

**Conseil de la concurrence**

**RAPPORT D'ACTIVITE 2001**

**17 juillet 2002**

# Sommaire

## PREMIÈRE PARTIE - RAPPORT D'ACTIVITÉ

### Titre I – Actualité

#### Chapitre I - Actualité des marchés

#### Chapitre II - Actualité du droit de la concurrence

#### Chapitre III - Actualité communautaire

1. Le règlement
2. Les concentrations
3. La nouvelle communication de la commission relative à la règle de minimis
4. L'aménagement du règlement d'exemption n° 240/96 sur les transferts de technologie

#### Chapitre IV - Activités multilatérales

1. La coopération au sein des institutions internationales
2. L'évolution des principaux thèmes fédérateurs du droit et de la politique de la concurrence au plan international
3. Le regroupement direct des autorités de concurrence en associations

### Titre II – Le Conseil de la concurrence

#### Chapitre I – Organisation et fonctionnement

1. Actualité du collège
2. Les ressources humaines
3. Le Budget

#### Chapitre II - L'activité du Conseil en 2001

#### Avertissement

1. Les affaires nouvelles
2. Les affaires traitées
3. Les délibérations du Conseil

#### 4. Les affaires en instance

### Titre III - Les recours contre les décisions du Conseil de la concurrence

#### Chapitre I - Les arrêts rendus par la cour d'appel de Paris au cours de l'année 2001

1. Sur la compétence du Conseil
2. Sur la procédure
3. Sur le fond
4. Sur les sanctions
5. Sur les décisions de respect d'injonctions prononcées par le Conseil

#### Chapitre II - Les arrêts rendus par la cour de cassation au cours de l'année 2001

1. Arrêts relatifs à des mesures conservatoires
2. Jurisprudence relative à la procédure
3. Jurisprudence relative au fond
4. Sur les sanctions

### Titre IV - Avis et décisions les plus notables

#### Chapitre I - Les principaux avis rendus en 2001

1. Les avis rendus sur différentes questions de concurrence
2. Les avis rendus en matière de concentration

#### Chapitre II – Les décisions contentieuses notables

1. Le cartel des formules de titre-restaurant
2. Les entraves à la concurrence dans le secteur de la répartition pharmaceutique
3. Le droit des restrictions verticales : évolution - révolution ?
4. Un non-lieu paradoxal : l'affaire de la mélasse et du rhum à la Réunion
5. Un exemple d'abus de position dominante dans le secteur de la santé : l'affaire Abbott
6. Droit de la concurrence et droit de la propriété intellectuelle : l'affaire Advanced Mass Memories c/ IOMEGA
7. Les pratiques de France Télécom en matière d'offres sur mesure

8. Les difficultés apparues lors de l'ouverture à la concurrence des communications téléphoniques locales

9. La diffusion par les chaînes de télévision diffusant du cinéma en paiement à la séance

## **DEUXIÈME PARTIE - ÉTUDES THÉMATIQUES**

Titre I - Le marché pertinent

Chapitre I - Les enjeux de la délimitation du marché pertinent

Chapitre II - Les critères : primauté à la substituabilité des produits ou services du point de vue des demandeurs

1. Marché de produits

2. Marché géographique

Chapitre III - Les méthodes : une approche essentiellement qualitative

1. Les éléments quantitatifs ne sont pas absents de l'analyse du Conseil

2. Les autorités de concurrence s'interrogent sur la systématisation de l'utilisation du test SSNIP (Small but significant non transitory increase in price)

Titre II - L'internationalisation de l'activité du Conseil de la concurrence

Chapitre I - Le Conseil de la concurrence face à l'internationalisation de l'économie : les enjeux

1. L'approche traditionnelle : la doctrine des effets

2. Internationalisation et droit des concentrations

3. Internationalisation et répression des pratiques anticoncurrentielles

4. Les effets du contexte commercial

Chapitre II - Les effets concrets de l'internationalisation

1. Des illustrations spectaculaires qui ne concernent que marginalement le Conseil de la concurrence

2. La mesure de l'internationalisation de l'activité du Conseil de la concurrence

Chapitre III - La réaction des pouvoirs publics

1. Les adaptations unilatérales

2. L'essor de la coopération internationale

### 3. Le cas particulier de l'Union européenne

#### Titre III - L'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles

##### Chapitre I - L'imputabilité entre société mère et filiale

##### Chapitre II - L'imputabilité de pratiques mises en œuvre dans le cadre d'agences décentralisées d'entreprises

##### Chapitre III - L'imputabilité en cas de transformation de l'entreprise

###### 1. Les principes applicables

###### 2. Leurs applications

##### Chapitre IV - Solutions particulières en cas de redressement et liquidation judiciaires de l'entreprise

###### 1. Cession de la totalité ou de partie des actifs de l'entreprise dans le cadre du redressement judiciaire ayant abouti à l'adoption d'un plan de cession

###### 2. Cession dans le cadre de la liquidation judiciaire

## **TROISIÈME PARTIE - ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE**

### Avertissement

#### Chapitre I - Questions de compétence, de procédure et de preuve

##### 1. Le champ de compétence du Conseil de la concurrence

##### 2. La prescription

##### 3. Le déroulement de la procédure

##### 4. La preuve des pratiques anticoncurrentielles

##### 5. La qualification des pratiques

##### 6. L'imputabilité des pratiques

#### Chapitre II - Les marchés pertinents

##### 1. La définition des marchés

##### 2. Le choix du marché pertinent

#### Chapitre III - Les ententes illicites

##### 1. La forme des ententes prohibées

2. Les participants aux ententes
3. Les ententes anticoncurrentielles

Chapitre IV - Positions dominantes, situations de dépendance économique et abus anticoncurrentiels

1. Les abus de position dominante
2. La situation de dépendance économique

Chapitre V - Les conditions d'application de l'article L. 420-4-I du code de commerce

1. Les pratiques résultant d'un texte
2. Les pratiques contribuant au progrès économique

Chapitre VI - Les pratiques de prix abusivement bas

Chapitre VII – La politique du Conseil en matière de sanctions

1. L'aspect correctif : les injonctions (voir aussi : mesures conservatoires)
2. L'aspect dissuasif : les sanctions pécuniaires et la publication des décisions

Chapitre VIII - Les avis rendus en matière de concentration

1. Contrôlabilité de l'opération
2. La délimitation des marchés de produits
3. Bilan concurrentiel
4. Les décisions du ministre

#### **QUATRIÈME PARTIE - RAPPORT DU MINISTRE DE L'ÉCONOMIE**

- I. Les décisions comportant des injonctions de publication
- II. Le suivi des injonctions
- III. L'exécution des sanctions pécuniaires

#### **CINQUIÈME PARTIE - TEXTES**

Livre IV du code de commerce "De la liberté des prix et de la concurrence"

Articles de l'ordonnance n° 86-1243 n'ayant pas été abrogés

Livre IX du code de commerce "Dispositions relatives à l'outre-mer"

Décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence et du livre IV du code de commerce

Décret n° 87-849 du 19 octobre 1987 relatif aux recours exercés devant la cour d'appel de Paris contre les décisions du Conseil de la concurrence

Règlement intérieur du Conseil de la concurrence en vigueur au 31 décembre 2001

Composition du Conseil de la concurrence à partir du 15 novembre 2001

Décisions du 26 novembre 2001 portant affectation des membres du Conseil de la concurrence

Arrêtés portant nomination d'un commissaire du Gouvernement auprès du Conseil de la concurrence

Charte de déontologie

Par délibération en date du 24 avril 2002, 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 mentionnées 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.

## Éditorial

*Ce quinzième rapport annuel se situe dans la perspective de rénovation de ses outils de communication engagée par le Conseil l'année dernière.*

*Il en parachève l'évolution en rassemblant dans un premier tome le rapport d'activité, des études thématiques, l'analyse de la jurisprudence, le rapport du Ministre de l'économie sur l'exécution des décisions du Conseil ainsi que les textes qui régissent son activité. Les avis et décisions rendus au cours de l'année 2001 sont repris intégralement dans un deuxième tome. Cette présentation vise à rendre compte sous une forme immédiatement accessible de l'ensemble des activités du Conseil ainsi que de l'actualité de la concurrence en 2001. S'agissant de la jurisprudence, on notera, le souci de faire apparaître plus distinctement, les décisions particulièrement importantes ou innovantes de l'année puisqu'elles font l'objet d'un commentaire approfondi et séparé de la partie plus classique qui analyse systématiquement l'ensemble des décisions et avis.*

*On relèvera aussi que le rapport que le Ministre de l'économie fait chaque année sur l'exécution des décisions du Conseil a été replacé dans cette première partie car il constitue un élément important d'appréciation de l'action du Conseil et de son effectivité. À cet égard, on ne peut que se réjouir du suivi extrêmement attentif exercé par les services de la DGCCRF qui explique d'ailleurs le taux très satisfaisant d'exécution des décisions du Conseil.*

*Bien des thèmes sont abordés cette année dans ce rapport. L'actualité du droit de la concurrence est extrêmement riche et renouvelée et les lecteurs trouveront ici maints sujets d'intérêts, d'étude ou de réflexion.*

*Deux points, toutefois, méritent une attention particulière :*

*En premier lieu, le développement des activités internationales dans le secteur de la concurrence. On entend par-là, bien entendu, d'abord l'actualité communautaire : après le projet de modernisation du règlement 17, l'année 2001 a vu rebondir de manière extrêmement intéressante le débat sur le contrôle des concentrations. Mais ce qui apparaît remarquable surtout, c'est la montée en puissance du thème de la concurrence dans un certain nombre d'enceintes internationales : OCDE, CNUCED, OMC, alors que, dans le même temps, un certain nombre d'autorités nationales de concurrence se regroupent en associations. On trouvera ici un certain nombre d'éléments de réflexion sur ce phénomène qui est inéluctablement lié à l'interpénétration des marchés et à l'internationalisation des activités des entreprises.*

*En second lieu, ce rapport rend compte de manière détaillée des réformes qui ont été entreprises dans l'organisation administrative du Conseil de la concurrence.*

*Cette action de modernisation qui n'est pas encore totalement achevée, a porté sur deux points : d'une part, l'acquisition de la plus grande autonomie de gestion possible afin d'exercer un réel pouvoir de choix et de décision sur les moyens et les ressources affectés au Conseil ; d'autre part, le renforcement de l'encadrement des tâches d'instruction grâce à la création de deux postes de rapporteurs généraux adjoints et de cellules spécialisées de*

*soutien au travail des rapporteurs : cellule juridique, économique, sectorielle et méthodologique. La création d'un service de la formation répond au même objet.*

*Cette action de réforme et sa réussite sont d'une importance majeure. Comme toute institution, le Conseil qui vient de fêter ses quinze ans, est un organisme vivant. Il lui appartient de s'adapter en permanence à son environnement. Ce qui est en cause ici, c'est la capacité de l'institution à répondre de manière satisfaisante, en qualité et en quantité, à la demande croissante dont elle est l'objet de la part des pouvoirs publics et des entreprises. C'est aussi sa capacité à pouvoir dialoguer de manière utile avec ses homologues étrangers.*

*Bien d'autres sujets d'intérêt attendent le lecteur au fil de ce rapport que je lui laisse maintenant la joie de découvrir.*

*Marie-Dominique Hagelsteen*

# Première partie : Rapport d'activité

## Titre I - Actualité

### Chapitre I - Actualité des marchés

La durée d'instruction d'un dossier peut être longue. C'est pourquoi l'analyse des décisions rendues sur une année ne donne que peu d'informations récentes sur les marchés. En revanche, les demandes de mesures conservatoires (procédure d'urgence) et les demandes d'avis sont de bons indicateurs de l'actualité économique.

Comme les années précédentes, le secteur des télécommunications est le premier sur lequel l'attention du Conseil a été mobilisée en 2001. La mise en place de nouvelles étapes du processus d'ouverture à la concurrence a, en effet, été à l'origine de demandes d'avis adressées au Conseil et de nouveaux contentieux entre l'opérateur historique et les nouveaux entrants.

En premier lieu, le code des postes et des télécommunications a été modifié par l'ordonnance n° 2001-670 du 25 juillet 2001 et mis ainsi en conformité avec les directives européennes. Le Conseil a pu constater l'alignement des dispositions de ce code concernant les opérateurs exerçant une influence significative sur le marché avec celles du droit européen. La disposition introduite à cette occasion dans la législation française, qui oblige France Télécom à orienter vers ses coûts le prix de l'accès à son réseau pour les fournisseurs de services de télécommunications, a constitué pour le Conseil un élément d'analyse important qu'il a utilisé dans une demande de mesures conservatoires. Dans cette affaire, la société Kosmos, fournisseur de cartes téléphoniques prépayées, soutenait ne pas être en mesure de s'aligner sur les prix de détail pratiqués par France Télécom pour ce type de services, compte tenu à la fois du niveau très bas de ces prix et des coûts d'accès au réseau facturés par France Télécom (décision [01-MC-07](#)).

En deuxième lieu, le mode de tarification des appels fixes vers mobiles a été aligné sur celui de l'ensemble des télécommunications à compter du 1<sup>er</sup> novembre 2000, France Télécom fixant désormais les tarifs alors qu'ils étaient auparavant fixés par les opérateurs mobiles. À la même date, la sélection et la présélection du transporteur ont été rendues possibles pour ce type d'appels. Cette nouvelle étape visait à ouvrir la voie à la baisse des tarifs des communications fixes vers les mobiles, qui étaient, jusque-là, restés très élevés. Ces changements ont motivé une demande d'avis du ministre de l'économie sur les principes devant encadrer la tarification par France Télécom des appels au départ de son réseau vers des réseaux tiers, car les situations dans lesquelles un abonné de France Télécom appelle un abonné d'un autre opérateur de boucle locale, qu'il soit mobile ou fixe, sont appelées à se multiplier (avis [01-A-01](#)).

L'ouverture, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2002, de la sélection et de la présélection des appels locaux (intra zone locale de tri), constitue une troisième étape importante du processus d'ouverture à la concurrence, soumise à la réflexion du Conseil dans le cadre d'une demande de mesures conservatoires. Dans cette affaire, les sociétés Cégétel et Télé2 ont accusé France Télécom de bloquer cette ouverture en commercialisant des offres couplant les

communications locales et l'abonnement, sur lequel l'opérateur historique reste en quasi-monopole en raison de sa maîtrise de la boucle locale (décision [01-MC-06](#)).

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 en ce qui concerne la persistance des ententes de répartition de marché entre les soumissionnaires aux appels d'offres publics.

Sur ce dernier 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 troisième partie-chapitre VII), 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 une pratique coûteuse pour les finances publiques et qui prive l'économie française d'incitations à l'effort de productivité dans un certain nombre de secteurs.

## Chapitre II - Actualité du droit de la concurrence

L'année 2001 a été marquée par le vote et l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, dite "*loi NRE*". Les réformes essentielles du droit de la concurrence introduites par cette loi ont déjà, pour des raisons de chronologie, été commentées dans le rapport du Conseil pour l'année 2000.

Toutefois, il convient de revenir sur quelques considérations relatives à l'entrée en vigueur de cette loi et, notamment, sur son article 94 qui précise que "*les dispositions de l'article 69 et celles de l'article 73, en ce qu'elles concernent le I de l'article L. 464-2 du code de commerce, ne s'appliquent pas aux affaires pour lesquelles une saisine du Conseil de la concurrence a été effectuée antérieurement à l'entrée en vigueur de la présente loi*".

En ce qu'elle vise l'article 69 relatif à la procédure dite "*simplifiée*", cette disposition n'appelle pas de commentaire particulier. En revanche, un approfondissement est nécessaire, à l'égard de l'article 73 qui relève le plafond des sanctions pécuniaires que peut prononcer le Conseil de la concurrence dans les termes suivants "(...) *si le contrevenant n'est pas une entreprise, le maximum de la sanction peut s'élever à 3 millions d'euros et, s'il s'agit d'une entreprise, le montant maximum de la sanction peut atteindre 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre*".

L'article 94 précité devrait conduire à appliquer ces dispositions aux faits dont le Conseil a été saisi postérieurement au 18 mai 2001, date de l'entrée en application de la loi NRE. Cependant, le principe de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère énoncé, notamment, par les articles 6 et 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, ainsi que par l'article 15-1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, s'oppose à ce que le Conseil puisse faire application de la réforme du plafond des sanctions aux faits commis antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi.

Il convient, par conséquent, de préciser dans quels cas le Conseil pourra faire application des dispositions plus répressives de la loi NRE et, dans quels cas il devra continuer à appliquer les dispositions du livre IV du code de commerce, dans leur rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la loi.

Dans ce cadre, comme en matière pénale, une distinction entre pratiques anticoncurrentielles à caractère instantané ou continu est nécessaire.

Pour mémoire, une infraction continue, dite aussi "*successive*", consiste dans un état délictueux susceptible de se prolonger dans le temps (par exemple, la poursuite de l'application d'un barème de prix).

L'importance de la distinction entre infraction continue et immédiate réside, d'une part, dans le calcul du point de départ de la prescription. En effet, cette dernière ne peut courir vis-à-vis d'une infraction continue, qu'à partir du jour où l'état délictueux a pris fin. D'autre part, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale nouvelle plus sévère se trouve écarté quand il s'agit d'une infraction continue. En conséquence, une loi nouvelle plus sévère s'appliquera à l'infraction continue quand bien même cette infraction aurait commencé avant sa promulgation, si elle ne prend fin qu'après (Cour de cassation, ch. Crim, 23 déc. 1925).

En pratique, l'application combinée de ces différents principes se traduit de la façon suivante :

#### *Pratique anticoncurrentielle à caractère instantané*

Si la pratique et la saisine du Conseil sont antérieures à l'entrée en vigueur de la loi, le code de commerce dans sa version antérieure à la loi NRE reste applicable.

Si la pratique a eu lieu antérieurement au 18 mai 2001 et la saisine du Conseil postérieurement, le code de commerce dans sa version antérieure à la loi NRE reste applicable.

Si la pratique et la saisine du Conseil sont postérieures à l'entrée en vigueur de la loi, la loi applicable est celle du 15 mai 2001.

#### *Pratique anticoncurrentielle à caractère continu*

Si la pratique anticoncurrentielle continue et la saisine du Conseil sont antérieures à l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001, même si les faits se poursuivent encore après la saisine, la loi applicable est celle du code de commerce dans sa version antérieure à la loi NRE, conformément à l'article 94 de la loi du 15 mai 2001.

Si, d'une part, la pratique anticoncurrentielle continue a débuté avant le 18 mai 2001 et qu'elle se poursuit postérieurement à cette date et si, d'autre part, la saisine du Conseil a eu lieu après le 18 mai, l'application combinée de la jurisprudence de la Cour de cassation précitée et de l'article 94, conduit à appliquer les dispositions de la loi du 15 mai 2001.

Si la pratique anticoncurrentielle a débuté postérieurement à la nouvelle loi, cette dernière est applicable.

Les principes ainsi définis ont donné lieu à une première application à l'occasion de l'examen du dossier relatif aux taxis à Saint-Laurent-du-Var (décision [01-D-32](#)) : "*Considérant que les infractions retenues ci-dessus ont été commises antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques ; que, par suite, les dispositions introduites par cette loi à l'article L. 464-2 du code de commerce, en ce qu'elles sont plus sévères que celles qui étaient en vigueur antérieurement, ne leur sont pas applicables*".

## **Chapitre III - Actualité communautaire**

Les travaux d'aménagement des principaux textes d'application du droit européen de la concurrence se sont poursuivis activement au cours de l'année 2001 dans la perspective, notamment, du prochain élargissement de la Communauté. Il convient, en effet, de disposer dans les meilleurs délais, d'outils adaptés au traitement d'un nombre d'affaires sensiblement plus élevé sans perdre en cohérence ou en efficacité et sans porter atteinte à la sécurité juridique. Quatre réformes ont été particulièrement discutées en 2001.

### **1. Le règlement 17**

La réforme du règlement 17, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité de Rome, a donné lieu à des débats importants sur la cohabitation du droit communautaire et des droits nationaux, lorsque les pratiques considérées "*sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres*", et sur le fonctionnement en réseau des autorités de la concurrence communautaire et nationales. Parmi les autres questions également débattues, il convient de mentionner l'autonomie des États membres en matière de procédure et son incidence sur la cohérence des résultats obtenus (type de décisions pouvant être prises, règles de clémence et de sanction, règles de prescription...), ainsi que l'autonomie du juge national par rapport aux décisions ou aux "*intentions*" de la Commission.

Le Conseil des ministres de l'industrie, qui s'est réuni le 5 décembre 2001, a demandé que les travaux soient poursuivis activement afin qu'ils soient menés à leur terme à la fin de l'année 2002. Il a de même validé l'orientation visant "*une règle du jeu égale pour tous*" (pour la Commission comme pour les États membres) ainsi que celle qui touche le traitement en réseau des affaires communautaires et il a approuvé les principes généraux de coopération au sein de ce réseau.

### **2. Les concentrations**

Dans le domaine des concentrations, la Commission a publié juste avant la fin de l'année un livre vert qui examine les premiers effets de la réforme réalisée en mai 1997 (règlement 1310/97 du 30 juin 1997 entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1998) et qui envisage des aménagements sous trois rubriques différentes :

- le champ de la compétence ;
- les questions de fond ;
- les questions de procédure.

Sur le premier point, l'interrogation essentielle porte sur une meilleure définition des concentrations de dimension ou d'intérêt communautaire. La réforme de 1997 avait insisté sur

le critère des chiffres d'affaires réalisés dans un certain nombre de pays mais il ne semble plus possible de raffiner cette analyse. La Commission propose purement et simplement d'introduire le critère de la multinationation aux termes duquel, lorsqu'une concentration est notifiée dans au moins trois pays (sur la base du droit national), ladite concentration relève du droit communautaire. Cette proposition est assortie d'une libéralisation du mécanisme permettant de renvoyer une affaire à une autorité nationale (article 9 de la réglementation actuelle), parallèlement à l'assouplissement du mécanisme de l'article 22-3 qui permet à des autorités nationales de renvoyer un cas à la Commission. Le débat est également ouvert sur une définition plus précise des concentrations (participation minoritaire, alliance stratégique, entreprises communes qui ne sont pas de plein exercice, actionnariat de capital-risque, etc.).

Pour ce qui est des questions de fond, la plus importante concerne les tests mis en œuvre par les autorités européennes et américaines pour l'évaluation des concentrations (test de dominance, d'une part, et test de "*substantial lessening of competition*", d'autre part) ; il s'agit de procéder à l'examen de leurs différences réelles et d'évaluer l'intérêt qu'il y aurait à modifier l'approche communautaire. Le deuxième point d'importance porte sur l'élaboration d'une règle *de minimis* qui, tirant parti de l'expérience récemment acquise par la Commission au travers de sa pratique du traitement simplifié d'un certain nombre de notifications, permettrait de conclure à une absence d'effets sur les échanges.

Enfin, en matière de procédure, de multiples points sont soulevés qui portent sur des thèmes sensibles comme le calcul des délais, la suspension des opérations de concentration, la procédure des engagements offerts par les entreprises, leur réalisation et leur contrôle ou la mise en place éventuelle d'une redevance à la charge des entreprises.

Le Conseil de la concurrence, pour sa part, a indiqué au Gouvernement qu'il était favorable à un changement de teste, surtout pour éviter les interprétations parfois excessives du concept de "*position dominante*" à laquelle la Commission est obligée de recourir. Mais, pour le Conseil, l'essentiel n'est pas tant le teste que la nécessité d'introduire en droit communautaire la prise en compte du "*progrès économique*" qui doit permettre, comme le fait le droit français, de décider du sort d'une concentration sur la base d'un bilan entre ses avantages et ses inconvénients et non pas, comme le fait obligatoirement aujourd'hui la Commission, au vu de ses seuls inconvénients.

### **3. La nouvelle communication de la commission relative à la règle *de minimis***

La règle *de minimis* permet de considérer que le droit communautaire de la concurrence n'est pas applicable à certaines affaires qui, bien que révélant éventuellement une restriction de concurrence et susceptible d'affecter le commerce entre États membres, sont d'une importance économique extrêmement réduite.

Après avoir distingué effet sur le commerce entre États et effet sur la concurrence, la communication se concentre exclusivement sur le second point et relève les seuils de sensibilité respectivement à 10 et 15 % de parts de marché pour les restrictions horizontales ou verticales.

Les PME ne se voient plus reconnaître un traitement particulier (on se contente de mentionner que leurs pratiques en général n'ont pas d'effet sur les échanges intracommunautaires) et la non application de la règle *de minimis* en cas de clause noire est intégralement maintenue.

#### **4. L'aménagement du règlement d'exemption n° 240/96 sur les transferts de technologie**

Après avoir posé, en termes assez généraux, la question des relations entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle, le document soumis à consultation s'interroge sur l'intérêt qu'il y aurait à étendre le champ du règlement au-delà des accords de licence ou de transfert de savoir-faire pour prendre en compte, d'une part, les accords portant sur le *copyright*, les marques, les dessins et autres droits d'auteurs et, d'autre part, de nouveaux types d'accords comme les accords de "pooling".

Il pose aussi la question de la distinction entre les accords conclus entre concurrents potentiels et les accords conclus entre entreprises non concurrentes avec les conséquences qui pourraient en être tirées pour l'élaboration de listes de clauses noires et la fixation de seuils.

