des prix élevés sans être contrainte par le niveau des prix pratiqués par la régie publicitaire des chaînes publiques, son principal concurrent, et, d'autre part, que les parts d'audience de TF1 publicité, en ce qui concerne les ménagères de moins de 50 ans, par rapport à celle de France Télévision Publicité et de M6 Publicité, pour l'année 1997, étaient élevées et devaient s'analyser en tenant compte des autres facteurs de puissance cumulée de TF1. En effet, si cette chaîne avait vu ses parts de marché publicitaires diminuer, celles-ci demeuraient néanmoins très importantes et, par ailleurs, la limitation de la publicité sur les chaînes publiques était un facteur particulièrement favorable pour elle.

Enfin, le Conseil a relevé que, contrairement à ce que prétendaient TF1 et TF1 publicité, la politique de remises de fidélité avait été initiée par TF1 et que, s'agissant de la prétendue impossibilité pour ces sociétés de s'affranchir de la pression du marché, il ne pouvait qu'être constaté que la pratique de remises fondées sur une part de dépenses publicitaires supérieures aux parts d'audience de la chaîne démontrait que TF1 publicité avait pu, tout au contraire, s'affranchir de la pression de la concurrence (00-D-67).

Dans l'affaire Interflora, le Conseil a, tout d'abord, pris en compte le fait que la société, créée en France en 1927, constituait le plus ancien réseau de transmission florale à distance implanté sur le marché français et qu'il était demeuré le seul jusqu'en 1971 ; dans ce cadre, le Conseil a estimé que la notoriété de ce réseau et de la marque qu'il exploite, ainsi que la densité de son maillage territorial, avaient permis à la société, entre 1991 et 1998, d'enregistrer de 73,1 % à 83,1% des ordres de transmission florale passés sur le marché, alors que son plus proche concurrent n'avait, pour la même période, enregistré qu'environ 14 % des ordres.

S'agissant de son chiffre d'affaires, évalué entre 82,5 % du chiffre d'affaires total du secteur, pour 1991, et 90,2 % pour 1998, la société Interflora faisait valoir qu'il convenait de réduire ces pourcentages, dans la mesure où, du fait de la modification en 1993 des dispositions du code général des impôts relatives à l'assiette et au fait générateur de la TVA, son chiffre d'affaires était en réalité plus réduit que les chiffres retenus par le rapporteur. Le Conseil n'a pas suivi la société dans cette argumentation, en considérant que cette modification des dispositions fiscales s'était appliquée à toutes les sociétés ayant une activité de transmission florale et qu'elle ne pouvait, en conséquence, ne concerner qu'Interflora et que, de plus, la liasse fiscale produite par la société faisait état d'un chiffre d'affaires supérieur à celui retenu par le rapporteur. En tout état de cause, le Conseil a considéré que, même en retenant le pourcentage de 61 % du chiffre d'affaires du secteur, invoqué par la société à l'appui de sa défense, Interflora détenait une position prééminente qui, confortée, en outre, par l'ancienneté et la notoriété de son réseau, la densité de son maillage territorial et l'importance de sa part dans le total des ordres transmis, plaçait cette société en situation de domination (00-D-75)²⁶².

Dans son analyse relative à la position dominante de la société Celloplast sur le marché du chlorate de soude, le Conseil a relevé, en premier lieu, que cette société détenait une part de marché élevée, en deuxième lieu, que son concurrent le plus immédiat détenait, à l'époque des faits, une part qui n'avait jamais dépassé 12 %, en troisième lieu, qu'elle bénéficiait des

²⁶² Annexe n° 82

avantages liés à l'appartenance à un groupe international et, enfin, qu'elle avait pu pratiquer durablement des prix supérieurs à ceux de ses concurrents (00-D-85)²⁶³.

S'agissant de la position dominante collective, dont il leur était reproché d'avoir abusé, la FIFA et le CFO ont fait valoir qu'ils ne s'étaient présentés, ni n'avaient agi, ensemble comme une entité collective en ce qui concerne la vente de billets pour la Coupe du monde 1998 et qu'il était donc exclu qu'ils aient pu détenir une position collective, alors qu'ils étaient pour les autres opérateurs « *des entités juridiquement indépendantes et parfaitement distinctes et autonomes* ».

Le Conseil a rappelé, à cet égard, qu'une position dominante collective, qui n'est pas en soi illicite, peut être constituée par plusieurs entreprises qui, bien que juridiquement indépendantes, se présentent ou agissent ensemble sur un marché spécifique comme une entité collective. Relevant, d'une part, de nombreux liens structurels entre la FIFA et le CFO, puisque le CFO avait été créé par la FIFA qui en était membre de droit, d'autre part, l'existence des dispositions du règlement de la Coupe du monde prévoyant une répartition des recettes brutes des matches entre ces deux organismes et les associations nationales membres de la FIFA participant à la compétition finale et, enfin, le contrôle exercé sur le CFO par la FIFA, qui avait gardé le pouvoir de prendre « *en dernière instance, les décisions de principe concernant tous les points* », le Conseil a considéré que le CFO et la FIFA détenaient ensemble, lors de la Coupe du monde de football 1998, une position dominante collective sur le marché des billets destinés à la confection de forfaits touristiques à l'occasion de cette épreuve sportive (00-D-83)²⁶⁴.

En revanche, dans l'affaire Française des Jeux, le Conseil a estimé que la Française de Maintenance, filiale à 100 % de la Française des Jeux, ne se trouvait pas en position dominante sur le marché de la maintenance informatique, au motif que cette société ne se trouvait qu'à la 165^{ème} position dans le classement des 500 premières sociétés informatiques. Il a précisé que, s'il est exact que la part de marché ne constitue qu'un indice parmi d'autres de l'existence d'une position dominante, encore faut-il que la part de marché détenue soit suffisamment importante pour permettre à l'entreprise d'exercer un pouvoir de marché. En l'espèce, la part de marché de la Française de Maintenance étant très inférieure à 10 %, cette société ne pouvait être considérée comme occupant une position dominante, quels que soient, par ailleurs, les avantages ou privilèges dont elle disposait (00-D-50)²⁶⁵.

Enfin, dans sa décision n° 00-D-45²⁶⁶, relative à des pratiques mise en œuvre dans le secteur de la radiodiffusion et à une demande de mesures conservatoires présentées par les sociétés Sud Bretagne Diffusion et Parf'un, le Conseil a estimé que la société Vortex, qui édite et émet, en catégorie D, un programme radiophonique thématique national, sous la dénomination Skyrock, ne se trouvait en position dominante sur le marché de la fourniture de programmes radiophoniques ou de la commercialisation des espaces publicitaires, ni sur le plan national, eu égard au nombre de fréquences détenues sur le plan national, aux populations couvertes par le réseau Skyrock et aux résultats d'audience du réseau, ni, pour les mêmes raisons, sur le plan local, en Bretagne, par l'intermédiaire de ses affiliés.

3. Abus de position dominante anticoncurrentiels

a) Pratiques qui n'ont pas été considérées comme abusives

²⁶³ Annexe n° 92

²⁶⁴ Annexe n° 90

²⁶⁵ Annexe n° 57

²⁶⁶ Annexe n° 52

Dans le cadre de sa décision n° 00-D-07²⁶⁷, relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la SA Forum cartes et collections à l'encontre de la hausse brutale des abonnements des services Minitel, le Conseil a rappelé qu'il est en principe loisible à un opérateur occupant une position dominante sur un marché de relever ses tarifs.

Analysant les tarifs en cause, le Conseil a relevé qu'ils n'avaient pas été augmentés depuis plusieurs années et que rien ne démontrait que le niveau atteint était en lui-même abusif. En outre, ces tarifs avaient été relevés de façon identique pour tous les opérateurs et le Conseil a considéré que le fait que les abonnements pèsent de façon plus lourde sur certains d'entre eux était sans portée au regard du droit de la concurrence.

Faute d'élément probant, il a écarté l'argument selon lequel les filiales de France Télécom seraient moins touchées par la mesure entreprise et observé que, si un certain nombre de codes télématiques avaient disparu en un an, seule une partie de ces disparitions pouvait être imputée à l'augmentation des tarifs d'abonnement, dans la mesure où une tendance de longue durée à la diminution des codes pouvait être relevée.

Par un arrêt du 19 septembre 2000, la cour d'appel de Paris a rejeté le recours introduit contre la décision du Conseil et confirmé son analyse sur le caractère non abusif des pratiques dénoncées.

Dans une autre décision relative à une demande de mesures conservatoires, présentée par la société Armor Hélicoptère qui, ayant déposé auprès d'EDF un dossier de qualification pour la passation d'un marché de surveillance de lignes électriques par hélicoptère s'était vue notifier un refus d'accès au système de qualification, au motif qu'elle ne répondait pas à toutes les exigences de formation des personnels et d'équipement, avait saisi le Conseil en faisant valoir que les exigences d'EDF étaient constitutives d'un abus de position dominante sur le marché de la surveillance des lignes électriques par hélicoptères. La décision d'irrecevabilité du Conseil a retenu, sur ce marché, qu'EDF, concessionnaire du réseau de distribution, était l'unique demandeur de prestations de visites de lignes électriques et, qu'à ce titre, cette société restait libre de choisir ses fournisseurs en formulant certaines exigences, dans le respect de la réglementation en vigueur (00-D-13)²⁶⁸.

Dans sa décision n° 00-D-27²⁶⁹, concernant les conditions de distribution par la société Eurest de produits de consommation courante aux prisonniers de la maison d'arrêt d'Osny, le Conseil a précisé que si, en règle générale, les abus de position dominante prohibés par l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 consistent, pour l'entreprise considérée, à empêcher des concurrents de pénétrer sur le marché ou à gêner l'activité de ceux qui s'y trouvent, il y a lieu, dans certaines circonstances, de s'assurer, sur la base de ce texte, que les prix pratiqués par une entreprise en position dominante, et notamment en situation de monopole, ne sont pas manifestement excessifs.

Tel est le cas, notamment, lorsqu'une entreprise bénéficie d'un monopole qu'aucune autre entreprise n'est susceptible de venir contester et que le Gouvernement n'a pas fixé les prix sur le fondement de l'article 1 de l'ordonnance susvisée.

Dans cette analyse, le Conseil s'est appuyé sur la jurisprudence communautaire, selon laquelle une pratique de prix qualifiée d'abusives à l'égard de particuliers ou de professionnels, dans le cadre d'un monopole, peut être établie s'il existe une disproportion manifeste entre ce prix et la valeur du service correspondant, ou si une anomalie manifeste apparaît à la suite d'une comparaison effectuée sur une base homogène dans le cadre d'une analyse des

²⁶⁷ Annexe n° 14

²⁶⁸ Annexe n° 20

²⁶⁹ Annexe n° 34

composants du prix pratiqué, et si aucune justification de cette disproportion ne peut être apportée.

Utilisant la méthode d'analyse globale des prix, puis la méthode comparative, et constatant que les prix pratiqués faisaient apparaître les charges de structure correspondant au fonctionnement de la société en cause qui étaient limitées à 6,3 %, soit un pourcentage compris dans les limites observées dans le secteur, le Conseil a considéré qu'il n'était pas établi que les prix en cause étaient manifestement excessifs.

Dans l'affaire relative au nommage du site Internet de la société Concurrence, l'AFNIC avait fait valoir que les membres de l'association n'avaient pas admis que le site de la société Concurrence soit inscrit, à la fois, au premier niveau de l'arborescence constituée par le domaine « .fr » et sous le nom générique de « concurrence », dans la mesure où l'attribution de ce nom, faisant référence à un ensemble d'activités exercées par toute une catégorie d'opérateurs, à l'un d'eux, aurait pu léser les autres, qu'en conséquence, d'autres noms avaient été proposés à la société requérante qui les avait refusés.

Le Conseil a relevé qu'à supposer même que le domaine « .fr » puisse être considéré comme le marché pertinent sur lequel l'AFNIC occuperait une position dominante, elle avait, pour permettre l'accession de la société Concurrence au domaine « .fr », proposé à celle-ci trois noms de domaine lui permettant de se faire connaître sous sa raison sociale, son enseigne commerciale ou sa marque et que ces propositions constituaient autant de solutions alternatives au nom « concurrence.fr », qui étaient de nature à permettre, dans des conditions satisfaisantes, l'accès des clients potentiels à son site. Dans ces conditions, le Conseil a estimé que la société Concurrence n'apportait aux débats aucun élément susceptible de laisser penser que les pratiques reprochées à l'AFNIC puissent être qualifiées d'abus de position dominante au sens de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (00-D-32)²⁷⁰.

Dans sa décision n° 00-D-57, relative à pratiques mises en œuvre par la SEM gaz et électricité de Grenoble, le Conseil a rappelé les conditions dans lesquelles une pratique de subventions croisées n'était pas constitutive d'un abus de position dominante. Appliquant les principes dégagés dans son avis n° 94-A-15 relatif à la diversification d'EDF GDF, ainsi que dans sa décision n° 00-D-47²⁷¹, Citélum, il a rappelé que la mise à disposition de moyens tirés d'une activité réalisée sous monopole légal pour le développement d'activités relevant du champ concurrentiel est susceptible d'être qualifiée au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce, si deux conditions cumulatives sont réunies :

- il faut, en premier lieu, que la mise à disposition de moyens puisse être qualifiée de « subvention », c'est-à-dire qu'elle ne donne pas lieu, de la part de l'activité qui en bénéficie, à des contreparties financières reflétant la réalité des coûts ;
- il faut, en second lieu, que l'appui ainsi apporté présente un caractère anormal.

Au regard de ces principes, il est apparu au Conseil qu'un compte commun regroupant les disponibilités à court terme d'une société mère, titulaire d'un monopole de distribution du gaz et de l'électricité sur le territoire de la ville de Grenoble et de deux de ses filiales, ne constituait pas un avantage injustifié dans la mesure où il n'était pas établi que ce compte ait permis des apports de trésorerie disproportionnés au profit des filiales, alors que, de plus, les facilités de trésorerie apportées aux filiales par le biais de ce compte faisaient l'objet d'une rémunération au profit de la société mère.

Dans le même cadre, le Conseil a relevé que la mise à disposition de locaux, de personnel et de prestations diverses, par la société mère au bénéfice de ses filiales, était réalisée dans le

²⁷⁰ Annexe n° 39

²⁷¹ Annexe n° 54

cadre de conventions écrites et faisait l'objet de contreparties financières effectives, sans qu'il soit établi que ces contreparties soient insuffisantes pour rémunérer, à sa valeur, le service ainsi rendu par la société mère.

La saisine relative à la situation de la concurrence dans le secteur de la distribution du disque à Paris dénonçait des pratiques sélectives de baisse de prix de vente de disques dans le magasin de la FNAC situé boulevard des Italiens, visant à évincer du marché le magasin Extrapole de Montmartre.

Le Conseil, dans sa décision n° 00-D-70²⁷², a rappelé, par référence à la jurisprudence AKZO (CJCE 3 juillet 1991), que le prix de vente d'un bien ou d'un service peut être qualifié de prédateur, soit lorsqu'il est durablement inférieur à la moyenne des coûts variables de production, soit lorsqu'il est inférieur à la moyenne des coûts totaux de production, qui comprennent les coûts fixes et les coûts variables, mais supérieur aux coûts variables, s'il est démontré, en pareil cas, que le prix a été fixé à ce niveau pour éliminer un concurrent du marché.

En l'espèce, le Conseil a constaté que les prix de vente des disques pratiqués par le magasin en cause couvraient ses coûts variables, constitués par la somme des coûts directs : coûts d'achat, démarque, étiquetage et escompte clients, frais de personnels et frais de fonctionnement. Au surplus, il était établi que, globalement, les frais de personnel et les frais de fonctionnement affectés à la vente des disques, tant fixes que variables, étaient inférieurs à la valeur totale des ventes.

Le Conseil a alors examiné les prix des deux magasins et leurs variations, pour rechercher si une volonté de prédation était établie. Sur ce point, il a relevé, en premier lieu, que la politique tarifaire menée par la FNAC Italiens face à son concurrent Extrapole de Montmartre était conforme aux principes généraux définis par l'enseigne et n'avait pas été modifiée à la suite de l'ouverture du magasin Extrapole sur le marché. En deuxième lieu, le Conseil a rappelé que le responsable d'Extrapole avait reconnu qu'il déterminait ses prix de base en se situant par rapport à la FNAC dont il connaissait les éléments de la politique tarifaire, et que, pour un échantillon de onze titres, dans huit cas, Extrapole Montmartre avait pris l'initiative des baisses de prix, alors que ce magasin pratiquait déjà des prix inférieurs à ceux de la FNAC Italiens. En troisième lieu, le Conseil a observé que le relevé des prix de vente moyens mensuels sur une période de dix-huit mois avait mis en évidence que les prix moyens d'Extrapole Montmartre étaient toujours inférieurs à ceux de la FNAC Italiens. Enfin, en quatrième lieu, il a rappelé que les prix relevés par produits démontraient que, lorsque la FNAC Italiens avait répondu à la concurrence d'Extrapole, dans la grande majorité des cas, elle avait seulement aligné ses prix sur ceux de son concurrent ou les avait fixés à un niveau légèrement supérieur ; dans quatre cas seulement, soit 3,3 % des 120 prix relevés, ils avaient été fixés spécifiquement à un niveau inférieur à ceux d'Extrapole.

Observant que le comportement de la FNAC Italiens pouvait s'expliquer par la volonté de l'enseigne de tenter d'enrayer la chute sensible et continue de son chiffre d'affaires depuis plusieurs années, qui résultait de la baisse de fréquentation de son magasin, le Conseil a rappelé qu'en tout état de cause, le fait pour une entreprise de procéder à des alignements de prix sur ceux de son concurrent, alors que ce dernier a établi un tarif de base inférieur au sien, n'est que l'exercice normal de la concurrence, quand bien même l'entreprise en cause, d'une part, détiendrait une position dominante sur le marché et, d'autre part, pratiquerait des prix de vente inférieurs à des coûts totaux, mais supérieurs à ses coûts variables, dès lors qu'il n'est pas établi que son comportement entrerait dans une stratégie d'éviction de son concurrent.

²⁷² Annexe n° 77

Dans l'affaire de la distribution des billets d'accès aux stades pour la Coupe du monde de football 1998, la société OMVESA exposait qu'elle avait fait connaître, à plusieurs reprises, au CFO ses besoins supplémentaires en billets et que ce dernier se serait contenté de la fournir de façon anarchique et erratique en billets supplémentaires, la contraignant ainsi à se tourner vers le marché parallèle pour obtenir ces billets supplémentaires vendus à des prix supérieurs à ceux qu'elle aurait pu obtenir en s'approvisionnant directement auprès du CFO.

Le Conseil a, tout d'abord, examiné le système de distribution des billets mis en place. Il a relevé que la vente, tant aux tours opérateurs agréés (TOA), qu'aux fédérations nationales, était soumise à un certain nombre de conditions concernant la revente destinées à prévenir les abus et les pratiques occultes.

Dans un deuxième temps, le Conseil a étudié la façon dont les TOA avaient obtenu le quota de billets leur revenant. Il a relevé, à cet égard, que, conformément à ce qui était précisé aux conditions générales de vente, les TOA avaient obtenu la totalité des billets qui leur avaient été garantis ainsi que 37 709 billets supplémentaires, soit un total représentant 6,58 % du nombre total des billets. La société plaignante avait, pour sa part, obtenu 10 569 billets pour un total garanti de 9 210, cette société faisant partie de celles dont la part de la licence était la moins élevée dans le chiffre d'affaires réalisé avec le CFO.