### **Chapitre IV - Activités multilatérales**

En 2001, les activités multilatérales en matière de droit et politique de la concurrence ont poursuivi la tendance observée depuis déjà deux ou trois ans visant au resserrement des relations entre autorités de concurrence pour répondre aux défis de la "globalisation". La coopération au sein des organisations internationales s'est traduite par une avancée importante au sein de l'une d'entre elles, l'Organisation mondiale du commerce en novembre 2001, tandis que se sont renforcés au plan international les travaux sur les thèmes fédérateurs du droit de la concurrence et que s'est manifestée une nouvelle forme d'activité internationale : le regroupement direct en associations *ad hoc* des autorités de la concurrence.

#### **1. La coopération au sein des institutions internationales**

Trois organisations internationales permettent aux autorités nationales de concurrence de traiter complémentirement les problèmes posés par des pratiques anticoncurrentielles susceptibles d'affecter à des degrés divers les échanges et le commerce international : l'Organisation de coopération et développement économique (OCDE), l'Organisation des Nations-Unies (ONU) et l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Ces trois organisations ont tenu, en 2001, des réunions complémentaires sur les principales questions soulevées par l'existence et l'application d'un droit et d'une politique de la concurrence tant dans un cadre national que régional ou international.

À l'OCDE, le Comité de la concurrence, présidé par M. Jenny, vice-président du Conseil de la concurrence, constitue un forum d'échanges d'informations ainsi qu'un laboratoire de recherche et de réflexion sur les politiques de concurrence mises en œuvre par les États membres. En 2001, le Comité de la concurrence a accentué ses réflexions sur les aspects internationaux de la politique de la concurrence, soulignant en particulier l'importance et l'utilité du développement d'une coopération internationale active dans le domaine du contrôle des concentrations. Deux axes ont été privilégiés : les problèmes soulevés par l'examen "*multi-juridictionnel*" des concentrations internationales et l'application de la politique de la concurrence à des secteurs d'activités spécifiques. Les thèmes traités à l'occasion de tables-rondes, auxquelles des représentants du monde des affaires ont été conviés, ont porté sur l'incidence de l'information sur les prix et de la transparence sur le processus concurrentiel, sur les effets de portefeuille dans les fusions conglomerales, sur l'accès aux réseaux locaux câblés de télévision, aux aides d'État et aux télécommunications.

En outre, s'est poursuivi l'examen de la réforme réglementaire qui a concerné en 2001 la République Tchèque, la Pologne, le Canada et le Royaume-Uni.

Afin de créer un dialogue régulier et une confrontation d'expériences entre pays de l'OCDE et pays non-membres, l'OCDE a lancé en 2001 le cycle des *"Forums globaux"*. Une quinzaine de pays en développement de quatre continents ont été conviés au premier Forum global, qui s'est tenu en octobre 2001. Le secrétaire-général de la CNUCED en a prononcé le discours d'ouverture.

Dans le cadre de l'ONU (CNUCED), a été institué un Groupe intergouvernemental d'experts (GIE) sur la concurrence. La *"Loi-Modèle"* préconisée par l'ONU pour la poursuite des pratiques anticoncurrentielles dans les pays en développement a été complétée par un nouveau chapitre portant sur le thème des relations entre les autorités en charge de la concurrence et les autorités sectorielles et organismes indépendants chargés de la réglementation. Deux tables-rondes ont été également organisées sur la coopération entre autorités de concurrence en matière de contrôle des fusions ainsi que sur les relations entre propriété intellectuelle et droit de la concurrence.

Au sein de l'OMC, le groupe de travail sur l'interaction du commerce international et de la politique de la concurrence, présidé par M. Jenny, vice-président du Conseil de la concurrence, a poursuivi son travail d'inventaire sur la pertinence, au regard de 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. Ce groupe a permis de préparer la Conférence de Doha du 14 novembre 2001 qui a défini les thèmes des futures négociations : *"Principes fondamentaux en matière de concurrence, y compris transparence, non-discrimination et équité au plan de la procédure, dispositions relatives aux ententes injustifiables, modalités d'une coopération volontaire, soutien en faveur du renforcement progressif des institutions chargées de la concurrence dans les pays en développement au moyen du renforcement des capacités"*.

## **2. L'évolution des 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 viennent structurer les débats internationaux en matière de concurrence.

### **2.1. LA CONTRIBUTION DU DROIT ET DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE AU DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE**

Avec les résultats de la Conférence de Doha, la thématique de la contribution du droit de la concurrence au développement économique est devenue une préoccupation centrale, tant à l'OCDE qu'à l'OMC ou à la CNUCED : comment veiller à ce que le droit de la concurrence et les institutions destinées à sa mise en œuvre exercent une influence vertueuse en particulier dans les pays en développement et notamment dans les pays les moins avancés ? Le degré de concentration des économies des pays en développement étant particulièrement élevé, ces pays sont confrontés – souvent sans contre-pouvoir réglementaire - à des formes multiples de positions dominantes, voire de monopoles privés ou de monopoles publics en cours de transfert au secteur privé. Même lorsque les marchés ne sont pas monopolistiques, il existe des risques de collusion à cause du faible nombre d'opérateurs effectivement présents. Les

souçons de pratiques anticoncurrentielles locales ou internationales (en particulier de répartition des marchés des pays pauvres entre grandes entreprises) sont ainsi de plus en plus importants dans les pays en développement. De même souvent, les mouvements de fusions et acquisitions ne font pas l'objet, dans ces pays, des analyses et enquêtes qui seraient appropriées pour veiller à l'instauration ou à la préservation de la concurrence au regard des circonstances locales ou régionales de fonctionnement de leurs marchés.

Pour garantir pleinement les effets de la libéralisation des échanges économiques, le droit de la concurrence doit pouvoir 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.

## **2.2. UNE LUTTE RENFORCÉE CONTRE LES EFFETS NOCIFS DES CARTELS, EN PARTICULIER VIS À VIS DES CARTELS INTERNATIONAUX**

Dans une recommandation de 1998, l'OCDE avait procédé à l'identification des cartels internationaux "*injustifiables*" et invité l'ensemble des pays membres à renforcer leur dispositif de lutte contre ces cartels. Depuis, l'analyse des effets de ces cartels a démontré leur nocivité particulière, tout spécialement lorsqu'ils sont mis en œuvre sur une échelle planétaire. Le Comité de la concurrence de l'OCDE a retenu cinq domaines de réflexion et d'action prioritaire pour les autorités de concurrence des pays développés : la mesure précise et le recensement le plus exhaustif possible des surcoûts et autres dommages imposés par les cartels à nos économies, l'impact effectif des restrictions de ces cartels sur la coopération internationale en matière de concurrence, les conditions d'une coopération optimale notamment par la combinaison des instruments disponibles ou à développer sur le plan bilatéral, régional et multilatéral, la définition des instruments d'enquête les plus efficaces ainsi que la mesure et la définition des sanctions optimales.

De son côté, la conférence de Doha a conclu à la priorité de l'action contre les cartels internationaux dans un futur cadre multilatéral.

Par ailleurs, le 3<sup>e</sup> atelier anti-cartel des autorités de concurrence s'est tenu à Ottawa au mois de novembre 2001. Il a poursuivi l'examen, initié au cours des ateliers de Washington et de Brighton, des difficultés liées à l'absence de conventions internationales organisant la coopération entre autorités de concurrence. La réflexion a également porté sur les techniques permettant d'améliorer la preuve (par exemple le recours à la notion de "*preuve économique*").

## **3. Le regroupement direct des autorités de concurrence en associations**

Les ateliers anti-cartels dont il vient d'être question ont constitué, depuis 1999, une première manifestation du besoin rencontré par les autorités de concurrence de se concerter directement, en dehors des organisations internationales intergouvernementales.

L'année 2000 a vu le lancement, à Rome, de l'ECA, association des autorités européennes de concurrence, qui réunit à la fois les autorités nationales des États membres de l'Union européenne et la Commission. En 2001, l'ECA a tenu ses deux premières réunions internationales, à Amsterdam et à Dublin. Lors de cette dernière réunion, les autorités de concurrence ont adopté une recommandation sur les principes gouvernant la clémence.

Par ailleurs, l'année 2001 a vu la naissance d'une association internationale d'autorités de la concurrence, appelée ICN (International Competition Network) qui a vocation à être un lieu d'échanges informel. Membre du comité de direction de l'ICN, le Conseil de la concurrence participe activement à ce courant "*associatif*".

L'objectif de ces structures est de favoriser le partage d'expériences, notamment au profit d'autorités plus jeunes et moins expérimentées. Cette activité "*associative*", même si elle comporte naturellement certaines limites, constitue un complément précieux aux initiatives et aux actions des autorités gouvernementales.

# Titre II - Le Conseil de la concurrence

## Chapitre I – Organisation et fonctionnement

### 1. Actualité du collège

Au cours de l'année écoulée, certains changements sont intervenus dans la composition du Conseil de la concurrence : M. Pierre Cortesse, vice-président, qui était membre du Conseil depuis sa création, a demandé à être déchargé de ses fonctions pour raisons personnelles. Il a été remplacé par un autre magistrat de la Cour des comptes, M. Philippe Nasse. Ce dernier était déjà membre du Conseil. L'expérience dont il fera bénéficier le Conseil s'appuie également, et notamment, sur une formation économique, une longue carrière à l'INSEE, et d'anciennes fonctions de directeur de la prévision au ministère des finances. Comme M. Cortesse, M. Nasse présidera la section I du Conseil et siègera dans les sections III A et III B ainsi qu'à la commission permanente. En tant que membre du Conseil, il a été remplacé par M. André Gauron, également conseiller maître à la Cour des comptes et économiste. Me Jean-Pierre Sloan, avocat à la Cour, qui a également, au cours de l'année 2001, demandé à être déchargé de ses fonctions pour raisons personnelles, a été remplacé par Me Christian Charrière-Bournazel, avocat à la Cour.

Une modification du règlement intérieur, des règles nouvelles relatives à la répartition des dossiers entre les sections et la création d'une section supplémentaire sont destinées à assurer un meilleur respect des règles du procès équitable. Depuis novembre 2001, par suite du dédoublement de la section III en section III A et section III B, le Conseil comprend cinq sections. Jusqu'à cette date, les affaires revêtant une importance particulière étaient examinées en formation plénière ou par la section III, dans laquelle siégeaient la totalité des présidents, mais non tous les membres. Désormais, les membres du Conseil se répartissent entre ces deux sections, chacune d'elles comprenant la présidente et les vices-présidents. Par ailleurs, le règlement intérieur a été modifié de façon à ce que les saisines d'office puissent être prononcées par une quelconque des formations du Conseil et non plus seulement par la commission permanente (qui réunit l'ensemble des présidents) ou la formation plénière. Sur la base de cette nouvelle organisation, les formations qui prononcent des saisines d'office, celles qui rendent des avis sur des pratiques précises, celles qui se prononcent sur des demandes de mesures conservatoires et celles qui prononcent des sanctions au fond ne comporteront pas les mêmes membres et seront présidées par des présidents différents, ce qui garantira le respect des règles d'impartialité.

Le Conseil, au cours d'une séance plénière qui s'est tenue au mois de juillet 2001, s'est, par ailleurs, doté d'une charte de déontologie. Celle-ci a vocation à s'appliquer aux membres du collège mais aussi, après que les représentants du personnel auront été consultés sur son contenu, au personnel des services. Son texte figure dans la quatrième partie du présent rapport. Les dispositions qu'elle contient visent plusieurs objectifs : garantir l'impartialité des personnes appelées à traiter les dossiers de concurrence, éviter un usage illicite des informations confidentielles que ces dossiers peuvent contenir et, plus généralement, protéger l'image de l'institution.

## **2. Les ressources humaines**

### **2.1. LA RÉFORME DU STATUT ADMINISTRATIF DU CONSEIL**

Comme annoncé dans le rapport annuel précédent, l'année 2001 a vu la mise en place de la première étape d'une réforme qui vise à identifier clairement les moyens humains dont dispose le Conseil et à en confier la gestion à sa présidente. Jusqu'en 2001, le chapitre 37-05 de la loi de finances ne comportait que des crédits de fonctionnement ; par ailleurs, 16 emplois du ministère étaient identifiés comme des emplois de rapporteur (alors qu'en réalité, plus de 35 rapporteurs avaient été nommés) mais ces emplois étaient inscrits sur les crédits de rémunération de l'administration centrale du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie ; outre ces 16 emplois, le budget de l'administration centrale prévoyait également les emplois des différents responsables hiérarchiques de l'institution. La loi de finances pour 2001 a procédé à deux innovations : en premier lieu, les emplois spécifiquement consacrés au Conseil de la concurrence sont désormais inscrits au chapitre 37-05 qui rassemble les moyens de cette autorité ; en second lieu, une partie des personnes travaillant au Conseil dans le cadre d'une simple mise à disposition décidée par le ministère ont vu leur emploi transféré officiellement au Conseil et figurer également, en conséquence, au chapitre 37-05. Ce dernier comportait ainsi en 2001 des crédits pour 42 emplois.

Ce chiffre reste cependant encore éloigné de la réalité puisque le nombre réel d'agents travaillant au Conseil s'est établi entre 110 et 120 selon les périodes. Aucun document ne retraçait encore, en 2001, la liste des emplois réels sur lesquels le Conseil pouvait compter, ce qui a continué à rendre la gestion des ressources humaines difficile et ce qui ne permet pas, dans le cadre de ce rapport annuel, d'indiquer simplement à partir des documents budgétaires si les moyens humains du Conseil ont été en augmentation ou en diminution. Le nombre de rapporteurs a augmenté légèrement, pour se situer aux environs de 38 personnes théoriques (mais des emplois vacants existent en permanence). Les départs d'agents administratifs ont été assez nombreux et leur remplacement s'est révélé très difficile à opérer, faute de candidats en nombre suffisant venant de l'administration du ministère des finances. En 2001, pratiquement aucun emploi d'agent ne figurait au budget propre du Conseil, qui ne pouvait donc compter que sur des mutations en provenance du ministère.

Ainsi, le souci de transparence comme la nécessité de recruter les agents correspondant aux besoins, supposaient que l'évolution amorcée en 2001 se poursuive en 2002. Le prochain rapport annuel rendra compte de ce qui aura été accompli mais, d'ores et déjà, il est possible de relever que la loi de finances pour 2002 a amplifié le transfert d'emplois : le nombre d'emplois inscrit au chapitre 37-05 est passé de 42 à 121, progression qui ne peut évidemment pas être interprétée comme une augmentation des moyens mais comme une simple régularisation. En ce qui concerne les agents des services administratifs, faute de référence connue dans le passé, il n'est pas possible de savoir si une augmentation, une diminution ou une stabilité de l'effectif théorique ont été ainsi consacrées. Les effectifs réels ont décliné en fin d'année 2001, du fait de départs non remplacés. Le nouveau dispositif devrait cependant faciliter le recrutement de fonctionnaires issus d'autres ministères. En ce qui concerne les effectifs de rapporteurs, la situation est plus claire : leur effectif théorique passera de 38 en 2001 à 42 en 2002. Quelques rapporteurs et chargés de mission demeureront cependant encore rémunérés par l'administration centrale du ministère.

## 2.2. L'ORGANISATION DES SERVICES

Du côté des services, l'année 2001 a été marquée par un renforcement de l'encadrement supérieur, prélude à une augmentation des effectifs des services d'instruction prévue pour 2002. C'est ainsi que deux rapporteurs généraux adjoints assistent le rapporteur général dans ses tâches d'animation et de contrôle de l'instruction des dossiers ainsi que dans l'exercice des missions propres qui lui sont désormais confiées par la loi. Chacun des deux rapporteurs généraux adjoints est en outre chargé de diriger une cellule spécialisée. Mme Valérie Michel-Amsellem, magistrate et rapporteure générale adjointe est chargée de la cellule juridique ; Mme Nadine Mouy, administrateur civile et rapporteure générale adjointe est chargée de la cellule économique. S'agissant des fonctions de direction qu'il exerce sous l'autorité de la présidente du Conseil, le rapporteur général est assisté d'une secrétaire générale, Mme Michèle Litvak, attachée d'administration centrale, ainsi que de Mme Marie-Hélène Mathonnière, directeur départemental de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, qui a été nommée chef du nouveau service de la communication et de la formation.

La cellule juridique dirigée par Mme Michel-Amsellem, composée d'une chargée de mission et de plusieurs rapporteurs, rédige des notes sur des sujets d'intérêt général, effectue des recherches ponctuelles à la demande des rapporteurs et, en suivant l'actualité jurisprudentielle et doctrinale, tant européenne que nationale, aide l'institution à anticiper les nécessaires évolutions. La cellule économique dirigée par Mme Mouy, composée de deux chargés de mission et de plusieurs rapporteurs, effectue un travail comparable dans le domaine économique. Elle veille notamment à fournir aux rapporteurs les instruments nécessaires pour évaluer de manière plus concrète le dommage à l'économie résultant des pratiques anticoncurrentielles, et développe des réflexions avec le monde académique en vue d'approfondir certains concepts difficiles de l'économie de la concurrence. La cellule économique est également chargée de suivre les dossiers de concentration. A relativement brève échéance, il est prévu que les travaux généraux de ces deux cellules soient rendus accessibles au public. Quant aux recherches ponctuelles effectuées à la demande des rapporteurs, elles sont soumises à une double règle : le rapporteur reste libre d'utiliser ou non les données qui lui sont communiquées. Cette éventuelle utilisation se fait au travers de documents lesquels sont soumis au contradictoire, les parties en cause pouvant donc s'exprimer.

Deux autres cellules ont été créées. La cellule sectorielle est chargée de suivre l'actualité dans les différents secteurs de l'économie et d'effectuer des bilans de l'activité du Conseil, de façon, à permettre à l'institution de réfléchir à ses priorités. Certes, à la différence de la quasi totalité de ses homologues étrangers, le Conseil de la concurrence ne peut pas choisir ses dossiers : il doit traiter toutes les saisines. Mais, ses moyens étant limités, la manière dont il traite son stock de dossiers ainsi que l'usage qu'il fait de son pouvoir d'autosaisine gagneront à être replacés dans une perspective plus stratégique. La seconde cellule, à caractère expérimental, rassemblant cinq rapporteurs, a été créée dans le but d'explorer des méthodes de travail nouvelles, plus rapides, reposant notamment sur un travail d'équipe et sur le rapprochement de dossiers comparables. Elle se caractérise par le fait que sur chaque dossier, c'est une équipe, et non plus un rapporteur individuel, qui est désignée.

Enfin, la création d'un service de la communication et de la formation répond à un double objectif. En premier lieu, il s'agit que les avis rendus et les sanctions prononcées produisent des effets au-delà des seules entreprises ou secteurs visés. Le rôle pédagogique des avis, le

rôle dissuasif des sanctions dépendent en effet de leur diffusion dans les milieux économiques ainsi que de leur compréhension par les opérateurs et leurs conseils. En second lieu, la mise en place d'un dispositif assurant une formation adaptée ainsi qu'une bonne circulation interne de l'information contribue efficacement au bon fonctionnement de l'institution.

Les moyens du nouveau service -trois personnes- restent très modestes et sans commune mesure, pour l'instant, avec les ressources dont disposent les autres autorités administratives indépendantes françaises ou les homologues étrangers du Conseil. Cependant, les principaux axes d'une nouvelle politique ont été définis ; ils seront développés au fur et à mesure de l'amélioration des moyens : relations publiques générales de l'institution, avec, en février 2002, la célébration internationale de son quinzième anniversaire ; relations avec la presse qui, pour le moment, ont pris la forme de communiqués de presse plus fréquents et d'interviews des dirigeants du Conseil, notamment à l'occasion d'événements marquants ; mise en place d'un nouveau site web, qui devrait être opérationnel au second semestre 2002 ; modernisation des séminaires internes ; mise en place de cycles de formation pour les nouveaux rapporteurs et de cycles d'approfondissement pour les autres.

### **3. Le budget**

Le budget de fonctionnement du Conseil avait connu une quasi-stagnation en 2000, l'augmentation par rapport à l'année précédente n'ayant été que de + 0,75 %. En 2001, une progression significative a été enregistrée, les crédits de fonctionnement passant de 12 527 123 F à 16 227 133 F (2 473 810 €), soit une augmentation de + 30 %. Les principaux objectifs visés par ce renforcement des moyens étaient le développement des nouvelles technologies (câblage, mise en place d'un réseau interne et lancement d'un projet informatique intégré de gestion de la procédure), le développement des actions de communication, le renforcement des moyens de la cellule internationale ainsi que le début d'une activité scientifique au sein des nouvelles cellules économique et juridique. Il est cependant à remarquer que, par décision gouvernementale, 3 MF de dépenses ont dû être reportées à l'année suivante et que les moyens de fonctionnement du Conseil demeurent limités si on les compare à ceux d'institutions de même nature : pour cette même année 2001, les crédits de fonctionnement de l'Autorité de régulation des télécommunications se sont élevés à 45 231 746 F (6 895 535 €) et ceux de la Commission de régulation de l'électricité à 30 000 000 F (4 573 470 €).

## Chapitre II - L'activité du Conseil en 2001

### Avertissement

*Le rapport de l'année précédente avait signalé une modification intervenue dans la méthode de datation des décisions et avis pour tenir compte du délibéré. Alors qu'auparavant, les décisions et avis étaient datés du jour de la séance au cours de laquelle le Conseil avait examiné l'affaire, les décisions et avis sont datés depuis l'année 2000 du jour de leur signature qui intervient, en moyenne, deux mois après la séance.*

*A partir de l'année 2001, un nouveau changement intervient qui porte sur la méthode de codification des décisions et avis. En effet, malgré la modification opérée, les décisions et avis examinés en séance en 2000 portaient le numéro "00", même si elles avaient été signées en 2001. Désormais, à partir de l'année 2001, c'est la date de la signature qui détermine le choix des deux premiers chiffres et non plus la date de la séance. Ainsi, seuls les décisions et avis signés en 2001 portent le numéro 01. Les affaires passées en séance en fin d'année 2001, mais signées au début de l'année 2002, porteront le numéro 02.*

*Ce changement de méthode de codification entraîne une rupture dans la série statistique établie jusqu'alors. Il se traduit pour l'année 2001 par la prise en compte de décisions déjà comptabilisées en 2000 parce qu'elles correspondaient à des affaires examinées à la fin de l'année 2000 alors qu'elles ont été signées au début de l'année 2001. Ce chevauchement est inéluctable si l'on veut éviter que l'année 2001, amputée des affaires examinées en fin d'année mais signées en 2002, ne constitue une référence artificiellement faible pour les années futures. Toutefois ces décisions "00" signées en 2001 ne sont prises en compte que dans les statistiques. Elles ne sont pas commentées dans le présent rapport et ne figurent pas dans les annexes. Le lecteur qui souhaite les consulter est invité à les rechercher dans le rapport annuel pour 2000.*

*D'autres indicateurs de l'activité du Conseil sont introduits à partir de cette année : des statistiques sectorielles, le montant moyen des sanctions, les pratiques sanctionnées, le nombre des affaires en instance. Ce sont les premiers jalons d'une démarche plus qualitative qui devra être développée et perfectionnée au cours des prochaines années.*

### 1. Les affaires nouvelles

En 2001, le Conseil a enregistré 127 affaires nouvelles dont 102 saisines contentieuses et 25 demandes d'avis.

L'ordre de grandeur du nombre d'affaires entrantes est resté le même depuis l'origine du Conseil (131 entrées en 1987), les chiffres connaissant des fluctuations annuelles. L'année 2001 se caractérise par une légère baisse des saisines contentieuses. Après avoir connu une très forte augmentation en 2000, les demandes d'avis retrouvent le rythme des années précédentes.

Le tableau suivant retrace l'évolution du nombre des saisines contentieuses et demandes d'avis depuis cinq ans :

Tableau 1

Affaires entrantes	1997	1998	1999	2000	2001
Saisines contentieuses	93	135	109	109	102
Demandes d'avis	27	29	27	35	25
Total	120	164	136	144	127

## 1.1. LA RÉPARTITION DES SAISINES CONTENTIEUSES

### 1.1.1. Les saisines au fond

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

Tableau 2

Origine des saisines	1997	1998	1999	2000	2001
Ministre chargé de l'économie	26	30	24	20	16
Entreprises	38	61	44	43	41
Organisations professionnelles	11	11	11	11	3
Associations de consommateurs	1	1	1	3	5
Collectivités territoriales	1	1	1	4	2
Autres	2	2	2	7	8
Saisines d'office	4	3	7	5	6
Respect d'injonction					4
Total	81	107	88	86	85

Globalement, sur une moyenne période le nombre de saisines reste stable. On constate en particulier la stabilité des saisines présentées par les entreprises.

### 1.1.2. Les demandes de mesures conservatoires

Tableau 3

Demandes de mesures conservatoires	1997	1998	1999	2000	2001
	12	28	21	23	17

Ces demandes ont été, en 2001, présentées exclusivement par des entreprises.