L'instruction avait établi que les organisateurs de la coupe du monde s'étaient rapidement trouvés dans l'impossibilité de satisfaire la totalité de la demande de billets. En raison de cette pénurie et du système de quotas garantis par zone géographique mis en place par les organisateurs, certains TOA disposant d'excédents ont été amenés à commercialiser des billets auprès d'autres TOA, parfois à des prix de l'ordre de sept à huit fois leur valeur faciale. De plus, certains professionnels du tourisme se sont également tournés, pour obtenir des billets, vers certaines fédérations de pays non qualifiés pour la Coupe du monde ou qualifiés, mais en difficulté économique.

Le Conseil a estimé qu'aucun élément du dossier ne démontrait en quoi ces pratiques auraient pu avoir un objet et/ou un effet anticoncurrentiel. Il a rappelé, à cet égard, que l'existence d'un double réseau de distribution, sélectif, dans un cas, et non sélectif dans l'autre, n'est pas en soi anticoncurrentiel, notamment lorsque l'adhésion au réseau sélectif débouche sur des avantages spécifiques. Tel était bien le cas en l'espèce, puisque les TOA bénéficiaient du droit de faire usage de l'appellation « *Coupe du monde* ». Relevant qu'il ne leur était, en outre, pas interdit de se procurer des billets auprès des fédérations et dans les mêmes conditions que les tours-opérateurs non agréés, le Conseil a considéré que les TOA n'avaient été victimes d'aucune pratique discriminatoire.

Enfin, le Conseil a écarté l'argumentation selon laquelle la circonstance que la FIFA et le CFO ne seraient pas intervenus avec une fermeté suffisante auprès des fédérations pour leur intimer de s'opposer ou de mettre fin aux pratiques de vente de billets non conformes aux conditions imposées par la FIFA, alors qu'il était expressément prévu, dans les conditions générales de vente, qu'il appartenait aux fédérations d'en assurer le respect, ne pouvait être considérée comme constitutive d'un abus de position dominante, au sens de l'article L. 420-2 du code de commerce (00-D-83)²⁷³.

b) Pratiques ayant été qualifiées d'abusives

Dans sa décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des briques plâtrières dans le grand Ouest de la France, le Conseil a rappelé qu'il est loisible à une entreprise, pour défendre sa part de marché, même lorsqu'elle détient une position dominante, de répondre à une politique de baisse de prix d'un ou de plusieurs de ses concurrents par l'octroi de remises

²⁷³ Annexe n° 90

et que cette compétition par les prix participe au fonctionnement concurrentiel du marché. En l'espèce, il a considéré que les remises accordées par la société coopérative SIBO à ses clients, qui faisaient suite à des pressions sur son concurrent le plus direct pour qu'il renonce aux remises qu'il avait le premier proposées à la clientèle, puis à des pratiques de dénigrement de ce même concurrent, avaient eu pour objet le rétablissement de prix antérieurs plus élevés. Dans la mesure où ces remises n'avaient pas été proposées dans les zones géographiques où la SIBO n'était pas confrontée à la même concurrence et où, dès la cessation d'activité de ce concurrent, elle avait cessé d'accorder la remise en cause, le Conseil a qualifié ces pratiques de moyens incompatibles avec ceux qui gouvernent une compétition normale, constitutives d'un abus de position dominante (00-D-14)²⁷⁴.

Les pratiques mises en œuvre par EDF et sa filiale Citelum sur le marché de l'éclairage public ont conduit le Conseil à rappeler un autre principe : celui selon lequel il est licite pour une entreprise publique, qui dispose d'une position dominante sur un marché en vertu d'un monopole légal, d'entrer sur un ou des marchés relevant de secteurs concurrentiels, à condition qu'elle n'abuse pas de sa position dominante pour restreindre ou tenter de restreindre l'accès au marché de ses concurrents en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites. Ainsi, une entreprise publique disposant d'un monopole légal, qui utilise des ressources de son activité monopolistique pour subventionner une nouvelle activité, ne méconnaît pas, de ce seul fait, les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce.

En revanche, est susceptible de constituer un abus le fait, pour une entreprise disposant d'un monopole légal, d'utiliser tout ou partie de l'excédent des ressources que lui procure son activité sous monopole pour subventionner une offre présentée sur un marché concurrentiel, lorsque la subvention est utilisée pour pratiquer des prix prédateurs ou lorsqu'elle a financé une pratique commerciale qui, sans être prédatrice, a entraîné une perturbation durable du marché qui n'aurait pas eu lieu sans elle.

Dans ce cadre, le Conseil a rappelé son avis de 1994 relatif à la diversification des activités d'EDF et de GDF au regard de la concurrence, par lequel il avait relevé qu'une subvention croisée peut à elle seule, par sa durée, sa pérennité et son importance, avoir un effet potentiel sur le marché.

Sur le fondement de ces principes, le Conseil a considéré que la mise à disposition par EDF au bénéfice de sa filiale Citelum, au travers des centres locaux EDF-GDF Services, de moyens matériels et humains relevant de l'activité de monopole d'EDF et la présence de ces centres auprès de Citelum à l'occasion de la prospection commerciale des communes n'avaient pas constitué un abus de position dominante, dans la mesure où, en premier lieu, la part de marché de Citelum n'avait jamais dépassé 1 %, ce qui était de nature à démontrer que les subventions en nature n'avaient pas perturbé gravement la concurrence, et où, en second lieu, ces subventions avaient eu une durée limitée au démarrage de l'activité de Citelum et étaient demeurées d'une ampleur relativement modeste.

En revanche, le Conseil a estimé que la convention par laquelle la ville de Tourcoing avait confié à EDF, pour dix ans, l'entretien de l'éclairage public de la ville constituait, de la part d'EDF, un abus de position dominante.

En effet, il ressortait des études effectuées que l'offre faite par EDF pour l'éclairage public de la ville, à un niveau artificiellement bas par rapport, d'une part, aux prix relevés pour des conventions comparables et, d'autre part, aux études de coût relatives à ce type de prestations, avait été déterminante pour la municipalité dans sa décision d'attribuer le marché à EDF. Par ailleurs, cette offre avait été présentée par l'établissement public, dans le cadre de l'obtention

²⁷⁴ Annexe n° 21

de la concession de la distribution d'électricité, avait dissuadé la ville de procéder à un appel d'offres pour cette prestation et avait ainsi permis à l'entreprise d'emporter le marché, lequel avait été, en outre, conclu pour une durée de dix ans, renouvelable par tacite reconduction.

Le Conseil a fait la même analyse pour les conventions d'entretien et de maintenance de l'éclairage public d'une durée trop longue (supérieures à cinq ans renouvelables à l'issue de la durée initiale, par tacite reconduction sauf dénonciation avec un préavis de douze mois) conclues par EDF avec 62 communes. Il a estimé que ces durées étaient excessives eu égard à l'importance des prestations en cause et des investissements concernés et que les clauses de reconduction tacites conduisaient à exclure artificiellement du marché les autres prestataires.

Par ailleurs, le Conseil a relevé que les conventions en cause avaient été négociées et conclues par les centres EDF-GDF Services qui, dans le cadre du quasi monopole de la distribution d'électricité d'EDF, dont ils assurent la gestion au niveau local, sont en relations constantes et privilégiées avec les communes. En outre, ces centres bénéficient de la notoriété et de l'image d'EDF en matière de distribution d'électricité et ces avantages sont susceptibles de leur conférer un rôle de prescripteur auprès des communes, notamment petites et moyennes (00-D-47)²⁷⁵.

La décision n° 00-D-54²⁷⁶, relative au comportement de l'Institut national de la consommation, concerne, d'une autre façon, l'utilisation pour des activités concurrentielles des avantages que procure une mission de service public.

L'enquête a établi que l'INC, en 1992 et 1993, a utilisé partiellement le temps d'antenne destiné à l'information des consommateurs pour assurer la promotion de sa revue « *50 Millions (puis 60) de consommateurs* », ceci en contradiction avec les règles édictées par le décret du 27 mars 1992, qui interdisent la publicité télévisée en faveur des organes de presse. Cette pratique n'était pas contestée, mais l'INC faisait, toutefois, valoir, d'une part, qu'elle avait cessé dès 1993, d'autre part, que l'UFC, qui avait saisi le Conseil, avait eu un comportement identique et, enfin, qu'il n'était pas démontré que la pratique avait eu un objet ou un effet anticoncurrentiel, qu'en particulier, elle n'avait pas eu d'effet négatif direct sur les ventes de la revue de l'UFC « *Que choisir ?* ».

Le Conseil a relevé que les ventes des publications de l'INC s'étaient fortement développées pendant la période incriminée, puis avaient fortement chuté après la cessation des pratiques ; il en a conclu que la publicité télévisuelle de ses publications avait procuré à l'Institut, qui était le seul sur ce marché à pouvoir faire de la publicité à la télévision, un avantage concurrentiel certain, en lui permettant d'augmenter de manière sensible ses ventes en kiosque et d'atteindre ainsi des niveaux de chiffre d'affaires et de parts de marché jamais égalés.

Pour ces motifs le Conseil a considéré que la publicité illicite effectuée à la télévision par l'INC avait eu pour objet et pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché de la presse consumériste, qu'elle avait pu faire obstacle au développement d'une compétition par les seuls mérites et que, même si l'UFC n'avait pas enregistré, en valeur absolue, une chute de ses ventes, la pratique en cause a pu limiter ses perspectives de progression, ainsi que celle des autres opérateurs, et exercer un effet dissuasif à l'égard de nouveaux entrants éventuels.

En revanche, le Conseil a estimé que le grief selon lequel l'INC avait abusé de sa position dominante en finançant, par les subventions qui lui étaient octroyées, le déficit de ses publications commerciales et en pratiquant des prix bas n'était pas établi, dans la mesure où, d'une part, les subventions sont octroyées à l'Institut, sans affectation particulière pour l'accomplissement de l'ensemble de sa mission d'intérêt général, y compris celle d'information du public, et où, d'autre part, il n'était pas établi que les prix de vente de la

²⁷⁵ Annexe n° 54

²⁷⁶ Annexe n° 61

revue « 50 Millions de consommateurs » aient été inférieurs à son coût variable moyen de production et aient constitué, de ce fait, des prix prédateurs.

L'affaire de la Française des Jeux (00-D-50)²⁷⁷ comportait deux types de pratiques dans des registres différents l'un de l'autre. La première était relative à l'obligation faite aux détaillants de s'équiper d'un mobilier fourni par la Française des Jeux et la seconde était relative à des subventions croisées entre cette société et une de ses filiales, la Française de Maintenance.

La pratique relative au mobilier imposé fait l'objet d'une jurisprudence assez fournie, notamment les affaires NMPP (1987), Hypromat (1997), Zannier (1996) et Yves Rocher (1999). Le Conseil s'est référé à ces décisions pour considérer que la Française des Jeux, en s'imposant comme le fournisseur exclusif du mobilier affecté à la vente de ses produits auprès de ses détaillants et en leur proposant des conditions tarifaires uniques, nettement supérieures aux prix du marché, interdisait, sans en démontrer la nécessité, l'accès d'autres entreprises au marché du mobilier d'agencement. Il a estimé que cette pratique avait eu pour objet et pu avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence, d'une part, sur le marché du mobilier de comptoir et, d'autre part, entre les détaillants situés dans une même zone de chalandise en leur interdisant de rechercher des installations moins onéreuses.

Dans ces circonstances, le Conseil a estimé que la Française des Jeux avait fait une exploitation abusive de sa position dominante sur le marché des jeux de hasard pur distribués par elle, en subordonnant l'agrément de ses détaillants à l'acquisition de deux éléments de mobilier, dont elle était le fournisseur exclusif, et en exerçant des pressions sur plusieurs revendeurs déjà agréés pour les inciter à faire l'acquisition de ce mobilier, alors qu'elle aurait pu atteindre l'objectif d'une bonne adaptation du mobilier des détaillants à la distribution de ses jeux en édictant des normes (par la diffusion d'un plan de fabrication par exemple), ce qu'elle a, du reste, fait ultérieurement.

En ce qui concerne les pratiques relevées sur le marché de la maintenance informatique, il était établi, d'une part, qu'en 1996, la Française des Jeux avait sur-rémunéré certains contrats de maintenance qui la liaient à sa filiale la Française de Maintenance, l'aide ainsi apportée ayant été évaluée à 17,795 millions de francs et, d'autre part, que, sur les cent contrats de prestations de services informatiques conclus pendant cette période par la Française de Maintenance avec des entreprises extérieures au groupe, dix-sept l'avaient été à des prix inférieurs à leurs coûts variables.

Comme dans l'affaire Citélum (00-D-47)²⁷⁸, le Conseil a rappelé les conditions dans lesquelles il est licite pour une entreprise publique, qui dispose d'une position dominante sur un marché en vertu d'un monopole légal, d'entrer sur un ou des marchés relevant de secteurs concurrentiels et d'utiliser des ressources de son activité monopolistique pour subventionner une nouvelle activité.

En appliquant les principes dégagés par la jurisprudence à l'égard des subventions croisées (cf. supra affaires Citélum et SEM gaz et électricité de Grenoble), le Conseil a relevé que la Française des Jeux, en utilisant les ressources tirées de son monopole sur les jeux de hasard pur, avait consenti à sa filiale une subvention, qui avait permis à cette dernière de pratiquer, sur le marché concurrentiel de la maintenance informatique, des prix inférieurs à ses coûts variables, pratique qui a eu pour effet de lui permettre de remporter dix-sept contrats de maintenance que des concurrents auraient pu remporter si cette pratique de prix n'avait pas eu lieu.

Le Conseil a, tout d'abord, relevé que les prix en cause ne pouvaient être qualifiés de prix prédateurs dans la mesure où, ni les éléments du dossier, ni la configuration du marché, ne

²⁷⁷ Annexe n° 57

²⁷⁸ Annexe n° 54

révélaient l'existence d'une stratégie prédatrice de la part de leur auteur. Il a considéré ensuite que, dans la mesure où les prix étaient nettement inférieurs aux prix pratiqués par les concurrents, où l'importance du déficit résultant de l'exécution des contrats démontrait que ce déficit ne pouvait être dû à l'imprévoyance ou à l'erreur du soumissionnaire mais avait été anticipé et rendu possible par l'aide financière de la maison mère et où la Française de Maintenance avait bénéficié des structures commerciales de sa maison mère, les pratiques qui avaient permis à cette société d'acquérir un poids économique et une réputation déterminants pour son avenir, avaient affecté la capacité d'autres entreprises du secteur. Le Conseil a estimé que cette perturbation du marché n'aurait pas pu avoir lieu sans les subventions croisées mises en œuvre et qu'elles étaient donc qualifiables au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce.

L'argumentation en défense de la Française des Jeux a conduit le Conseil à rappeler que, pour pouvoir être qualifiées d'anticoncurrentielles, les pratiques constatées sur un marché donné doivent s'inscrire dans une relation de causalité avec la domination exercée éventuellement sur un autre marché et que, lorsque les pratiques consistent en l'application sur un marché concurrentiel de prix bas rendus possibles par des transferts de ressources provenant de la rente dégagée grâce à la position détenue sur le marché dominé par l'auteur des subventions, l'existence de la relation de causalité entre les pratiques et la position dominante se déduit du seul comportement de l'entreprise dominante.

Par ailleurs, la Française des Jeux faisait valoir que les frais de personnel devaient être exclus des coûts moyens variables. Le Conseil a rappelé que, pour déterminer les coûts fixes et variables, il se réfère, en premier lieu, à la façon dont ceux-ci ressortent de la comptabilité analytique de l'entreprise en cause.

A cet égard, il a, en outre, précisé, d'une part, que le coût variable étant, par définition, un coût dont le montant varie en proportion directe de l'activité, son évaluation nécessite d'identifier les corrélations entre la consommation de ressources et le niveau d'activité, de telle sorte qu'une variation d'activité cause une variation de la consommation de ressources et, d'autre part, qu'un coût indirect représente une consommation de ressources nécessaires pour créer l'environnement dans lequel s'exerce l'activité de production ou de commercialisation et que, bien que les coûts ne soient pas, par nature, susceptibles d'être répartis entre les différents produits, il est nécessaire de les imputer ou de les allouer aux activités ou aux produits pris en compte. Sur ce point, en se référant à la jurisprudence AKZO de la CJCE préconisant de rechercher si les frais de main-d'œuvre varient en fonction des quantités produites, le Conseil a relevé que la masse salariale de la société Française de Maintenance variait fortement d'une année à l'autre et que, dans ces circonstances, les frais de main-d'œuvre répondaient bien à la définition jurisprudentielle des coûts variables.

S'agissant des pratiques relevées à l'encontre de la société PFG, nouvellement OGF, dans le secteur des pompes funèbres dans le département de la Seine-Maritime, et qui ont été sanctionnées par la décision n° 00-D-59²⁷⁹, elles relèvent des mêmes caractéristiques que celles déjà sanctionnées durant les années antérieures. Ces pratiques consistaient, en effet, en des comportements conduisant à une confusion dans l'esprit des familles entre les activités pour lesquelles la société mise en cause détenait un monopole et celles pour lesquelles elle était en concurrence avec d'autres opérateurs ; elles étaient donc de nature à empêcher les sociétés concurrentes de développer leurs activités sur le marché.

Les pratiques constatées par la décision n° 00-D-67²⁸⁰ dans le secteur de la vente d'espaces publicitaires télévisuels consistaient en des remises de part de marchés.

²⁷⁹ Annexe n° 66

²⁸⁰ Annexe n° 74

En se fondant sur une jurisprudence ancienne et constante, tant au regard des dispositions internes que communautaires de concurrence (CJCE, 13 février 1979, Hoffmann La Roche, 9 novembre 1983, Michelin, et, 1^{er} avril 1993, BPB ; Conseil de la concurrence 96-D-10, ODA), le Conseil a rappelé que, pour une entreprise se trouvant en position dominante, le fait de lier –fût-ce à leur demande- des acheteurs par une obligation ou promesse de s'approvisionner pour la totalité, ou pour une part considérable, de leurs besoins exclusivement auprès de ladite entreprise, constitue un abus de position dominante, soit que l'obligation soit stipulée sans autre précision, soit qu'elle trouve sa contrepartie dans l'octroi de rabais, soit encore, lorsque l'entreprise, sans lier les acheteurs par une obligation formelle, applique, en vertu d'accords ou unilatéralement, un système de rabais de fidélité, c'est-à-dire des remises liées à la condition que le client, quel que soit par ailleurs le montant, considérable ou minime, de ses achats, s'approvisionne pour leur totalité, ou une partie importante de ceux-ci, auprès de l'entreprise en position dominante.

Appliquant ce principe, le Conseil a estimé que la mise en œuvre de remises fondées sur les parts de marché conduit les annonceurs à affecter à la chaîne de télévision qui leur consent cet avantage le budget publicitaire minimum qui leur est imposé pour pouvoir en bénéficier et qu'une telle remise s'apparente à une remise de fidélité et fait obstacle à la fluidité des investissements publicitaires entre les différentes chaînes hertziennes.

Dans l'affaire Interflora (00-D-75)²⁸¹, le Conseil a été conduit à appliquer un certain nombre de principes dégagés en matière de réseaux de franchise ou de distributeurs agréés, bien que l'organisation de ce réseau ne corresponde ni à l'une ni à l'autre de ces formes de distribution.

Dans un avis du 12 décembre 1985, la Commission de la concurrence avait précisé que l'intérêt d'un réseau de transmission florale est d'offrir aux clients et aux fleuristes exécutants la possibilité de réduire le coût associé à l'incertitude des transactions à distance et que, face à cet avantage offert aux opérateurs, la définition et la publication de règles standard de comportements entre les fleuristes qui s'engagent dans un réseau de transmission florale et de conditions minima de transaction susceptibles d'être assurées, en toutes circonstances, par ces fleuristes, est de nature à diminuer, d'une façon générale, l'incertitude associée aux transmissions d'ordre à distance lorsque les clients ne peuvent spécifier leur demande. Pour ce motif, la Commission avait estimé que les restrictions de concurrence induites par les exigences de bon fonctionnement d'un tel réseau étaient admissibles, mais seulement pour autant qu'elles étaient indispensables à ce fonctionnement.