## 1.2. LA RÉPARTITION DES DEMANDES D'AVIS

25 demandes d'avis ont été adressées au Conseil :

- 2 sur le fondement de l'article L. 462-2 du code du commerce, qui prévoit que le Conseil est obligatoirement consulté sur les projets de textes restreignant la concurrence.
- 15 sur le fondement des dispositions de l'article L. 462-1 du code du commerce, qui prévoit que le Conseil peut être consulté sur toute question de concurrence par le Gouvernement, les commissions parlementaires, les collectivités territoriales, les organisations professionnelles, syndicales, de consommateurs. Parmi ces demandes, six émanaient du ministre chargé de l'économie.
- 2 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 relevées dans les affaires qu'elles ont à connaître.
- 6 sur le fondement de l'article L. 430-5 du code du commerce qui prévoit que le ministre chargé de l'économie consulte le Conseil s'il estime qu'une opération de concentration est de nature à porter atteinte à la concurrence.

## 2. Les affaires traitées

### 2.1. LE RÉSULTAT GLOBAL

#### 2.1.1. Les différentes catégories de décisions

Le nombre total de décisions rendues, c'est-à-dire signées en 2001, s'est élevé à 117. Comme il a été expliqué dans l'introduction, les chiffres 2001 intègrent les affaires examinées en 2000 mais signées en 2001 (et qui portent, compte tenu de la méthode de datation des années précédentes, le numéro 00).

Le tableau suivant retrace l'évolution du nombre des décisions contentieuses depuis 1997, avec leur répartition par catégories :

Tableau 4

Décisions	1997	1998	1999	2000	2001
Affaires instruites au fond :					
- décisions de sanctions	50	34	27	36	30
- décisions prononçant un non-lieu	30	26	22	17	26
Mesures conservatoires	8	17	12	18	8
Décisions d'irrecevabilité et de rejet	7	7	25	19	23
Décisions de classement/désistement	15	21	17	15	20
Sursis à statuer	3	3	6	7	10
Total	113	108	109	112	117

Globalement, sur une période de cinq ans, le nombre de décisions reste stable. On constate en 2001 un nombre relativement élevé de décisions d'irrecevabilité, de rejet et de classement. Certaines de ces décisions sont liées à l'entrée en vigueur de la loi NRE. En effet, l'article L. 462-8, dans sa version modifiée, a introduit des motifs supplémentaires d'irrecevabilité (défaut d'intérêt ou de qualité à agir, prescription). A aussi été ajoutée la catégorie spécifique de décision de rejet en cas d'éléments insuffisamment probants. Le nouveau texte permet, enfin, de donner acte d'un désistement par décision de la présidente ou d'un vice-président, sans passage en séance. Cette possibilité, qui allège considérablement la procédure, a été utilisée à dix reprises à partir du mois de mai. Toutefois, le désistement de la partie ou de l'une des parties saisissantes n'ôte pas au Conseil, qui peut décider de se saisir d'office, la possibilité d'examiner les faits.

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

Lorsqu'une saisine au fond, accompagnée d'une demande de mesures conservatoires, est déclarée irrecevable, la même décision prononce à la fois l'irrecevabilité de la saisine au fond et le rejet de la demande de mesures conservatoires. Cette décision est comptabilisée dans la rubrique "*décisions d'irrecevabilité et de rejet*" (tableau 4). En 2001, six demandes de mesures conservatoires ont été rejetées en même temps que la saisine au fond.

En revanche, lorsque la demande de mesures conservatoires est examinée, et quel que soit le sens de la décision (injonction ou rejet), elle donne lieu à une décision intitulée "*MC*" comptabilisée dans la rubrique "*mesures conservatoires*". En 2001, des mesures conservatoires ont été accordées à trois reprises, trois autres ont été rejetées. Enfin, deux demandes ont fait l'objet d'un désistement. Les décisions donnant acte de désistement ont été classées dans la catégorie des mesures conservatoires.

### **2.1.2. Les avis**

Le Conseil a rendu 18 avis en 2001 qui se répartissent de la manière suivante : quatre portent sur des questions de concentration (article L. 430-1), huit sur des questions générales de concurrence (L. 462-1), deux ont trait à des projets de textes législatifs ou réglementaires (L. 462-2). Un avis a été rendu à la demande d'une juridiction (L. 462-3) et, enfin trois avis ont été rendus sur le fondement d'autres textes, deux à la demande de l'Autorité de régulation des télécommunications et un à la demande de la Commission de régulation de l'électricité.

## **2.2. LES RÉSULTATS PAR SECTEURS ÉCONOMIQUES**

Pour la première fois cette année, l'index des décisions et avis du Conseil par secteurs d'activité a été confectionné à partir de la nomenclature NAF de l'Insee et figure dans le tome des annexes. Cette méthode permet de regrouper plus facilement et de repérer d'une façon plus scientifique les secteurs économiques dans lesquels le Conseil est intervenu au cours de l'année. Il s'agit d'une présentation purement quantitative qui ne préjuge pas de l'importance des décisions ou des avis en terme d'apport jurisprudentiel ou de montant des sanctions.

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

Tableau 5

Secteurs économiques	Nombre de décisions et avis
Construction	14
Commerce de détail et réparation d'articles domestiques	9
Postes et télécommunications	9
Transports terrestres	7
Activités récréatives, culturelles et sportives	6
Commerce de gros et intermédiaires du commerce	5
Activités informatiques	4
Services auxiliaires des transports	4
Industrie chimique	3

### 2.3. LES DÉCISIONS DE SANCTIONS

#### 2.3.1. Le montant des sanctions

Le Conseil prononce deux catégories de sanctions : les sanctions pécuniaires et les injonctions. En 2001, trente décisions ont donné lieu à des sanctions pécuniaires, pour un montant total de 51 184 422 €(335 747 800 F).

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

Tableau 6

	1997	1998	1999	2000	2001
Nombre de décisions prononçant des sanctions pécuniaires	36	32	13	28	30
Nombre d'entreprises ou groupes d'entreprises sanctionnés	82	76	58	67	116
Montant des sanctions	161 900 500 F 24 681 572 €	90 073 000 F 13 731 540 €	60 734 210 F 9 258 870 €	96 018 000 F <sup>1</sup> 14 637 849 € 1 240 018 000 F <sup>2</sup> 189 039 525 €	335 547 800 F 51 153 932 €
Nombre d'organisations professionnelles sanctionnées	39	14	8	4	3
Montant des sanctions	2 522 500 F 384 552 €	3 002 000 F 475 651 €	670 000 F 102 140 €	400 000 F 60 979 €	200 000 F 30 489 €
Montant total des sanctions	164 423 000 F 25 066 124 €	93 075 000 F 14 189 192 €	61 404 210 F 9 361 011 €	1 240 418 000 F 189 100 505 €	335 747 800 F 51 184 422 €
<p>1 Sans compter le montant des sanctions prononcées par la décision <a href="#">00-D-28</a> relative à la situation de la concurrence dans le secteur du crédit immobilier.</p> <p>2 Avec les sanctions prononcées par la décision <a href="#">00-D-28</a> relative à la situation de la concurrence dans le secteur du crédit immobilier.</p>					

L'année 2001 se caractérise par une nette augmentation du nombre d'entreprises sanctionnées et - abstraction faite de l'année 2000, exceptionnelle en raison du montant des sanctions (confirmées par la cour d'appel de Paris) prononcées par la décision [00-D-28](#) relative à la situation de la concurrence dans le secteur du crédit immobilier - par un accroissement du montant des sanctions.

L'évolution du montant moyen des sanctions pour les entreprises traduit aussi la même tendance (ratio montant des sanctions infligées aux entreprises sur le nombre d'entreprises sanctionnées).

Tableau 7

	1997	1998	1999	2000	2001
Taux moyen (en MF)	1,97	1,19	1,05	1,43 (hors banque) 18,50 (avec banque)	2,90
Taux moyen (en M€)	0,30	0,18	0,16	0,22 (hors banque) 2,82 (avec banque)	0,44

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

### 2.3.2. Les pratiques sanctionnées

Le graphique suivant présente les pratiques sanctionnées par le Conseil en 2001, en fonction d'une typologie communément admise : soumissions concertées, obstacles à l'accès au marché, répartition de marché, ententes de prix, restrictions verticales. A la différence des ententes, le nombre de dossiers d'abus de position dominante (six) ne permet pas de procéder à des sous-répartitions.

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

(Image manquante)

## 3. Les délibérations du Conseil

Le tableau suivant retrace le nombre des séances tenues par le Conseil dans ses différentes formations depuis les cinq dernières années.

Tableau 8

	1997	1998	1999	2000	2001
Séances	101	89	83	109	106

Dans le rapport d'activité de l'année 2000, le Conseil a exposé les modifications qu'il a introduites dans les règles relatives à la composition des formations qui se prononcent sur les saisines contentieuses, afin de donner toute garantie sur le respect des principes assurant le droit à un procès équitable (voir rapport 2000-Première partie-B2). Dans son arrêt du 9 octobre 2001, la Cour de cassation a décidé que manque objectivement au principe d'impartialité le fait que des membres ayant statué sur une procédure de mesures conservatoires soient conduit à statuer au fond. Les mesures adoptées par le Conseil en 2000 vont dans le sens de cet arrêt. Toutefois, pour renforcer le respect des règles d'incompatibilité entre les différentes formations, il a été décidé que les dossiers contentieux ne seraient plus examinés en séance plénière. Cette décision nécessitait en compensation la création d'une

nouvelle formation. C'est à cette fin qu'a été créée une cinquième section par décision de la présidente du Conseil, en date du 26 novembre 2001 (voir pour plus de détail le précédent chapitre).

En 2001, la répartition des séances entre les différentes formations s'est faite de la façon suivante : quatre en formation plénière, quarante-neuf en sections et cinquante-trois en commission permanente.

#### 4. Les affaires en instance

La base de départ de ce nouvel indicateur correspondant à l'année 2000, il n'est pas possible de tracer une évolution pertinente sur plusieurs années. Toutefois une comparaison peut, d'ores et déjà, être effectuée entre le stock des affaires en cours au 31 décembre 2000 et celui au 31 décembre 2001. Cette comparaison fait ressortir une diminution de l'ordre de 8 %.

Tableau 9

	Nombre d'affaires en cours au 31/12/2000	2001		Nombre d'affaires en cours au 31/12/2001
		Affaires nouvelles	Affaires closes	
Saisines au fond	388	81	121	348
Mesures conservatoires	5	17	14	8
Respect d'injonctions	3	4	3	4
Avis	21	25	25	21
Total			3	81

Il doit être précisé que le nombre d'affaires nouvelles et celui des affaires closes ne correspond pas automatiquement, d'une part, au nombre des saisines présentées au tableau 1 et, d'autre part, au nombre des décisions présentées au tableau 4. En effet, certaines saisines peuvent faire l'objet de disjonctions qui correspondent alors à plusieurs affaires en stock. De la même façon, certaines décisions peuvent entraîner la sortie du stock de plusieurs numéros. À l'inverse d'autres décisions, comme les sursis à statuer, ne correspondent pas à des sorties de stock puisque le dossier garde son numéro d'origine.

La diminution du stock qui est constatée cette année ne doit pas cacher la situation préoccupante des dossiers contentieux de fond. Certes, les sorties, dans cette catégorie, ont été nettement supérieures aux entrées (121 contre 81) mais elles sont à attribuer principalement aux décisions d'irrecevabilité, de rejet et de classement. L'âge moyen des dossiers qui concernent des situations dignes d'être étudiées au fond, reste très élevé : environ cinq années.

# **Titre III - Les recours contre les décisions du Conseil de la concurrence**

## **Chapitre I - Les arrêts rendus par la cour d'appel de Paris au cours de l'année 2001**

Au cours de l'année 2001, vingt-sept recours ont été formés contre les décisions du Conseil. La cour d'appel de Paris a statué sur trente recours. Dans quatorze cas, les décisions ont été confirmées ; dans une affaire, la décision a été partiellement réformée sur le fond (abandon d'un grief) ; les sanctions ont été réduites dans cinq cas. La cour a annulé quatre décisions du Conseil. Elle a prononcé quatre arrêts d'irrecevabilité, deux arrêts interprétatifs et un arrêt de rectification d'erreur matérielle.

Deux des annulations prononcées l'ont été pour des raisons de procédure, l'une par suite de la nullité de la saisine du Conseil par le ministre délégué aux finances et au commerce extérieur, lequel avait saisi le Conseil avant que le décret du ministre de l'économie l'habilitant à le faire n'ait été signé (arrêt du 13 novembre 2001 SA Colas Sud-Ouest), l'autre en raison de l'incidence, sur la procédure de respect d'injonction du Conseil, du désistement de la partie plaignante (voir plus loin : arrêt du 23 octobre 2001 Transmontagne). Dans les deux autres cas, la cour a manifesté un désaccord d'appréciation sur le fond.

### **1. Sur la compétence du Conseil**

La cour d'appel de Paris a confirmé, dans un arrêt du 27 février 2001 (SA Au Lys de France) l'incompétence du Conseil pour apprécier la conformité au droit de la concurrence de la résiliation d'une convention d'occupation du domaine public et du refus d'attribution d'une autorisation d'occupation du domaine public. Cette solution n'est pas nouvelle, puisqu'elle résulte d'une jurisprudence constante de la cour, en vertu de laquelle de telles décisions, qui s'analysent comme des actes de gestion du domaine public au moyen de prérogatives de puissance publique, qui ne constituent pas une activité de production, de distribution ou de service au sens de l'article 53 de l'ordonnance de 1986, devenu l'article L. 410-1 du code de commerce (cour d'appel 31 octobre 1991 Grand Perrin ; 6 juin 2000 SARL 3 MCE). Le fondement de la décision de la cour semble être ici, bien qu'elle ne s'y réfère pas expressément, la jurisprudence du Tribunal des conflits (affaire Aéroports de Paris du 18 octobre 1999), en vertu de laquelle, que ces décisions constituent ou non des actes de production, distribution et de services, elles échappent toujours à la compétence du Conseil au profit des juridictions administratives, dès lors que, se rattachant à la gestion du domaine public, elles constituent l'usage de prérogatives de puissance publique. La fixation du niveau des redevances d'occupation du domaine public, indissociable de la gestion du domaine, est considérée comme non détachable de cette gestion par la cour et donc hors de la compétence du Conseil.

### **2. Sur la procédure**

La nature juridique de la saisine d'office du Conseil est clarifiée par la cour d'appel, dans un arrêt du 27 novembre 2001 (SA Caisse nationale du crédit agricole et autres) : la décision par laquelle le Conseil se saisit d'office n'est pas une décision administrative individuelle

défavorable soumise, en vertu de la loi du 11 juillet 1979 sur la motivation des actes administratifs, à une obligation de motivation, cette décision ayant "*pour seul objet d'ouvrir la procédure devant le Conseil de la concurrence (...), sans qu'à ce stade aucun fait puisse être qualifié ni aucune pratique anticoncurrentielle imputée à quiconque*". Par ailleurs, la présence du rapporteur au délibéré n'affecte pas la validité de la décision de saisine d'office, dès lors que cette décision n'aborde pas le fond. Il est encore décidé que le Conseil est souverain dans l'appréciation de l'opportunité de se saisir d'office : "*Aucune disposition n'impose au Conseil de la concurrence de rendre compte des circonstances dans lesquelles il a estimé opportun d'exercer le pouvoir de se saisir d'office que la loi lui reconnaît afin, notamment, de le mettre en mesure de donner sa propre orientation à la politique de la concurrence*". Enfin, saisie du point de savoir si le cumul par le Conseil des fonctions de saisine d'office, de déclenchement des enquêtes coercitives de l'ancien article 48 et de jugement était compatible avec le principe d'impartialité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, la cour d'appel a repris sa jurisprudence KPMG du 7 mars 2000, selon laquelle le cumul des fonctions n'est pas en soi contraire "*aux exigences inhérentes au droit à un procès équitable*", dès lors que la formulation de l'acte d'accusation et le jugement de l'affaire ne sont pas exercés par les mêmes personnes. Après avoir développé de tels arguments, qui semblent écarter tout problème de composition dès lors que la décision de recourir à une enquête et la décision de saisine d'office ne constituent pas des actes d'accusation, la cour, de manière quelque peu inattendue, mais peut-être pour se prémunir contre un éventuel moyen de cassation, vérifie cependant que la composition des formations ayant rendu ces décisions et celle de la formation ayant statué au fond étaient différentes.

Statuant sur la prescription, la cour d'appel a jugé, dans un arrêt du 13 décembre 2001 (SA Gammvert), qu'en cas de saisine par le ministre, la prescription triennale des faits visés dans la saisine est interrompue, non pas à la date figurant sur cette saisine, mais à la date "*à laquelle la lettre de saisine arrive au Conseil de la concurrence, dès lors que c'est à cette date que les faits dénoncés sont portés à sa connaissance*" (date d'enregistrement de la saisine au Conseil) ; dans le même arrêt, la cour a estimé que les décisions sur le secret des affaires sont des actes d'instruction qui interrompent la prescription. S'agissant d'une pratique consistant dans l'application d'un barème d'avocats, la cour a considéré que la prescription ne commençait à courir qu'à compter de la cessation de cette pratique continue (arrêt du 11 septembre 2001 ordre des avocats de Nice).

Dans le domaine de la preuve, la cour d'appel a admis, dans un arrêt du 13 décembre 2001 (SA Apprin Agglos) la possibilité d'utiliser, pour fonder des griefs, une déclaration téléphonique anonyme reçue par un enquêteur et retranscrite par écrit par celui-ci, "*dès lors qu'il n'est pas démontré que l'enquêteur aurait mis en œuvre des procédés déloyaux ou contraires à l'équité, que le procès-verbal (retravaillant ces déclarations) permet d'apprécier la teneur des déclarations dont s'agit et que celles-ci sont corroborées par d'autres indices graves, précis et concordants (...)*".

### **3. Sur le fond**

Dans deux arrêts, l'analyse de la cour d'appel de Paris a remis en cause celle du Conseil de la concurrence.

Dans l'arrêt du 9 janvier 2001 (SA d'Etudes et d'entreprises électriques), la cour, après avoir énoncé un considérant de principe -repris dans un arrêt postérieur du 18 décembre 2001 (SA

Bajus Transports), selon lequel *"il importe, pour que la pratique puisse être sanctionnée (...) que les 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 sur le marché"* - a estimé que le comportement des entreprises avait été induit par une demande du maître d'œuvre et que, par conséquent, l'élément intentionnel de l'infraction manquait en fait.

Dans l'arrêt du 15 mai 2001, relatif à des pratiques concernant l'Institut national de la consommation (INC), la cour a confirmé l'analyse du Conseil sur la définition du marché pertinent, celui de la presse consumériste, sur la position dominante de l'INC sur ce marché et sur le caractère potentiellement anticoncurrentiel de la publicité illicite réalisée par l'INC à la télévision en faveur de ses publications. Elle a, toutefois, estimé que si cette publicité illicite avait eu un effet favorable sur les ventes de l'INC, elle n'avait eu aucun effet sur celles de ses concurrents, à savoir l'UFC et Le Particulier. Constatant l'absence d'effet anticoncurrentiel, la cour a conclu qu'aucun abus de position dominante ne pouvait être retenu contre l'INC.

Dans la plupart des cas, les analyses du Conseil sont en revanche validées et, notamment, ses avancées jurisprudentielles de l'année 2000 concernant les monopoles publics : le versement d'une subvention d'une maison-mère, en position dominante sur un marché, à sa filiale intervenant dans le secteur concurrentiel, constitue un abus de position dominante, si cette subvention est utilisée pour fausser la concurrence sur le marché connexe du marché dominant, sans qu'il soit nécessaire que cette perturbation ait revêtu le caractère d'une pratique de prix prédateurs (arrêt du 20 novembre 2001 – La Française des jeux).

La cour a constaté, dans un arrêt du 30 octobre 2001 (Société OMVESA), la position dominante collective du Comité français d'organisation "France 98" (CFO), désigné par la Fifa pour assumer l'organisation de la billetterie et de la Fifa. Elle a repris l'analyse du Conseil en relevant qu'il s'agit d'*"entités, dont l'interdépendance est établie et qui avaient, en l'espèce, une activité de nature économique, ont agi ensemble sur le marché des billets destinés à être revendus dans le cadre de la confection de forfaits touristiques (...) selon une ligne de conduite commune"*. La cour retient, comme le Conseil, qu'une position dominante collective n'est pas en soi anticoncurrentielle et que seul l'abus qui en est fait est punissable.

Elle a confirmé la décision de sanctions prononcée par le Conseil dans le secteur des banques, pour la conclusion d'un pacte de non-concurrence, s'agissant de la renégociation des emprunts immobiliers (arrêt du 27 novembre 2001- SA Caisse nationale du crédit agricole), dans le secteur de la distribution du chlorate de soude (arrêt du 13 décembre 2001 - SA Gamm vert), dans le secteur de la transmission florale à distance (arrêt du 18 septembre 2001 Interflora) et dans un certain nombre de marchés publics.

En matière d'entente, la cour se réfère plusieurs fois à l'effet sensible des pratiques ou à l'affectation sensible du marché. Elle considère qu'en dépit de la faible part de marché occupée par les membres de l'entente ou malgré le caractère difficilement mesurable de l'impact des pratiques, cet effet ou cette affectation sensible est caractérisée soit par les caractéristiques intrinsèques de la pratique elle-même, soit par les caractéristiques du marché affecté.

Saisi d'un recours formé contre une décision du Conseil constatant une entente sur les prix de vente des laits Nutricia aux concurrents d'ITM MI, la cour était saisie par la société appelante d'un moyen tiré de ce que cette pratique n'avait pas eu d'impact sensible, l'entente ayant

porté sur un produit ne représentant que 2,8 % du marché. La cour a estimé, dans son arrêt du 11 septembre 2001 (SA ITM Marchandises international), que le Conseil avait caractérisé l'effet sensible en mettant en évidence des caractéristiques propres à Nutricia elle-même, comme les zones de chalandises de Nutricia réparties sur tout le territoire, la place du groupement dans la distribution des laits pour les grandes et moyennes surfaces, et des caractéristiques tenant au marché des laits infantiles, comme la concentration de l'offre entre quelques fournisseurs réputés, l'inélasticité de la demande, l'existence des tours de lait, entraînant une rigidité dans la politique de prix des distributeurs.

Dans un autre arrêt également en date du 11 septembre 2001 (ordre des avocats de Nice), la cour a confirmé sa jurisprudence, en matière de barèmes d'avocats : la diffusion d'un barème émanant de l'ordre des avocats, autorité réglementaire et disciplinaire, formulant des propositions de prix pour chaque prestation, revêt un aspect normatif, conforté, en l'espèce, par des modèles de convention annexés au barème. Cette pratique constitue une incitation des avocats à se baser sur le barème pour déterminer leurs honoraires, plutôt que sur leurs coûts propres. Cette pratique a eu un "*objet et un effet potentiellement anticoncurrentiel avérés*". La preuve de l'atteinte sensible résulte des caractéristiques intrinsèques de la pratique elle-même : toutes les prestations juridiques sont couvertes par le barème ; la diffusion a été effectuée à l'ensemble des barreaux ; le marché local des prestations juridiques a donc été affecté. Une analyse similaire a été confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du 13 février 2001 concernant le barreau de Marseille.

#### **4. Sur les sanctions**

La cour d'appel a précisé, dans un arrêt du 18 septembre 2001 (Interflora), que le chiffre d'affaires à prendre en considération pour le calcul des sanctions était le chiffre d'affaires global hors taxes mentionné sur le compte de résultat. Dès lors, il importe peu que le chiffre d'affaires "*réel*" soit différent du chiffre d'affaires comptablement constaté. Par ailleurs, en l'absence de chiffres d'affaires communiqués par les sociétés mises en cause, le Conseil a pu se fonder sur les éléments qu'elles ont elle-mêmes produits. Ainsi, dans le secteur bancaire, c'est le produit brut bancaire (arrêt du 27 novembre 2001 - SA Caisse nationale du crédit agricole) qui a pu être retenu.

Se prononçant sur la gravité des faits, la cour d'appel a rappelé que les ententes horizontales sur les prix (arrêt du 27 novembre 2001 SA - Caisse nationale du crédit agricole et autres) et les infractions au droit de la concurrence en matière de marchés publics (arrêt du 20 novembre 2001 - SA Norelec) étaient graves en soi.

Dans un arrêt du 13 décembre 2001 (SA Apprin Agglos), la cour a admis que la durée de la procédure pouvait influencer le niveau de la peine. Dans une affaire où l'instruction du dossier avait duré sept ans, la cour a estimé qu'il était inéquitable de prendre en compte le dernier chiffre d'affaires de la société, alors que ce chiffre d'affaires avait cru de manière significative depuis le début de la procédure, pour des raisons étrangères à la pratique ou au loyer de l'argent. La cour d'appel pourrait sembler ainsi se rallier à la jurisprudence communautaire et revenir sur sa position antérieure, selon laquelle "*l'ancienneté des faits est sans influence sur le montant des sanctions proposées*" (cour d'appel de Paris 5 juin 1999 - Voirie dans l'Hérault). Rappelons que pour la Cour de justice des communautés européennes, la durée excessive du traitement d'un dossier est suffisamment grave pour devoir être réparée immédiatement sous la forme d'une minoration de l'amende prononcée. En outre, s'il est démontré qu'elle a eu une incidence sur l'issue du litige, elle peut justifier l'annulation de la

procédure (arrêt *Bautstahlgewebe GmbH c. Commission* du 17 décembre 1998 ; n° C-185/95 P). Il n'est cependant pas certain qu'il faille donner à l'arrêt de la cour d'appel une portée aussi large : il y avait en effet un problème d'espèce lié à la différence d'échelle entre le chiffre d'affaires à l'époque des faits et celui existant à la date de la sanction.