Le Conseil, après avoir rappelé ces principes et considéré qu'ils étaient toujours d'actualité, a examiné, au regard de ces lignes directrices, les clauses des règlements contractuels successifs mis en application par la société.

Plusieurs clauses sont apparues comme pouvant être justifiées par les nécessités de bon fonctionnement du réseau. Tel a été le cas, en premier lieu, de l'obligation faite aux adhérents d'ouvrir un compte de compensation dans une banque, désignée par la société Interflora. Cette obligation a été considérée comme justifiée économiquement et comme ne comportant pas d'effet sur le jeu de la concurrence, puisque les fleuristes demeuraient libres d'ouvrir leurs comptes professionnels dans d'autres banques.

En deuxième lieu, l'interdiction d'utiliser des accessoires de livraison (cellophane, étiquettes...) comportant le logo d'Interflora avec d'autres logos de chaînes de transmission florale est apparue comme pouvant être légitimement imposée en ce qu'elle était de nature à assurer l'information du consommateur sur l'origine du produit qui lui était livré.

²⁸¹ Annexe n° 82

En troisième lieu, l'obligation de s'équiper d'un certain matériel télématique a été analysée comme se justifiant, à l'époque des faits, d'une part, par les avantages offerts en termes de compatibilité, de performance, de sécurité et de simplicité au regard du nombre élevé d'adhérents et de leur inexpérience et, d'autre part, comme n'empêchant pas les adhérents, compte tenu du faible encombrement qu'il représentait, de participer, s'ils le souhaitaient, à un autre réseau.

En revanche, les autres pratiques relevées ont été sanctionnées par le Conseil en raison de leurs effets d'obstacle à l'ouverture et à la fluidité du marché et de ce qu'elles dépassaient les nécessités de bon fonctionnement du réseau. Ces pratiques consistaient, d'une part, à décliner selon plusieurs procédés, plus ou moins directs, une exclusivité d'appartenance à Interflora et, d'autre part, à imposer des prix de vente aux fleuristes adhérents dont plusieurs pouvaient se trouver dans une même zone de chalandise.

S'agissant des clauses d'exclusivité, la Commission de la concurrence avait estimé, en 1985, qu'à défaut d'un équilibre structurel suffisant entre les réseaux de transmission florale, la concurrence n'est concevable entre eux qu'en l'absence de clause d'exclusivité. En se fondant sur cet avis, le ministre de l'économie avait enjoint, en 1986, à la société, de supprimer une clause d'exclusivité figurant dans son règlement intérieur, puis, en 1993, le Conseil, dans le cadre d'une décision de mesures conservatoires, avait réitéré cette injonction. La société avait exécuté cette décision, mais l'avait contournée par la mise en place d'un certain nombre d'autres règles de fonctionnement du réseau destinées à favoriser l'exclusivité d'appartenance et à empêcher ou, à tout le moins, à dissuader les adhérents de participer à un autre réseau.

Ainsi elle avait interdit à ses adhérents d'apposer dans les annuaires leur publicité à la marque Interflora aux côtés d'une autre marque de transmission florale, interdisant, par voie de conséquence, à ses adhérents de faire connaître les autres réseaux avec lesquels ils travaillaient ; mais, surtout, elle avait élaboré et imposé aux adhérents un logiciel informatique dont l'utilisation obligatoire pour la transmission et la réception des commandes par les fleuristes favorisait, par un moyen complexe de notation, l'attribution des commandes aux fleuristes n'appartenant qu'au réseau Interflora.

Le système de notation mis en place, légitime en son principe, puisqu'il était destiné à permettre un certain ordre de présentation par le logiciel des fleuristes susceptibles d'exécuter une commande, a fait l'objet d'une attention particulière de la part du Conseil. L'examen a montré que le système mis en place était, en premier lieu, de nature à figer les parts de marché des fleuristes au sein du réseau, rendant inutile les efforts que ceux-ci pouvaient déployer pour accroître leur quota d'exécutions. En second lieu, la note, élaborée par une addition de deux critères quantitatifs objectifs, pondérés par un pourcentage évolutif représentant la qualité du fleuriste et obtenu par addition de bonus et de malus établis par une grille de critères quantifiés, permettait de favoriser les fleuristes adhérents au seul réseau Interflora, au détriment de ceux ayant choisi d'adhérer à plusieurs réseaux.

Enfin, le Conseil a examiné une pratique de prix fixés de façon uniforme pour tous les adhérents du réseau au moyen d'un album présentant les diverses compositions florales possibles, avec leur prix, et diverses opérations commerciales ponctuelles comportant, elles aussi, des prix de vente. Sur ce point encore, le Conseil a repris le principe qui avait été dégagé par la Commission de la concurrence, c'est-à-dire que, si les barèmes de commande minima sont de nature à limiter la concurrence entre les fleuristes adhérents d'un même réseau et situés dans une même zone de chalandise, de telles conditions minima de transaction, susceptibles d'être assurées en toutes circonstances, sont propres à diminuer, de façon générale, l'incertitude associée aux transmissions d'ordre à distance lorsque les clients ne peuvent totalement spécifier leur demande. Cependant, le recours à de telles conditions minima de transaction ne peut constituer un progrès économique que sous réserve que leurs

effets anticoncurrentiels soient réduits au minimum, et tel est le cas si trois conditions sont remplies. Tout d'abord, les fleuristes membres du réseau doivent avoir la possibilité d'accepter des ordres pour des montants inférieurs à ceux figurant sur les barèmes, ensuite, les consommateurs doivent être clairement informés du caractère purement indicatif des conditions minima de transactions définies par le réseau et ne pas être découragés de passer des ordres d'un montant inférieur à ceux mentionnés, enfin, ces barèmes ne doivent pas avoir de caractère artificiel et distinguer clairement les frais de livraison du prix de chaque composition florale.

L'analyse des conditions de vente du réseau Interflora a permis de constater que la première condition était respectée par une disposition claire du règlement intérieur et qu'il n'était pas établi que la dernière ne le soit pas. En revanche, l'information du consommateur s'est révélée insuffisante pour permettre de considérer que les effets anticoncurrentiels des barèmes étaient réduits au strict minimum pour assurer le bon fonctionnement du réseau. En effet, la société Interflora expliquait que l'information du consommateur était assurée par une mention figurant dans son album présentant les diverses compositions florales possibles et rédigée de la façon suivante : « *Vous commandez un produit floral défini par ces esquisses à valeur d'illustration. Le fleuriste bon professionnel sélectionné par Interflora doit interpréter votre commande sur la base de son assortiment, des pratiques locales et des prix appliqués dans le magasin au moment de la livraison* ». Le Conseil a estimé que cette formule, si elle informe les consommateurs de ce que les prix sont susceptibles de varier, ne les renseigne nullement de la possibilité qui doit leur être offerte de solliciter la fixation d'un prix inférieur aux minima énoncés.

Cette pratique a été qualifiée d'abus de position dominante, mais aussi d'entente prohibée, dans la mesure où les fleuristes du réseau y ont participé par leur adhésion.

Dans sa décision n° 00-D-85²⁸², relative à des pratiques mise en œuvre dans le secteur de la distribution du chlorate de soude, le Conseil a sanctionné des pratiques de prix imposés, de remises discriminatoires et de dénigrement.

Les pratiques de prix imposés ressortaient clairement de l'accord de distribution liant la société Celloplast aux distributeurs grossistes et un certain nombre de déclarations démontraient que ces prix étaient respectés ; en outre, l'enquête avait établi que la société fixait aux centrales d'achats de la grande distribution le niveau de prix de revente au détail qu'elle entendait voir pratiquer. Cette pratique de prix imposés était renforcée par un contrôle et par des mesures coercitives pour parvenir à ce résultat. Le Conseil a considéré que de telles pratiques, de la part d'un opérateur en position dominante, aboutissaient, d'une part, à interdire toute concurrence par les prix entre les revendeurs et à fixer le prix d'un produit n'ayant pas de substitut à un prix supérieur à ce que serait le prix du marché et, d'autre part, à dissuader les grossistes et détaillants, dont les marges étaient ainsi artificiellement protégées contre les pressions éventuelles de leurs concurrents, de référencer le chlorate de soude proposé par d'autres fabricants.

Dans un deuxième temps, le Conseil a considéré que des remises particulièrement avantageuses, offertes de façon discriminatoire à des distributeurs, au moment où leur centrale d'achat avait décidé de référencer le chlorate de soude d'un concurrent, ne s'inscrivaient nullement dans le cadre de la réaction licite qu'une entreprise peut développer face à l'arrivée d'un nouveau concurrent, dès lors qu'il était démontré que ces offres avantageuses ne concernaient que les distributeurs précités. A cet égard, le Conseil a rappelé les termes de la décision de la Commission européenne, Irish Sugar, du 14 mai 1997, selon lesquels, « *une politique de prix bas à appliquer de manière sélective aux clients potentiels de son concurrent*

²⁸² Annexe n° 92

et qu'il ne s'agit pas de généraliser, même pour les clients les plus importants, est contraire au principe selon lequel une entreprise en position dominante a une responsabilité particulière de ne pas diminuer le degré de concurrence existant encore sur le marché ».

Enfin, le Conseil a considéré que les pratiques mises en œuvre par Celloplast, consistant à exploiter sa notoriété pour jeter le discrédit sur les produits d'un concurrent au moyen d'une allusion au non-respect de normes, étaient constitutives d'un abus de position dominante.

B. - LA SITUATION DE DEPENDANCE ECONOMIQUE

L'application du 2° de l'article L. 420-2 du code de commerce conduit, en premier lieu, à déterminer si l'entreprise concernée se trouve dans une situation de dépendance économique vis-à-vis d'un de ses fournisseurs ou d'un de ses clients et, en second lieu, à se demander si ce fournisseur ou ce client a abusé de cette situation en mettant en œuvre des pratiques de caractère anticoncurrentiel.

Dans deux décisions, qui ont abouti à un non-lieu, le Conseil a été conduit à examiner la question de la situation de dépendance économique des plaignants.

La première de ces décisions (00-D-73)²⁸³ portait sur la concurrence dans le secteur des emballages pour le transport des matières radioactives et sur les conditions dans lesquelles avait été reportée l'entrée en vigueur de nouvelles dispositions sur les seuils de contamination maximum des objets contaminés et sur les types d'emballages devant être utilisés.

La société SNMO, qui exerce à la fois une activité de fabrication d'emballages pour le transport des matières radioactives et une activité de fabrication et de vente de cabines de sablage sous pression, avait saisi le Conseil en soutenant qu'EDF avait sollicité et obtenu le report de la date d'entrée en vigueur de la réglementation susvisée pour favoriser la société SIGED, concurrente de la SNMO sur le marché des emballages, alors qu'elle-même constituait, à l'époque, le seul offreur pour les emballages de ce type de la dimension requise par la nouvelle réglementation. Selon la saisissante, cette action aurait été la conséquence d'une entente entre EDF, par ailleurs opérateur dominant sur le marché, et son opérateur SIGED. Elle aurait eu pour effet d'évincer la SNMO des appels d'offres lancés par EDF en 1994 et 1995, alors que la SNMO était en situation de dépendance économique à l'égard d'EDF.

Sur l'état de dépendance économique, le Conseil a précisé qu'une entreprise se trouve dans une telle situation vis-à-vis du fournisseur (ou client) avec lequel elle réalise une part importante de ses achats (ou ventes), dès lors que, dans l'hypothèse où elle devrait renoncer à ces achats (ou ventes), elle ne disposerait d'aucune solution équivalente pour poursuivre son activité. A cet égard, le Conseil a rappelé les quatre critères retenus par la jurisprudence pour déterminer l'existence d'une situation de dépendance économique : la part de l'entreprise dans le chiffre d'affaires de l'entreprise dépendante, la notoriété de la marque, l'existence ou non de solution alternative et, enfin, les facteurs ayant conduit à la situation de dépendance (choix stratégique ou obligé de la victime du comportement dénoncé).

Examinant la situation de la SNMO au regard de ces critères, le Conseil a relevé, d'une part, que le report de la date d'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation et le rejet par EDF de la candidature de cette société à un appel d'offres n'avaient pas été de nature à mettre en péril son existence, d'autre part, que l'entreprise avait bénéficié de commandes d'autres opérateurs et, enfin, que, si la part des emballages avait fortement baissé dans son chiffre d'affaires à partir de 1995, la société avait pu orienter son activité vers la fabrication et le négoce de cabines de sablage, sans que cette réorganisation lui ait occasionné des coûts tels qu'ils aient mis en cause la viabilité de l'entreprise. Dans ces circonstances, le Conseil a

²⁸³ Annexe n° 80

estimé que la société SNMO ne se trouvait pas en situation de dépendance économique vis-à-vis d'EDF.

La seconde décision en matière de dépendance économique porte le n° 00-D-80²⁸⁴ et concerne le référencement par les réseaux de contrôle technique automobile des opacimètres et des analyseurs de gaz. Dans cette affaire, la société Capelec, qui fabrique des analyseurs de gaz, dénonçait différentes pratiques d'entente et d'abus de sa situation de dépendance économique mises en œuvre par les personnes morales agréées par le ministère chargé des transports, qui, en application de la loi n° 89-469 du 10 juillet 1989 sur la sécurité routière, assurent la surveillance des centres de contrôle technique et sont responsables devant l'autorité publique de l'activité de ces derniers.

Le Conseil a estimé que les réseaux, qui étaient indépendants les uns des autres, ne pouvaient être considérés comme constituant un groupe d'entreprises au sens de l'article L. 420-2, I, 2° du code de commerce et que, dès lors, la société Capelec ne pouvait prétendre se trouver en position de dépendance économique vis-à-vis de ces réseaux considérés dans leur ensemble. Au surplus, le Conseil a rappelé que les appareils de cette société avaient été référencés par deux réseaux sur cinq, ce qui lui donnait accès à près de la moitié des centres de contrôle technique et, enfin, que les analyseurs de gaz étaient aussi utilisés par les garages qui effectuent l'entretien et la réparation de véhicule, ce qui lui ouvrait encore d'autres débouchés pour ses produits. Il apparaissait, ainsi, que l'agrément de la société plaignante par tous les réseaux était indispensable à l'exercice de son activité.

Chapitre IV. - Les conditions d'application de l'article 10 de l'ordonnance (L. 420-4 du code de commerce)

A. - LES PRATIQUES RESULTANT D'UN TEXTE

Aux termes du 1 de l'article 10 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (L. 420-4 du code de commerce), 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 (L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce). 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.

Le Conseil n'a prononcé aucune décision sur ce fondement durant l'année 2000.

B. - LES PRATIQUES CONTRIBUANT AU PROGRES ECONOMIQUE

Selon les dispositions du 2 de l'article précité, 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 (L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce) lorsque leurs auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. La loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 a complété 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.

²⁸⁴ Annexe n° 87

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.

Un accord de partage de marché entre deux distributeurs de peintures pour carrosserie automobile ne peut bénéficier de l'exemption prévue par l'article 10-2 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, dès lors qu'il n'est pas démontré qu'il était indispensable pour améliorer le suivi technique des clients (00-D-08)²⁸⁵.

Si la création d'une société coopérative de vente est de nature à favoriser une rationalisation des opérations liées à la commercialisation et à stimuler l'innovation technique, il n'est pas démontré, en l'espèce, en quoi les clauses restrictives de concurrence (respect de quotas de production et interdiction de concurrence pour les sociétés qui quitteraient l'entreprise commune) sont nécessaires pour atteindre ce résultat (00-D-14)²⁸⁶.

Les graves difficultés économiques conjoncturelles d'un secteur peuvent, dans certaines circonstances, justifier des ententes, notamment lorsque la nécessité d'assurer la survie d'exploitations soumises à d'importantes et imprévisibles variations de production justifie le regroupement de producteurs dans un organisme commun (voir, à cet égard, la décision n° 88-D-30). Cette solution est inapplicable concernant la création d'une entreprise commune commercialisant la production de ses adhérents sur la base de quotas et leur imposant une clause de non concurrence dans le secteur des briques plâtrières, bien que ce dernier connaisse un déclin continu, dès lors que ce déclin s'explique par des causes structurelles (00-D-14).

Chapitre V. - Les pratiques de prix abusivement bas

En matière de prix abusivement bas, le Conseil n'a eu à connaître, en 2000, que d'une saisine émanant de la société Extrapole, relative au comportement du magasin FNAC du boulevard des Italiens qui, suite à l'ouverture du magasin Extrapole Montmartre, aurait adopté une politique commerciale agressive, en rupture par rapport à la politique commerciale habituelle des magasins FNAC, afin de l'évincer du marché. Cette saisine dénonçait à la fois des prix prédateurs, au titre de l'article L. 420-2 du code de commerce, et des prix abusivement bas, au titre de son article L. 420-5 (00-D-70)²⁸⁷.

Pour apprécier le comportement du magasin FNAC, le Conseil a effectué une comparaison entre les prix de vente des disques qu'il pratiquait et les coûts qu'il supportait.

Reprenant une analyse désormais classique pour apprécier le caractère prédateur ou abusivement bas des prix, laquelle définit deux situations de prix de prédation, c'est-à-dire soit la pratique d'un prix de vente inférieur à la moyenne des coûts variables qui permet de présumer un effet d'éviction, soit la pratique d'un prix inférieur à la moyenne des coûts totaux si la pratique de prix bas est accompagnée d'indices suffisamment sérieux et concordants d'une volonté délibérée de capter la clientèle au détriment d'un concurrent, le Conseil a constaté que le prix de vente des disques pratiqué par la FNAC Italiens couvrait non seulement la totalité de ses coûts variables, mais également l'ensemble de ses frais de personnel et des frais de fonctionnement. Il était ainsi établi que ces prix de vente n'étaient pas abusivement bas par rapport aux coûts.

²⁸⁵ Annexe n° 15

²⁸⁶ Annexe n° 21

²⁸⁷ Annexe n° 77

Dans une seconde étape, le Conseil a procédé à l'analyse concrète du comportement commercial des deux entreprises et a conclu qu'on ne pouvait relever à l'encontre de la FNAC aucun comportement d'éviction dirigé contre son concurrent.

En premier lieu, le Conseil a relevé qu'Extrapole Montmartre avait pris l'initiative des baisses de prix, qu'elle faisait montre d'une plus grande agressivité commerciale et que, pour la très grande majorité des prix relevés, la FNAC Italiens s'était seulement alignée sur Extrapole. Le Conseil a souligné qu'un tel comportement n'était que la manifestation de l'exercice normal de la concurrence, quand bien même l'entreprise en cause serait en situation de domination sur le marché. Ainsi, l'opérateur qui, pour pénétrer sur un marché, pratique une politique commerciale agressive doit s'attendre à une réaction de la part des autres opérateurs présents sur le marché, qui, pour conserver leur clientèle, seront conduits à baisser à leur tour leurs prix et feront ainsi fonctionner la concurrence.

En second lieu, le Conseil a relevé que la politique tarifaire menée par le magasin FNAC Italiens, face à son concurrent Extrapole Montmartre, était conforme aux principes généraux définis par l'enseigne et ne s'écartait pas de ses propres orientations tarifaires. Ainsi la pratique de prix différenciés entre les magasins de l'enseigne FNAC était d'application ancienne et constante, le positionnement de la FNAC Italiens parmi les magasins pratiquant les prix les plus compétitifs de l'enseigne préexistait à l'implantation d'Extrapole, la baisse des marges commerciales constatée n'était pas spécifique à la FNAC Italiens, les autres magasins de l'enseigne ayant subi une dégradation de ces marges, de même que le classement de la FNAC Italiens au rang des magasins ayant la plus faible marge était antérieur à l'arrivée d'Extrapole ; ce positionnement de la FNAC Italiens s'expliquait notamment par sa volonté d'enrayer l'appauvrissement en clientèle de sa zone de chalandise, qui avait entraîné une baisse sensible et continue de son chiffre d'affaires depuis plusieurs années.

Enfin, le Conseil a examiné si le comportement de la FNAC n'avait pas pu avoir un effet d'éviction vis-à-vis d'Extrapole. Il a constaté, en premier lieu, que, sur 18 mois, l'évolution de l'activité d'Extrapole Montmartre avait toujours été plus favorable que celle du magasin FNAC Italiens et qu'il n'y avait pas de corrélation entre les évolutions mensuelles des chiffres d'affaires d'Extrapole et les comportements tarifaires de la FNAC, en second lieu, que lorsque la FNAC Italiens avait vendu des disques à des prix inférieurs à ceux d'Extrapole, soit, selon les mois, pour seulement 7 à 16 % des prix relevés, il n'était établi, ni qu'Extrapole avait enregistré une baisse sensible de ses ventes sur ces disques, ni que la vente des disques concernés aurait représenté une part prépondérante de son activité.

Au terme de son analyse, le Conseil a donc conclu, d'une part, qu'il n'était pas établi que les prix pratiqués par la FNAC Italiens constituaient des prix abusivement bas, d'autre part, que les comportements tarifaires de la FNAC Italiens n'avaient eu ni pour objet, ni pour effet d'évincer du marché de la vente de disque au détail à Paris le magasin Extrapole Montmartre.

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

Les injonctions suivantes ont, notamment, été adoptées par le Conseil :

- il a été enjoint de mettre fin à un accord de partage de marché entre deux distributeurs (00-D-08)²⁸⁸ ;

²⁸⁸ Annexe n° 15

- il a été enjoint à un franchiseur de mettre fin à la fixation concertée de tarifs uniformes au sein du réseau de franchise (00-D-10)²⁸⁹ ;
- il a été enjoint à une entreprise commune de commercialisation de briques plâtrières et à ses adhérents de supprimer du statut et du règlement intérieur de cette entreprise, ainsi que des contrats d'exclusivité conclus entre ces sociétés, toutes clauses et dispositions contraires à l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et, en particulier, les clauses relatives aux quotas de production, et d'aménager les clauses de non concurrence de telle sorte qu'une entreprise, quittant l'entreprise commune, puisse continuer à développer son activité, dans le temps et dans l'espace, dans des conditions normales de concurrence (00-D-10)²⁹⁰ (voir aussi 00-D-68²⁹¹) ;
- il a été enjoint à la société SFTF-Interflora de cesser d'appliquer, dans son système de notation des fleuristes adhérents, des critères tels que « *n'exécute que sous la marque Interflora* » ou « *ne vend que sous la marque Interflora* » qui ont pour résultat d'accorder des bonus aux fleuristes qui adhèrent à son seul réseau de transmission florale à distance et de cesser d'interdire aux fleuristes adhérents de mentionner sur une même annonce d'annuaire ou de Minitel l'appartenance simultanée à Interflora et à d'autres réseaux de transmission florale à distance (00-D-75)²⁹² ;
- il a été enjoint à un fabricant espagnol d'appareils de nettoyage à vapeur de s'abstenir d'insérer dans ses contrats de distribution toute clause, et de cesser toute pratique, visant à faire bénéficier son ou ses distributeurs d'une protection territoriale absolue (00-D-35)²⁹³.

2. Injonction de prendre certaines mesures

Les injonctions suivantes ont notamment été adoptées par le Conseil :

- il a été enjoint à un franchiseur de demander à tous les fournisseurs référencés par lui de faire figurer sur les factures qu'ils adressent aux franchisés, de manière claire, le montant des remises et ristournes inconditionnelles qui leur sont consenties et d'informer, de manière claire, les franchisés de la fraction des remises qui leur est, ou leur sera, rétrocédée (00-D-10)²⁹⁴ ;
- il a été enjoint à un franchiseur, sanctionné par le Conseil pour les pratiques anticoncurrentielles intervenues au sein de son réseau, de diffuser la décision du Conseil à tous ses franchisés (00-D-10) ;
- il a été enjoint à un fabricant de glaces de réduire à un an au plus la durée d'application de la clause de non-concurrence figurant dans les contrats de concession qu'il a conclus ou conclura avec ses distributeurs (00-D-82)²⁹⁵ ;
- il a été enjoint à la société SFTF-Interflora de prendre les mesures nécessaires pour informer clairement les consommateurs du caractère purement indicatif des conditions minima de transaction et de la possibilité de passer des ordres d'un montant inférieur à ceux mentionnés, sous réserve de l'accord préalable du fleuriste susceptible d'exécuter l'ordre envisagé (00-D-75)

3. Examen du respect des injonctions

²⁸⁹ Annexe n° 17

²⁹⁰ Annexe n° 17

²⁹¹ Annexe n° 75

²⁹² Annexe n° 82

²⁹³ Annexe n° 42

²⁹⁴ Annexe n° 17

²⁹⁵ Annexe n° 89

Conformément aux dispositions de l'article L. 464-3 du code de commerce, le Conseil peut sanctionner une entreprise qui ne s'est pas conformée à une injonction prononcée à titre de mesure conservatoire. Sont inopérants, dans une telle circonstance, les moyens en défense qui portent sur la qualification des pratiques anticoncurrentielles invoquées dans la saisine initiale, ces moyens ne pouvant être appréciés par le Conseil qu'à l'occasion de l'examen du fond (00-D-87)²⁹⁶.

Le Conseil, dans une décision n° 99-MC-10, avait ordonné à la société Transmontagne de communiquer à la société Agence Alp Azur, dans un délai de quinze jours, les tarifs et les conditions particulières de vente des forfaits applicables aux professionnels du tourisme pour la saison 1999/2000 dans la station de Pra-Loup. En se bornant à transmettre ses tarifs publics, avec l'indication de la possibilité d'une négociation sur la base de 20 %, alors qu'elle consent aussi aux tours-opérateurs des remises de volume allant de 6 à 25,5 %, auxquelles s'ajoutent des commissions variant de 10 à 15 %, la société Transmontagne ne s'est pas acquittée des obligations résultant de l'injonction ; le Conseil a considéré qu'elle ne pouvait sérieusement prétendre, pour s'exonérer de ses obligations, que la rédaction d'un récapitulatif de synthèse de ses offres était impossible (00-D-87)²⁹⁷.

B. - L'ASPECT DISSUASIF : LES SANCTIONS

1. Les motivations des sanctions

a) La gravité des faits

Comme l'a souligné le Conseil dans son rapport pour 1997, la gravité des pratiques ne peut donner lieu à la construction d'une échelle graduée qui permettrait de classer automatiquement les infractions, 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.

La jurisprudence du Conseil permet cependant 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.

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

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

Conformément aux principes ci-dessus exposés, la gravité des faits a été appréciée selon trois critères principaux.

La nature des pratiques en cause

²⁹⁶ Annexe n° 94

²⁹⁷ Annexe n° 94 (décision qui a fait l'objet d'un recours)

Dans sa décision n° 00-D-71²⁹⁸, le Conseil a rappelé le principe selon lequel la gravité de pratiques est indépendante de la taille du marché (00-D-71).

Ont notamment été considérées comme revêtant une gravité particulière les pratiques suivantes :

- fixer de manière concertée des prix et des quantités (00-D-10)²⁹⁹ ;
- dissuader son principal concurrent de procéder à des baisses de prix (00-D-10) ;
- l’entente entre établissements bancaires ayant eu pour effet de priver une partie de la clientèle de la possibilité de renégocier ses emprunts alors qu’une disposition législative offrait expressément aux emprunteurs la possibilité de rembourser leurs crédits par anticipation (00-D-28)³⁰⁰ ;
- la tentative d’éviction d’un concurrent, de la part d’une entreprise en position dominante, par des pratiques de dénigrement et de remises discriminatoires (00-D-85)³⁰¹ ;
- le fait, pour un établissement public en position dominante, d’utiliser des émissions de télévision qui lui étaient réservées et qui étaient destinées à l’information des consommateurs pour faire de la publicité pour sa revue, alors surtout que la publicité télévisée pour les organes de presse est interdite (00-D-54)³⁰².

Les caractéristiques des pratiques relevées

La gravité des pratiques résulte notamment des circonstances suivantes :

- pratiques intervenues à l’occasion d’appels d’offres destinés à assurer le fonctionnement d’un service public à caractère obligatoire en milieu rural (00-D-20)³⁰³ ;
- importance de certaines prestations pour le maintien en bon état d’immeubles collectifs habités par des personnes aux revenus peu élevés (00-D-20) ;
- fixation concertée des prix au sein d’un réseau de distribution, ayant eu pour effet d’empêcher toute concurrence en période de promotion entre les grandes surfaces sur un produit (00-D-85) ;
- pratique de prix concertés sur le fuel domestique pendant l’hiver, les consommateurs étant captifs, dès lors que les quantités achetées ne dépendent que des circonstances climatiques (00-D-63)³⁰⁴ ;
- abus de position dominante sur un marché connexe de la part d’une entreprise détenant un monopole sur un autre marché lorsqu’il s’agit d’un monopole public (00-D-50³⁰⁵ ; 00-D-47³⁰⁶) ; (à rapprocher de l’avis du 20 juin 1985 de la Commission de la concurrence sur le marché des treillis soudés en ce qui concerne l’utilisation de subventions publiques pour pratiquer des prix prédateurs).

Ont, au contraire, été regardés comme diminuant la gravité des pratiques :

- le fait que l’activité d’identification professionnelle exercée par la Fédération nationale des travaux publics facilite le travail administratif des maîtres d’ouvrage et des entreprises, que le système est simple et ne paraît pas avoir été appliqué de manière discriminatoire,

²⁹⁸ Annexe n° 78

²⁹⁹ Annexe n° 17

³⁰⁰ Annexe n° 35

³⁰¹ Annexe n° 92

³⁰² Annexe n° 61

³⁰³ Annexe n° 27

³⁰⁴ Annexe n° 70

³⁰⁵ Annexe n° 57

³⁰⁶ Annexe n° 54

que la Fédération œuvre à la mise en place d'un système d'identification européen et que l'existence d'une commission de recours présidée par une personnalité indépendante traduit un souci d'objectivité (00-D-84)³⁰⁷ ;

- l'incertitude sur le type d'activité qu'EDF pouvait mener sur les marchés concurrentiels (00-D-47)³⁰⁸.

Le pouvoir d'influence des auteurs

Pouvoir d'influence de l'entreprise qui est à l'origine de la pratique :

- La société Alain Afflelou a été sanctionnée pour avoir organisé au sein de son réseau de franchise une entente sur les prix, dont la gravité est appréciée au regard de sa « *position éminente sur les marchés concernés* », de sa position de premier acheteur national de montures de lunettes et du fait qu'elle a axé sa publicité sur les prix bas (00-D-10)³⁰⁹ ;
- Gravité particulière d'une entente sur les prix mise en œuvre à l'initiative de la filiale d'un groupe pétrolier d'importance mondiale qui a eu recours à des menaces pour faire pression sur les petites entreprises (00-D-63)³¹⁰ ;
- Gravité d'une pratique discriminatoire relative aux conditions d'adhésion et d'exclusion d'une association résultant du « *label quasi syndical* » attaché à l'appartenance à cette association (00-D-29)³¹¹ ;
- Gravité particulière d'un abus de position dominante d'EDF, compte tenu de sa notoriété auprès des collectivités locales et de la densité de son réseau commercial par rapport à ceux de ses concurrents (00-D-47).

Pouvoir d'influence des principaux participants à une entente :

- Gravité particulière d'une entente sur les prix de la part d'organismes bancaires qui comptent parmi les plus grands de la place, jouissent d'une forte réputation et consentent environ les deux tiers des crédits immobiliers aux particuliers (00-D-28)³¹² ;
- Des ententes de répartition sur appels d'offres publics locaux entre des sociétés d'importance nationale ou appartenant à des groupes nationaux sont particulièrement graves, en ce qu'elles donnent à penser aux entreprises des mêmes groupes ou aux entreprises indépendantes que ce type de comportement est général (00-D-20)³¹³ ;
- Gravité résultant de ce que plusieurs « *entreprises de référence* » avaient participé à l'entente, sous l'égide d'un syndicat professionnel (00-D-34)³¹⁴.

b) Le dommage à l'économie

La durée des pratiques

Pratiques longues augmentant le dommage à l'économie :

- Dommage aggravé par le fait que des marchés publics étaient conclus pour une longue période : cinq ans (00-D-20)³¹⁵ ou trois ans (00-D-26)³¹⁶ ;

³⁰⁷ Annexe n° 91

³⁰⁸ Annexe n° 54

³⁰⁹ Annexe n° 17

³¹⁰ Annexe n° 70

³¹¹ Annexe n° 36

³¹² Annexe n° 35

³¹³ Annexe n° 27

³¹⁴ Annexe n° 41

³¹⁵ Annexe n° 27

³¹⁶ Annexe n° 33

- Dommage résultant de la durée d'une pratique intervenue pendant une période de baisse des taux d'intérêt et ayant dissuadé les emprunteurs de renégocier leurs prêts (00-D-28)³¹⁷ ;
- Barème de prix diffusé en 1990 et réactualisé en 1994 (00-D-52)³¹⁸ ;
- Dommage aggravé par le fait que la pratique a abouti à la passation d'une convention d'une durée de dix ans, renouvelable par tacite reconduction (00-D-47)³¹⁹.

Pratiques courtes ne provoquant qu'un dommage limité :

- Dommage modeste du fait du caractère ponctuel de la pratique, intervenue en 1995 et non renouvelée depuis (00-D-35)³²⁰.

Les effets conjoncturels

Effets conjoncturels importants :

- Maintien de prix artificiellement élevé sur certains marchés régionaux (00-D-10)³²¹ ;
- Donneur d'ordre ayant dû accepter, du fait d'une entente, un prix supérieur de 28 % au prix du marché précédent, cette augmentation étant hors de proportion avec l'évolution sur la période de l'indice des prix (00-D-68)³²² ;
- Chiffre d'affaires réalisé, grâce à la pratique, estimé à 37 millions de francs (00-D-54)³²³ ;
- Maintien de prix dont le caractère artificiellement élevé pouvait s'apprécier par comparaison avec les prix proposés par un nouvel entrant –en l'espèce, inférieurs de 25 % à celui pratiqué par l'entreprise dominante- (00-D-85)³²⁴ ;
- Consommateurs privés de l'amélioration du rapport qualité/prix qui aurait dû résulter de la combinaison de gains de productivité et du jeu de la concurrence sur un marché en récession (00-D-10) ;
- Hausses générales et parfois massives de prix effectivement constatées (00-D-39)³²⁵.

Effet conjoncturel simplement constaté ou dont l'importance a été considérée comme mineure :

- Surcoût supporté par des distributeurs auxquels la société tête de réseau impose d'acheter du mobilier auprès d'elle, au lieu de les laisser s'approvisionner au prix du marché (00-D-50)³²⁶ ;
- Dommage résultant d'une pratique de prix concertée limitée par le fait que les barèmes n'ont pas été strictement respectés (00-D-29)³²⁷.

Les effets structurels

- Des critères anticoncurrentiels (notamment à l'égard des entreprises étrangères) mis en œuvre dans un système d'identification d'entreprises, mis en place par une fédération professionnelle, et qui conditionnent, dans une certaine mesure, l'accès au marché, voient leur effet économique réduit du fait que les identifications ne sont exigées que par certains

³¹⁷ Annexe n° 35

³¹⁸ Annexe n° 59

³¹⁹ Annexe n° 54

³²⁰ Annexe n° 42

³²¹ Annexe n° 17

³²² Annexe n° 75

³²³ Annexe n° 61

³²⁴ Annexe n° 92

³²⁵ Annexe n° 46

³²⁶ Annexe n° 57

³²⁷ Annexe n° 36

donneurs d'ordre ; l'effet négatif sur les entreprises étrangères est atténué par le fait que, dans ce secteur (les travaux publics), la plupart des entreprises étrangères interviennent par le biais de filiales implantées localement et donc susceptibles d'obtenir des identifications (00-D-84)³²⁸ ;

- Dommage causé à l'économie résultant de barrières limitant artificiellement l'entrée sur un marché déjà réglementé et protégé, où le nombre des prestataires est limité (00-D-79)³²⁹ ;
- Dommage résultant de la limitation du développement des entreprises concurrentes d'une entreprise dominante (00-D-75)³³⁰ ;
- Dommage résultant de la limitation du développement de la part de marché du principal concurrent, dont l'importance peut être évaluée du fait que, dès la cessation des pratiques, le volume des ventes par l'auteur des pratiques a diminué, tandis que la part de marché du principal concurrent augmentait corrélativement (00-D-54)³³¹.

Les caractéristiques du marché

Caractéristiques du marché ayant amplifié le dommage résultant de la pratique :

- Politique commerciale de l'entreprise dominante ayant eu pour effet, compte tenu de la structure du marché, de le rigidifier dans son ensemble, en figeant les parts de marché, alors qu'il s'agit d'un marché de taille importante (00-D-67)³³² ;
- Dommage à l'économie résultant d'une entente sur les prix sur le marché de l'optique médicale, apprécié au regard du caractère indispensable du produit, de la faible élasticité de la demande et de l'importance de la dépense dans le budget de certains ménages (00-D-10)³³³ ;
- Dommage résultant, notamment, de la faible élasticité aux prix du produit en cause (agglomérés en béton), pour lequel il n'existe pas de substitut et qui peut représenter de 5 à 10 % du coût de construction d'un logement (00-D-39)³³⁴ ;
- Répercussion des hausses de prix pratiquées sur des prestations d'entretien d'immeubles appartenant à des organismes de HLM sur les loyers payés par leurs habitants dont les revenus sont modestes (00-D-22)³³⁵ ;
- Dommage résultant de l'importance du marché du crédit immobilier, de l'importance des encours éligibles à une renégociation rendue difficile par la pratique en cause (600 milliards de francs), du montant effectivement renégocié et de l'importance de la dépense correspondant aux crédits immobiliers dans le budget des ménages (00-D-28)³³⁶ ;
- Dommage résultant de l'importance du réseau auteur des pratiques, réseau de transmission florale rassemblant 5 000 adhérents sur les 13 000 fleuristes en boutique actifs sur le marché (00-D-75)³³⁷ ;

³²⁸ Annexe n° 91

³²⁹ Annexe n° 86

³³⁰ Annexe n° 82

³³¹ Annexe n° 61

³³² Annexe n° 74

³³³ Annexe n° 17

³³⁴ Annexe n° 45

³³⁵ Annexe n° 29

³³⁶ Annexe n° 33

³³⁷ Annexe n° 82

- Dommage résultant de la diffusion d'un barème de prix par un barreau, amplifié par le caractère obligatoire du ministère d'avocat dans un certain nombre de procédures (00-D-52)³³⁸.

Caractéristiques du marché ayant contribué à limiter l'étendue du dommage :

- Dommage à l'économie limité du fait de la très faible part de marché de l'entreprise auteur de la pratique (00-D-50)³³⁹ ;
- L'évaluation du dommage à l'économie résultant de l'entente entre établissements bancaires en vue de limiter les renégociations de crédits immobiliers a tenu compte de ce que les renégociations ont représenté 16 % de la production bancaire brute de l'année considérée et du fait qu'une certaine concurrence sur le marché est restée perceptible (00-D-28)³⁴⁰.

c) La situation de l'entreprise

Caractéristiques de la situation de l'entreprise dépourvues d'incidence sur les sanctions à prononcer :

Il importe peu qu'à l'époque des faits, le capital de l'entreprise ait appartenu à une famille, la qualité des détenteurs du capital étant indifférente à la qualification des pratiques ; le passage de ce capital entre les mains d'une société, postérieurement à la date des pratiques, est également sans incidence, la personne morale ayant poursuivi l'activité (00-D-20)³⁴¹.