S'agissant du respect, par le Conseil de la concurrence, du principe de proportionnalité dans le prononcé des sanctions, la cour énonce, dans le même arrêt, que *"la comparaison des pourcentages de sanction au regard des chiffres d'affaires ne permet pas de caractériser une discrimination entre les entreprises sanctionnées dès lors que les sanctions doivent être fixées de manière individuelle et non relativement à celles prononcées à l'encontre d'autres entreprises"*. Une des entreprises a formé un pourvoi en cassation à l'encontre de cet arrêt.

## **5. Sur les décisions de respect d'injonctions prononcées par le Conseil**

Le Conseil avait été saisi par la société Agence Alp Azur (agence de voyage spécialisée dans les forfaits touristiques de montagne, comprenant frais de séjour et de remontée mécanique) au fond et en mesure conservatoire, de pratiques de la société Transmontagne, gestionnaire des remontées mécaniques de la station de Pra-Lou. Dans une décision [99-MC-10](#) du 16 décembre 1999, le Conseil avait prononcé des mesures conservatoires qui, en raison de leur non-exécution, ont conduit le Conseil à condamner la société Transmontagne au paiement d'une sanction pécuniaire de 250 000 francs (décision [00-D-87](#) du 13 février 1999). Lors de la séance du Conseil, la plaignante s'était désistée de sa demande au fond ; le Conseil avait estimé que ce désistement était sans effet sur la procédure résultant de l'article L. 464-3 du code de commerce, la volonté manifestée par la société défenderesse d'aboutir à un accord transactionnel ne pouvant exonérer la société mise en cause du non-respect de la décision [99-MC-10](#) du Conseil de la concurrence. Le Conseil a donné acte de ce désistement dans une décision postérieure du 29 juin 2001.

Saisie d'un recours contre la décision de respect d'injonction du Conseil, la cour d'appel considère, dans un arrêt du 23 octobre 2001 (*SA Transmontagne*), que le désistement de la partie plaignante implique la renonciation, par celle-ci, à l'exécution des mesures conservatoires obtenues accessoirement à sa saisine principale. Elle considère que la société plaignante ne peut plus se prévaloir d'une atteinte à ses intérêts.

Dans un deuxième temps, la cour d'appel vérifie que le manquement imputé à la société Transmontagne n'a pas causé de dommage à l'économie et considère, qu'en conséquence, il n'y a pas d'intérêt public, distinct de l'intérêt de la société plaignante, à maintenir l'exécution des mesures ; en l'espèce, elle relève que le ministre n'a apporté aucune preuve et que le Conseil a considéré, lui-même, qu'il n'y avait pas de dommage à l'économie distinct, puisqu'il a entériné le désistement sans se saisir d'office.

### **Un cas particulier de procédure contentieuse : la vérification d'injonction**

L'originalité de cette procédure réside dans le fait que le Conseil est appelé à sanctionner non pas une pratique anticoncurrentielle mais le non respect d'une injonction prononcée antérieurement pour faire cesser une telle pratique.

#### *La compétence du Conseil*

Le Conseil est compétent sur la base de l'article L. 464-3 du code de commerce pour sanctionner le non-

respect des injonctions prononcées sur la base des articles L. 464-1 et L. 464-2. Sa compétence porte sur le respect des injonctions qu'il a lui-même prononcées mais peut également, en cas de réformation de sa décision par la cour d'appel de Paris, porter sur le respect des injonctions prononcées par la cour.

#### *La procédure*

Le ministre chargé de l'économie ainsi que les entreprises et organismes mentionnés à l'article L. 462-5, peuvent saisir le Conseil pour statuer sur le respect d'une injonction.

Le rôle du ministre est, en pratique, déterminant. Le respect des injonctions prononcées est, en effet, systématiquement vérifié par les services de la DGCCRF. D'une manière générale, et tout particulièrement lorsque l'injonction a été prononcée à titre de mesure conservatoire, la saisine du Conseil intervient rapidement.

Les dossiers de respect d'injonction obéissent aux règles de la procédure contentieuse ordinaire devant le Conseil et devant la juridiction d'appel. Ils sont toutefois l'objet d'un seul et unique rapport soumis au contradictoire.

#### *L'étendue du contrôle : le principe de la stricte interprétation des injonctions*

Le Conseil ne peut faire porter son contrôle que sur la conformité des dispositions prises par les parties avec les termes de l'injonction. Il ne peut donc édicter ni prendre en considération des conditions nouvelles ni sanctionner autre chose que le non-respect de l'injonction initiale. A titre d'exemple, le Conseil peut vérifier que l'injonction de communiquer des conditions de cession a été respectée, mais ne peut se prononcer sur leur caractère éventuellement abusif. Une telle appréciation ne peut être effectuée que dans le cadre d'une procédure au fond distincte de la procédure de vérification d'injonction (décision 95-D-58). Dans la même logique, les demandes tendant au prononcé de nouvelles injonctions, présentées dans le cadre de cette procédure, sont irrecevables (cour d'appel de Paris-19/11/92).

Sur les 22 dossiers examinés en respect d'injonction entre 1990 et 2001, la majorité d'entre eux n'ont pas présenté de difficulté d'analyse. Il s'agit de cas dans lesquels le non-respect est flagrant, par exemple lorsqu'une entreprise s'est abstenue, en violation de l'injonction, de publier une décision ou de communiquer ses conditions générales ou particulières de vente.

Quatre affaires ont, cependant, présenté des difficultés d'analyse liées à la complexité de l'injonction (affaires du béton prêt à l'emploi 95-D-82 et 96-D-56 ; de la télévision en paiement à la séance [01-D-75](#) ; de l'ODA 92-D-25 et du GIE Cartes bancaires 90-D-41). Deux d'entre elles (affaires du béton et du GIE Cartes bancaires) ont d'ailleurs donné lieu à réformation par la cour d'appel, celle-ci adoptant dans chacun des cas une interprétation plus étroite que le Conseil et considérant les injonctions comme respectées.

#### *Les sanctions*

Les sanctions en cas de non respect d'injonction suivent le régime général des sanctions des pratiques anticoncurrentielles. Le montant moyen des sanctions prononcées par le Conseil sur la période 1990-2000 dans le cadre de cette procédure est de 1,2 million de francs.

Il est à noter que plus de la moitié des dossiers de non-respect d'injonction portent sur des affaires qui n'avaient pas donné lieu à sanction pécuniaire. On peut penser que dans le cas d'injonction prononcée à titre de mesures conservatoires, les entreprises se contentent parfois, à tort, d'attendre la décision au fond. Dans les autres cas, il est possible que l'absence de sanction pécuniaire dans la décision d'origine n'ait pas incité les entreprises à accorder aux injonctions prononcées toute l'attention qu'elles méritaient. Ce faisant, elles s'exposent à des sanctions pécuniaires sévères.

Ainsi, une sanction de 1 million de francs a été infligée à la Direction de la météorologie nationale, qui n'avait pas transmis une annexe technique, alors qu'aucune sanction n'avait été infligée dans la première décision. Dans des circonstances analogues, une sanction de 2,5 millions de francs a été infligée à l'Union nationale des syndicats français d'architectes.

## Chapitre II - Les arrêts rendus par la Cour de cassation au cours de l'année 2001

En 2001, la Cour de cassation a rendu dix arrêts (dont un donnant acte de désistement) sur des pourvois formés contre des arrêts de la cour d'appel de Paris, statuant sur des recours contre des décisions du Conseil.

### 1. Arrêts relatifs à des mesures conservatoires

Dans un arrêt du 27 mars 2001, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt rendu le 4 décembre 1998 par la cour d'appel de Paris, sur recours contre la décision du Conseil [98-MC-08](#) du 8 septembre 1998. Le Conseil avait rejeté la demande de mesures conservatoires de la société Avantage, mais avait estimé qu'il ne pouvait être exclu, à ce stade de l'instruction, que les pratiques puissent être qualifiées d'ententes ou d'abus de position dominante anticoncurrentiels. Un des défendeurs, la société Toshiba système France SA, avait contesté la recevabilité même de la demande et avait formé un recours en annulation de la décision du Conseil devant la cour d'appel de Paris. Les sociétés Philips et Darty avaient, quant à elles, formé un appel en nullité, qui permet d'annuler une décision insusceptible de recours pour excès de pouvoir ou violation d'un principe fondamental de procédure. La cour d'appel a rejeté le recours en nullité, considérant que les motifs par lesquels le Conseil examinait la recevabilité de la demande de mesures conservatoires n'étaient pas décisives et ne constituaient pas le support d'une décision au fond ; elle a également rejeté l'appel en nullité, estimant que les parties pourraient contester ultérieurement la compétence du Conseil et les preuves prises en considération par lui pour retenir sa compétence, en formant appel contre la décision rendue sur le fond par le Conseil.

La haute juridiction confirme que les parties ne pourront attaquer les modes de preuve retenus par le Conseil que par l'exercice des voies de recours prévues à l'article 15 de l'ordonnance, c'est-à-dire, exclusivement, les recours contre les décisions de non lieu, d'irrecevabilité ou de sanction que le Conseil serait amené à prendre sur le fond de l'affaire. Cependant, la Cour de cassation censure l'analyse de la cour d'appel relative à l'absence de caractère décisive des motifs par lesquels le Conseil statue sur la recevabilité de la demande.

Dans un arrêt du 9 octobre 2001 société Béton travaux, la Cour de cassation a annulé l'arrêt rendu le 20 octobre 1998 par la cour d'appel de Paris, sur recours contre la décision du Conseil 94-MC-10 du 14 septembre 1994. Dans cette affaire, mettant en cause une entente entre fabricants de béton pour évincer un concurrent en pratiquant des prix inférieurs à leurs coûts variables, le Conseil avait prononcé des mesures conservatoires afférentes aux pratiques et avait enjoint aux sociétés impliquées, par décision du 14 septembre 1994, de cesser de vendre du béton à un prix unitaire inférieur à leurs coûts moyens variables de production ; il avait statué sur le fond de l'affaire en assemblée plénière le 17 juin 1997 et avait sanctionné les entreprises concernées pour entente.

Le moyen tiré du défaut d'impartialité du Conseil, pour avoir préjugé de l'affaire en mesure conservatoire, avait été soulevé devant la cour d'appel qui l'avait écarté en ces termes : "*Cette mesure ne saurait être considérée comme un préjugement sur l'imputabilité de ces pratiques*".

La Cour de cassation, au visa de l'article 6 de la CEDH, se fonde sur le principe d'impartialité objective et, faisant application de ce principe au Conseil de la concurrence, casse l'arrêt de la

cour d'appel, en ces termes : "*En statuant ainsi, alors que le Conseil de la concurrence s'était prononcé sur le caractère prohibé d'une partie des faits qui lui étaient dénoncés dans la procédure de mesures conservatoires, ce dont il devait être déduit qu'il ne pouvait, dans une formation comportant des membres ayant statué dans cette procédure, statuer à nouveau au fond, sans manquer objectivement au principe d'impartialité ci-dessus énoncé, l'arrêt a violé, par refus d'application, les textes susvisés*".

Ainsi cet arrêt étend au Conseil de la concurrence la jurisprudence de la Cour de cassation relative au référé, selon laquelle, au nom du principe d'impartialité objective, un juge des référés qui a accordé certaines mesures provisoires (par exemple une provision) l'ayant amené à préjuger du fond d'une affaire, ne peut plus, par la suite, connaître de l'affaire au fond.

## **2. Jurisprudence relative à la procédure**

### **2.1. SUR LA PRESCRIPTION**

Dans un arrêt du 17 juillet 2001, Société Thomson multimedia marketing France, la Cour de cassation a censuré la jurisprudence de la cour d'appel de Paris qui avait retenu que la prescription devant le Conseil de la concurrence se trouvait suspendue pendant la durée de la procédure au profit de la partie saisissante. La Cour a estimé qu'en statuant ainsi en ajoutant à l'article 27 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 (devenu l'article L. 462-7 du code de commerce) un cas de suspension de la prescription qu'il ne prévoit pas la cour d'appel l'avait violé.

Dans un arrêt du 20 novembre 2001 Société Bec Frères, la Cour de cassation a estimé qu'une demande de renseignements du rapporteur sur la situation financière et juridique d'une entreprise impliquée dans les faits était un acte d'instruction, interruptif de prescription.

### **2.2. SUR LA SÉANCE**

Dans un arrêt du 25 avril 2001 Société Laurent Bouillet, la Cour de cassation a confirmé l'analyse de la cour d'appel, selon laquelle, lorsque le Conseil procède à des auditions en séance il n'a pas à répondre aux observations orales faites en séance dans sa décision, l'important étant que ces observations aient pu être développées contradictoirement durant la séance et aient contribué au processus décisionnel du Conseil.

### **2.3. SUR LA VALEUR PROBATOIRE DONNÉE À LA MENTION PRÉIMPRIMÉE DES PROCÈS-VERBAUX ÉTABLIS SUR LE FONDEMENT DE L'ARTICLE 47 (article L. 450-3 du code de commerce)**

Dans un arrêt du 20 novembre 2001 Société Bec frères, la Cour de cassation, procédant par une substitution de motif de pur droit, a énoncé que : "*La mention préimprimée sur le procès-verbal selon laquelle l'objet de l'enquête a été porté à la connaissance de la personne entendue suffit à justifier, jusqu'à preuve contraire, de l'indication de cet objet*".

Devant la cour d'appel, la société Bec avait contesté les modalités de recueil des déclarations des directeurs d'une société tierce, la société Joulié. Le procès-verbal contenait les indications suivantes : "*Nous nous sommes présentés au siège de la société Joulié où nous avons été reçus par M. Salles et M. Joulié, nous avons justifié de notre qualité et indiqué l'objet de notre enquête*". La cour d'appel, dans son arrêt du 15 juin 1999, avait estimé que ces mentions préimprimées ne permettaient pas, en soi, de vérifier que l'objet et l'étendue de l'enquête (et

notamment le secteur sur lequel portait l'enquête), avaient été indiqués aux personnes entendues. Elle avait cependant écarté le moyen, au motif que la société Bec était irrecevable à critiquer la régularité de l'audition du responsable d'une société tierce qui, elle-même, ne l'avait pas contestée. La cour d'appel reprenait ainsi sa jurisprudence du 2 mars 1999 (Surbeco) et du 13 avril 1999 (Dectra), en vertu de laquelle, les procès-verbaux des personnes susceptibles d'être mises en cause, doivent mentionner les textes et le secteur économique concernés. Si seule une mention préimprimée figure, sans la mention de l'objet précis de l'enquête, il convient de rechercher dans les dispositions intrinsèques ou extrinsèques du procès-verbal si cet objet a bien été indiqué aux parties.

La Cour de cassation ne s'était encore jamais prononcé sur la valeur probatoire de la mention préimprimée des procès-verbaux. Elle avait rappelé le principe de loyauté dans le recueil des preuves dans un arrêt du 10 mars 1998 (pharmaciens de Haute-Savoie). Désormais, en présence d'une mention préimprimée, c'est à la partie qui allègue s'être trompé sur l'objet de l'enquête de démontrer en quoi la loyauté dans le recueil des preuves n'a pas été respectée.

#### **2.4. SUR L'OBJET DE L'ENQUÊTE**

Dans l'arrêt du 20 novembre 2001 Société Bec Frères précité, la Cour de cassation a confirmé la jurisprudence de la cour d'appel (26 janvier 1999-Bianco Arbex et 2 mars 1999-Surbeco) selon laquelle, lorsque les agents se livrent à une enquête sur la base de l'article 47 de l'ordonnance (actuel article L. 450-3 du code de commerce), aucune disposition ne les "*contraint (...) à délimiter préalablement le marché pertinent sur lequel (leurs) investigations pourront porter*". Il appartient à la partie qui l'allègue de démontrer qu'elle a été trompée ou qu'elle a pu se méprendre sur ce qui lui était demandé.

### **3. Jurisprudence relative au fond**

#### **3.1. S'AGISSANT DE LA PREUVE DES ENTENTES**

La Cour de cassation a énoncé, dans un arrêt du 25 avril 2001 Société Laurent Bouillet, que "*la variété des indices qui doivent être retenus pour présumer l'existence d'une entente anticoncurrentielle n'impose pas la diversité de leur source*". En l'espèce, la société Laurent Bouillet, impliquée dans une entente par deux notes manuscrites saisies au siège d'une société tierce, contestait l'opposabilité de ces notes, qui émanaient unilatéralement de cette société tierce.

#### **3.2. SUR LA DÉFINITION DU MARCHÉ PERTINENT**

La Cour, dans un arrêt du 22 mai 2001 Société Routière de l'est parisien, a rappelé l'importance du critère de substituabilité envisagé du côté de la demande, en cassant l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 13 avril 1999, rendu sur le recours formé contre la décision [98-D-61](#) du 6 octobre 1998 du Conseil de la concurrence, relative à la situation de la concurrence dans le secteur du traitement des ordures ménagères en Île-de-France.

Le Conseil avait défini le marché pertinent comme étant celui de la mise en décharge des déchets ménagers en Île-de-France, distinct de la valorisation des déchets, et avait réfuté l'existence d'un marché unique du traitement des déchets qui regrouperait mise en décharge et revalorisation des déchets, se basant sur les éléments suivants : la mise en décharge fait appel à des techniques différentes de celles des autres modes de traitement des déchets ménagers et

ne répond pas à la même finalité ; la mise en décharge est la seule solution pour les déchets ultimes, c'est-à-dire qui ne sont plus susceptibles d'être traités, par recyclage, valorisation organique ou brûlés ; à l'époque des faits, les usines de compostage, de recyclage et d'incinération ne disposaient pas de capacités de traitement disponibles pour augmenter leur production ; les écarts de prix entre la solution de la mise en décharge et la valorisation des déchets sous ses trois différentes formes sont considérables, le prix de cette dernière étant de 3 à 7 fois plus élevé que celui de la mise en décharge.

La cour d'appel avait confirmé l'analyse du Conseil, en prenant en considération le coût spécifique du traitement en décharge, la spécificité technique et le but final poursuivi par ce mode de traitement des déchets, à savoir permettre de faire disparaître les déchets ultimes générés par les autres traitements. Il en découlait, pour la cour d'appel également, une non substituabilité entre la mise en décharge et les modes de revalorisation des déchets.

La Cour de cassation casse l'arrêt de la cour d'appel en considérant "*qu'en se déterminant par ces motifs, sans rechercher si le choix des demandeurs à l'élimination des déchets est ou non effectivement déterminé pour tel ou tel mode de traitement des ordures ménagères par des considérations tenant à leurs spécificités techniques, ce pourquoi chacun de ces procédés ne serait pas substituable aux autres, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision*". La Cour a sanctionné le fait que la cour d'appel ne se soit fondée que sur les caractéristiques techniques et sur la nature intrinsèque des services rendus par les décharges et par les entreprises de revalorisation des déchets sans avoir étayé son raisonnement par l'analyse de la demande, portant, en l'espèce, sur les préférences des communes et syndicats de communes. La différenciation (durable) du prix des deux services ne suffit pas, à elle seule, à délimiter le marché, mais ne constitue qu'un critère de délimitation du marché pertinent (au demeurant validé par la Cour de cassation).

#### **4. Sur les sanctions**

Dans un arrêt du 13 mars 2001 Société Entreprise Jean Lefebvre Méditerranée, la Cour de cassation a jugé que c'est à la partie qui invoque la violation du principe du contradictoire, concernant les critères de détermination des sanctions prononcée par le Conseil, de démontrer que tel élément particulier n'a pas été soumis au débat contradictoire. A défaut d'une telle démonstration, le rapport, qui indique les griefs retenus par le rapporteur à l'issue de l'instruction du dossier, est présumé contenir l'ensemble des éléments relatifs à la gravité des faits et au dommage causé à l'économie. Quant au chiffre d'affaires, même s'il n'est pas incorporé au rapport, la Cour relève qu'il a été communiqué par la société elle-même et a pu faire l'objet de toutes observations utiles. Dans un arrêt postérieur du 25 avril 2001 Société Laurent Bouillet, la Cour a relevé que le chiffre d'affaires étant communiqué par la société mise en cause elle-même, celle-ci ne saurait, a posteriori, se prévaloir de la violation du contradictoire sur cet élément d'appréciation pour le calcul des sanctions. Dans l'arrêt précité du 13 mars 2001, la Cour de cassation a jugé que la circonstance que l'entreprise ait eu connaissance, compte tenu des liens qui l'unissent à sa société-mère, des condamnations intervenues contre elle pour des agissements similaires, est une circonstance propre à l'entreprise concernée, qui doit être prise en considération pour la fixation de la sanction, et notamment l'appréciation du degré de gravité de la pratique. La Cour procède à une clarification en écartant comme erroné le motif développé par la cour d'appel de l'inapplicabilité du principe de la personnalité des peines aux sanctions administratives.

# Titre IV - Avis et décisions les plus notables

## Chapitre I - Les principaux avis rendus en 2001

### 1. Les avis rendus sur différentes questions de concurrence

Une proportion particulièrement élevée des avis rendus en 2001 faisait suite à une saisine ministérielle. Conformément aux règles prévues pour leur publication, ces avis ne sont rendus publics par le Conseil de la concurrence que s'ils ont été préalablement publiés ou si le Gouvernement autorise le Conseil à en faire état. À la date de publication du présent rapport, et à l'exception des avis rendus en matière de concentration qui font l'objet d'un commentaire séparé (voir plus loin, point 2), seul deux avis rendus à la demande du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie ont fait l'objet d'une publication.

Il s'agit de l'avis [01-A-01](#) portant sur la tarification par France Télécom des communications téléphoniques au départ de son réseau vers des réseaux tiers et de l'avis [01-A-05](#) relatif au projet de loi sur la société de l'information.

Les autres avis commentés dans cette partie ont été rendus à la suite d'une saisine émanant d'organisations professionnelles ou de consommateurs. Ils se caractérisent, cette année, par le fait qu'ils concernent essentiellement le droit des ententes.

#### 1.1. LES PROBLÈMES DE CONCURRENCE RÉSULTANT DES NOUVELLES RÈGLES APPLICABLES AUX APPELS TÉLÉPHONIQUES DITS "FIXES VERS MOBILES"

##### 1.1.1. Contexte

En France, l'économie de la téléphonie mobile repose sur un prix très élevé des communications opérées vers un poste mobile à partir d'un poste fixe (3 F hors taxes à la minute entre 1994 et 1999, par exemple), alors que les communications en sens inverse sont meilleur marché. Cette situation a, notamment, été rendue possible par la faible sensibilité des consommateurs à ce prix : au moment où il décide de s'abonner à un réseau mobile, le consommateur s'attache au prix auquel lui seront facturés les appels qu'il émettra à partir de son poste mobile, puisque c'est lui qui les paiera ; il est plus indifférent au coût des appels qu'il recevra sur son poste mobile puisque ce coût sera supporté par ses correspondants. En outre, le prix des appels "*fixes vers mobiles*" était décidé par chaque opérateur mobile alors que, pour les autres relations entre plusieurs réseaux téléphoniques, la situation a toujours été différente : l'opérateur d'où l'appel est originaire fixe le prix que le consommateur appelant doit supporter pour que son appel aboutisse, tout en rémunérant le réseau de destination sur la base d'un tarif d'interconnexion fixé par l'opérateur de ce réseau de destination.

L'Autorité de régulation des télécommunications (ART), après avoir constaté que la terminaison d'appel sur les réseaux mobiles était plus élevée en France que dans les autres pays d'Europe, s'est engagée dans une politique tendant à la baisse de ces tarifs. Le 30 septembre 1999, elle a déclaré que SFR et Itineris exerçaient un influence significative sur le marché de l'interconnexion et devaient en conséquence orienter leurs tarifs vers leurs coûts, conformément aux dispositions législatives en vigueur. Le 13 octobre 2000, l'ART s'est prononcée sur un règlement de litige entre France Télécom mobiles et un opérateur fixe et, à

cette occasion, a fixé le tarif d'interconnexion "*fixe vers mobile*" entre ces deux sociétés à 1,26 F la minute.

Par ailleurs, des arrêtés ministériels ont été pris en 2000 en vue de modifier les cahiers des charges des opérateurs mobiles. Depuis le 1<sup>er</sup> novembre 2000, ce sont les opérateurs fixes qui déterminent le tarif des appels "*fixes vers mobiles*" supportés par les consommateurs appelants, tandis que les opérateurs mobiles font supporter aux opérateurs fixes des charges d'interconnexion.

La demande d'avis portait sur plusieurs questions de concurrence qui se posent dans ce nouveau paysage, compte tenu de la position toujours dominante détenue par le groupe France Télécom sur plusieurs marchés.

### **1.1.2. Orientations de l'avis**

A titre liminaire, le Conseil a rappelé les cas classiques dans lesquels une entreprise en position dominante pouvait être accusée de comportement abusif du fait des prix qu'elle pratique.

Ce peut être le cas quand les prix pratiqués conduisent à exploiter exagérément la position de faiblesse du consommateur (à cet égard, sont en effet interdits les "*prix manifestement trop élevés*"). Ce peut être également le cas de pratiques tarifaires conduisant à éliminer indûment des concurrents. Il peut s'agir, par exemple de prix trop bas ayant un caractère prédateur. Lorsque l'entreprise dominante détient une facilité essentielle non duplicable, dont ses concurrents sur d'autres marchés ont besoin pour développer leur activité, l'opérateur dominant doit orienter les tarifs d'accès à cette facilité vers ses coûts. Dans ce dernier cas, en outre, la combinaison des tarifs d'accès à la facilité et des prix pratiqués en aval vers le consommateur final sur un marché concurrentiel ne doit pas produire d'effet de ciseau empêchant un opérateur aussi efficace que le dominant d'être actif sur le marché à un prix comparable tout en supportant les charges d'accès à la facilité essentielle.

En ce qui concerne les tarifs de France Télécom, le Conseil a également rappelé à cette occasion que, même s'ils font l'objet d'une homologation ministérielle, ce sont bien des prix fixés par une entreprise et, qu'à ce titre, ils relèvent de la compétence du Conseil.

Il a également précisé que France Télécom n'est pas tenue d'orienter strictement vers ses coûts les tarifs des appels fixes vers mobiles puisqu'il ne s'agit pas de prix d'interconnexion mais de prix supportés par les consommateurs finaux. Toutefois, la prise en compte des coûts pour le calcul des tarifs constitue une précaution utile pour s'assurer, par exemple, que ces tarifs, pratiqués par une entreprise en position dominante sur le marché de la téléphonie fixe, ne sont pas manifestement trop élevés.

Il en résulte que France Télécom peut facturer au même prix les appels fixes vers mobiles destinés à des réseaux mobiles différents même si les tarifs d'interconnexion des opérateurs mobiles ne sont pas les mêmes, c'est-à-dire même si les coûts supportés par France Télécom sont différents. À l'inverse, France Télécom peut facturer ces appels à des niveaux différents même si les tarifs d'interconnexion des réseaux sont identiques. Encore faut-il que l'usage fait de cette double liberté n'ait pas un objet ou un effet anticoncurrentiel. Par exemple, des différences de tarifs ne doivent pas avoir de caractère discriminatoire. À l'inverse, un tarif unique d'appel fixes vers mobiles, quel que soit le réseau mobile appelé, pourrait avoir des

effets néfastes sur la concurrence si l'un des réseaux mobiles tentait d'augmenter ses parts de marché en abaissant le prix de l'interconnexion des appels entrants. Une péréquation systématique pratiquée par l'opérateur fixe dominant pourrait rendre cet effort insensible au consommateur et, donc, commercialement vain.

D'une manière générale, l'avis reste très prudent en terme de recommandations au sujet de l'uniformité ou, au contraire, de la différenciation tarifaire selon le réseau mobile appelé, notamment parce qu'il relève que, s'agissant de l'intérêt des consommateurs, il convient de mettre en balance le bénéfice d'éventuelles baisses de prix avec le préjudice qui pourrait résulter d'une complexité accrue de la grille tarifaire, aboutissant éventuellement à une moins bonne maîtrise des consommations.

## **1.2. DROIT DE LA CONCURRENCE ET RÈGLES DE SÉCURITÉ : L'EXEMPLE DU FRET AÉRIEN**

### **1.2.1. Contexte**

L'avis [01-A-07](#), rendu à la demande de la Fédération des entreprises de transport et logistique de France et du Syndicat national des agents et groupeurs de fret arien, posait le problème suivant. Le contexte mondial et les progrès de la législation (normes de l'OACI en août 1991, loi n° 96-151 du 26 février 1996, décret n° 97-1315 du 29 décembre 1997) imposent aux entreprises de fret et de logistique d'adopter des mesures de sécurité accrues et coûteuses en cas de transport aérien. Le coût de la sécurité est estimé à 1 %, en moyenne, du coût du fret. Les organismes saisissants souhaitent savoir si les opérateurs de fret aérien pouvaient, sans contrevenir aux règles de concurrence, convenir de répercuter à leurs clients le coût de la sécurité à un niveau minimal déterminé au niveau national par un organisme indépendant. Le système envisagé aurait consisté à mentionner sur les factures le prix de la sécurisation, sous la forme d'une ligne spéciale, et pour une valeur ne dépendant pas du coût effectivement supporté par chaque opérateur mais calculée sur la base d'une péréquation entre les différents opérateurs et les différentes régions, par un organisme tiers. L'objectif visé aurait été double : éviter que la sécurité ne devienne un enjeu commercial, au détriment de sa qualité, et éviter de pénaliser les petites entreprises ou les régions les moins actives. Un argument supplémentaire pouvait être trouvé dans le fait que le dispositif législatif ne comportait que peu de sanctions directes.

### **1.2.2. Orientations de l'avis**

Dans son avis, le Conseil a considéré que le système envisagé risquait de constituer une violation du droit de la concurrence.

En premier lieu, et abstraction faite de la nature particulière de l'objectif poursuivi-la sécurité-aucun des détails du dispositif ne suffit à en faire disparaître la nature profonde : il s'agit bien d'une entente sur les prix entre des entreprises qui sont en concurrence les unes avec les autres. En effet, si la mention indépendante, sur la facture, d'une partie du prix afférente à la sécurité n'est pas en soi anticoncurrentielle, elle le devient lorsque cette partie du prix n'est pas déterminée librement par chaque opérateur en fonction de ses coûts propres et de sa politique commerciale, mais fixée en commun et au même niveau par l'ensemble des concurrents. Il importe peu, de ce point de vue, que ce niveau soit déterminé non par une simple discussion entre les concurrents mais par un organisme indépendant puisque ce dernier procèdera à une péréquation : aucune entreprise ne sera incitée, dans ces conditions, à

améliorer la productivité de ses opérations de sécurisation ni à répercuter ses efforts sur ses clients.

Cependant, l'analyse ne pouvait se limiter à de telles considérations car la jurisprudence a déjà admis que la recherche de la sécurité constitue une contribution au progrès économique au sens du 2<sup>e</sup> alinéa de l'article L. 420-4 du code de commerce, ce qui, si toutes les conditions prévues par ce texte et par la jurisprudence sont satisfaites, peut conduire à l'exemption de pratiques anticoncurrentielles. C'est à ce titre, par exemple, que dans sa décision 91-D-29, le Conseil avait admis que les sociétés de distribution de gaz en bouteille pouvaient imposer à leurs revendeurs de ne pas reprendre de bouteilles appartenant à d'autres marques, compte tenu des avantages qui en résultaient pour la sécurité des consommateurs.

Dans le cas présent, le Conseil a estimé que certaines conditions classiques de l'exemption pour contribution au progrès économique n'étaient pas remplies. En effet, le progrès économique allégué aurait dû résulter de la pratique litigieuse. Or, dans le dispositif envisagé, rien ne garantissait que, du fait de la répercussion automatique et identique sur le prix final d'un coût moyen estimé de dépenses de sécurité, ces dépenses seraient effectivement et utilement engagées. De même, la pratique litigieuse aurait dû être une condition nécessaire du progrès invoqué. Or l'interdiction de négocier à la baisse la partie de la facture correspondant à la sécurité n'interdisait pas de négocier le reste de la facture et, en contrepartie et sans le dire, de compenser cette négociation en dégradant l'effort de sécurité.

Une autre contribution au progrès économique était invoquée : l'aménagement du territoire. Le Conseil a relevé que le caractère nécessaire de la pratique anticoncurrentielle à la poursuite de l'objectif n'apparaissait pas évident dès lors qu'il existe d'autres moyens, aussi efficaces et plus transparents, de contribuer au maintien de lignes aériennes déficitaires ou au développement économique local.

En définitive, le Conseil a estimé que la limitation de la liberté commerciale des opérateurs de fret aérien était disproportionnée par rapport aux conditions de réalisation effective de la sécurité du fret, d'autant que la puissance publique pouvait disposer d'instruments adaptés comme le retrait des agréments délivrés aux expéditeurs dits "*connus*" ou l'adoption de sanctions à l'encontre des compagnies aériennes qui ne respecteraient pas les obligations légales, les compagnies devant veiller, pour éviter de telles sanctions, à ce que les opérateurs de fret respectent eux-mêmes les règles de sécurité.

### **1.3. L'ACTION DES ORGANISATIONS DE CONSOMMATEURS AUPRÈS DES ENTREPRISES PEUT-ELLE ÊTRE ANTICONCURRENTIELLE ?**

L'avis [01-A-13](#) du 19 juin 2001 répondait à une demande de l'Union fédérale des consommateurs et portait sur une question posée à l'occasion de la concertation engagée, en partie sous l'égide des pouvoirs publics, entre la profession bancaire et les associations de consommateurs au sujet des offres de service bancaire.

La question était cependant d'une portée très large puisqu'elle consistait, en définitive, à demander au Conseil à quelles conditions les associations de consommateurs et les entreprises d'un secteur (ou leurs organisations représentatives) peuvent discuter des politiques commerciales du secteur et, notamment, de la composition et du prix des services offerts, y compris dans le but d'élaborer un accord qui pourrait être intégré dans un texte législatif ou réglementaire.

L'avis rendu traite d'un problème jusqu'ici largement méconnu, mais les solutions préconisées ont pratiquement toutes été dégagées à partir de jurisprudences nationales et surtout communautaires solidement établies.

Les associations de consommateurs, sauf si elles vendent des biens ou des services à titre d'activité annexe, ne sont pas des entreprises et leurs activités ne sont pas assimilables à des activités de production de biens et de services. En principe, donc, elles ne sont pas soumises au droit de la concurrence.

L'avis relève cependant qu'au-delà de cette affirmation rassurante, les concertations auxquelles les organisations de consommateurs peuvent participer posent plusieurs problèmes sérieux. D'une part, dans la mesure où plusieurs entreprises concurrentes participent à de telles concertations, ces dernières, de manière en quelque sorte indépendante de la présence des organisations de consommateurs, peuvent être le support d'ententes anticoncurrentielles. Les entreprises participantes pourraient donc, dans ce cas de figure, se voir condamnées, les consommateurs devenant finalement les victimes d'ententes organisées pourtant à leur demande.

D'autre part, si le droit communautaire de la concurrence prohibant les ententes vise spécifiquement les entreprises, le droit national français (article L. 420-1 du code de commerce) ne comporte pas de telle restriction. Il en résulte que, selon la jurisprudence de la cour d'appel de Paris (arrêt "*Syndicat du livre*" du 29 février 2000), une organisation qui n'est pas une entreprise pourrait être condamnée par le Conseil de la concurrence pour avoir participé à une entente anticoncurrentielle, à condition toutefois qu'au moins une entreprise y ait également adhéré. Dès lors, une concertation présentant un caractère anticoncurrentiel pourrait non seulement déboucher sur des comportements néfastes pour les consommateurs et sur une condamnation des entreprises au cas où l'affaire serait découverte mais aussi sur une condamnation des associations de consommateurs qui y auraient participé.

Dans ces conditions, le Conseil a estimé utile d'examiner si les concertations entre entreprises et associations de consommateurs, et notamment les discussions entre ces dernières et la profession bancaire, présentaient un risque d'atteinte à la concurrence.

Encore faudrait-il, pour qu'un tel risque existe, que de telles concertations ne puissent pas bénéficier d'une exemption, au sens de l'article L. 420-4 du code de commerce, qui prévoit que ne sont pas soumises à l'interdiction des ententes anticoncurrentielles les pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou qui ont pour effet d'assurer un progrès économique. Après une analyse très précise, le Conseil a cependant attiré l'attention sur la portée limitée de ces possibilités d'exemption.

En premier lieu, en effet, il a constaté qu'aucun texte de nature législative ne prévoyait que les concertations entre organisations de consommateurs et entreprises en général (et établissements bancaires en particulier) pouvaient déboucher sur des accords anticoncurrentiels. Le Conseil a rappelé, par ailleurs, que la jurisprudence communautaire considère que le fait que les résultats d'une entente anticoncurrentielle soient ultérieurement repris par une disposition légale ne privait pas l'entente de son caractère prohibé et n'empêchait donc pas la condamnation de ses auteurs (CJCE, 30 janvier 1985, Bureau interprofessionnel du Cognac) ; quant au texte reprenant les termes d'un accord issu d'une concertation interdite par le droit de la concurrence, la jurisprudence communautaire le considère comme incompatible avec le traité : il ne saurait être invoqué après son entrée en

vigueur par des entreprises cherchant à échapper à une condamnation (CJCE, 21 septembre 1988, Pascal van Eycke c/ SA APSA).

En second lieu, si la jurisprudence admet que la protection des consommateurs, notamment leur bonne information ou le renforcement de leur sécurité, relève du progrès économique au sens de l'article L. 420-4. le bénéfice de l'exemption pour contribution à ce progrès n'est pas acquis du seul fait qu'un tel progrès serait recherché par les participants à l'entente. Il convient, en outre, qu'un certain nombre de conditions soient réunies : le progrès doit résulter directement de la pratique anticoncurrentielle, celle-ci doit être nécessaire à sa réalisation, les consommateurs doivent recueillir une part équitable du profit qui en résulte, enfin, la concurrence ne doit pas être éliminée sur une partie substantielle du marché. Il n'est pas exclu, bien sûr, que ces conditions soient remplies dans le cas de certaines concertations auxquelles les associations de consommateurs participent. Mais il n'est pas possible d'affirmer que, du seul fait qu'elles y sont invitées, ou du seul fait que les pouvoirs publics ont organisé la concertation, l'ensemble de ces critères cumulatifs est respecté.

Les associations de consommateurs sont donc potentiellement susceptibles d'être sanctionnées en tant que parties à une entente et doivent par conséquent veiller à ce que les concertations auxquelles elles prennent part et qui réunissent des entreprises concurrentes, ne présentent pas un caractère anticoncurrentiel.

La suite de l'avis cherche à dresser la liste des sujets de discussion à éviter au cours de ces concertations.

Sont évidemment prohibées les discussions qui aboutiraient à un accord sur les prix ; le risque semble être modéré car les organisations de consommateur évitent la plupart du temps de parler directement des prix avec plusieurs entreprises. À l'inverse, le risque le plus élevé est celui d'un échange d'informations, notamment sur les coûts ou sur les politiques commerciales. Compte tenu de l'objet des discussions qui se déroulaient dans le secteur bancaire, le Conseil s'est également interrogé sur la possibilité de négocier un accord sur le prix maximum ou sur le contenu minimum d'un service (prestations minimales universelles par exemple). Si la jurisprudence précise parfois que les prix maximum ne sont pas anticoncurrentiels, il ne s'agit que des prix fixés au sein d'un réseau de distribution. L'avis précise qu'un prix maximum négocié entre concurrents peut avoir un caractère anticoncurrentiel car en empêchant l'un d'eux de pratiquer un prix supérieur au maximum, l'accord pourrait le dissuader d'offrir un meilleur service. Quant à des engagements sur des contenus minimum sur un service donné, ils sont envisageables mais à la condition de ne pas restreindre les moyens par lesquels chaque entreprise peut différencier son offre, ni d'empêcher l'un des concurrents de proposer par exemple, outre le service ainsi négocié, un service moins riche en contenu mais encore moins cher.

En conclusion, le Conseil a relevé que, compte tenu des risques courus par les entreprises et même par les organisations de consommateurs, l'imposition de normes minimales à respecter par toutes les entreprises d'un secteur pouvait s'opérer par l'édiction de textes législatifs, méthode plus sûre que celle de l'accord négocié. Pour le reste, le champ de la négociation reste vaste mais les organisations de consommateurs ont intérêt à être vigilantes, d'une part, sur l'objet de la négociation (qui doit exclure la recherche d'un accord sur les prix) d'autre part sur ses méthodes, qui ne doivent pas prévoir d'échanges d'information entre concurrents de nature à limiter l'incertitude dans laquelle chacun doit demeurer à l'égard des coûts et des politiques commerciales des autres entreprises du secteur.

#### 1.4. LES MÉTHODES PERMETTANT DE SAVOIR SI DES COMPORTEMENTS IDENTIQUES DE LA PART DE FOURNISSEURS SONT LE FRUIT D'UNE ENTENTE ANTICONCURRENTIELLE

L'avis [01-A-14](#) du 23 octobre 2001 illustre une nouvelle tendance de la jurisprudence du Conseil en matière d'avis. Si, comme par le passé, le Conseil s'interdit de se prononcer, à l'occasion d'une demande d'avis, sur des pratiques dont il est par ailleurs saisi au contentieux, il accepte désormais systématiquement de répondre aux demandes d'avis, même lorsque ces dernières portent sur des pratiques précises émanant, le cas échéant, d'entreprises bien identifiées. Dans le passé, la jurisprudence à ce sujet était plus hésitante. Le Conseil n'en demeure pas moins sensible à une difficulté : les avis ne sont pas précédés d'une procédure pleinement contradictoire. Il en résulte que la qualification précise de pratiques, dans un avis rendu public, peut poser problème à une entreprise qui n'a pas toujours eu l'occasion de faire valoir son point de vue.

Pour limiter ces risques, deux précautions sont prises. En premier lieu, les avis portant sur des pratiques précises sont rédigés en termes prudents et s'efforcent d'aborder les questions sous un angle général. Lorsque le libellé de la demande d'avis ne s'y prête pas, le Conseil dégage de la jurisprudence des éléments de réponse mais, faute d'instruction contradictoire et d'enquête, il ne se prononce pas sur leur application au cas d'espèce.

En second lieu, le Conseil veille, à ce que les mêmes personnes ne siègent pas sur un même dossier en avis et au contentieux.

En l'espèce, la chambre syndicale des professionnels du bois "*charpente menuiserie agencement*" interrogeait le Conseil au sujet d'une pratique mise en œuvre par un certain nombre de négociants en bois. Ceux-ci avaient, au cours d'une période s'étalant du 1<sup>er</sup> décembre 2000 au 5 janvier 2001, informé leurs clients que des frais forfaitaires de livraison leur seraient désormais facturés. Un certain nombre de similitudes étaient, par ailleurs, relevées dans tout ou partie des courriers.

Dans sa réponse, le Conseil n'a pas qualifié cette pratique mais il a rappelé la notion de "*parallélisme de comportement*" et les conséquences qu'en tire le droit de la concurrence. Un parallélisme de comportement est un indice d'entente mais n'en constitue pas une preuve. La démonstration de l'existence d'une entente doit résulter d'une instruction à charge et à décharge. À charge, pourront être retenus des indices de ce que des échanges d'information sont intervenus entre les entreprises. À décharge, pourront être rassemblés des éléments de contexte susceptibles de démontrer qu'à l'époque considérée, toutes les entreprises se sont trouvées confrontées à des situations comparables ayant pu les conduire à adopter simultanément, mais indépendamment, des comportements identiques ou voisins. L'avis ajoute qu'il est parfois possible de conclure à une entente alors qu'aucun indice d'échange d'information n'a été recueilli : c'est le cas lorsque le parallélisme de comportement ne peut s'expliquer ni par les conditions de marché auxquelles chaque entreprise est soumise, ni par la poursuite de l'intérêt individuel de chacune d'elles. Dans ce cas, l'entente est qualifiée de "*tacite*".

Sur la base de ces éléments d'analyse, le Conseil a invité l'organisation saisissante à se poser un certain nombre de questions : les décisions prises par les négociants en bois sont-elles suffisamment rapprochées dans le temps et comparables entre elles pour constituer un "*parallélisme de comportement*" ? Si oui, le parallélisme s'accompagne-t-il d'indices de concertation et existe-t-il dans les conditions générales et particulières de fonctionnement du

marché, une explication commune qui pourrait, hors de toute entente, rendre compte du parallélisme ?

## **2. Les avis rendus en matière de concentration**

### **2.1. ACQUISITION DU GROUPE GTM PAR LE GROUPE VINCI**

Cette fusion de deux grands groupes du BTP, qui tous deux dépassaient les seuils fixés en terme de chiffre d'affaires à l'article L. 430-1, concernait plusieurs secteurs, dont certains ont souvent été analysés par le Conseil (comme les travaux routiers et les enrobés bitumineux), l'examen des autres (construction et gestion de parkings) ayant été plus rare.

Dans certains de ces secteurs, le Conseil a été amené, pour définir les marchés concernés par l'opération, à mettre en avant les caractéristiques de l'offre, dans la mesure où accorder la primauté aux caractéristiques de la demande aurait conduit à un émiettement excessif des marchés définis. Ainsi, dans le secteur des travaux publics, chaque opération faisant l'objet d'un appel d'offres est, du point de vue de la demande, non substituable à une autre. Le Conseil s'est appuyé sur la nomenclature des activités établie par la Fédération nationale des travaux publics et sur le taux de spécialisation des entreprises du secteur dans une ou plusieurs de ces activités pour distinguer quatre marchés spécifiques, sur lesquels 75 % des entreprises qui soumissionnent sont spécialisées (travaux de voies ferrées, terrassements à l'air libre, fondations spéciales, travaux de réseaux, canalisations et autres, en souterrain) et un marché du génie civil général. Dans le secteur des travaux routiers, la fabrication des produits de revêtement et les travaux de pose de ces revêtements ont été considérés comme des marchés distincts, conformément à une jurisprudence constante du Conseil.

Dans le secteur de la construction, rénovation et gestion de parcs de stationnement, le Conseil a considéré que deux types de marchés devaient être distingués. En amont, les entreprises concernées répondent à des appels d'offres lancés par des collectivités locales pour le choix des délégataires. En aval, se confrontent l'offre de places de stationnement de tous types et la demande de la part des automobilistes. Dans les deux cas, le Conseil a constaté que les places en surface et les places en ouvrages souterrains n'étaient pas substituables. En ce qui concerne les appels d'offres, les investissements concernés et le mode de gestion sont différents selon qu'il s'agit de places en surface (parcmètres ou parcs) ou de places en ouvrage. Du point de vue des automobilistes, les deux types de places présentent des caractéristiques différentes tenant au prix, à l'accessibilité et à la sécurité. Le Conseil s'est prononcé pour l'intégration (parmi les offreurs à prendre en compte dans la délimitation du marché de la construction et de l'exploitation de parcs en ouvrage) des sociétés mixtes locales, telle la SAEMES à Paris, dès lors qu'elles sont candidates dans les mêmes conditions que les autres opérateurs aux appels d'offres et que le champ géographique de leur intervention n'était pas restreint.

Sur le marché aval, il a été constaté que la dimension géographique se limitait en presque totalité à chaque parc de stationnement, seuls quelques parcs parisiens proches les uns des autres pouvant être regardés comme substituables entre eux du point de vue des automobilistes. En revanche, le marché amont est de dimension nationale compte tenu de l'homogénéité du service demandé, de la mise en œuvre d'une procédure de choix du délégataire obligatoire et identique quelle que soit la commune, de l'exigence d'une publicité préalable par voie de presse et de la présence, dans les réponses à ces appels d'offre, d'opérateurs à vocation nationale.

Dans l'examen des effets de la concentration, le Conseil a évalué le pouvoir de marché de la filiale de Vinci chargée de la construction et de l'exploitation des parcs de stationnement suite à l'opération Vincipark, en distinguant sa part dans le total des places de stationnement existantes, et sa part dans les résultats des appels d'offres lancés au cours des trois années précédentes. Il a constaté que la part largement majoritaire qu'elle détenait dans les places concédées dans beaucoup de grandes villes françaises, ne lui donnait pas d'avantage particulier dans les procédures d'attribution des nouvelles concessions puisqu'elle n'avait remporté qu'entre 21 et 24 % des compétitions. En ce qui concerne les effets de l'opération sur les marchés aval sur lesquels la demande émane des automobilistes, le Conseil a estimé que, chaque parc de stationnement constituant du point de vue des automobilistes, un marché pertinent, le cumul des parkings gérés par Sogepark et de ceux gérés par Parcs GTM ne pouvait avoir d'incidence sur le prix des places de stationnement pratiqués par le nouveau groupe à l'égard des automobilistes. De plus, il a noté que les tarifs de stationnement en ouvrage sont fixés par les concessionnaires après approbation des collectivités locales concédantes, pour lesquelles ces tarifs participent d'une politique globale de gestion du stationnement dans la ville.

L'absence de barrières à l'entrée sur le marché de la construction et de l'exploitation des parcs de stationnement en ouvrages a également été mise en avant par le Conseil pour relativiser le pouvoir de marché que pourrait conférer au nouveau groupe Vinci, l'ancienneté de sa présence dans ce secteur, le stock de places gérées ainsi que sa forte rentabilité. Il a noté l'arrivée sur ce marché de nouveaux opérateurs sans expérience de l'activité, comme SERIMO et Realpark à Paris et la société Fayat à Bordeaux, et le fait que des filiales de grands groupes de construction reviennent sur ce marché après l'avoir quitté il y a quelques années (Omniparc pour Eiffage) ou y entrent pour la première fois (SPIE Concessions).

Concernant la production d'enrobés à chaud, le Conseil a constaté que, sur plusieurs marchés géographiques en cause, le cumul des parts de marché des filiales de Vinci et de celles de GTM créait ou renforçait une position dominante et risquait de peser à la hausse sur le prix des produits en cause dans les négociations avec les directions départementales de l'équipement.

Par ailleurs, le Conseil a relevé que l'opération, en accroissant le manque de transparence déjà perceptible dans les secteurs concernés, risquait de favoriser des comportements collusifs portant atteinte à la concurrence par les prix.