Caractéristiques de l'entreprise de nature à aggraver la sanction :

- Entreprise déjà sanctionnée par une décision devenue définitive (00-D-20) ;
- Filiale d'un groupe pétrolier d'importance mondiale qui a eu recours à des menaces pour faire pression sur les petites entreprises (00-D-63)³⁴² ;
- L'appartenance à un grand groupe conduit l'entreprise à ne pas pouvoir ignorer la gravité des pratiques anticoncurrentielles (00-D-22)³⁴³ ;
- Entreprise dont certaines pratiques ont déjà été, à trois reprises, qualifiées d'anticoncurrentielles (00-D-75)³⁴⁴.

Caractéristiques de l'entreprise de nature à justifier une sanction allégée ou nulle :

- Des grossistes distributeurs qui, tout en achetant et en revendant les produits, ont pour principale fonction économique de stocker des produits dangereux, épargnant ainsi cette responsabilité à la grande distribution, qui ne jouent pas de véritable rôle commercial puisque la grande distribution négocie directement avec le fabricant, et qui, en conséquence, livrent des quantités et pratiquent des prix de revente fixés par le fabricant, ont une activité qui s'apparente à celle d'un commissionnaire. Même si, en respectant les directives du fabricant relatives aux prix, ces grossistes ont contribué à faciliter le respect du prix de revente au détail du produit, cette contribution est très modeste, ce qui justifie qu'aucune sanction pécuniaire ne leur soit infligée (00-D-85)³⁴⁵ ;

³³⁸ Annexe n° 59

³³⁹ Annexe n° 57

³⁴⁰ Annexe n° 35

³⁴¹ Annexe n° 27

³⁴² Annexe n° 70

³⁴³ Annexe n° 29

³⁴⁴ Annexe n° 82

³⁴⁵ Annexe n° 92

- Entreprise de très petite taille, n'ayant pas pris l'initiative de l'entente et ayant pu craindre des mesures de rétorsion de la part d'une filiale d'un groupe d'importance mondiale (00-D-63)³⁴⁶ ;
- A la suite de changements dans la composition des organes dirigeants, des dispositions ont été prises témoignant d'une volonté de rendre plus concurrentiel le fonctionnement du réseau (00-D-75)³⁴⁷.

2. Le plafond des sanctions

A défaut, pour certains établissements de crédit de pouvoir produire un chiffre d'affaires, le Conseil a considéré que la grandeur à prendre en considération, pour appliquer le taux de 5 % permettant de calculer le plafond des sanctions, est le produit brut bancaire, et non le produit net bancaire qui, étant net de charges, n'est pas l'homologue d'un chiffre d'affaires (00-D-28)³⁴⁸.

Par ailleurs, dans sa décision n° 00-D-39³⁴⁹, le Conseil a considéré, s'agissant d'une entreprise n'ayant plus d'activité et n'ayant pas réalisé de chiffre d'affaire au cours du dernier exercice clos, qu'il n'y avait pas lieu de prononcer de sanctions.

a) La pluralité d'activités

Le Conseil a, à plusieurs reprises par le passé, 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 Paris³⁵⁰, ainsi que par la Cour de cassation³⁵¹.

Le Conseil ne s'est pas prononcé à nouveau, à cet égard, pendant l'année 2000.

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

Ainsi qu'il a été rappelé précédemment (chapitre I. – Questions de compétence, de procédure et de preuves – E. L'imputabilité des pratiques), en cas de modification, au moment du prononcé de la sanction, de la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise qui a mis en œuvre des pratiques, le Conseil applique les principes dégagés par le tribunal de première instance des Communautés européennes, dans son arrêt du 17 décembre 1991, *Enichem Anic SpA/Commission*.

Il résulte de cet arrêt, en premier lieu, que, tant que la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise qui a mis en œuvre des pratiques subsiste juridiquement, c'est elle qui doit assumer la responsabilité de ces pratiques, même si les éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction ont été cédés à une tierce personne ; en second lieu, lorsque la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise qui a mis en œuvre les pratiques a disparu, les pratiques sont imputées à la personne morale à laquelle l'entreprise a juridiquement été transmise et, à défaut d'une telle transmission, à celle qui assure, en fait, sa continuité économique et fonctionnelle.

³⁴⁶ Annexe n° 70

³⁴⁷ Annexe n° 82

³⁴⁸ Annexe n° 35

³⁴⁹ Annexe n° 46

⁽³⁵⁰⁾ Cour d'appel de Paris (1^{ère} ch. conc.), 14 février 1995, *Soc. Auto DLC et autres*, BOCCRF du 10 mars 1995, p. 67

⁽³⁵¹⁾ Cour de cassation (ch. comm., écon. et fin.) 3 mai 1995, *Soc. L'Entreprise industrielle*, bull. n° 5, mai 1995, p. 115

En 2000, le Conseil a été conduit à faire application de ces principes à de nombreuses reprises dans des décisions commentées dans la partie concernée, à laquelle le lecteur est invité à se reporter.

3. La publication des décisions

La publication des décisions est ordonnée par le Conseil lorsqu'il lui apparaît nécessaire d'informer les consommateurs et/ou les professionnels du caractère prohibé de certaines pratiques. Cette mesure a, par exemple, été prononcée dans les cas suivants :

- Nécessité de porter les pratiques anticoncurrentielles commises par les banques à la connaissance des consommateurs et des professionnels de l'économie compte tenu de leur ampleur et du dommage qui pourrait résulter de leur réitération éventuelle : publication dans *Libération* et *Les Echos* (00-D-28)³⁵² ;
- Nécessité d'informer les consommateurs du caractère prohibé des tarifs pratiqués par Interflora s'il ne leur est pas offert la possibilité de solliciter des prix plus bas que ceux fixés dans les documents de présentation : publication dans *Le Figaro* (00-D-75)³⁵³ ;
- Nécessité d'informer les opérateurs d'un marché de ses difficultés de fonctionnement, résultant de la présence d'une entreprise en position dominante, afin qu'ils y exercent leur vigilance : publication dans une revue professionnelle, la revue *Stratégie* (00-D-67)³⁵⁴ ;
- Nécessité de porter à la connaissance de l'ensemble des professionnels d'un secteur la sanction prononcée contre des opérateurs actifs sur un marché géographique limité : publication dans la revue *Combustibles et carburants* (00-D-63)³⁵⁵.

³⁵² Annexe n° 35

³⁵³ Annexe n° 82

³⁵⁴ Annexe n° 74

³⁵⁵ Annexe n° 70

CINQUIEME PARTIE : AVIS

Le Conseil a rendu 31 avis en 2000, qui se répartissent de la manière suivante : sept portent sur des opérations de concentration, sur le fondement du titre V de l'ordonnance (titre III du code de commerce), quatre concernent des décrets de réglementation des prix, sur le fondement de l'article 1^{er} (art. L. 410-2), quatorze portent sur des questions générales de concurrence, sur le fondement de l'article 5 (art. L. 462-1), deux ont trait à des projets de textes législatifs ou réglementaires sur le fondement de l'article 6 (art. L. 462-1), un sur le fondement de l'article 26 (art. L. 462-3), qui permet aux juridictions de consulter le Conseil. Enfin, le Conseil a rendu trois avis sur le fondement d'autres textes que le code de commerce : deux à la demande de l'Autorité de régulation des télécommunications, sur le fondement de la loi réglementant les télécommunications, et un à la demande de la Commission de régulation de l'électricité, sur le fondement de la loi relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

Le Conseil ne commente dans son rapport d'activité que les avis qu'il est en mesure de rendre publics. En particulier, les avis que le Conseil rend au Gouvernement sont soumis à des conditions de publication particulières. De même, les avis rendus aux juridictions ne sont publiés par le Conseil qu'après le non-lieu ou le jugement. En revanche, il peut être conduit à commenter des avis rendus au cours des années précédentes. C'est ainsi que le présent rapport présente l'avis rendu en 1999 concernant le transport du gaz, qui a été publié par le ministre de l'économie le 26 mars 2001.

Chapitre I.- : les concentrations

Parmi les avis rendus en matière de contrôle des concentrations, le Conseil a rendu un avis négatif à la suite duquel les entreprises parties à l'opération ont renoncé à leur projet et ont demandé que l'avis du Conseil ne soit pas publié. Le ministre ayant décidé de publier l'avis, sa décision a été déferée devant la juridiction administrative. Ce contentieux étant pendant devant le Conseil d'Etat, l'avis en question ne donnera pas lieu à commentaire dans le présent rapport.

Outre cet avis, quatre méritent d'être ici signalés :

1. Acquisition de la société Clemessy par les groupes EDF, Cogema et Siemens (avis n° 00-A-03)³⁵⁶

L'opération de concentration consiste en la prise de contrôle du groupe Clemessy, spécialisé dans les travaux électriques, en application d'un protocole d'accord conclu entre les sociétés Synergie Développement Service (ci-après SDS), société holding filiale à 100 % de l'établissement public Electricité de France (ci-après EDF), Tasys, société holding filiale à 100 % de la société Cogema, et Siemens France, société holding filiale à 100 % de la société de droit allemand Siemens AG.

En vertu de cet accord, les sociétés SDS et Tasys ont acquis chacune 45 % du capital de la Société Rhénane de Participations et de Gestion (SRPG), holding de tête du groupe Clemessy. La société Siemens France, actionnaire de SRPG depuis 1994, conserve, pour sa part, les 10 % qu'elle détenait dans le capital de cette société antérieurement à l'opération. Ainsi, le consortium EDF/Cogema/Siemens possède désormais l'intégralité du capital de SRPG, cette société étant elle-même actionnaire à 67,93 % de la société anonyme Clemessy.

En signant cet accord, les deux principaux partenaires à l'opération, EDF et Cogema, ont pour objectif, le premier, de compléter son offre d'électricité par des services liés à l'installation et

³⁵⁶ Annexe n° 122

la maintenance des équipements de ses clients, et le second, de développer une offre multiservices associant à ses compétences en matière de maintenance mécanique des compétences de génie électrique. En conséquence, les secteurs concernés par l'opération sont essentiellement celui de la fourniture d'électricité et celui des travaux d'installation électriques.

La délimitation des marchés

Dans le secteur de la fourniture d'électricité, la loi du 10 février 2000³⁵⁷, a eu pour conséquence de créer deux marchés. Le premier est constitué par le croisement de la demande des clients dits « *non éligibles* » et de l'offre d'approvisionnement en électricité, pour laquelle EDF continue à bénéficier d'un monopole légal. Le second est constitué par le croisement de la demande des clients dits « *éligibles* » et de l'offre d'électricité, marché sur lequel EDF, bien qu'encore en position dominante, est désormais confronté à la concurrence d'autres fournisseurs d'électricité.

Le second marché est caractérisé depuis quelques années par l'émergence d'un comportement nouveau, qui consiste à formuler une demande portant à la fois sur la fourniture d'énergie et sur des prestations qui y sont liées, comme le conseil, l'ingénierie, l'installation et la fourniture de matériel d'exploitation et de maintenance, l'entretien et la réparation. Cette demande, lorsqu'elle émane de grands groupes industriels, se traduit par des appels d'offres à l'échelle européenne, voire mondiale, et peut concerner un ensemble de sites industriels situés dans plusieurs pays.

Pour répondre à cette nouvelle demande, au plan national comme au plan européen, l'« *offre globale* » peut prendre des formes diverses. Elle peut émaner soit d'une entreprise dont l'activité principale est la production d'électricité, qui dispose elle-même, ou par l'intermédiaire de filiales, des moyens nécessaires à l'exécution des différents travaux demandés, soit de groupements « *ad hoc* » d'entreprises réunissant leurs compétences pour couvrir les besoins du client.

A l'opposé du secteur de la fourniture d'électricité, celui des travaux d'installation électrique se caractérise par son atomisation et la présence d'entreprises très différentes quant à leur taille et leur structure. En effet, sur 32 000 entreprises environ, 29 000 ont moins de vingt salariés et réalisent près de 55 % de l'activité, estimée à 77,9 milliards de francs en 1998, et 36 entreprises de plus de 200 salariés, d'envergure internationale, filiales spécialisées des grands groupes du BTP ou de l'industrie électrique, représentent le tiers de l'activité.

Les parts de marché du groupe Clemessy, concerné par l'opération, sont estimés à 2,9 % sur le marché global des travaux d'installation électrique, 1,9 % sur le marché de la première installation, 3,9 % sur le marché de la maintenance-réparation, 2,8 % sur le marché des contrôles de procédés industriels, 1,7 % sur le marché d'ensemblier d'équipements techniques et 0,5 % sur le marché des lignes de transport et de distribution d'énergie et de télécommunications.

L'impact de la concentration sur la concurrence

La description de l'opération et des marchés concernés montre que la concentration est sans incidence sur la structure de l'offre sur les marchés où interviennent les groupes acheteurs parties à l'opération. En effet, EDF et Cogema exercent leurs activités sur des marchés distincts de ceux sur lesquels opère le groupe Clemessy et la participation du groupe Siemens au capital de la société SPRG n'a pas été modifiée. Par ailleurs, son incidence sur le marché global des installations électriques, comme sur les sous-marchés correspondant aux pôles

³⁵⁷ Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité qui a transposé la directive 96/92/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité

d'activité du groupe Clemessy, est marginale, compte tenu des parts de marchés détenues par Clemessy.

Toutefois, le Conseil a estimé qu'il convenait de s'assurer que l'opération de concentration ne présentait pas de risques particuliers pour le fonctionnement des marchés, cette exigence s'expliquant par la position actuelle d'EDF sur le marché de la fourniture d'électricité et par les perspectives ouvertes par la loi du 10 février 2000.

Sur la base des principes définis dans son avis n° 94-A-15, le Conseil a recommandé à EDF de s'abstenir de mettre en œuvre, dans le cadre des offres globales proposées aux clients éligibles, des pratiques susceptibles de constituer des abus de domination, telles que des conditions de vente discriminatoires, des ventes liées, des ventes à prime, des ventes à prix prédateurs, notamment en usant de procédés de compensation entre les prix de l'énergie et les prix des services associés. En ce qui concerne les clients non éligibles, il a observé que, compte tenu du monopole que conserve EDF pour la fourniture d'électricité à l'égard de ces clients, toute possibilité qui lui serait laissée, fût-ce par le biais de filiales, de simples participations, ou encore par association avec d'autres entreprises, de continuer à proposer à ces mêmes clients des prestations techniques ou commerciales liées à la fourniture d'électricité, reconstituerait *de facto* la possibilité pour EDF et ses partenaires de proposer une offre globale à ces clients et lui permettrait de capturer une partie du marché des prestations associées à la vente d'électricité. De telles propositions créeraient pour EDF des avantages artificiels et discriminatoires à l'égard des concurrents, en particulier lorsque les clients sont sur le point de franchir le seuil d'éligibilité.

Il a également souligné le risque de subventions déguisées qui pourrait résulter de la centralisation des achats entre EDF et Clemessy et de l'utilisation, par Clemessy, de la puissance commerciale des centres EDF-GDF Services, sans que les avantages obtenus fassent l'objet de contreparties financières reflétant la réalité des coûts.

Enfin, il a mis en garde EDF contre la mise à disposition de Clemessy du fichier, dont il est actuellement le seul détenteur, et qui porte sur l'ensemble des consommateurs français d'électricité, éligibles et non éligibles. En effet, EDF dispose, par ce fichier, de la connaissance des entreprises proches de l'éligibilité, en raison soit de l'augmentation de leur consommation d'électricité, soit de l'abaissement du seuil d'éligibilité, tandis que les autres fournisseurs d'électricité n'en disposeront que lors de la publication par les autorités compétentes des listes de clients ayant accédé au marché concurrentiel. Le simple fait que Clemessy dispose directement de cette information donnerait à cette entreprise un avantage substantiel au détriment de ses concurrents sur le marché des travaux d'installation électrique.

Le Conseil a considéré que l'opération de concentration n'était pas de nature à porter atteinte à la concurrence, dès lors que les réserves qu'il avait ainsi formulées seraient prises en compte. L'opération a été autorisée par le ministre sous réserve du respect par EDF et Clemessy d'un certain nombre d'engagements prenant en compte les recommandations formulées par le Conseil.

2. Acquisition par la société Carrefour de la société Promodès. (avis n° 00-A-06)³⁵⁸

A la suite de la notification de la fusion entre Carrefour et Promodès, le 5 octobre 1999, la Commission européenne a conclu, en ce qui concerne le marché de l'approvisionnement, à la compatibilité de l'opération avec le marché commun, sous réserve des engagements pris par Carrefour. Sur demande du Gouvernement français, la Commission a renvoyé aux autorités nationales de concurrence l'examen du projet sur le marché aval pour ce qui concerne

³⁵⁸ Annexe n° 124

99 zones de chalandise identifiées, sur lesquelles l'opération était susceptible de créer ou de renforcer une position dominante locale.

La délimitation des marchés

S'agissant de la vente au détail des biens de consommation courante, traditionnellement, la Commission européenne et le Conseil de la concurrence distinguent, sur la base d'une grille multicritères -comprenant notamment la taille des magasins, leurs techniques de ventes, leur accessibilité, la nature du service rendu et l'ampleur des gammes de produits proposés- six marchés : les hypermarchés, les supermarchés, le commerce spécialisé, le petit commerce de détail, les maxi-discompteurs, la vente par correspondance. Cette première différenciation est toutefois nuancée par l'approche pragmatique du Conseil, qui prend en considération les conditions dans lesquelles le marché fonctionne effectivement. Il tient compte, en particulier, du fait que, dans un certain nombre de configurations géographiques, un hypermarché peut être habituellement utilisé par certains consommateurs comme un magasin de proximité, en substitution d'un supermarché. En revanche, le service rendu globalement par les hypermarchés (diversité des produits, profondeur des gammes, accessibilité, prix bas) apparaît spécifique et sans équivalent dans les autres formes de commerce. Néanmoins, le critère de taille doit être utilisé, dans chaque cas, avec précaution, des magasins dont la surface est située à proximité du seuil qui sert à les distinguer (2 500 m²), pouvant se trouver, dans les faits, en concurrence directe. Pour les mêmes raisons, il a considéré que les magasins de maxi-discompte devaient être considérés comme des concurrents des autres magasins relevant du même format, alors que les magasins de produits surgelés n'étaient pas substituables aux supermarchés et aux hypermarchés.

La segmentation par format a été contestée par Carrefour, qui estime que cette méthode n'est pas adaptée, le niveau de prix entre les hypermarchés et les supermarchés étant similaire, les produits offerts peu différenciés et les consommateurs fréquentant indifféremment les différents formats de magasins. Toutefois, les arguments de la société n'ont pas paru de nature à remettre en cause les méthodes retenues par le Conseil dans ses précédents avis.

Conformément à la méthodologie définie pour analyser les marchés de la vente au détail des biens de consommation courante, le Conseil a procédé ensuite à une délimitation géographique des marchés pertinents. La dimension géographique des marchés résulte de la prise en compte de différents paramètres : caractéristiques des produits (nature périssable des denrées), infrastructures de transport (qualité de la desserte routière ou autoroutière, facilités de transport...) et structures commerciales existantes (étendue de l'offre, spécialisation...).

Les temps de déplacement du consommateur constituent un critère de différenciation important. Les temps de déplacement en voiture généralement retenus sont compris entre dix et quinze minutes pour les supermarchés et quinze et trente minutes pour les hypermarchés.

Sur la base de ces différents éléments, il apparaît que, si la concurrence s'exerce entre points de vente de proximité pour les achats de petites quantités, achats de dépannage ou de produits d'usage courant, elle se fait, en revanche, dans un rayon plus grand pour les achats en grande quantité ou les achats de biens de consommation durables. Toutefois, les zones de chalandise de divers points de vente peuvent se recouper. Il convient alors de tenir compte de l'étendue des plages de recouvrement, dans la mesure où elle produit des effets sur les conditions de la concurrence, effets qui dépendent, notamment, de la densité d'implantation des points de vente et de celle de la population.

C'est précisément à partir d'un argument portant sur l'étendue des plages de recouvrement que la société Carrefour a contesté la méthode de détermination géographique des marchés dans la région Ile-de-France ainsi qu'à Lyon et Marseille.

Carrefour invoquait, en effet, l'existence d'un marché dépassant la dimension des marchés locaux délimités à partir du temps de transport du consommateur en raison d'une chaîne de

substitution dans l'équipement commercial, due à l'existence d'une continuité dans le chevauchement entre les zones de chalandise des différents magasins.

En réponse à cet argument, le Conseil a rappelé que la délimitation des marchés locaux de détail de la grande distribution s'effectue à partir de la demande des consommateurs. Il n'est nullement établi que le consommateur francilien consacre à ses achats alimentaires un temps de déplacement supérieur à celui habituellement retenu. Au contraire, les données produites par Carrefour montrent qu'en moyenne 83 % des personnes interrogées en région parisienne déclarent effectuer un trajet inférieur à trente minutes pour faire leurs courses alimentaires et que, d'une façon générale, le temps de parcours moyen d'un consommateur, quelle que soit l'enseigne du magasin où il effectue ses achats, est sensiblement plus court en zone urbaine qu'en zone rurale.

En conclusion, sur la question de la délimitation des marchés pertinents, le Conseil a retenu, pour chacune des zones concernées, deux types de marchés : celui des hypermarchés situés à moins de trente minutes de déplacement en voiture et celui des supermarchés et formes de commerce équivalentes, situés à moins de quinze minutes environ.

L'impact de la concentration sur la concurrence

L'analyse de la situation de la concurrence a été effectuée, selon la méthode déjà utilisée par le Conseil, à partir du croisement de plusieurs critères d'ordre quantitatif et qualitatif. En ce qui concerne les critères qualitatifs, le Conseil a retenu les atouts et handicaps de chaque magasin concerné par l'opération et ceux de ses concurrents, en appréciant notamment la qualité des infrastructures routières ou l'existence d'un éventuel déséquilibre géographique au profit du nouvel ensemble ou de ses concurrents, tenant par exemple au fait que le groupe dispose ou non des sites les mieux placés (dans une zone d'habitat dense, dans une zone à fort pouvoir d'achat, à une entrée de ville très fréquentée) ou se trouve situé dans un ensemble commercial fortement attractif.

Ont été également pris en compte : la compétitivité de chaque concurrent, la dimension et l'éloignement des différents magasins, l'enseigne et la stratégie choisie en ce qui concerne le niveau de prix et de qualité des produits, la fréquence des déplacements qui induisent des achats de la part des consommateurs ne résidant pas dans la zone mais y travaillant ou, à l'inverse, des achats effectués sur leur lieu de travail par des consommateurs résidant dans la zone.

L'impact de l'opération sur la concurrence a été apprécié en tenant compte à la fois des parts de marché détenues par le nouvel ensemble au plan national, ainsi que dans chacune des zones concernées.

Sur le plan national, selon les estimations de l'Insee, les deux entités regroupées représentent 11 % des ventes de détail, et la société Carrefour se retrouve devant les autres principaux intervenants (Leclerc et Intermarché : 7 % ; Auchan : 6 % ; Casino : 8 %). Sur les deux marchés concernés, celui des hypermarchés et celui des supermarchés, le nouvel ensemble réalise respectivement 31 % et 20 % des ventes.

Selon les statistiques de la société Nielsen, la nouvelle entité représente 29,4 % du marché de la grande distribution et se situe au premier rang des distributeurs. Les données transmises par Carrefour, ainsi que les données exprimées en surfaces de vente, confirment globalement ces évaluations.

L'examen effectué par zone de chalandise a fait apparaître que, sur 27 d'entre elles, l'opération était de nature à modifier significativement les conditions de la concurrence et à donner à la société Carrefour une position prééminente.

L'opération a été autorisée par le ministre chargé de l'économie, sous réserve d'engagements souscrits par Carrefour, notamment d'engagement de cession d'un certain nombre de magasins.

3. Acquisition de certains actifs du groupe Benckiser par le groupe Sara Lee (avis n° 00-A-07)³⁵⁹

Les groupes Sara Lee et Benckiser sont tous les deux actifs dans le secteur du cirage et autres produits d'entretien de la chaussure. Le groupe Sara Lee, outre ces produits, distribue également des produits accessoires et des semelles, ainsi que, de manière marginale, des produits d'entretien du pied. Le groupe Benckiser n'est présent que dans la fourniture de cirage et autres produits d'entretien de la chaussure et certains produits accessoires.

Le groupe américain Sara Lee est présent en France, par l'intermédiaire de la société Sara Lee Household and Body Care (Sara Lee H & BC), qui commercialise les produits d'entretien du pied et de la chaussure sous les marques Kiwi, Meltonian, Tana et Bama. Le groupe néerlandais Benckiser est présent par l'intermédiaire de la société Benckiser France, qui fabrique et vend des produits d'entretien du pied et de la chaussure sous la marque Baranne.

L'opération consiste en la cession par Benckiser à Sara Lee H & BC de plusieurs marques déposées en France et/ou à l'étranger, dont la principale et la seule exploitée en France est la marque Baranne. Le projet prévoit également la reprise par Sara Lee H & BC d'une partie des équipements industriels installés dans l'usine de Bonneval en Eure-et-Loir.

Le chiffre d'affaires total réalisé en France par la société Sara Lee N & BC s'est élevé, en 1998, à 804 millions de francs et celui de Benckiser à 868 millions de francs. La condition de contrôlabilité relative au montant du chiffre d'affaires des entreprises concernées n'étant pas remplie, le Conseil a recherché si le seuil fixé en parts de marché était atteint.

C'est à partir des caractéristiques de la distribution des produits (différences dans les niveaux de prix, dans les marques distribuées, dans les méthodes de vente) que le Conseil a reconnu l'existence de quatre marchés : le marché des produits d'entretien de la chaussure vendus dans les grandes et moyennes surfaces (GMS), le marché des produits d'entretien de la chaussure vendus dans les magasins spécialisés, le marché des produits accessoires vendus en GMS et, enfin, le marché des produits accessoires vendus dans les magasins spécialisés.

Sur le marché des produits d'entretien de la chaussure dans les grandes et moyennes surfaces (GMS), la société Sara Lee disposait en 1999 d'une part du marché national de 43,2 % et la société Benckiser de 41,9 %. La réalisation de l'opération projetée portant à 85,2 % la part de marché au nouvel ensemble constitué principalement des marques Kiwi et Baranne, l'opération de concentration était contrôlable au regard de l'article 38 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Pour les trois autres marchés, le Conseil a constaté que, sur deux d'entre eux, la société Benckiser n'était pas présente et, qu'en conséquence, l'opération de concentration était sans incidence sur la concurrence. Sur le troisième marché, la réalisation de l'opération ne conférait pas une position dominante au groupe Sara Lee.

Avec 85,2 % du marché national des produits d'entretien de la chaussure dans les GMS, le nouvel ensemble se situe au premier rang des fournisseurs de produits d'entretien de la chaussure, tant en France qu'en Europe, et dispose du plus important portefeuille de marques, dont les deux seules marques de très forte notoriété : Kiwi et Baranne.

Toutefois, la constatation selon laquelle il n'existait pratiquement pas, à la date de l'opération, d'alternative à l'offre proposée par les groupes parties à l'opération, a été relativisée par l'analyse de la notoriété des marques et de l'attachement des consommateurs aux marques

³⁵⁹ Annexe n° 125

notoires. Il a, en effet, été considéré que, si Kiwi et Baranne étaient bien les seules marques notoires présentes sur le marché, les consommateurs ne manifestaient pas aux marques notoires un attachement tel qu'il puisse empêcher l'entrée sur le marché de nouvelles marques, par exemple des marques de distributeurs. La faiblesse des barrières à l'entrée a également été déduite de plusieurs facteurs : l'absence de réglementation spécifique au cirage, la non spécificité des technologies utilisées, la disponibilité des matières premières, l'inexistence de brevets et la faiblesse des investissements publicitaires engagés par les groupes Sara Lee et Benckiser pour la promotion des marques Kiwi et Baranne au cours de la période récente. En revanche, le fait que la grande distribution ne référence qu'une seule marque de cirage et que l'accès aux linéaires est donc limité a été considéré comme l'un des principaux obstacles à l'entrée sur le marché ; obstacle ne dépendait que du seul comportement des distributeurs, qu'il leur serait loisible de modifier. L'opération projetée n'a pas paru, en conséquence, de nature à porter atteinte à la concurrence sur ce marché.

Cette opération n'a néanmoins pas été autorisée par le ministre chargé de l'économie. En effet, il a estimé que, compte tenu de la faible élasticité de la demande, de la rareté de la ressource en linéaire et du caractère incontournable des marques Kiwi et Baranne, les distributeurs n'étaient pas incités à augmenter la surface de linéaire consacrée aux cirages afin de favoriser l'émergence d'un nouvel opérateur. Dans ces conditions, il est vraisemblable que les distributeurs réagiraient, face à une détérioration de leurs conditions d'achat, imposée par un fournisseur en situation de quasi-monopole, par une augmentation des prix de détail.

4. Acquisition par la société Saint-Gobain Pipelines de la société Biwater Industries Coney Green. (avis n° 00-A-27)³⁶⁰

Aux termes d'un contrat de cession conclu entre deux sociétés de droit anglais établies en Grande-Bretagne, la société Saint-Gobain Pipelines, filiale anglaise du groupe Saint-Gobain, a acquis 100 % des actions composant le capital de la société Biwater Coney Green, filiale du groupe Biwater PLC.

L'opération avait pour objet de transférer à la société Saint-Gobain Pipelines l'activité de production de tuyaux et accessoires en fonte ductile du groupe Biwater PLC exercée par Biwater Industries Coney Green. Le groupe Biwater PLC conserve en France une filiale dénommée Biwater SA, qui distribue des canalisations en fonte ductile, mais n'exerce pas d'activité de production dans ce domaine.

La société Saint-Gobain Pipelines fabrique des tuyaux et raccords en fonte ductile, ainsi que des pièces de voirie et de robinetterie. Elle distribue directement ses produits dans divers pays de l'Union européenne à l'exception de la France, ainsi que dans une vingtaine de pays tiers.

En France, la filiale du groupe Saint-Gobain exerçant des activités similaires à celles des entreprises concernées par l'opération est connue sous le nom de Pont-à-Mousson, devenue Saint-Gobain PAM depuis son changement de dénomination sociale. Spécialisée dans la fabrication de produits en fonte ductile, elle est plus particulièrement positionnée sur le segment des canalisations d'adduction d'eau qui représente 80 % de ses ventes en 1999.

A l'exception des sites de production dépendant de la société anglaise Saint-Gobain Pipelines, PAM détient toutes les implantations industrielles de canalisations en fonte ductile du groupe Saint-Gobain, directement ou par l'intermédiaire de ses filiales, en Italie, en Allemagne, en Espagne, au Brésil, en Chine et en Colombie.

PAM et le groupe Saint-Gobain détiennent également, notamment en France et dans les principaux pays d'Europe, des filiales de commercialisation. Certaines d'entre elles sont des distributeurs multimatériaux. A ce titre, elles sont susceptibles de fournir des canalisations

³⁶⁰ Annexe n° 136

provenant d'autres fabricants, mais, dans la pratique, elles ne proposent pas d'autres tuyaux en fonte ductile que ceux de Saint-Gobain.

Le chiffre d'affaires réalisé dans l'Union européenne par la société Biwater Industries Coney Green est inférieur à 250 millions d'euros. En conséquence, l'opération, qui ne répond pas aux conditions de seuil posées par l'article premier du règlement CEE n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 modifié, n'est pas de dimension communautaire.

En revanche, certains États membres de l'Union européenne apparaissent concernés par cette concentration : Royaume-Uni, Espagne, Allemagne, Irlande, Italie. Aucune des autorités de concurrence saisies dans ces pays n'a opposé de refus à la réalisation de l'opération.

La partie notifiante a soutenu que l'opération ne pourrait pas produire d'effet en France, dans la mesure où elle concerne exclusivement deux sociétés de droit anglais implantées en Grande-Bretagne et dont les principales activités sont exercées sur ce territoire.

En réponse à cet argument, le Conseil a rappelé que les règles du droit national relatives au contrôle des concentrations, ne distinguent pas selon que les parties à l'acte sont régies par le droit français ou par un autre droit national, ni selon qu'elles sont implantées ou non sur le territoire français. Elles s'appliquent dès lors que l'opération est susceptible de produire des effets sur le marché français et qu'elle répond aux conditions de seuil définies par l'article L. 430-1 du code de commerce.

Il a considéré, en l'espèce, que l'opération était susceptible d'exercer un effet sur le marché national. Il s'agit, en effet, du rachat, par une filiale anglaise du groupe Saint-Gobain, de la société Biwater Industries, qui exerce une activité de production de tuyaux en fonte ductile et approvisionne la filiale française Biwater SA, alors que la filiale française du groupe Saint-Gobain (Pont-à-Mousson) exerce la même activité que Biwater Industries, détient en France une part de marché significative et constitue le principal concurrent de Biwater SA.

Le Conseil a noté, par ailleurs, que la société Saint-Gobain PAM est actionnaire à hauteur de 19,5 % de la société holding Saint-Gobain UK, qui détient elle-même 100 % du capital de la société Saint-Gobain Pipelines qui a procédé à l'acquisition. La société Saint-Gobain PAM et la société Saint-Gobain Pipelines appartiennent donc au même groupe et, au sein de celui-ci, à la même branche d'activités. Or, il n'a pas été contesté par la société acheteuse elle-même que la société Saint-Gobain PAM détiendrait environ 40 % des parts du marché des canalisations d'adduction d'eau, tous matériaux confondus.

La délimitation des marchés

Le secteur concerné par l'opération est celui des tuyaux et accessoires utilisés pour la construction et l'entretien des réseaux de transport de l'eau.

Les classifications couramment admises dans la profession distinguent les canalisations pour le bâtiment, l'adduction d'eau (eau potable et irrigation), l'assainissement, l'industrie, la robinetterie et la fontainerie hydraulique. Outre quelques débouchés secondaires, tels que les pièces de voirie ou industrielles, le domaine d'application de la fonte ductile est essentiellement celui des canalisations d'adduction d'eau. C'est à cet usage qu'il faut se référer pour déterminer si d'autres matériaux sont ou non susceptibles de répondre, dans des conditions équivalentes, aux besoins satisfaits par la fonte ductile.

A l'occasion de l'examen des pratiques dénoncées par Biwater SA en 1990, les autorités de concurrence françaises avaient défini un marché spécifique des canalisations en fonte ductile pour les canalisations d'un diamètre compris entre 60 et 300 mm, destinées à l'adduction d'eau potable, sur lequel la société Saint-Gobain PAM, seul fabricant de canalisations en fonte ductile, qui assurait 98 % du total des ventes toutes catégories de ce matériau, occupait une position dominante.

Compte tenu de l'ancienneté de l'analyse et de l'évolution technologique intervenue entre-temps, le Conseil a de nouveau examiné la substituabilité entre les canalisations en fonte et les autres canalisations, en particulier en plastique.

Un certain nombre d'éléments, portant à la fois sur des considérations techniques -progrès technologiques dans le domaine des plastiques, nouvelles générations de matériaux- et sur le comportement des acheteurs, ont conduit le Conseil à reconnaître l'émergence d'un marché multimatériaux qui pourrait être défini comme celui des canalisations d'adduction d'eau potable d'un diamètre compris entre 60 et 200 mm inclus, mises en œuvre en vertu de contraintes techniques courantes. Sur ce marché, fonte ductile et plastique sont désormais substituables.

Toutefois, si au cours de la dernière décennie le marché s'est progressivement orienté vers un développement de la concurrence entre plastique et fonte, il reste que, pour certaines utilisations qui semblent cependant de moins en moins nombreuses à mesure que les qualités des plastiques évoluent, la fonte ductile demeure, dans l'état actuel de la technique et des préférences objectivement manifestées par les acheteurs, un matériau sans substitut.

Il existe donc un deuxième marché qui, actuellement, regroupe les canalisations de diamètres supérieurs à 200 mm, utilisées pour le remplacement des canalisations à l'identique, ainsi que dans les cas où l'emploi exclusif de la fonte est lié à des contraintes extrêmes imposant l'usage de canalisations dotées d'une très grande résistance mécanique. Sur ce marché, c'est-à-dire sur le marché de la production en France de tuyaux de fonte ductile, l'opération est sans incidence, puisque PAM est déjà le seul producteur de ces matériaux.

L'impact de la concentration sur la concurrence

L'opération de concentration, en supprimant un producteur au Royaume-Uni, prive les importateurs français, au premier rang desquels la société Biwater SA, d'une source d'approvisionnement et les rend dépendants de son principal concurrent sur le marché français, la société Saint-Gobain PAM.

Le Conseil a estimé qu'une telle configuration de l'offre porterait atteinte au fonctionnement concurrentiel du marché, s'il était démontré que Biwater SA, une fois honoré le contrat d'approvisionnement qu'elle a conclu avec Saint-Gobain PAM, n'avait d'autre solution que de continuer à s'approvisionner chez son concurrent et si, dans le même temps, les demandeurs de tuyaux de fonte ductile français ne pouvaient s'adresser qu'à Saint-Gobain PAM ou à Biwater SA. Il a noté que la société Biwater SA considérait que l'accord de fourniture conclu avec le groupe Saint-Gobain, accessoirement à la vente de Biwater Industries, lui permettait de disposer d'un approvisionnement garanti à des conditions intéressantes et ne lui interdisait pas de rechercher des approvisionnements alternatifs à l'étranger.

De plus, il n'a pas été contesté que le coût de transport ne constitue pas un obstacle à l'importation de tuyaux en provenance d'autres pays européens, au premier rang desquels les pays limitrophes de la France. En attestent les importations du Royaume-Uni effectuées par Biwater SA, une commande récente passée par la Compagnie Générale des Eaux au fabricant allemand, ainsi que les investissements commerciaux importants qui viennent d'être engagés en France par le fabricant italien Sertubi.

Ainsi, à supposer même que Biwater ne puisse pas, à l'avenir, s'approvisionner à des conditions acceptables auprès de Saint-Gobain PAM, les capacités de production disponibles dans les autres pays européens apparaissent suffisamment et durablement abondantes pour assurer un approvisionnement régulier du marché.

Certes, pour qu'une concurrence effective s'exerce, il est indispensable que les candidats à l'entrée sur le marché français ne soient pas découragés par des pratiques prohibées par le

droit de la concurrence, comme cela fut le cas pour Biwater SA entre 1987 et 1990. Sur ce point, en séance, le président de Saint-Gobain PAM a indiqué avoir pris toutes les mesures nécessaires pour que les pratiques dont cette société a été reconnue coupable, et pour lesquelles elle a été sanctionnée, ne puissent se reproduire. Il a précisé, en particulier, que l'action des services commerciaux de PAM excluait les comportements tendant à dénigrer les produits concurrents et que la politique tarifaire adoptée par l'entreprise ne comportait aucun traitement discriminatoire.

Prenant acte de ces engagements, le Conseil a émis l'avis que l'opération de concentration n'était pas de nature à porter atteinte à la concurrence.

Chapitre II. - Les autres avis

A l'occasion des demandes d'avis portant sur des questions générales de concurrence ou sur des projets de textes législatifs ou réglementaires, le Conseil a été conduit à confirmer sa position sur les points suivants : dispositifs dissuadant les entreprises de fixer leurs prix de manière autonome, restrictions à l'accès au marché, interventions des personnes publiques dans le secteur concurrentiel, ouverture à la concurrence de monopoles publics. Le Conseil a été également consulté par deux commissions parlementaires sur le fonctionnement de la concurrence dans des secteurs caractérisés par des évolutions de prix qu'elles jugeaient anormales, l'eau et les carburants. Les avis ci-dessous ont, notamment, traité un certain nombre de questions nouvelles.