Le Conseil a ainsi noté que le nouveau groupe Vinci conservait, dans la construction (hors grands projets), deux pôles avec GTM construction d'une part, et SOGEA construction d'autre part, sans que cette organisation soit justifiée par une complémentarité géographique ou technique, les deux entreprises étant présentes par l'intermédiaire de leurs filiales sur l'ensemble du territoire. Il a considéré qu'il en résultait une opacité croissante sur les liens unissant les différentes entités juridiques du groupe intervenant sur les marchés du bâtiment, de nature à tromper les maîtres d'ouvrage, privés ou publics, sur la réalité de la concurrence et que cette structure de marché, qui résulte du cumul des enseignes des deux groupes et de l'absence d'identification commune, était susceptible de favoriser des comportements anticoncurrentiels. Le Conseil a en conséquence recommandé l'adoption d'un identifiant unique et commun aux multiples enseignes du groupe Vinci.

Le Conseil a également relevé que plusieurs caractéristiques de l'offre d'enrobés à chaud (homogénéité des produits, importantes surcapacités de production, association des trois

grands groupes routiers dans des centrales communes) sont de nature à restreindre la concurrence effective sur le marché et induisent au minimum des comportements tacites de non concurrence car aucun des grands opérateurs n'a intérêt à remettre en cause les positions de ses confrères, chacun disposant de possibilités de riposte équivalentes. Le Conseil a rappelé que, par le passé, il avait été régulièrement saisi de problèmes récurrents d'ententes entre les principaux opérateurs et a considéré que l'opération, en renforçant la structure oligopolistique du marché, renforce ces risques de collusion.

Par ailleurs, le Conseil a relevé, dans le protocole d'accord entre Vinci et Suez, une clause selon laquelle : "*Pendant une durée de 5 années, Vinci s'engage à ne pas exercer directement ou indirectement d'activités dans les domaines de la distribution de l'eau et de la propreté en France et à l'étranger*". Il a considéré que cette clause de non concurrence, sans rapport avec les produits et services faisant l'objet de l'activité de Groupe GTM et qui n'est pas destinée à garantir la valeur des actifs de cette dernière société, n'apparaissait en aucune manière nécessaire à la réalisation de l'opération, mais était destinée à protéger Suez de la concurrence potentielle de Vinci dans ses métiers traditionnels et qu'elle présentait donc un objet manifestement anticoncurrentiel, prohibé par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce

Au total, le Conseil a donc relevé plusieurs problèmes de concurrence posés par ce projet de concentration (avis [01-A-08](#)).

## **2.2. ACQUISITION DU GROUPE JEPPESEN PAR LE GROUPE BOEING**

Dans cette opération, le groupe Boeing, mondialement connu, faisait l'acquisition du groupe Jeppesen, spécialisé dans les services de cartographie aérienne et de navigation. Cet avis, mettant en cause deux sociétés de droit américain dont aucune n'avait de filiale en France, a fourni au Conseil l'occasion de rappeler, comme il l'avait déjà fait dans l'avis [00-A-27](#), que les règles du droit national relatives au contrôle des concentrations ne distinguent pas selon que les parties à l'acte sont régies, pour leur constitution et leur fonctionnement, 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 en revanche dès lors que l'opération est susceptible de produire des effets sur le territoire national et qu'elle répond aux conditions de seuil de l'article L. 430-1 du code de commerce. En l'espèce, le Conseil a constaté que la concentration pouvait avoir des effets sur le territoire national puisque que Jeppesen et Boeing ont pour clients ou pour fournisseurs des sociétés implantées sur le territoire et qu'elles sont en concurrence sur ce territoire avec d'autres sociétés. Il a conclu que cette constatation suffisait pour établir la compétence du Conseil, sans qu'il soit besoin de vérifier que ces effets portent atteinte au fonctionnement concurrentiel d'un marché. Le fait que les entreprises parties à l'opération n'aient eu aucune filiale ou représentation en France a donc été considéré comme dépourvu de pertinence.

La société Jeppesen intervenant sur un secteur d'activité distinct de celui du constructeur d'avions, le Conseil a défini les marchés sur lesquels opère Jeppesen et ceux sur lesquels opère Boeing. Jeppesen offre des services cartographiques et de navigation, des services d'opérations de vol, des services de documentation et des accessoires d'aviation. Le Conseil a considéré que le marché de la fourniture de cartes aux compagnies aériennes devait être distingué de celui de la fourniture de données électroniques de navigation (FMC) aux fabricants d'avionique et aux compagnies aériennes, les deux types de services n'étant pas substituables du point de vue des utilisateurs. Les cartes papier et les données FMC

remplissant deux fonctions différentes et l'absence de l'une dans un cockpit ne pouvant être compensée par la présence de l'autre, la circonstance que ces deux types de produits puissent être élaborés à partir des mêmes données brutes a été jugée sans pertinence sur la définition de ces marchés, dès lors que les produits finis n'ont pas le même usage.

S'agissant des marchés concernés par l'activité de Boeing, le Conseil a estimé que ces marchés n'ont pas connu d'évolution significative, justifiant leur remise en cause, depuis leur délimitation dans la décision rendue par la Commission européenne, le 30 juillet 1997, lors de l'examen de l'acquisition du groupe Mac Donnell Douglas par le groupe Boeing. Dans cette décision, la Commission a identifié les marchés sur lesquels opérait Boeing comme étant ceux des avions à réaction commerciaux de grande capacité neufs, distincts de ceux des avions d'occasion, comprenant les avions-cargos et a distingué, d'une part, les avions à fuselage étroit, et d'autre part, les avions à fuselage large.

En ce qui concerne la dimension géographique du marché, le Conseil a constaté que les services cartographiques et de navigation, les services d'opérations de vol, les services de documentation et les accessoires d'aviation, fournis par la société Jeppesen dans l'ensemble du monde et utilisés dans l'industrie aéronautique, secteur dont une bonne partie implique des vols internationaux, sont de nature internationale. Les avions produits par Boeing sont eux aussi vendus dans le monde entier dans des conditions de concurrence similaires et, proportionnellement à leur prix, les coûts de transport liés à la livraison sont négligeables.

Les sociétés Boeing et Jeppesen n'opèrent pas dans les mêmes secteurs d'activité, les effets de l'opération sur la concurrence ne pouvaient être dus à un cumul de parts de marchés. Par ailleurs, les relations directes de client à fournisseur entre les deux sociétés étaient quasiment inexistantes. En revanche, la construction d'avions et les services d'information de vol peuvent être considérés comme des secteurs connexes : et Boeing et Jeppesen ont en commun la clientèle des compagnies aériennes, également clientes des concurrents de Boeing et Jeppesen. Leurs relations passent aussi par l'intermédiaire des fabricants d'avionique qui intègrent dans les ordinateurs de bord qu'ils vendent aux constructeurs aériens, les données qu'ils achètent à Jeppesen. L'opération présentait donc un risque d'atteinte à la concurrence dans la mesure où Boeing réserverait l'accès aux services de Jeppesen à ses seuls clients, c'est-à-dire aux compagnies aériennes achetant des avions commerciaux de grande capacité de la seule marque Boeing, ou aux seuls fabricants d'avionique équipant des avions Boeing.

Une telle forclusion ne serait cependant susceptible de générer des effets anticoncurrentiels vis-à-vis d'Airbus, seul concurrent de Boeing, que dans l'hypothèse où les services de Jeppesen seraient irremplaçables et les décisions d'achat des compagnies aériennes conditionnées par les possibilités d'accès à ses services. Or, l'analyse de l'accès aux services d'information a montré au Conseil que les compagnies aériennes et les fabricants d'avionique ne pouvaient être considérés comme dépendants de Jeppesen. Le Conseil a pris en compte l'offre existante ainsi que le fait que cette activité était intégrée par beaucoup de compagnies aériennes et que les barrières à l'entrée sur ce marché étaient peu importantes. L'examen des caractéristiques propres à ces marchés en France a confirmé cette analyse : la compagnie Air France et la direction de l'aviation civile sont susceptibles de constituer une alternative aux services de Jeppesen.

Par ailleurs, du fait du partage à peu près à égalité des ventes d'avions entre les deux grands constructeurs, le Conseil a considéré que Boeing n'est pas en mesure d'évincer des marchés

des services d'informations de vol les concurrents de Jeppesen, en rendant ses avions compatibles avec les seuls produits Jeppesen.

Les risques éventuels pour la concurrence liés à l'accès de Boeing à des informations sensibles pour Airbus n'ont pas davantage été retenus par le Conseil, qui a rappelé que ce problème de confidentialité était inhérent aux activités de l'ensemble du secteur de l'aéronautique, caractérisé par l'imbrication des liens commerciaux et capitalistiques, tissés entre fournisseurs, clients et concurrents, au fil des restructurations, acquisitions et prises de contrôle, et pouvait être résolu par des contrats spécifiques, du type de ceux couramment conclus dans ce secteur. De même, les problèmes de contrôle de format de documentation par Jeppesen n'ont pas été considérés comme pertinents par le Conseil dans la mesure où les évolutions nécessaires sont périodiquement soumises à l'approbation de l'ATA (Association des transporteurs aériens), et font donc l'objet d'une publicité accessible aux professionnels du secteur.

L'ensemble de ces considérations a conduit le Conseil à estimer que cette opération ne présentait pas de risques d'atteinte à la concurrence sur le territoire français (avis [01-A-10](#)).

## **Chapitre II – Les décisions contentieuses notables**

### **1. Le cartel des formules de titre-restaurant**

Saisi par le ministre de l'économie, le Conseil a été conduit dans sa décision [01-D-41](#) rendue le 11 juillet 2001 à sanctionner plusieurs pratiques d'entente anticoncurrentielle mises en œuvre par les trois plus importantes des quatre sociétés émettrices de titres-restaurant en France. Ces sociétés détiennent ensemble près de 94 % de ce marché.

Le titre-restaurant est un titre de paiement remis par les employeurs à leurs employés pour leur permettre de payer tout ou partie de leur déjeuner. Le système fonctionne de la façon suivante : des sociétés émettent des titres qu'elles vendent aux entreprises pour un montant qui comprend la valeur faciale du titre à laquelle est ajoutée une rémunération (correspondant à la prestation de service rendue par les émettrices). Les entreprises revendent ensuite, pour un montant inférieur à leur valeur faciale, les titres à leurs salariés. Ces derniers les utilisent pour payer les restaurateurs, lesquels les présentent alors aux émetteurs pour remboursement.

Les trois principales sociétés émettrices de titres, Accor (38,29 % du marché avec le "*ticket restaurant*"), Chèque-déjeuner (35,98 % du marché avec le titre éponyme) et Sodexo (19,38 % du marché avec le "*chèque restaurant*") ont créé en 1971 une association régie par la loi de 1901, dénommée la Centrale de règlement des titres, la "*CRT*". La vocation principale de cette centrale est de traiter les titres restaurants pour le compte de leurs émetteurs en vue d'effectuer leur compensation auprès de ceux qui les reçoivent en paiement (restaurateurs, commerces de bouche, grandes et moyennes surfaces...).

#### **1.1. PRATIQUE CONCERTÉE DE PRIX**

L'enquête menée par les services de la DGCCRF avait permis de relever que ces trois sociétés associées avaient fixé en commun, au sein de la CRT, des tarifs de commission identiques appliqués aux restaurateurs. Les entreprises en cause ne niaient pas cette pratique mais faisaient valoir devant le Conseil qu'elle était légitime, dans la mesure où le service rendu par la CRT aux restaurateurs était le même pour chacun.

Ce moyen de défense n'a pas été retenu par le Conseil. Il a souligné, à cet égard, que la participation versée par les restaurateurs était une des ressources des émetteurs (qu'elle soit perçue directement par eux ou pour leur compte par la CRT), la CRT ne procédant à aucun encaissement et se bornant à traiter matériellement les titres envoyés par les restaurateurs.

Le Conseil a estimé que, s'il était légitime qu'une participation puisse être réclamée aux restaurateurs qui souhaitent bénéficier de délais de traitement plus rapides, rien ne justifiait que cette participation soit fixée en commun et soit identique pour les différents émetteurs, puisque, dans un tel cadre, la CRT intervenait pour le compte de ses membres. Une telle fixation d'un taux uniforme de commission perçu pour le compte d'entreprises ayant des coûts différents a, en application des principes énoncés par une jurisprudence constante, un objet anticoncurrentiel.

Au regard du droit de la concurrence, une telle entente aurait peut-être été licite si les parties avaient établi que la mise en commun des moyens logistiques permettait de ne faire supporter aux restaurateurs qu'un taux de commission correspondant strictement au coût de traitement des titres par la CRT. Cependant, tel n'était pas le cas en l'espèce, puisqu'il était ressorti des débats en séance, qu'en 1999, sur 13,5 milliards de francs correspondant au total de la valeur faciale des titres traités, la rémunération provenant des restaurateurs s'était élevée à 135 millions de francs, alors que les coûts de traitement par la CRT s'étaient élevés à 36,6 millions de francs.

Par ailleurs, les parties soutenaient que la pratique ainsi relevée contribuait au progrès économique et devait bénéficier de l'exemption prévue à l'article L. 420-4-I-2 du code de commerce, compte tenu des bénéfices résultant de l'existence de la CRT et, à l'inverse, des inconvénients inhérent à la gestion individuelle de l'activité de remboursement par les émetteurs. Le Conseil a été conduit à écarter cette argumentation. En effet, il n'était nullement établi qu'une entente visant à fixer en commun le taux de la commission due par les restaurateurs était nécessaire pour obtenir le progrès économique qui pouvait résulter du développement des tickets restaurants ; au contraire, aucun obstacle technique majeur ne semblait s'opposer à ce que la CRT puisse exercer sa mission de remboursement en appliquant des taux de commission différents selon les émetteurs pour lesquels elle agissait. Enfin, le Conseil a relevé que les déclarations faites en séance permettaient d'évaluer que la participation versée par les restaurateurs aux adhérents de la CRT était en moyenne supérieure de 32,4 millions de francs à celle qu'ils versaient pour les chèques de la société Chèque de table qui ne fait pas partie de la CRT. Ainsi, à supposer même que l'entente ait eu pour effet d'assurer un progrès économique, celle-ci ne réservait nullement aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en découle.

## **1.2. ENTRAVE À L'ACCÈS DU MARCHÉ**

Une autre pratique mise en œuvre au sein de la CRT a été sanctionnée par le Conseil. L'association avait mis en place en 1997 un serveur Minitel sur lequel les trois adhérents de la centrale apparaissaient comme les trois seuls émetteurs agréés de titres emplois service et la CRT comme l'unique organisme de remboursement de ces titres, alors qu'à cette période d'autres opérateurs intervenaient sur le marché et, notamment, la société Chèque de table, avec les Banques Populaires qui assuraient la compensation des titres émis par cette dernière.

Le Conseil a relevé que la CRT, effectuant le remboursement des titres pour le compte de ses membres, opérait donc sur le marché du remboursements desdits titres et que, dans la mesure

où elle réalisait la compensation pour près de 94 % de ceux-ci, elle se trouvait en position dominante sur ce marché. Il a estimé que la publicité ainsi faite sur le serveur Minitel de la CRT, mise en place dans un contexte d'opposition des membres de la centrale à l'entrée de la société Chèque de table dans l'association, était susceptible d'entraver l'accès au marché de concurrents, dans la mesure où ce procédé faisait croire de façon erronée aux clients qu'il n'existait pas d'alternative à cette association. Parallèlement, conformément à la jurisprudence énoncée par la Cour de cassation dans un arrêt Total Réunion Comores, en date du 5 mars 1996, le Conseil a estimé que la même pratique était constitutive d'une entente anticoncurrentielle de la part des membres de la Centrale.

### **1.3. RÉPARTITION DE MARCHÉ**

Par ailleurs, la convergence de multiples indices précis, graves et concordants a permis d'établir que Sodexho, Accor et Chèque-déjeuner s'étaient, entre mai 1996 et décembre 1998, concertées pour se partager le marché des titres-restaurant.

Tout d'abord, l'étude de ce marché permettait de constater qu'en dépit d'une croissance de l'ordre de 4,5 % par an, les parts de marché demeuraient particulièrement stables. Ensuite, figuraient au dossier les déclarations d'un ancien responsable commercial de Sodexho qui avait indiqué, d'une part, que les agents commerciaux de cette société avaient reçu des consignes de leur direction pour ne pas répondre ou pour présenter des offres incomplètes sur certains marchés, d'autre part, qu'au cours de réunions régulières, les directions commerciales des trois sociétés en cause vérifiaient le respect d'accords de gel de part de marché. Ces déclarations étaient confortées, en premier lieu, par le fait que sur de nombreux appels d'offres de renouvellement de marché, des irrégularités répétées aboutissaient à ce que l'entreprise titulaire du marché se trouvait seule candidate, voire seule candidate crédible ; en second lieu par un document, saisi au siège de la société Sodexho, dont les termes faisaient clairement apparaître l'existence d'une stratégie de compensation entre les trois sociétés et, en troisième lieu, par la mise en place par les sociétés Accor et Sodexho d'un système de rémunération de leurs agents commerciaux comportant des taux de rémunération moins élevés sur les affaires prises à la concurrence.

Les entreprises ont, parmi de multiples moyens de défense contestant la valeur probante des éléments retenus dans ce faisceau d'indices, fait valoir qu'il existait entre elles une concurrence réelle et agressive, incompatible avec l'idée d'entente. Le Conseil a estimé sur ce point que l'agressivité commerciale qui pouvait ressortir d'un certain nombre de documents présentés par les parties n'était pas incompatible avec le fonctionnement d'un système de compensation concertée, dans la mesure où les employeurs qui recourent aux titres-restaurants demeurent encore très minoritaires et qu'une certaine pugnacité commerciale est, dès lors, nécessaire pour éviter qu'ils ne renoncent à cette formule, ainsi que pour convaincre ceux qui ne l'ont pas encore adoptée.

S'agissant du régime de rémunération, l'une des sociétés en cause a expliqué qu'il avait été mis en place dans le souci d'éviter que les agents commerciaux ne cèdent à la facilité, puisqu'il serait plus facile de conquérir des clients déjà équipés de titres-restaurant en leur offrant un rabais de prix, que d'en conquérir de nouveaux. Le Conseil a écarté cette argumentation, bien qu'économiquement pertinente, en observant que ce mode de rémunération contribuait à figer les parts de marché mais aussi à étayer le grief de partage de marché ; il a précisé que si la société Accor souhaitait, dans le souci d'assurer la rentabilité des titres-restaurant, éviter les baisses anormales des tarifs, il lui suffisait de fournir à ses

commerciaux une grille tarifaire en leur indiquant les planchers à ne pas franchir, sans avoir à distinguer entre les affaires prises à la concurrence et la conquête de nouveaux marchés.

#### 1.4. ÉCHANGE D'INFORMATIONS LORS D'UN APPEL D'OFFRE

Enfin, le Conseil a qualifié d'entente anticoncurrentielle une pratique d'échange d'informations sur les prix entre Accor et Sodexho, préalablement au dépôt de leurs offres, en réponse à un appel d'offres lancé par la mairie de Valence. Cet échange d'informations n'était pas contesté par l'une des parties, mais chacune d'entre elles faisait valoir que cet échange n'avait eu aucune portée, dans la mesure où l'intérêt des offres présentées ne reposait pas sur le prix, mais sur les propositions formulées à titre accessoire, dans un cas, une ristourne sur les titres perdus ou périmés, dans l'autre, une offre de voyage pour 50 jeunes défavorisés de la ville. Le Conseil a considéré que le caractère annexe de ces propositions ne remettait pas en cause le caractère anticoncurrentiel de l'échange d'informations.

#### 1.5. DISPOSITIF DE SANCTIONS

La gravité de chacune des pratiques a été appréciée de façon différenciée. Tout d'abord, le Conseil a rappelé que la plupart d'entre elles avaient été analysées dans un avis de la Commission de la concurrence, en date du 22 mai 1980, et que, dès lors, les parties n'ignoraient pas leur caractère anticoncurrentiel. En outre, le Conseil a considéré que le partage du marché, au niveau national, ainsi que la fixation concertée des prix dans le cadre du marché de la ville de Valence, constituaient des pratiques anticoncurrentielles particulièrement graves ; il a rappelé, à cet égard, que de telles pratiques figurent parmi les ententes jugées injustifiables par la recommandation du 25 mars 1998 du Conseil de l'OCDE. En revanche, il était établi que dès qu'elles avaient été informées de la plainte formée par la société Chèque de table au sujet de l'annonce sur le serveur Minitel, les parties avaient modifié sa formulation pour supprimer toute confusion.

Le dommage à l'économie, bien qu'il ne puisse être chiffré, n'était pas contestable. Les titres-restaurants représentent, au total, 15 milliards de francs (2,286 milliards d'euros) par an, la part des adhérents de la CRT représentant 13,5 milliards de francs (1,9 milliards d'euros). Le coût de traitement des chèques par la CRT pouvait donc être évalué à 36,6 millions de francs (5,57 millions d'euros), soit un montant qui représente 0,27 % seulement de la valeur faciale des titres qu'elle traite, alors que la participation demandée aux restaurateurs est évaluée à 1 % de la valeur des titres émis. De surcroît, l'écart de rémunération versée par les restaurateurs aux adhérents de la CRT par rapport à celle versée à la société Chèque de table était évalué à 32,4 millions de francs (4,939 millions d'euros).

Eu égard à l'ensemble des pratiques relevées et à l'importance du dommage à l'économie, les sanctions pécuniaires prononcées par le Conseil, 4 millions de francs (304 898 €) pour Accor, 2,5 millions (381 122 €) pour Chèque-déjeuner, 2 millions de francs (304 898 €) pour Sodexho et 100 000 F (15 244 €) pour la CRT, peuvent sembler relativement faibles. Cela s'explique par le fait que, dans un avis du 22 mai 1980, la Commission de la concurrence avait estimé que "*faute d'information*", il n'était pas établi que la fixation en commun du taux de commission par les émetteurs de titres "*ait eu pour objet ou pour effet d'entraver le fonctionnement normal du marché*" ; le Conseil a considéré que cette formulation avait pu conduire les entreprises à penser que la pratique en cause n'était pas répréhensible et que, dans ces conditions, il ne pouvait prononcer de sanction pécuniaire sur ce grief.

## **2. Les entraves à la concurrence dans le secteur de la répartition pharmaceutique**

La décision [01-D-07](#) rendue le 11 avril 2001 sur des pratiques mises en œuvre sur le marché de la répartition pharmaceutique démontre combien certains secteurs sont encore confrontés à des comportements dont l'objet est d'empêcher de manière absolue le jeu de la concurrence. Cette décision a été confirmée dans son intégralité par un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 22 janvier 2002.

Les grossistes pharmaceutiques jouent un rôle essentiel dans le circuit de distribution des médicaments dans la mesure où les pharmacies, qui ne peuvent avoir en stock que les spécialités les plus courantes, doivent être en mesure de délivrer rapidement (dans la journée) les médicaments prescrits. Ainsi, les répartiteurs traitent 90 % des flux à destination des officines et sont organisés pour livrer en quelques heures et quel que soit l'endroit, les médicaments qui leur sont commandés. Dans la pratique, les pharmacies s'adressent, en général à deux répartiteurs, l'un à titre principal, l'autre, à titre accessoire, pour les livraisons dites "*de dépannage*".

À l'époque des faits, trois entreprises détenaient, sur le territoire national, 83 % du marché : OCP Répartition, Alliance Santé et CERP Rouen. Un petit nombre d'entreprises se partageait le reste du marché, parmi lesquelles se trouvaient les sociétés ORP et Phoenix Pharma.

Le Conseil avait été saisi des pratiques en cause par le ministre de l'économie, sur la base d'une enquête qui comportait des éléments relatifs à des accords de gel de parts de marché au plan local et national, entre les trois entreprises les plus importantes précitées, ainsi que la mise en place, par ces mêmes entreprises, de stratégies concertées visant d'une part, à faire échec à l'implantation d'ORP dans les régions du Nord et de la Seine-Maritime et d'autre part, à faire pression sur la société Phoenix Pharma, qui par la qualité du service proposé, avait réussi à prendre des parts de marchés à OCP.

Avant même de se prononcer sur les pratiques ainsi dénoncées, le Conseil a dû répondre à la question de savoir si les dispositions du livre IV du code de commerce devaient s'appliquer au secteur en cause. Les parties faisaient valoir à cet égard que le marché était administré et que la mise en œuvre du droit de la concurrence était totalement impossible, puisque les dispositions législatives et réglementaires en vigueur plafonnaient, à la fois, les marges et ristournes, ainsi que les prix pratiqués par les pharmaciens, et fixaient avec précision les caractéristiques des services que pouvaient rendre les grossistes, notamment les délais de livraison. Le Conseil a écarté cette argumentation en relevant que, s'il est constant que les textes fixent des plafonds pour les marges à appliquer par les grossistes aux médicaments remboursables, ils n'interdisent nullement que des marges plus faibles soient pratiquées. Par ailleurs, les éléments figurant au dossier mettaient en évidence que la qualité du service (à laquelle les pharmaciens paraissent sensibles) pouvait varier d'un grossiste à l'autre, laissant ainsi la place au jeu d'une concurrence par les mérites entre les opérateurs. En outre, les pratiques concernaient également les spécialités parapharmaceutiques pour lesquelles ces problèmes réglementaires ne se posaient pas.

## **2.1. ACCORD DE GEL DE PARTS DE MARCHÉ AU PLAN RÉGIONAL**

La première pratique qualifiée et sanctionnée par le Conseil consistait en la signature en 1991 (prorogée, en 1995) et l'exécution d'un accord par lequel les sociétés OCP, CERP Rouen et Alliance Santé avaient convenu de geler leurs parts de marché dans la région Nord et en Seine-Maritime.