1 - Pour venir en aide aux entreprises nouvellement créées qui connaissent des difficultés liées à leur manque de connaissance des méthodes de calcul du coût de revient, la Fédération française du bâtiment a élaboré une méthodologie intitulée « *document Anaprix* » qui comporte des prix en déboursé calculés à partir de quatre éléments constitutifs : les quantités et le prix des fournitures et des matériaux, le coût moyen horaire de la main-d'œuvre et le temps de pose.

Interrogé par la Fédération sur la compatibilité de ce document avec le droit de la concurrence, le Conseil a rappelé, préalablement, la position qu'il a adoptée, à maintes reprises, à l'égard des séries, des barèmes ou des études de prix.

Il a constaté que le projet Anaprix conduisait à donner à l'entrepreneur en lecture directe le prix unitaire en déboursé d'une prestation comportant plusieurs éléments constitutifs qui résultent à la fois d'une approche technique normalisée et de calculs effectués à partir de valeurs moyennes ; il a estimé que ce projet présentait des inconvénients de même nature que ceux signalés dans des affaires précédentes.

En conséquence, le Conseil a confirmé sa position défavorable vis-à-vis des pratiques consistant à donner des indications chiffrées de coûts ou à fournir des prix dont les composantes ne résultent pas de constatations objectives. De telles pratiques induisent, en effet, des rigidités dans la fixation des prix et dissuadent les entreprises de fixer ceux-ci de façon autonome à partir d'une meilleure connaissance de leurs coûts (avis n° 00-A-09)³⁶¹.

2 - La Commission des finances, de l'économie et du plan de l'Assemblée nationale a invité le Conseil de la concurrence à « *réaliser une étude relative au fonctionnement du marché des carburants routiers* », soulignant qu'il lui « *paraît opportun d'analyser les mécanismes qui président à la formation des prix des carburants et de s'assurer du libre jeu des mécanismes de la concurrence, tout au long de la chaîne qui va de l'extraction du pétrole brut jusqu'à la vente aux consommateurs* ».

³⁶¹ Annexe n° 126

La Commission a souhaité que le Conseil porte son attention sur les segments particuliers de la distribution des produits pétroliers aux détaillants par les compagnies pétrolières, de la vente des carburants aux consommateurs par la grande distribution et des conditions de leur commercialisation sur le réseau des autoroutes.

Le Conseil s'est efforcé de répondre aux questions posées par la Commission des finances, dans les limites qui lui étaient imposées dans le cadre de la procédure consultative, seule une saisine contentieuse lui permettant de se prononcer sur le caractère anticoncurrentiel des pratiques de tel ou tel opérateur.

La formation des prix de vente des carburants routiers au consommateur final dépend de facteurs multiples parmi lesquels les cotations des produits pétroliers à Rotterdam constituent l'élément central. Ces cotations sont elles-mêmes dépendantes, non seulement des cours du brut, mais aussi de l'activité économique, de la demande d'essence en provenance d'Amérique du Nord, du niveau des stocks, ainsi que de facteurs climatiques et saisonniers.

Selon les données qui ont pu être utilisées par le Conseil, les marges de raffinage et de distribution ont baissé pendant la période de forte hausse du prix du brut et du prix de gros des produits pétroliers entre décembre 1998 et septembre 1999. Elles ont, en revanche, nettement augmenté dans les derniers mois de 1999, alors que la hausse du prix du brut et du prix de gros des produits pétroliers ralentissait.

Ces données laissent également présumer que les répercussions des variations des cours sur les marchés de gros des produits pétroliers sont en général ressenties dans un délai inférieur à un mois, à la hausse comme à la baisse, et que les variations de prix qui peuvent être enregistrées ponctuellement, en raison d'une forte variation de la demande (reconstitution ou allègement des stocks, conditions climatiques, anticipations), ne remettent pas en cause la constatation d'un parallélisme des courbes d'évolution des prix des indicateurs majeurs du marché des produits pétroliers (coût du brent, cours des produits pétroliers à Rotterdam, prix hors taxe à la pompe).

En ce qui concerne la commercialisation des carburants sur le réseau des autoroutes, le Conseil a relevé que la forte concentration de ce marché, l'homogénéité des coûts de structure et de gestion, l'inélasticité de la demande au prix, la « *captivité* » des consommateurs qui utilisent les autoroutes de liaison sur de longues distances, sont des facteurs de faible incitation à l'exercice de la concurrence. Par ailleurs, l'affichage des prix sur les panneaux autoroutiers, s'il concourt à la transparence du marché, constitue aussi une incitation à l'alignement des prix.

Le Conseil a observé, en outre, qu'il existe de nombreuses barrières à l'entrée de nouveaux gestionnaires de stations-service sur les autoroutes et que, par ailleurs, les cahiers des charges sont très contraignants (notamment l'obligation d'ouverture toute l'année, 24 h/24 h). Il a proposé des mesures qui pourraient améliorer la situation actuelle :

6. – un assouplissement des contraintes de fonctionnement comportant, dans certains cas, des modalités saisonnières ;
7. – la réduction de la durée des contrats de gérance passés avec les sociétés d'autoroutes concessionnaires du domaine public autoroutier, actuellement comprise entre vingt et trente ans, avec des possibilités de prorogation automatique ;
8. – l'information des automobilistes des prix des carburants pratiqués à proximité en dehors des autoroutes (avis n° 00-A-10)³⁶².

3 - La Commission des finances, de l'économie et du plan de l'Assemblée nationale a invité le Conseil de la concurrence à « *réaliser une étude relative au prix de l'eau en France* » et a

³⁶² Avis non publié dans le rapport 2000

précisé qu'elle souhaitait que « *le Conseil se penche sur la formation des prix de l'eau, sur les écarts constatés entre les communes et, d'une manière plus générale, sur la structure (du marché de l'eau)* ».

Les données statistiques établies par la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes depuis 1992 font apparaître des écarts de prix selon les bassins, la taille des communes, le mode de gestion et, même, selon les différentes catégories d'usagers. Entre 1992 et 1998, le poste « *distribution* » de la facture d'eau a augmenté de 24 %, alors que l'indice du coût de la vie n'a augmenté que de 9,6 %. Par ailleurs, une étude de l'OCDE montre que le prix de l'eau en France est parmi les plus élevés dans le monde développé.

Le Conseil a relevé que la structure du marché, typique d'un marché très concentré, est le résultat d'opérations de concentration successives. Cette situation est aggravée par la création, par les trois principaux opérateurs, de filiales communes dans certaines zones et par la faiblesse de la concurrence à l'échéance des conventions de délégation passées par les collectivités. Cette structure très concentrée pourrait expliquer les chiffres observés et le Conseil a recommandé, en conséquence, au Gouvernement de surveiller avec une attention particulière l'évolution de la structure du marché dans le secteur de l'eau potable.

Le Conseil a reconnu, toutefois, qu'il existait des facteurs de concurrence, mais dont la portée est limitée. Ainsi, la participation de petites entreprises à des appels d'offres permet d'obtenir des réductions importantes de prix, mais la plupart des petites entreprises ne s'intéressent qu'aux petites collectivités. Le recours aux consultations anticipées permet également d'obtenir des réductions importantes. Cependant, leur nombre est réduit. D'autres facteurs sont plus prometteurs : le retour à la régie et l'ouverture du marché à la concurrence étrangère. Pour remédier à cette situation, le Conseil a proposé plusieurs solutions.

Les premières relèvent du droit de la concurrence. Le contrôle des concentrations permet de s'assurer que les opérations structurelles des entreprises n'entraînent pas de préjudice durable pour la concurrence. Par ailleurs, de nombreux comportements constatés sur le marché sont susceptibles d'être appréhendés sur le fondement des règles interdisant les ententes illicites ou les abus de position dominante.

Une autre série de solutions implique une meilleure prise de conscience des avantages que l'on retirerait d'un fonctionnement normal de la concurrence : ainsi, les collectivités territoriales devraient prendre conscience de l'intérêt de faire participer les petites entreprises et les entreprises étrangères aux consultations. Une consultation anticipée devrait également être envisagée chaque fois que le prix en vigueur apparaît excessivement élevé.

Ces premières solutions comportant toutefois des limites, le Conseil a suggéré l'adoption de mesures spécifiques.

Pour améliorer le fonctionnement des marchés de l'eau, et notamment pour favoriser l'accès à ces marchés de nouveaux opérateurs, la question de la collecte, du traitement et de la diffusion des informations disponibles est cruciale. Elle pourrait justifier la création d'une autorité de surveillance qui aurait une mission d'observation, d'information et de conseil. Cette autorité devrait être dotée de la faculté de saisir le Conseil de la concurrence des pratiques qu'elle constaterait et qui lui paraîtraient anticoncurrentielles. Elle pourrait également suggérer les modifications de législation ou de réglementation jugées nécessaires.

Une modification législative pourrait aussi être envisagée afin de rendre obligatoire une consultation de l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale intéressée à l'échéance de la convention de délégation sur un retour éventuel à la gestion directe (avis n° 00-A-12)³⁶³.

³⁶³ Annexe n° 128

4 - A la demande de la Chambre syndicale des géomètres topographes, le Conseil s'est prononcé sur les conséquences, au plan de la concurrence, du régime juridique applicable aux travaux topographiques et aux documents cadastraux.

La loi du 7 mai 1946, qui institue l'Ordre des géomètres-experts, établit une liste de prestations entrant dans le monopole réservé à la profession. Cette liste est circonscrite aux actes participant directement à la détermination des limites de propriété, généralement annexés à des actes de propriété.

La Chambre syndicale des géomètres topographes faisait valoir, dans sa demande, que l'interprétation donnée par l'Ordre des géomètres-experts du champ du monopole, ainsi que certaines dispositions du décret d'application de la loi, ont pour effet d'étendre le champ du monopole des géomètres-experts et privent les entreprises de topographie d'un grand nombre de marchés.

Le Conseil a rappelé le principe selon lequel les restrictions apportées à la concurrence ne peuvent excéder ce qui est strictement nécessaire à l'application d'une loi. Ainsi, aux termes de l'article 10 (1^o) 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 et qui auraient un caractère restrictif de la concurrence, ne peuvent être exemptées de l'application des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 que si elles sont la conséquence directe et nécessaire de ces textes.

S'agissant d'établir des documents cadastraux, la Chambre syndicale mettait en cause le système d'agrément accordés par l'administration fiscale, qui réserve aux géomètres-experts et aux retraités du cadastre la réalisation des travaux de rénovation du cadastre et des documents d'arpentage. Or, les documents cadastraux ne peuvent être analysés comme entrant dans le champ de monopole des géomètres-experts. Le fait d'exclure, par principe, les géomètres topographes de la réalisation de documents cadastraux constitue une restriction qui ne résulte pas des textes. La nécessité de l'agrément et la limitation de cet agrément à une partie seulement des professionnels susceptibles de rendre le service considéré aboutit à une limitation de l'offre et, compte tenu du faible nombre de géomètres-experts dans certaines zones, à une diminution, sans doute sensible, de l'intensité concurrentielle. Le Conseil a conclu que le dispositif en cause restreint la concurrence, sans véritable justification technique (avis n° 00-A-15)³⁶⁴.

5 – Pour répondre à la demande d'avis du Conseil général du Loiret portant sur les conditions de consultation des entreprises pour l'attribution de marchés portant sur des matériels informatiques, le Conseil a analysé les conditions d'exercice de la concurrence sur ces marchés.

Afin de pouvoir bénéficier d'équipements à la fois compatibles avec le parc informatique existant et de garanties de maintenance et de pérennité, le Conseil général du Loiret a annoncé son choix d'acquérir des produits standard issus de grandes marques de constructeurs plutôt que des systèmes assemblés à la demande et commercialisés sous des marques de distributeur. Le dossier de candidature est rédigé de telle sorte que les appels d'offres sont ouverts à tous les candidats susceptibles de répondre aux besoins définis. Aucune catégorie d'entreprises n'est exclue de ce marché, qu'il s'agisse des constructeurs eux-mêmes, des éditeurs de logiciels ou des revendeurs et distributeurs. Les entreprises qui soumissionnent doivent remettre des catalogues de produits avec les tarifs sur lesquels ils proposent des remises. Ces catalogues sont, soit leurs propres catalogues, soit, dans le cas de distributeurs n'éditant pas de catalogues, les catalogues des constructeurs. Dans les deux cas, le catalogue est contractualisé dans le marché.

³⁶⁴ Annexe n° 129

Le Conseil a analysé l'incidence de cette modalité de soumission sur les conditions d'accès au marché et sur la détermination des prix. Sur le premier point, il a noté que la plupart des grands constructeurs de matériels informatiques éditent périodiquement des catalogues présentant la gamme complète de leurs produits grand public de micro-informatique. Dans un domaine caractérisé par la grande diversité des produits, de leurs caractéristiques techniques et des options offertes à l'utilisateur, l'exhaustivité des catalogues constructeurs offre à l'acheteur la possibilité d'effectuer dans de bonnes conditions des comparaisons techniques indispensables à l'analyse des offres.

Les grands distributeurs ont également les moyens de présenter leurs propres catalogues et de les actualiser en permanence. En conséquence, les offres faites à partir de ces catalogues présentent les mêmes garanties techniques que celles présentées à partir des catalogues constructeurs. Il n'en va pas de même des petits ou moyens distributeurs qui, pour être présents sur un marché, doivent proposer des gammes très diverses de matériels, mais n'ont pas les moyens de tenir à jour des catalogues fiables correspondant à une offre aussi large. C'est pourquoi le fait de permettre à ces distributeurs d'utiliser les catalogues constructeurs, pour établir leur soumission, augmente le nombre de candidats potentiels et, par là même, favorise l'exercice de la concurrence.

En ce qui concerne l'incidence de cette modalité de soumission sur la fixation des prix, le Conseil a observé que, si les prix des catalogues fournisseurs servent de base au calcul des remises des distributeurs, ils ne sont pas eux-mêmes contractualisés. Le prix définitivement fixé dans le bordereau des prix est calculé par le distributeur, lequel tient compte des conditions d'achat obtenues auprès des constructeurs, de ses propres frais de structure et de sa marge. La remise proposée par le distributeur dépend, en définitive, de sa capacité de négociation commerciale, de l'efficacité de sa gestion interne et des efforts qu'il consent pour emporter le marché. En pratique, la concurrence s'exerce par la différenciation des taux de remise, qui peuvent varier selon les catégories et, à l'intérieur d'un catalogue, selon les familles de produits, voire les produits eux-mêmes, d'une manière aussi effective que par la différenciation des prix en valeur absolue.

En conclusion, le Conseil a estimé que la procédure de passation de ces marchés choisie par le Conseil général du Loiret ne faisait pas obstacle à la libre détermination des prix par les entreprises soumissionnaires et n'était pas de nature à faciliter des échanges d'informations sur les prix entre les offreurs, qui seraient contraires aux dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (avis n° 00-A-16)³⁶⁵.

6 - Le ministre chargé de l'économie a consulté le Conseil sur un projet de décret portant réforme du code des marchés publics.

Dans cet avis, qui s'inscrit dans le prolongement de ses avis précédents, le Conseil s'est prononcé sur les questions portant sur :

9. – les règles générales de la commande publique :

L'efficacité de la commande publique ne peut être assurée qu'à la condition que le marché fonctionne selon les règles de la concurrence. Il est, par conséquent, impératif que le droit de la commande publique ne comporte pas de dispositions qui seraient porteuses de distorsions de concurrence ou encourageraient ou faciliteraient des pratiques anticoncurrentielles. Le Conseil a regretté que cet objectif, qui paraît fondamental d'un point de vue économique, n'occupe qu'une place secondaire dans le texte soumis à son examen.

10. – l'ouverture plus large de la commande publique aux PME et aux artisans :

³⁶⁵ Annexe n° 130

Parmi les mesures proposées, le Conseil a constaté que deux d'entre elles risquent d'introduire des distorsions de concurrence : le maintien, voire le renforcement du principe de la préférence accordée, en cas d'offres équivalentes, aux PME et aux artisans, ainsi que la possibilité pour l'acheteur public de passer sans aucun formalisme les marchés portant sur certaines catégories de services (juridiques – sociaux – sportifs - culturels...).

En revanche, d'autres mesures relatives aux délais de paiement et aux retenues de garantie vont dans le sens d'une ouverture plus large de la commande publique, sans pour autant créer de graves distorsions de concurrence.

D'une façon générale, le Conseil souligne que les mesures prises en faveur des PME devraient distinguer les PME constituées de petites structures locales, souvent familiales, et celles qui appartiennent à de grands groupes nationaux ou régionaux, soit par filialisation de ceux-ci, soit par la prise de participation dans des entreprises locales.

De même, il a rappelé la nécessité d'encadrer l'allotissement, afin qu'il ne soit pas utilisé pour diviser un marché en plusieurs marchés d'un montant inférieur aux seuils prévus par le code des marchés publics, afin d'échapper à l'appel public à la concurrence ou pour répartir artificiellement les marchés.

11. – la simplification et la transparence des procédures, l'harmonisation avec le droit communautaire :

L'allégement du formalisme des procédures, la réduction du nombre de seuils, l'harmonisation avec le droit communautaire sont bénéfiques à l'exercice de la concurrence.

Le Conseil a estimé également que l'obligation faite à l'acheteur public de définir par écrit ses besoins et ses critères du choix de l'attributaire préalablement à toute négociation ou appel à la concurrence n'est pas incompatible avec le principe de la libre concurrence et nécessaire au contrôle des conditions de passation des marchés. En revanche, la communication à l'avance aux entreprises soumissionnaires des critères de choix de l'acheteur public risque de faciliter la rédaction d'offres de couvertures et de faciliter les ententes de répartition de marchés (avis n° 00-A-25)³⁶⁶.

Plusieurs des préoccupations exprimées par le Conseil ont été prises en compte par le nouveau code des marchés publics³⁶⁷. En effet, son article 51 rappelle le nécessaire respect des règles relatives à la liberté des prix et à la concurrence lorsque les entreprises soumissionnaires envisagent de se grouper. Si cette disposition ne concerne que les groupements, il va de soi que le rappel a une portée générale qui concerne l'application de l'ensemble du code. De même, l'article 27 VI du nouveau code prévoit implicitement qu'en cas d'allotissement, c'est la valeur estimée de la totalité des lots qui sert à déterminer les seuils. En conséquence, l'allotissement ne peut conduire à échapper à l'appel public à la concurrence.

7 - La loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, qui a transposé une directive communautaire, a partiellement ouvert, en France, le marché de la production d'électricité, en autorisant les gros consommateurs à choisir leur fournisseur d'électricité. La majeure partie des consommateurs demeure donc régie par le monopole de fourniture d'EDF. L'acheminement de l'électricité comprenant le transport et la distribution demeure une activité respectivement monopolistique ou quasi-monopolistique.

Pour garantir l'ouverture du marché, la loi impose à EDF d'effectuer la dissociation comptable de ses activités de production, de transport et de distribution d'électricité, ainsi

³⁶⁶ Annexe n° 135

³⁶⁷ Le décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant sur le code des marchés publics a été publié au Journal officiel du 8 mars 2001

que, le cas échéant, de ses autres activités. Les modalités de séparation comptable des opérateurs sont soumises, après avis du Conseil de la concurrence, à l'approbation de la Commission de régulation de l'électricité.