L'exécution de cet accord était démontrée par la convergence de nombreux indices : limitation des remises offertes aux pharmaciens, refus ou résistances opposées aux pharmaciens voulant changer de grossiste, restitution de clients (généralement à l'occasion d'une succession) lorsque la limite de part de marché convenue était dépassée.

Les parties avaient fait valoir que les pratiques relevant du premier accord, remontant à plus de trois ans au jour du premier acte d'enquête, étaient prescrites en application des dispositions de l'article L. 462-7 du code de commerce. Le Conseil a précisé sur ce point que ces dispositions ne lui interdisaient pas d'examiner et de sanctionner un accord conclu à une époque prescrite s'il avait continué à s'appliquer dans la période non-prescrite.

L'une des sociétés mises en cause soutenait, afin de démontrer qu'elle n'avait pas pris part aux pratiques, que le montant de ses propres remises n'avait pas diminué pendant la période couverte par l'accord. Le Conseil a considéré qu'une telle circonstance, même démontrée, n'était pas de nature à remettre en cause l'existence de la concertation incriminée. Retenant dans son analyse le fait qu'un groupement de pharmaciens avait engagé un mouvement afin d'obtenir de meilleures conditions de ses fournisseurs traditionnels et avait suscité l'arrivée sur le marché d'un nouveau grossiste répartiteur (ORP, jusqu'alors implanté en Bretagne), il a estimé que ce contexte pouvait expliquer qu'en dépit du gel de part de marché et de la réduction des remises convenues entre les trois entreprises, le montant moyen des remises accordé par l'une d'elle soit resté stable ou même ait augmenté.

## **2.2. STRATÉGIE COMMUNE D'ÉVICTION D'UN CONCURRENT**

Les pratiques mises en œuvre pour empêcher la société ORP de s'implanter sur le marché ont été également sanctionnées par le Conseil.

Il ressortait du dossier que les sociétés OCP, Alliance Santé et CERP Rouen avaient adopté une stratégie concertée visant à entraver le développement d'ORP.

Les pratiques reprochées étaient les suivantes :

- refus de livrer, en tant que grossiste secondaire, les pharmaciens ayant fait appel à ORP comme grossiste principal ;
- surenchère commerciale (remises commerciales, mises à disposition de véhicule, travaux dans les officines et cadeaux divers...) ;
- le Conseil a relevé que ces pratiques, si elles n'avaient pas eu pour objet d'empêcher l'implantation d'ORP dans la région Nord et en Seine-Maritime, avaient néanmoins pu avoir pour effet de limiter son expansion, puisqu'elles avaient incité un certain nombre de pharmaciens à ne pas changer de grossiste et qu'il résultait des données fournies que malgré des conditions commerciales attractives, la part de marché d'ORP s'était très faiblement développée sur la période considérée. À cet égard, la cour d'appel a rappelé que l'objet anticoncurrentiel de pratiques mises en œuvre dans le cadre d'une

entente tendant à éliminer une entreprise du marché est caractérisé indépendamment des conséquences immédiates de ces pratiques pour les entreprises.

### **2.3. PRESSIONS COMMUNES SUR UN CONCURRENT**

OCP, Alliance Santé et CERP Rouen, ont également exercé des pressions sur la société Schulze Pharma (devenue Phoenix Pharma) l'obligeant à restituer à la société OCP la clientèle de 71 pharmaciens de la région parisienne, acquise en octobre 1996. Cette stratégie, en dépit de la résistance opposée par Schulze Pharma, avait fini par aboutir, puisque la part de marché de cette dernière avait, en 1998, reculé par rapport à sa position de 1996.

OCP, instigatrice des pratiques en cause, avait tenté de les légitimer en faisant valoir que la conquête de clientèle lancée par Schulze Pharma s'appuyait sur l'octroi d'avantages tarifaires illicites. Le Conseil a rappelé sur ce point le principe, maintes fois répété par une jurisprudence constante, selon lequel, lorsque des entreprises s'estiment victimes de pratiques déloyales, il leur appartient de recourir aux voies de droit qui leur sont ouvertes par la loi, mais qu'en aucun cas, il n'est légitime de répondre à de tels comportements par la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles. Par ailleurs, et en tout état de cause, ces allégations étaient démenties par les éléments du dossier qui faisaient clairement apparaître, d'une part, que c'était la qualité du service offert et non les conditions commerciales qui avaient conduit les pharmaciens à quitter OCP pour rejoindre Schulze Pharma, et d'autre part, qu'OCP avait proposé des remises nettement supérieures aux plafonds réglementaires et que, dans les cas où Schulze Pharma avait effectivement consenti des services supplémentaires aux pharmaciens, c'était pour s'aligner sur OCP lorsque celle-ci ne respectait pas le plafond légal de remise.

### **2.4. ACCORD DE GEL DE PARTS DE MARCHÉ NATIONAL**

Enfin, le Conseil a sanctionné un accord de gel de parts de marché conclu entre les trois entreprises en cause au plan national. Cet accord, à l'instar de celui conclu pour la région Nord et pour la Seine-Maritime, prévoyait une restitution de clientèle lorsque la variation des parts de marché d'une des parties à l'entente excédait 0,10 %. Sur ce point, le Conseil a relevé que s'il n'était pas possible, au vu des éléments du dossier de déterminer de façon précise l'effet anticoncurrentiel de l'accord, celui-ci avait pu affecter l'ensemble du marché de la distribution du médicament en France.

### **2.5. DISPOSITIF DE SANCTIONS**

Les parties faisaient valoir qu'en raison de la réglementation dont le secteur est l'objet, la concurrence ne trouvait pas à s'y exercer et n'avait donc pas pu être atteinte. Outre les arguments par lesquels le Conseil a répondu à la question de l'applicabilité des dispositions du titre IV du code de commerce, il a relevé que c'était précisément par une diminution de la qualité des services rendus, c'est-à-dire par une diminution volontaire de l'efficacité de la distribution en gros des produits concernés, que les grossistes à l'encontre desquels des griefs ont été retenus ont entendu réaliser une entente de répartition de marché. Par ailleurs, il est ressorti des débats, en séance, que les pharmaciens d'officine pourraient légalement vendre les médicaments en dessous du prix réglementaire, qui n'est qu'un prix plafond, ce qui leur permettrait de répercuter sur les consommateurs finaux les avantages consentis par les répartiteurs.

La gravité de ces pratiques, dont rien ne démontrait qu'elles avaient pu contribuer au progrès économique, a été appréciée en tenant compte, notamment, de ce qu'elles avaient été mises en

œuvre par les membres d'une profession disposant d'une exclusivité légale, de ce qu'elles avaient pour objectif d'abolir les marges de liberté étroites permises par la réglementation, à l'intérieur desquelles peut s'exercer la concurrence, et de ce qu'elles avaient eu pour objet et pour effet, d'une part, de décourager l'entrée de nouveaux opérateurs sur le marché, d'autre part, de faire obstacle au transfert au consommateur final des gains de productivité.

S'agissant du dommage à l'économie, le Conseil a principalement relevé que l'entente, si elle n'avait pas eu d'effet direct sur les prix, avait néanmoins eu pour conséquence de contribuer à la rigidité de la distribution et de rendre plus difficile l'aménagement des prix du médicament. Enfin, il a considéré que ces pratiques avaient eu pour effet de faire obstacle à une compétition par les prix au stade du gros, puis, par voie de conséquence, du détail, pour les produits de parapharmacie, dont les prix ne sont encadrés par aucune réglementation particulière.

Sur ces fondements, le Conseil a prononcé des sanctions de 30 millions et 18 millions de francs (4 573 470 et 2 744 082 d'euros) à l'encontre des sociétés Alliance Santé et CERP Rouen et une sanction, plus importante de 50 millions de francs (7 622 450 d'euros) à l'encontre de la société OCP, instigatrice des deux dernières pratiques qualifiées. Il a de surcroît ordonné la publication de la décision dans la revue *Le Moniteur des pharmacies*, afin que les officines soient informées du caractère illicite des pratiques auxquelles elles avaient pu et pourraient encore être confrontées.

## **2.6. QUESTIONS DE PROCÉDURE**

Cette affaire a également conduit le Conseil, puis la cour d'appel de Paris, à confirmer un certain nombre de points en matière de procédure.

En premier lieu, les opérations menées dans le cadre de visites et saisies, sur le fondement de l'article 48 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, devenu L. 450-4 du code de commerce, étaient contestées sur plusieurs points.

Le premier de ces points concernait la qualité d'occupant des lieux ou de son représentant dans la mesure où, selon la société OCP, les enquêteurs n'avaient cherché ni à savoir qui était le représentant légal de la société ou son délégataire, ni à les joindre. Le Conseil, confirmé dans son analyse par la cour d'appel, a relevé qu'aucune disposition légale ou réglementaire n'impose, lors d'une opération de visite et saisie, la présence d'un mandataire de la société désigné par son président. Il a précisé qu'en l'espèce, les personnes mentionnées dans les procès verbaux en cause étaient toutes cadres de l'entreprise et, soit responsables hiérarchiques les plus élevés, soit expressément désignées comme représentants de l'occupant des lieux.

Le second point de contestation portait sur le fait que les enquêteurs n'auraient pas toujours informé leurs interlocuteurs de l'objet de l'enquête avant d'établir leurs procès verbaux et que l'un de ces interlocuteurs n'avait pas compris l'objet de cette enquête. À cet égard, le Conseil et la cour d'appel ont considéré que la chronologie des opérations, telle que relatée dans les procès verbaux, attestait de ce que l'objet de l'enquête avait été indiqué aux personnes concernées, auxquelles avaient ensuite été communiquée la décision judiciaire autorisant les opérations. Dans ces conditions, l'enquête s'était déroulée dans le respect du principe de loyauté à l'égard des personnes interrogées. S'agissant de la situation de l'occupant des lieux qui exposait avoir communiqué des documents sans avoir compris quel était l'objet exact de

l'enquête, la cour a précisé que, dans la mesure où celui-ci avait reçu notification de l'objet de l'enquête et de la décision judiciaire d'autorisation, puis avait désigné un employé pour le représenter lors du déroulement d'une partie de la visite des locaux qui s'était déroulée hors de sa présence, il ne pouvait être utilement soutenu qu'il aurait remis des documents sans connaître la nature des poursuites dont il était l'objet et qu'il aurait été porté atteinte au principe de loyauté.

Par ailleurs, il était opposé que, de manière déloyale, les enquêteurs avaient saisi dans un "porte-document" personnel du directeur régional d'une des entreprises visitée, un cahier de notes manuscrites ainsi qu'un agenda. Le Conseil a écarté ce moyen au motif que l'autorisation judiciaire de visite et saisie portait sur les locaux de l'entreprise et s'étendait donc aux porte-documents et documents qui pouvaient s'y trouver.

L'une des entreprises soutenait encore que les opérations menées dans ses locaux étaient irrégulières car l'officier de police judiciaire désigné pour y assister, s'était absenté pendant le déroulement des opérations. Sur ce point, le Conseil a rappelé une jurisprudence aussi ancienne que constante, selon laquelle les procès verbaux font foi jusqu'à preuve du contraire et que cette preuve ne peut résulter de la seule attestation de la personne concernée. En l'espèce, le procès verbal faisait état de la présence de l'officier de police judiciaire et le Conseil a estimé que la preuve contraire ne pouvait être apportée par la seule attestation du directeur de l'établissement visité.

S'agissant de la procédure suivie devant le Conseil, les parties invoquaient une nullité résultant de ce que le rapport n'aurait pas été communiqué au ministre intéressé, en l'espèce, celui de la santé. Ce moyen a été écarté en application de la jurisprudence à présent classique, selon laquelle le ministre intéressé est celui qui serait "*intervenue à un quelconque moment pour apprécier, favoriser ou condamner les pratiques (...) examinées par le Conseil*" (Cass. Com. 5 novembre 1991). À cette argumentation, la cour d'appel a ajouté que les pratiques incriminées n'avaient pas à être appréciées au regard de textes ayant une incidence directe ou indirecte sur leur licéité et dont la mise en œuvre relèverait de missions du ministre.

Enfin, en ce qui concerne l'instruction du dossier, dénoncée par les parties comme ayant été conduite de manière déséquilibrée, voire même à charge, la cour d'appel a rappelé que le rapporteur est seul compétent pour apprécier l'utilité d'une enquête supplémentaire, qu'il n'est pas lié par les qualifications proposées dans la saisine, instruit le dossier à charge et à décharge et qu'à ce titre, il apprécie librement les enquêtes qui lui paraissent utiles, sans être tenu par les propositions éventuellement formulées par les parties en cause.

### **3. Le droit des restrictions verticales : évolution - révolution ?**

Le rapport d'activité pour l'année 2000 avançait l'idée selon laquelle les accords verticaux, s'ils comportent à certains égards des aspects restrictifs de concurrence, peuvent toutefois constituer des instruments de l'efficacité économique : dès lors qu'une concurrence active existe d'une part entre des produits et d'autre part entre les réseaux de distribution, rares sont les cas où la limitation de la liberté d'initiative des distributeurs appartenant à un réseau représente un danger pour le consommateur.

C'est en vertu de ces considérations que le Conseil a, dès l'année 2000, estimé que le règlement communautaire n° 2790/1999 du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81§3 du traité CE à des catégories d'accords verticaux, pouvait, même lorsque le

droit communautaire n'était pas applicable, constituer "*un guide d'analyse utile*". Pour mémoire et schématiquement, ce règlement prévoit une exemption de principe d'application du paragraphe 1 de l'article 81 aux 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*". Ces clauses noires sont pour l'essentiel, celles 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.

Deux décisions rendues en 2001 sont illustratives de la manière dont, sur deux fondements différents, le Conseil a faite sienne cette évolution d'analyse dans l'examen des restrictions verticales qui lui sont soumises.

### **3.1. L'AFFAIRE RAY-BAN**

La société Casino avait saisi le Conseil, se plaignant des pratiques mises en œuvre par la société Bausch & Lomb dans le cadre de la distribution des lunettes de soleil de la marque Ray Ban (décision [01-D-45](#) du 19 juillet 2001) : la saisine, ainsi que la notification de griefs visaient plusieurs clauses relatives à l'agrément des distributeurs, l'application discriminatoire qui pouvait en être faite, ainsi que des pratiques d'interdiction de pratiquer des prix inférieurs aux prix conseillés.

#### **3.1.1. Pratique de prix**

La pratique de prix qui constitue, ainsi qu'on l'a rappelé ci-dessus une "*clause noire*" dans le cadre du règlement d'exemption du 22 décembre 1999 précité a été examinée en premier lieu.

Le contrat de distribution sélective de la société Bausch & Lomb contenait une clause interdisant formellement les pratiques de promotion systématique avec discount, considérées "*comme attentatoires à la marque*" et pouvant donner lieu "*à la résiliation immédiate du contrat*". L'enquête avait établi que, dans la plupart des cas, les prix conseillés étaient respectés par les distributeurs et qu'ils faisaient l'objet de contrôles réguliers et fermement appuyés par les représentants de la société, renforcés, de surcroît, par une surveillance mutuelle des distributeurs. Enfin, les opérations promotionnelles étaient, elles aussi, très encadrées et contrôlées.

Le Conseil a constaté que le respect des prix faisait ainsi partie des conditions de maintien dans le réseau et qu'il était donc un élément inhérent au contrat de distribution. Il a rappelé la jurisprudence classique et constante au terme de laquelle les distributeurs d'un réseau de distribution sélective participent, du fait même de leur adhésion au contrat de distribution, à une pratique qui a un objet et un effet anticoncurrentiels pour ceux d'entre eux qui sont installés dans une même zone de chalandise. En conséquence, le Conseil a estimé que la clause et la pratique, ainsi établie, constituaient une pratique d'entente prohibée au sens de l'article L. 420-1 du code de commerce.

#### **3.1.2. Conditions d'agrément des distributeurs**

Le Conseil a également examiné les clauses relatives à l'agrément des distributeurs, dénoncées par la société Casino, pour lesquelles le rapporteur avait notifié un grief d'entente anticoncurrentielle.

Il convient de préciser que, préalablement, le Conseil avait estimé que le droit communautaire n'était pas applicable à l'espèce en raison du champ d'application du contrat qui ne régissait que les échanges sur le territoire national. Le règlement d'exemption qui, étant au surplus entré en vigueur postérieurement à la mise en place du contrat, n'était pas applicable, a néanmoins été considéré comme un guide d'analyse utile.

Le Conseil a rappelé les postulats économiques sur lesquels reposent les dispositions de ce règlement : il est probable que les gains d'efficacité obtenus à l'intérieur d'une chaîne de distribution, grâce à une meilleure coordination entre les entreprises participantes, l'emportent sur les éventuels effets anticoncurrentiels des restrictions contenues dans un accord de distribution sélective, mais cette probabilité dépend du pouvoir de marché des autres entreprises concernées et, dès lors du degré de concurrence sur le marché. C'est la raison pour laquelle, lorsque la part du fournisseur sur le marché ne dépasse pas 30 %, un accord vertical doit être regardé comme ayant pour effet d'améliorer la production et la distribution et de réserver aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sauf, s'il comporte l'une des restrictions qui restent prohibées.

En l'espèce, la société Bausch & Lomb, qui ne détenait que 25 % du marché de la vente des lunettes solaires pouvait bénéficier de l'application de ces principes : les distributeurs avaient la possibilité de vendre d'autres marques de lunettes solaires. Toutefois, ce n'est pas sur ce seul fondement que le Conseil a décidé l'abandon du grief notifié. Il a en effet ajouté, en premier lieu que l'objectif affiché des clauses restrictives visait à protéger la marque et que celles-ci n'avaient aucun objet de nature anticoncurrentielle. Il a observé en deuxième lieu, qu'aucune de ces clauses ne portait sur l'un des objets énumérés à l'article 4 du règlement d'exemption qui aurait été de nature à priver l'accord du bénéfice de celle-ci et qu'elles n'avaient pas pour objet de renforcer la clause relative aux prix (sanctionnée par ailleurs).

### **3.2. L'AFFAIRE BENETTON**

La seconde décision en matière de relation verticale n'a pas été abordée au regard de l'analyse du règlement communautaire évoqué ci-dessus, mais elle démontre que l'introduction de cette réforme ne fait que refléter une évolution de la pensée des autorités de concurrence, se traduisant par un assouplissement de la jurisprudence. Toutefois, le ministre, en désaccord avec l'analyse du Conseil dans cette affaire, ayant fait appel, la décision ne peut être considérée comme définitive. Cette décision concerne le réseau de distribution de la marque de vêtements de prêt à porter en maille Benetton ([01-D-58](#)).

#### **3.2.1. Nature des relations contractuelles entre Benetton et ses distributeurs**

Dans cette affaire, le Conseil a eu, tout d'abord, à se prononcer sur un grief présenté par la société saisissante, au terme duquel les agents commerciaux de la société Benetton entretiendraient une certaine confusion sur la nature du contrat liant cette société à ses distributeurs, certains croyant évoluer dans le cadre de la franchise, d'autres dans celui de la distribution sélective, d'autres, encore, dans le cadre de la distribution exclusive. Selon la saisissante, cette absence de cadre précis permettrait à la société de "*jouer sur l'incertitude dans laquelle se trouvent les revendeurs sur la nature et l'étendue des obligations restreignant leur liberté commerciale*".

Le Conseil a écarté cette argumentation en rappelant qu'il est loisible à une entreprise de déterminer librement les conditions dans lesquelles elle souhaite diffuser ses produits, dès lors

que le système de distribution ainsi choisi ne crée pas de barrières artificielles à l'entrée sur le marché de la distribution des produits concernés et qu'il maintient la liberté commerciale des revendeurs quant aux prix pratiqués aux consommateurs. Cette position n'est pas nouvelle et a fait l'objet d'une jurisprudence constante. Le rapport d'activité pour l'année 2000 avait, sur ce point, rappelé les termes de la décision [00-D-72](#), rendue dans une affaire Seiko, et selon laquelle, il est loisible à un fabricant de faire coexister au sein de son réseau de distribution plusieurs catégories de distributeurs selon le type de relation commerciale qu'il entretient avec eux, dès lors qu'il n'en résulte aucune discrimination.

### **3.2.2. Politique de prix**

Comme dans l'affaire Ray Ban, il était reproché à la société Benetton d'imposer des prix de vente aux revendeurs de ses produits. Le mode opératoire de cette pratique avait été, cette fois, non pas l'application d'une ou plusieurs clauses de contrat, mais le fait que les prix des produits étaient préétiquetés par le fournisseur.

À cette occasion, le Conseil a rappelé que la diffusion de prix de revente conseillés était une pratique admissible au regard des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, si ces prix ne sont pas en réalité des prix imposés ou des prix minima. Ainsi, lorsque des revendeurs sont regroupés sous la même enseigne et situés, pour certains d'entre eux sur les mêmes zones de chalandise, la fixation de prix de revente identiques et/ou minimaux que tous les membres se trouvent, en fait, dans l'obligation d'appliquer, constitue une pratique prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce.

Dans le cas où la preuve d'une telle pratique ne ressort pas directement des termes du contrat, elle est communément recherchée dans les déclarations des revendeurs qui doivent exprimer de façon concordante une imposition réelle de prix ainsi que l'existence d'un contrôle effectif et suivi du fabricant. Pour être considérées comme probantes, ces déclarations doivent être complétées par des données suffisamment nombreuses et représentatives des prix effectivement pratiqués.

En l'espèce, les déclarations des revendeurs révélaient des contradictions qui ne permettaient pas de soutenir la thèse d'une pratique de prix de revente imposés. En effet, si certains d'entre eux indiquaient, soit qu'ils ne procédaient que rarement à des modifications, soit qu'ils avaient déduit de l'étiquetage que les prix étaient imposés, d'autres, au contraire, avaient précisé se sentir libres à l'égard des étiquetages et modifier les prix comme ils l'entendaient. À ces contradictions s'ajoutaient celles concernant le comportement de la société Benetton quant à un éventuel contrôle des prix, puisque certaines déclarations faisaient état d'une "*présence appuyée*" des agents commerciaux de Benetton auprès des revendeurs, mais d'autres niaient tout contrôle ; par ailleurs, le dossier faisait état de plaintes de revendeurs à l'encontre de ceux qui, dans la même zone de chalandise, pratiquaient des prix trop bas, ce qui tendait à démontrer la liberté de ces derniers dans la fixation des prix ; de surcroît, aucune mesure de rétorsion à l'égard des revendeurs pratiquant des prix jugés trop bas n'avait été mise en évidence par l'instruction. Enfin, aucune comparaison entre les prix de revente conseillés et les prix réellement pratiqués n'était possible, dans la mesure où les données ressortant de l'enquête diligentée n'étaient, ni suffisamment nombreuses, ni suffisamment proches, pour une zone de chalandise donnée. Le Conseil a donc estimé que la pratique n'était pas établie.

En tout état de cause, le Conseil a estimé que, même si elle avait été établie, la part détenue par le groupe Benetton sur le marché du prêt à porter (2,5 %), n'était pas telle que la pratique de prix de revente imposés aurait eu ou pu avoir un effet sensible sur la concurrence.

À cet égard, il convient d'observer que si les clauses de prix et les pratiques qui les sous-tendent sont qualifiées par le règlement du 22 décembre 1999 comme des clauses noires qui excluent l'application de l'exemption qu'il énonce, cette exclusion a pour effet de faire retomber l'accord ou la pratique examinés dans le droit commun des restrictions verticales, au regard duquel il doit alors être examiné. Or, dans ce cadre, il résulte de la jurisprudence nationale que l'effet ou la potentialité d'effet sensible constitue un élément de qualification de la pratique. La part détenue sur le marché par l'entreprise en cause peut donc, dans certains cas, être un élément d'appréciation suffisamment significatif.

### **3.2.3. Aménagement des magasins**

Il était aussi reproché à la société Benetton d'avoir imposé aux revendeurs les entreprises d'aménagement des magasins. À cet égard, une jurisprudence constante précise que les fournisseurs peuvent, pour assurer l'unité du réseau, faire respecter par les revendeurs les éléments d'identification de la marque et de présentation des articles à travers l'application de fiches techniques détaillées mises à leur disposition, mais que le fait que les entreprises d'aménagement des locaux et de fourniture de mobilier soient imposées aux revendeurs peut revêtir un caractère anticoncurrentiel. En l'espèce, comme pour la pratique de prix, les déclarations des revendeurs étaient très contradictoires, certains d'entre eux faisant état d'une simple mise en contact avec un fournisseur, d'autres de ce qu'un fournisseur leur avait été recommandé, certains de ce que Benetton leur avait proposé le mobilier sans les contraindre, d'autres enfin, de ce que Benetton leur avait imposé le fournisseur.

Le Conseil a estimé que la diversité de ces déclarations ne permettait pas d'établir que le recours à des entreprises particulières d'aménagement des boutiques avait été imposé au sein du réseau Benetton.

Ces positions sont l'application d'une jurisprudence classique. L'intérêt de cette décision réside essentiellement dans la motivation par laquelle le Conseil a rejeté la demande du commissaire du Gouvernement tendant à ce qu'il soit sursis à statuer afin, notamment, qu'un complément d'enquête puisse être diligenté pour apporter les preuves manquant à la qualification des deux pratiques décrites ci-dessus.