Le Conseil a constaté que les propositions qui lui ont été transmises, notamment celles présentées par EDF, présentaient un caractère trop lacunaire pour qu'il puisse se prononcer dans des conditions satisfaisantes. Les décrets relatifs à la tarification de l'utilisation des réseaux et à la tarification de l'électricité aux clients éligibles n'étaient pas encore intervenus. Les difficultés de délimitation des périmètres de différentes activités ne pourront véritablement être tranchées que lorsque auront été élaborés les protocoles régissant les relations financières entre les entités dissociées. Or, ces protocoles ne sont mentionnés que pour mémoire, une simple liste étant fournie en annexe du document présenté par EDF. Les bilans dissociés ne sont accompagnés d'aucun commentaire littéraire d'explication sur les principaux postes. Seule l'activité de distribution fait l'objet d'un compte de résultat dissocié.

Malgré ces insuffisances, le Conseil a formulé des observations portant sur la délimitation des périmètres entre les nouvelles entités de transport, de distribution et de production, ainsi que sur la mise en place d'un nouveau dispositif comptable et sur les protocoles régissant les relations financières entre les entités dissociées.

Ainsi, le périmètre du réseau de transport devra être tel qu'il permette au gestionnaire du réseau public de transport, dénommé RTE, d'assurer pleinement les missions qui lui sont confiées par la loi, dans le respect des droits d'accès au réseau. Il devra également lui permettre de disposer des moyens matériels et humains nécessaires, afin d'assurer la pleine indépendance de gestion qui lui est reconnue par la loi.

Dans le nouveau contexte, l'activité de distribution est réduite à l'acheminement de l'électricité. L'entité distribution n'exerce plus l'activité de fourniture d'électricité, qui est rattachée à l'entité production, ce qui a pour conséquence qu'une partie importante des fonctions commercialisation et clientèle est transférée à cette dernière. Le partage de ces fonctions entre les deux entités de distribution et de production devra être explicité, ainsi que les responsabilités et les rôles respectifs des deux entités.

Les recommandations portant sur le dispositif comptable sont destinées à prévenir les subventions croisées entre les entités dissociées.

Le Conseil estime que les bilans d'ouverture constituent l'une des principales sources possibles de subventions croisées. En effet, si la dissociation comptable est correctement mise en oeuvre, il ne sera possible ni de transférer d'une entité à une autre les rentes de monopole accumulées dans le passé, ni de transférer de façon cachée à l'entité production des ressources que le RTE tirerait dans l'avenir de son activité sous monopole. En revanche, des distorsions frappant les bilans d'ouverture pourraient, de façon structurelle, conduire à augmenter les coûts (et, donc, les prix) du réseau de transport et à rendre possible une diminution des prix de l'entité production. Pour limiter ce risque, il convient, en principe, que les bilans d'ouverture reflètent l'activité et la situation patrimoniale des différentes activités, tout en prenant en compte les particularités de leur gestion. Mais il importe aussi de veiller à ce que la structure de bilan de l'entité transport garantisse à l'avenir son indépendance de gestion, notamment en ce qui concerne son financement.

Pour la même raison, les comptes de résultat doivent donner une image fidèle des résultats de chaque activité. Ils devront, en particulier, faire apparaître la distinction, au sein des comptes, de l'activité de production, entre les charges et produits afférents aux clients éligibles et ceux propres aux clients non éligibles.

L'évaluation du coût des missions de service public :

Le Conseil a rappelé que les services d'intérêt économique général sont relatifs à l'approvisionnement en électricité, au développement et à l'exploitation des réseaux publics d'acheminement de l'électricité et, enfin, à la fourniture d'électricité (vente aux clients non éligibles) et s'opèrent au moyen, notamment, de la péréquation géographique nationale des tarifs.

Les protocoles régissant les relations financières entre entités distinguent les clients éligibles et les clients non éligibles. Pour les premiers, le principe est celui d'une tarification unique (un seul contrat) pour la fourniture d'électricité. L'entité production d'EDF vend l'électricité aux clients sur la base des barèmes tarifaires, ces tarifs comprenant les parts relatives au transport et à la distribution. C'est l'entité production qui encaisse les recettes, à charge pour elle de rétrocéder les recettes à l'entité de transport et à l'entité de distribution la plus proche du client final.

Les ventes d'électricité aux clients éligibles nécessitent, en revanche, la conclusion de deux contrats séparés :

12. – un contrat de fourniture d'électricité entre le producteur (EDF ou un producteur indépendant) et le client ;

13. – un contrat d'acheminement de l'électricité.

Outre les principes régissant les reversements correspondant aux prestations de transit sur le réseau, les protocoles devront également définir les modalités de tarification interne à EDF des prestations inter-services. Ces modalités n'étant pas définies, le Conseil a émis les plus grandes réserves sur ces points, notamment pour ce qui concerne les relations entre le RTE et les autres services d'EDF (avis n° 00-A-29)³⁶⁸.

8 - Sur saisine du ministre de l'économie et du secrétaire d'Etat à l'industrie, le Conseil avait rendu, le 5 octobre 1999, sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, un avis n° 99-A-15 concernant les différentes options envisageables pour la transposition de la directive 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 22 juin 1998, concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel. Cet avis a été publié le 26 mars 2001 par le ministre de l'économie dans le tome II des contributions au livre blanc « *Vers la future organisation gazière française* ».

La directive concernée devait être transposée le 10 août 2000. Son objet est de permettre à des clients appelés « *éligibles* » d'acheter leur gaz à l'opérateur de leur choix et d'instaurer ainsi une concurrence concernant le transport et la distribution. Elle présente donc une différence avec la directive sur l'électricité, sur laquelle le Conseil a rendu un avis le 8 avril 1998 (n° 98-A-05) et qui instaurait une concurrence sur la seule production d'électricité. Le Conseil a pu constater que, si les problématiques de transposition des deux directives présentaient beaucoup de similitudes, s'agissant de problèmes d'ouverture à la concurrence d'activités en réseaux fortement marquées par une dimension de service public, elles différaient sur un certain nombre de points tenant aux spécificités du secteur gazier.

Concernant les critères d'éligibilité, l'accès au réseau et la régulation, le Conseil a repris l'analyse qu'il avait déjà développée pour le secteur de l'électricité.

Contrairement à la directive sur l'électricité, la directive n° 98/30/CE instaure un régime concurrentiel du transport de gaz (article 4), la seule restriction prévue par la directive étant l'instauration d'un régime d'autorisation des activités. Le transport de gaz, destiné à approvisionner par des canalisations à haute pression les distributions publiques de gaz et des clients industriels et commerciaux (entreprises industrielles dont la consommation annuelle

³⁶⁸ Annexe n° 138

est supérieure à 5 millions de KWh) est réalisé en France par Gaz de France, GSO³⁶⁹ et CFM³⁷⁰, qui disposent chacun d'un monopole géographique. La directive n'impose pas, contrairement à la directive sur l'électricité, la désignation d'un gestionnaire de réseau indépendant. GSO et GDF ont chacun un système de gestion de leur réseau de transport (dispatching) chargé d'assurer l'équilibre du réseau au jour le jour. C'est une fonction plus simple à assurer que la gestion du réseau de transport de l'électricité. En effet, l'équilibrage de l'offre et de la demande n'a pas à s'effectuer « *en temps réel* », compte tenu de la possibilité de stocker le gaz et du temps de détente du gaz sur le réseau. En outre, le gestionnaire de réseau de transport de gaz n'a pas à mobiliser des installations de production selon un ordre de préséance économique. Son rôle essentiel est de faire transiter le gaz dans ses canalisations.

Le Conseil a rappelé les différentes solutions concevables pour gérer le réseau de transport : la création d'un établissement public, distinct des transporteurs et totalement autonome sur le plan de la gestion, n'aurait de sens que s'il réunissait les gestionnaires des trois réseaux de transport existants, sur le modèle de Transco, le propriétaire et le gestionnaire du réseau de transport au Royaume-Uni, issu du démantèlement de l'opérateur gazier britannique British Gas, par exemple. La création, au sein de chaque transporteur, d'une entité distincte de l'entité chargée de la fourniture de gaz, chargée de la gestion du réseau, et la séparation comptable de ces activités, seraient, selon le Conseil, de nature à garantir le bon fonctionnement de la concurrence. Comme pour le gestionnaire du réseau de transport de l'électricité, le Conseil a estimé qu'il conviendrait que les responsables de ces entités de gestion distinctes fassent l'objet d'une protection statutaire et que des sanctions pénales soient prévues à l'encontre des personnes physiques en charge des opérations de gestion qui divulgueraient des informations commercialement sensibles susceptibles de créer un désavantage pour les concurrents.

La définition du réseau comprend aussi les installations de stockage. Cependant, les installations de stockage ne sont pas soumises au principe d'accès des tiers au réseau, sauf, ainsi que l'exposent les déclarations interprétatives sur le 13 de l'article 2 de la directive, « *si un tel accès est techniquement nécessaire pour fournir un accès efficace au réseau de transport et/ou de distribution* ». Les futurs concurrents de GDF et certains clients éligibles revendiquent un droit d'accès aux installations de stockage. Ils prétendent qu'il s'agit d'infrastructures essentielles en l'absence desquelles l'ouverture à la concurrence ne pourra se faire, en raison de l'impossibilité des fournisseurs de répondre à la demande modulée selon les saisons de leurs clients industriels. Le Conseil a considéré qu'il n'était pas nécessaire de prévoir un droit d'accès systématique aux installations de stockage dans la loi, à l'exception de la part du stockage, limitée à 2 %, des capacités servant à l'équilibrage au jour le jour du réseau.

En effet, les installations de stockage sont utilisées, par les deux opérateurs nationaux GDF et Elf, pour emmagasiner l'été le gaz destiné à faire face à la demande de pointe de l'hiver et à prévenir les risques de rupture d'approvisionnement ; donc, les capacités disponibles dans les installations de stockage de GDF et d'Elf pour un éventuel accès aux tiers sont limitées. Par ailleurs, pour la satisfaction des clients éligibles, la fonction de modulation saisonnière ne semble pas « *techniquement* » nécessaire pour assurer un accès efficace au réseau de transport, conformément aux termes des déclarations interprétatives sur la directive gaz. En effet, le profil annuel de charges des consommateurs éligibles est assez plat et prévisible (à l'exception des cogénérations). En outre, il existe des alternatives au stockage, telles que le

³⁶⁹ Gaz du sud ouest

³⁷⁰ Compagnie Française du Méthane

recours à des prestations de modulation (Gazunie), les achats « *spot* », c'est-à-dire sur le marché à court terme, et, enfin, les contrats des clients dits « *interruptibles* ». Les installations de stockage sont, certes, des infrastructures difficilement reproductibles, à cause de leur coût, de la rareté des sites géologiques et des préoccupations environnementales ; il n'en résulte pas pour autant une impossibilité totale d'en aménager de nouvelles. Il existe sur le territoire français quelques sites « *déplétés* », c'est-à-dire d'anciens gisements qui pourraient être reconvertis en installations de stockage. Enfin, l'octroi *a priori* d'un droit d'accès ne peut être automatiquement considéré comme une condition préalable pour que s'opère une concurrence effective. Si une entreprise en position dominante doit s'abstenir de tout comportement anticoncurrentiel, elle n'est pas tenue de promouvoir activement la concurrence en accordant systématiquement à ses concurrents un droit d'accès aux installations qu'elle a construites pour elle. A cet égard, la Cour de justice des communautés européennes a estimé, dans un arrêt Oscar Bronner/Mediaprint, qu'un refus d'accès pouvait être justifié par l'existence d'un « *substitut réel ou potentiel même moins avantageux* » et même « *économiquement non rentable* ». Le Conseil a précisé qu'en cas de refus d'accès ou d'accès dans des conditions discriminatoires, il pourrait apprécier, au cas par cas, sur saisine des sociétés victimes, les éventuels abus de position dominante des deux détenteurs d'installations de stockage.

D'autres spécificités du secteur du gaz ont été soulignées par le Conseil : à l'existence d'engagements à long terme, les contrats « *take or pay* », l'ouverture minimale du marché, ainsi que le maintien du monopole d'importation de GDF pour les clients non éligibles.

La conjonction des besoins des pays importateurs de gaz et de l'importance des infrastructures nécessaires à l'exploitation du gaz ont conduit à la signature de contrats à long terme comportant des clauses appelées « *take or pay* ». Il s'agit de clauses de partage de risques entre les producteurs et les fournisseurs de gaz, par lesquelles l'acheteur de gaz prend un engagement à long terme d'acheter un certain volume de gaz vis-à-vis du fournisseur. Cet engagement trouve une contrepartie dans l'ajustement des prix livrés à la frontière sur la valeur du cours du pétrole. Lorsque l'acheteur ne peut enlever la quantité qu'il s'est engagé à acheter, il doit payer des pénalités de non enlèvement. Les contrats prévoient une certaine marge de manœuvre annuelle, généralement plus ou moins 10 % par rapport à la quantité convenue. C'est ainsi, par exemple, que, si l'acheteur enlève une quantité inférieure de 5 % à la quantité prévue, il paiera la somme relative à la quantité prévue et le fournisseur pourra lui restituer le surplus acheté et non enlevé lors d'une autre période. Ce mécanisme a été conçu pour garantir aux producteurs un débouché leur permettant d'engager les investissements d'infrastructure nécessaires à l'exploration et à l'exploitation des champs. De leur côté, les pays importateurs sont assurés d'être approvisionnés en gaz. L'ouverture du marché à la concurrence est de nature à restreindre les débouchés des opérateurs historiques ayant conclu ces contrats et, par conséquent, de les placer dans une situation financièrement insupportable. Les contrats « *take or pay* » servent de justification à une ouverture minimale du marché et au maintien du monopole d'importation pour les clients non éligibles de GDF.

Le Conseil a noté qu'il est important de veiller à ce que les engagements « *take or pay* » de l'opérateur dominant n'aboutissent pas à empêcher toute ouverture réelle du marché. Le régulateur devra donc, selon le Conseil, attentivement s'assurer de ce que GDF n'abuse pas de cette justification ; il pourrait faire le bilan de ces engagements et étudier avec GDF les possibilités de renégociation des contrats avec des marges de flexibilité plus importantes. L'éventualité d'une progression plus rapide du taux d'ouverture que celle *a minima* prévue par la directive, pourrait donc être laissée ouverte par le projet de loi de transposition. Un suivi régulier des engagements à long terme de GDF par le régulateur pourrait éventuellement permettre une modification des seuils d'éligibilité en fonction du développement progressif du marché du gaz.

S'agissant des monopoles d'importation et d'exportation de GDF, le Conseil est d'avis que la loi de transposition devrait prévoir expressément la fin des monopoles d'importation et d'exportation de GDF (Avis n° 99-A-15)³⁷¹.

9 - La Fédération de la formation professionnelle (FFP) a demandé au Conseil de préciser les règles et principes juridiques qui devraient présider à l'intervention des personnes publiques dans le secteur de la formation professionnelle.

L'article L. 900-1 du code du travail indique que l'Etat, les collectivités locales, les établissements publics, les établissements d'enseignement publics et privés, les associations, les organisations professionnelles, syndicales et familiales, ainsi que les entreprises, concourent à assurer la formation professionnelle.

L'offre de formation continue se partage entre les organismes publics ou parapublics, les prestataires du secteur privé à but lucratif, entreprises ou personnes exerçant à titre individuel et les organismes à but non lucratif.

La part des prestataires privés est de l'ordre de 69 à 78 %, selon la définition retenue. L'absence quasi-totale de réglementation de l'accès au marché a conduit à une explosion de l'offre des « *dispensateurs de formation* », selon les termes de la loi du 16 juillet 1971, à caractère individuel. Ces prestataires individuels réalisent globalement 5 % du chiffre d'affaires global de la branche. Les organismes publics et parapublics représentent environ 3 % des prestataires.

L'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes (AFPA), association de la loi de 1901 qui a été créée par un décret du 5 novembre 1945, est placée sous la tutelle du ministère de l'emploi et de la solidarité. Sa gestion associe l'Etat, les organisations professionnelles d'employeurs et les syndicats de salariés. Sa vocation première est la qualification des adultes et, en priorité, des demandeurs d'emploi. Elle doit permettre à des personnes faiblement qualifiées, ou dont la qualification initiale n'est plus adaptée, d'entretenir et de développer leur formation tout au long de leur vie. L'intervention de l'AFPA dans la politique générale de l'emploi est coordonnée et contractualisée avec les services de l'Etat.

Le code de l'éducation nationale rappelle que l'éducation permanente constitue une obligation nationale et qu'elle fait partie des missions des établissements d'enseignement. Elle doit, ainsi, offrir à chacun la possibilité d'élever son niveau de formation, de s'adapter aux changements économiques et sociaux et de valider les connaissances acquises. Pour la mise en œuvre de leur mission de formation continue, ainsi que de formation et d'insertion professionnelles, les établissements scolaires publics peuvent s'associer en groupements d'établissements (GRETA) ou constituer, pour une durée déterminée, un groupement d'intérêt public.

La quasi-totalité des chambres de commerce et d'industrie a développé, à partir des écoles de commerce, des actions de formation professionnelle continue. La formation mise en œuvre par les organismes consulaires est orientée vers les besoins des petites et moyennes entreprises.

Sur la question de principe de la compatibilité des interventions des organismes publics avec les règles de concurrence, le Conseil a relevé que, compte tenu des importantes externalités associées aux actions de formation, l'intervention directe de l'Etat n'était pas économiquement illégitime. De plus, le Conseil a rappelé qu'avant d'envisager une éventuelle pratique anticoncurrentielle d'un opérateur public, il convient d'établir que cet opérateur détient une position dominante sur un marché pertinent au sens économique de ce terme ou

³⁷¹ Annexe n° 119

agit dans le cadre d'une entente prohibée avec un autre opérateur, *a priori* en concurrence avec lui.

Le Conseil de la concurrence n'a pas, lorsqu'il intervient à titre consultatif, à délimiter les marchés pertinents pouvant être concernés par les questions d'ordre général qui lui sont posées dans ce cadre. Toutefois, s'appuyant sur les éléments d'analyse qu'il a coutume d'utiliser, et en prenant en compte, au cas d'espèce, le fait que la demande de formation s'élabore de plus en plus au niveau local, il ne peut être exclu que, pour tel type de prestations de formation professionnelle continue, un des opérateurs publics se trouve en position dominante localement.

S'agissant des pratiques qui pourraient être reprochées à de tels opérateurs, la demande de la FFP faisait également référence à des avantages dont bénéficieraient les organismes publics et qui leur permettraient d'apparaître, artificiellement, plus compétitifs : mise à disposition de moyens matériels et humains, en particulier pour les GRETA, taxes sur les salaires moins élevées, absence d'enregistrement des charges d'amortissement.

Le Conseil a observé que ces organismes, en raison de leur statut et de leur mission de service public, supportent des surcoûts que ne connaissent pas les entreprises privées. Ainsi, pour les GRETA, si la participation de personnels enseignants peut constituer un avantage, en revanche, leur maintien dans leur corps d'origine alourdit les charges de personnel. De la même façon, s'ils peuvent disposer librement de la part de leur trésorerie qui provient de leurs ressources propres, ils ne peuvent ni placer librement leurs ressources ni recourir à l'emprunt. Enfin, en matière fiscale, ces établissements ne peuvent récupérer la TVA, de telle sorte que leurs consommations intermédiaires supportent intégralement cet impôt.

En conclusion, le Conseil a souligné que certains organismes publics, ceux participant au « *service public de l'emploi* », sont des acheteurs de formation. Dès lors, il importe que la concertation qui existe entre toutes les catégories d'opérateurs publics et les politiques d'achat qui y sont mises en œuvre préserve la transparence et l'égalité entre les dispensateurs de formation, en prohibant toute orientation privilégiée vers la structure publique, à partir du moment où il existe deux offres concurrentes émanant d'un organisme privé et d'un organisme public de formation, de telle sorte que les mérites de chacun d'eux puissent être objectivement comparés (avis n° 00-A-31)³⁷².

³⁷² Annexe n° 140