Le Conseil a précisé à cette occasion qu'il n'y avait pas de raison de penser qu'un marché de l'aménagement des magasins Benetton puisse être défini ; que, dès lors, le marché pertinent qui ne saurait concerner que l'aménagement des magasins en général était trop important pour que les pratiques en cause puissent l'affecter de façon significative. Cette position constitue une rupture avec les jurisprudences établies par les affaires Zannier (décision 96-D-36 et cour d'appel de Paris 18 mars 1997) et Yves Rocher (décision [99-D-49](#)). Le ministre de l'économie a formé un recours contre cette décision.

## **4. Un non-lieu paradoxal : l'affaire de la mélasse et du rhum à la Réunion**

L'affaire qui a donné lieu à la décision [01-D-70](#) du 24 octobre 2001 est intéressante car la structure et le fonctionnement des marchés en cause donnaient, en apparence, une forte crédibilité aux griefs qui avaient été notifiés. C'est pourtant une décision de non-lieu qui a été rendue.

Le rhum et un certain nombre de boissons alcoolisées produites dans le département de la Réunion bénéficient d'une appellation contrôlée : ils ne peuvent être fabriqués qu'à partir de produits intermédiaires (alcool distillé, mélasse), eux-mêmes issus de canne à sucre cultivée sur le territoire de ce département.

À l'époque des faits, deux groupes jouaient un rôle essentiel dans l'économie de cette filière : le groupe Bourbon et le groupe Quartier français. Ces groupes, au travers de différentes filiales, achetaient la canne, produisaient du sucre et de la mélasse et, à partir de la distillation de la mélasse, fabriquaient du rhum. Parmi les rhums fabriqués, le rhum traditionnel et le rhum léger peuvent être déclassés sous le nom d'"alcool cru de canne" et servir à la fabrication de spiritueux (liqueurs ou punches). Par ailleurs, ces deux groupes avaient créé le GIE "Rhums Réunion" avec deux autres sociétés indépendantes. Le GIE achetait le rhum en vrac auprès de ses membres, le stockait, l'embouteillait et le commercialisait, principalement sous la marque "Charrette", très connue à la Réunion.

Les faits de la cause étaient les suivants. Un liquoriste indépendant, la société Jean Chatel qui, sans fabriquer lui-même d'alcools, commercialisait localement des punches et des rhums sous ses propres marques, se plaignait du niveau trop élevé auquel il devait acheter l'alcool cru de canne à son fournisseur habituel, la société Distillerie de Savanna, filiale du groupe Bourbon. Ces achats étaient, en réalité, effectués non directement mais via le GIE Rhums Réunion. La société Jean Chatel décida, alors, de remettre en activité une distillerie qu'elle possédait et, pour cela, d'acheter de la mélasse auprès de la sucrerie, filiale de l'un des deux groupes précédemment mentionnés, le groupe Quartier français. Elle n'y parvint pas, alors pourtant que les groupes sucriers disposaient de mélasse puisqu'ils en exportaient. Au bout du compte, la société Jean Chatel trouva une autre solution en obtenant de son fournisseur initial de l'alcool cru de canne à un prix beaucoup plus bas que celui auquel les transactions s'étaient précédemment conclues : 6,35 F/l contre 12,16 précédemment. Ce nouveau prix correspondait à peu près au prix pratiqué par les distillateurs à l'exportation.

Des griefs d'abus de position dominante et d'entente avaient été notifiés mais ont été écartés par le Conseil sur la base de l'analyse suivante.

### **4.1. GRIEFS D'ABUS DE POSITION DOMINANTE**

#### **4.1.1. Abus de position dominante simple**

La nécessité de disposer de produits issus de canne à sucre cultivée à la Réunion pour pouvoir commercialiser des rhums et des liqueurs bénéficiant de l'appellation d'origine conduisait, malgré l'existence d'un commerce international de mélasse et d'alcool, à caractériser un marché de la mélasse issue de cannes de la Réunion et un marché du rhum issu de telles mélasses. Le groupe Quartier français, seul à vendre de la mélasse issue de cannes de la Réunion, puisque le groupe Bourbon utilisait sa mélasse en interne, était en position

dominante sur ce marché, tout en étant présent sur le marché aval des boissons alcoolisées vendues aux consommateurs réunionnais.

En refusant de vendre de la mélasse à la société Jean Chatel, il aurait abusé de sa position dominante, peut-être en vue de défendre ses activités aval. Il faut, au surplus, souligner qu'il n'est guère possible, pour une société indépendante, de fabriquer elle-même de la mélasse : celle-ci n'est que le sous-produit de la fabrication de sucre, activité elle-même économiquement difficile, notamment en raison des conditions de fonctionnement du marché du sucre.

S'agissant du refus de fournir de la mélasse alors que des excédents étaient disponibles pour l'exportation, au surplus à des tarifs moins avantageux que ceux que la société Jean Chatel était prête à consentir, le Conseil a relevé qu'il ne s'agissait pas d'un refus de principe. Le groupe Quartier français était prêt à vendre de la mélasse mais il refusait de s'engager sur des quantités fixes. Or, il apparaissait que les exportations étaient elles-mêmes variables et semblaient donc bien correspondre à un surplus aléatoire. Pour vendre des quantités fixes, le groupe Quartier français aurait dû renoncer à donner une priorité à l'alimentation de ses propres distilleries. Le Conseil a considéré qu'un groupe intégré verticalement, même en position dominante, était libre de décider d'affecter en priorité sa production d'amont à ses usines d'aval, dès lors qu'une telle décision n'avait pas un caractère artificiel puisque les distilleries disposaient d'un débouché stable à l'exportation. La solution, il faut le remarquer, aurait peut-être été différente si la fabrication de mélasse avait eu le caractère de "*facilité essentielle*" : dans un tel cas, le détenteur de la facilité ne doit pas traiter son concurrent moins bien que lui-même. Mais, même si la création d'une sucrerie est économiquement très difficile, il aurait été mal aisé de soutenir que les sucreries en place étaient des facilités non duplicables.

#### **4.1.2. Abus de position dominante collective**

Par ailleurs, il était fait grief aux membres du GIE Rhums Réunion d'avoir abusé de leur position dominante collective sur le marché du Rhum et de l'alcool cru de canne en pratiquant des prix de vente artificiellement élevés en direction des liquoristes indépendants comme la société Jean Chatel.

Dans un premier temps, le Conseil a admis que le fait que toutes les distilleries commercialisaient l'alcool au travers d'un GIE, pouvait caractériser une position dominante collective. Le Conseil a également admis que le prix initial était très élevé puisqu'il avait pu être divisé par deux. Un prix abusif parce que "*manifestement trop élevé*" aurait donc pu être mis en évidence. Mais, pour qu'une pratique soit qualifiée d'abus de position dominante, il faut qu'elle entretienne avec la position dominante une relation de causalité. Le Conseil a considéré que cette relation n'était pas établie en l'espèce. En effet, à peu près au moment où elle tentait de se procurer de la mélasse, la société Jean Chatel avait reçu, de la part du groupe Quartier français, des propositions de vente directe d'alcool à un prix de 7,60 F, très inférieur à celui pratiqué par le GIE. Sur la base de ces propositions, la société Jean Chatel s'était tournée vers son fournisseur habituel (non pas le GIE, qui n'agissait que comme intermédiaire, mais la Distillerie de Savana, filiale du groupe Bourbon), qui lui avait alors finalement consenti un prix de 6,35 F/l. Dans ces conditions, et dès lors que la société Jean Chatel était un acheteur professionnel et, d'ailleurs, de très loin le principal acheteur local d'alcool, le Conseil a considéré qu'il n'était pas établi que le prix très élevé qu'elle devait initialement payer était le résultat inévitable de la position dominante des vendeurs ; il n'était

pas exclu que la situation antérieure résultât du manque de diligence de sa part pour faire jouer une concurrence qui, dès qu'elle y a eu recours, semblait avoir donné des résultats satisfaisants

#### **4.2. GRIEF D'ENTENTE**

Enfin, un grief d'entente anticoncurrentielle avait été notifié au GIE ainsi qu'à ses membres en raison de la présence, dans les statuts, d'une clause limitant l'accès de nouveaux membres, alors que le GIE jouait un rôle essentiel dans la commercialisation du rhum dans le département.

Le Conseil de la concurrence a considéré que l'existence de cette clause ne constituait pas une pratique anticoncurrentielle. La jurisprudence, en effet, n'exige des groupements constitués par des entreprises qu'ils soient ouverts ou, en tout cas, accessibles dans des conditions transparentes et non discriminatoires, que si l'adhésion à ces groupements est indispensable pour accéder au marché. En l'espèce, même si, pour un distillateur, le fait de participer au groupement Rhums Réunion constituait un avantage puisque son rhum pouvait être vendu sous la marque Charrette, de loin la plus populaire localement, rien ne permettait de penser qu'un nouvel opérateur, à condition de consentir les dépenses de marketing nécessaires, serait dans l'impossibilité d'accéder au marché sous sa propre marque, alors surtout que la marque Charrette n'avait elle-même qu'une vingtaine d'années d'existence.

### **5. Un exemple d'abus de position dominante dans le secteur de la santé : l'affaire Abbott**

La décision [01-D-23](#) du 10 mai 2001 relative aux pratiques de la société Abbott sur le marché des produits anesthésiques illustre à la fois certains dysfonctionnements du secteur de la santé et les difficultés d'analyse qui lui sont propres.

#### **5.1. SPÉCIFICITÉ DU MARCHÉ DU MÉDICAMENT - MARCHÉ PERTINENT**

Ce secteur est en effet marqué par le nombre élevé de brevets qui protègent les molécules mises au point par les laboratoires pharmaceutiques. Lorsqu'une nouvelle molécule crée son propre marché, le détenteur du brevet se trouve détenir une position dominante : il appartient alors aux autorités de la concurrence de veiller à ce qu'il n'en abuse pas. Elles devront cependant, auparavant, s'assurer que le marché "*pertinent*" est bien celui de cette molécule.

Il peut, en effet, arriver que cela ne soit pas le cas : une nouvelle molécule peut, économiquement, être substituable à d'autres molécules, puisque le marché est théoriquement constitué de tous les produits substituables entre eux ou, plus exactement, de l'ensemble des produits que les acheteurs, ou les prescripteurs dans le cas d'espèce, estiment suffisamment substituables pour que, si le prix de l'un d'entre eux vient à augmenter significativement, les achats puissent se reporter sur un autre dans une proportion suffisante pour que le fabricant du premier produit soit incité à renoncer à sa hausse de prix.

La difficulté de l'analyse concurrentielle dans ce secteur est double. En premier lieu, elle provient de ce que beaucoup de nouvelles molécules sont destinées à des traitements pour lesquels il existe déjà des produits. Les entreprises du secteur considèrent donc, souvent, que le marché se confond avec une classe de molécules destinées aux mêmes traitements (classes que l'on peut, par exemple, trouver dans les nomenclatures officielles de médicaments,

comme celle de l'OMS). On conçoit, cependant, que de nouveaux produits puissent différer profondément des substances préexistantes, par leur efficacité ou l'absence d'effets secondaires, par exemple. En second lieu, les marchés du secteur de la santé sont généralement des marchés de prescription : l'acheteur ne se confond pas avec le prescripteur, qui est généralement un médecin.

En reprenant des jurisprudences antérieures, confirmées notamment par l'arrêt du 6 mai 1997 rendu par la cour d'appel de Paris dans l'affaire *Lilly France SA*, le Conseil a considéré, dans cette affaire, que pour déterminer le degré de substituabilité entre produits médicaux, il fallait tenir compte à la fois des spécificités techniques du produit, du comportement des médecins prescripteurs et du comportement des acheteurs (en l'occurrence, les hôpitaux).

L'entreprise mise en cause, la société Abbott, fabriquait un anesthésique composé d'une molécule dénommée Isoflurane. Elle soutenait que le marché pertinent était celui des anesthésiques généraux, sur lequel de nombreuses molécules sont offertes. Le Conseil a retenu, au contraire, l'existence d'un marché de l'Isoflurane. En effet, il ressortait de l'instruction que cette substance possède des qualités qui la distinguent nettement des autres anesthésiques aériens. Par ailleurs, les établissements acheteurs évaluent leurs besoins en Isoflurane, sans jamais recourir à des catégories plus larges. Enfin, les prescripteurs, loin de prescrire indifféremment tel ou tel anesthésique, se prononcent clairement en faveur d'un produit bien précis.

## 5.2. LES FAITS

Les abus les plus fréquemment rencontrés dans ce secteur interviennent lorsqu'un brevet arrive à expiration : l'entreprise, habituée au confort d'une situation de monopole, cherche à en prolonger les avantages au moment où des concurrents peuvent légalement se manifester, notamment en mettant sur le marché des produits génériques.

A la fin de l'année 1992, le brevet de l'Isoflurane étant tombé dans le domaine public, le laboratoire Belamont (spécialisé dans la vente de produits génériques), puis, en 1994, le laboratoire Pharmacia, étaient entrés sur le marché. Le laboratoire Abbott, dont la part de marché fléchissait en raison de l'apparition de ces médicaments génériques, a alors adopté vis à vis de trois importantes centrales d'achat une nouvelle tarification, comportant une remise importante au cas où les membres de ces centrales achèteraient exclusivement leur Isoflurane auprès d'Abbott ou s'engageraient à acheter une quantité telle, qu'elle impliquerait, dans les faits, une exclusivité d'achat.

La question la plus difficile préalablement posée dans cette affaire était de déterminer si, en dépit de la baisse de ses parts de marché, Abbott continuait à se trouver en situation de position dominante. Pour y répondre par l'affirmative, le Conseil a d'abord relevé que, nonobstant l'apparition d'une concurrence, les parts de marché d'Abbott ne diminuaient que très lentement : 98 % en 1993, 81,7 % en 1994 et 70,3 % en 1995. Certes, les prix avaient été abaissés, de façon à s'aligner sur ceux de la concurrence, mais le Conseil n'en a pas déduit qu'Abbott avait perdu sa capacité à fixer ses prix indépendamment des pressions concurrentielles. En effet, avec des prix ainsi réduits, l'entreprise conservait une part de marché très supérieure à celle de ses concurrents et maintenait une part très substantielle de son profit antérieur. Enfin, postérieurement aux faits, le prix avait encore pu baisser considérablement pour atteindre 151 F l'unité alors qu'il était encore de 352 F au moment des faits.

### **5.3. PRATIQUES TARIFAIRES ANTICONCURRENTIELLES**

Plusieurs comportements de nature tarifaire avaient été reprochés par le rapporteur à la société Abbott. Le premier consistait en un ajustement des prix chaque fois que la société Abbott se trouvait face à une offre plus avantageuse de ses nouveaux concurrents. Cette pratique n'a pas été considérée comme anticoncurrentielle : il est normal pour une entreprise, même en position dominante, de s'adapter à la situation du marché, les baisses de prix étant, d'ailleurs, le résultat espéré du développement de la concurrence. Certes, de tels ajustements de prix doivent demeurer dans les limites d'une concurrence légitime. Tel ne serait pas le cas, a souligné le Conseil, si les ajustements de l'opérateur dominant avaient un caractère systématique ou, au contraire, trop exactement ciblés, s'ils avaient une ampleur leur donnant le caractère d'une pratique d'éviction de nature à empêcher durablement les concurrents d'entrer ou de se maintenir sur le marché. Ces circonstances n'étant pas réunies, la pratique n'a pas été estimée anticoncurrentielle.

Il n'en est pas allé de même pour des pratiques tarifaires observées dans les relations de la société Abbott avec des centrales d'achat de l'hospitalisation privée : la Centrale d'achat de l'hospitalisation privée (CAHP), la Centrale d'achat-conseil-information des cliniques (CACIC) et le Club H.

Ces pratiques consistaient à accorder des remises de diverses natures : les unes étaient conditionnées par le dépassement d'un certain seuil de consommation ; les autres, qui s'ajoutaient aux précédentes dans le cadre d'un contrat d'une durée de deux ans, étaient accordées en fonction du chiffre réalisé sur l'ensemble de la gamme Abbott tandis que, dans un autre cas, la remise était accordée en fonction d'un quota global d'achat de la part des adhérents de la centrale. Faisant application de principes dégagés par la jurisprudence communautaire, notamment dans l'arrêt Hoffmann-La Roche de la CJCE (85/76 du 13 février 1979), le Conseil a considéré que le bénéfice des remises supposant un accroissement des achats d'Isoflurane fabriqué par Abbott, avait pour but d'obtenir une exclusivité et de fidéliser cette clientèle ; au surplus, la période de deux ans était inusitée, les contrats ayant généralement une durée de un an. Seuls les remises uniquement conditionnées par des volumes, ayant le caractère de remises de quantité, étaient en l'espèce licites de la part d'un opérateur dominant.

### **5.4. DISPOSITIF DE SANCTIONS POUR ABUS DE POSITION DOMINANTE**

L'effet de cette pratique a été que les membres de ces centrales, risquant de perdre le bénéfice de la prime de fidélité s'ils achetaient des quantités, mêmes modestes, aux concurrents d'Abbott, sont restés fidèles à ce dernier, freinant artificiellement le développement des ventes du produit générique.

Le Conseil de la concurrence a estimé que cette pratique était contraire aux dispositions du code de commerce et du droit européen sanctionnant les abus de position dominante et que l'utilisation par une entreprise ayant une position dominante de remises de fidélité destinées à dissuader ses clients de diversifier leurs achats est particulièrement grave.

Il a également pris en compte le fait que la pratique en cause visait à retarder l'entrée d'un médicament générique dans un contexte difficile pour les dépenses de santé. Il a infligé au laboratoire Abbott une sanction pécuniaire de 304 898 euros (2 millions de francs).

## **6. Droit de la concurrence et droit de la propriété intellectuelle : l'affaire Advanced Mass Memories c/ IOMEGA**

### **6.1. RÉSUMÉ DE L'AFFAIRE**

L'affaire qui a donné lieu à la décision [01-D-57](#) du 21 septembre 2001 opposait une société, nouvel entrant sur un marché, à l'entreprise qui y bénéficiait de la protection légale résultant de la détention de brevets. Cette dernière, la société IOMEGA, fabrique, notamment, des lecteurs et des cartouches de marque ZIP destinés au stockage en grande quantité de données informatiques. Son adversaire, la société Advanced Mass Memories (AMM), commercialisait des cartouches compatibles avec les lecteurs ZIP, à un prix beaucoup plus avantageux.

Considérant que la société AMM violait les droits de propriété intellectuelle qu'elle détenait sur diverses innovations propres aux cartouches de type ZIP, la société IOMEGA avait obtenu, en référé, qu'il soit interdit, sous astreinte, à la société AMM de fabriquer et de commercialiser ses cartouches.

Les pratiques considérées comme anticoncurrentielles par la société saisissante AMM consistaient, en premier lieu, en un dépôt abusif de brevets. Selon elle, IOMEGA avait protégé des aspects nullement innovants de ses cartouches, notamment des éléments réfléchissants dont le seul usage était d'empêcher les lecteurs de reconnaître les cartouches qui n'en étaient pas munies. En second lieu, la société AMM soutenait que les actions en contrefaçon menées par IOMEGA à son encontre avaient eu un caractère anticoncurrentiel en raison de la pression juridique et financière exercée sur le nouvel entrant.

### **6.2. LE CONSEIL PRONONCE UN NON-LIEU**

Autant, comme l'illustre l'affaire Abbott commentée ci-dessus, le Conseil de la concurrence se montre rigoureux lorsqu'une entreprise cherche à prolonger les effets de son monopole au-delà de la durée légale des brevets qu'elle a déposés, autant il considère que le droit de la concurrence ne doit pas être utilisé pour mettre en cause la protection légale accordée aux auteurs d'innovation par les droits de la propriété intellectuelle.

En conséquence, et sans avoir cherché au préalable à définir le marché pertinent ni à savoir si la société IOMEGA y détenait une position dominante, le Conseil a considéré que, par principe, le dépôt de brevets et l'action en justice pour les protéger ne pouvaient avoir un caractère anticoncurrentiel.

La décision évoque cependant, sans se prononcer sur ce qu'aurait alors fait le Conseil, l'hypothèse théorique dans laquelle des brevets seraient déposés mais non exploités et où pourrait naître le soupçon d'une pratique ayant comme unique objet d'empêcher des concurrents d'accéder au marché.

Cette affaire doit être distinguée des cas, au demeurant très rares et parfois très critiqués par la doctrine, dans lesquels les autorités de concurrence ont considéré comme anticoncurrentiel le fait, non de déposer des brevets mais de refuser de licencier des droits de propriété intellectuelle. Elle vient par ailleurs s'ajouter à la jurisprudence relativement abondante au sujet des pratiques de dénigrement de la part d'entreprises en position dominante : il a été considéré qu'une circulaire aux clients qui se bornait à faire état d'un différend avec la société AMM au sujet des droits de propriété intellectuelle ne constituait pas une pratique abusive.

### 6.3. QUESTIONS DE PROCÉDURE

Cette décision illustre, enfin, une question de procédure qui, sans être nouvelle, se présente sous un jour nouveau, depuis que la loi du 15 mai 2001 a prévu que l'absence d'éléments probants dans une saisine était une cause, non d'irrecevabilité, mais de rejet. Il ressort de cette décision, et de nombreuses autres rendues en 2001, qu'une saisine peut être regardée comme dépourvue d'éléments probants non seulement si elle n'est appuyée d'aucun fait ou d'aucun raisonnement mais aussi si ce qu'elle soutient et si les faits qu'elle produit, ne peuvent servir de base à une qualification de pratique anticoncurrentielle en tenant compte d'une connaissance minimale du marché et du droit de la concurrence. Une telle démarche permet de rejeter des saisines qui, tout en n'étant pas dépourvues de toute signification pour ceux qui en sont les auteurs, n'ont aucune chance d'aboutir à une condamnation : les coûts d'une instruction complète sont ainsi évités.

## 7. Les pratiques de France Télécom en matière d'offres sur mesure

En application, de la loi du 26 juillet 1996, les tarifs de France Télécom font l'objet d'une homologation ministérielle, du moins lorsqu'ils concernent des services relevant du service universel ou pour lesquels il n'existe pas de concurrents sur le marché. Toutefois, le cahier des charges de France Télécom, approuvé par le décret du 27 décembre 1996, prévoit que, pour répondre à la demande spécifique de certains clients, France Télécom pourra leur proposer des "*offres sur mesure*". Les décisions [01-D-46](#) et [01-D-66](#) portent sur les offres proposées par France Télécom à la société Renault, respectivement en 1999 et en 1998.

### 7.1. DÉFINITION DES MARCHÉS PERTINENTS

En 1999, la société Renault organisa une consultation en vue de désigner son ou ses opérateurs téléphoniques. Le volume -considérable- des communications était estimé et le détail des besoins était décrit, notamment en ce qui concerne la desserte des nombreuses implantations de la firme. L'ensemble des types de télécommunications était visé, Renault donnant la possibilité aux soumissionnaires, soit de proposer une réponse globale pour l'ensemble des trafics, soit de limiter leurs réponses à certaines catégories de trafic. Les réponses devaient préciser les délais de mise en œuvre et les coûts. Dans la mesure où le cahier des charges de la consultation précisait qu'un seul opérateur serait retenu par établissement en ce qui concerne les communications nationales, un opérateur de boucle locale aurait pu se voir attribuer un établissement et, donc, une part, même modeste, du trafic de la société Renault.

Plusieurs opérateurs, dont la société France Télécom, ont répondu à cette consultation. La société France Télécom a formulé une offre initiale qui a, ensuite, été modifiée au fil des négociations.

Pour l'analyse de cette affaire, le Conseil devait d'abord définir les marchés pertinents. Si de nombreuses décisions rendues sur des demandes de mesures conservatoires et de nombreux avis avaient déjà examiné cette question, la jurisprudence relative à des décisions contentieuses de fond, résultant d'une instruction complète et contradictoire du dossier, sont encore assez rares en cette matière. Le Conseil a ainsi été conduit à fournir un certain nombre de précisions.

Il a, en premier lieu, confirmant des jurisprudences antérieures, rappelé que la recherche d'une position dominante ne s'effectue pas sur le marché particulier constitué par le croisement de la demande exprimée, sous forme d'un appel d'offres, par un client et de l'offre constituée par l'ensemble des soumissionnaires qui y ont répondu. La position dominante éventuelle s'apprécie sur un marché plus général où sont actifs l'ensemble des opérateurs susceptibles de répondre à l'appel d'offres concerné (voir aussi [01-D-08](#)). La spécificité de la demande adressée par les très grandes entreprises, à laquelle seuls certains opérateurs sont en mesure de répondre, doit néanmoins être prise en compte. Enfin, du moins à l'époque des faits, différents marchés de télécommunications devaient être distingués. Des marchés "*grands comptes*" distincts ont ainsi été définis en ce qui concerne chacune des catégories suivantes de télécommunications : téléphonie fixe locale, téléphonie fixe nationale, téléphonie fixe internationale, appels des téléphones fixes vers les téléphones mobiles.

À l'époque des faits, plusieurs opérateurs, outre France Télécom, étaient présents sur les marchés des services téléphoniques offerts aux grandes entreprises. Ils disposaient de réseaux de fibres optiques de longue distance mais quelques uns seulement et uniquement dans quelques zones, exploitaient des boucles locales susceptibles de desservir les utilisateurs finaux.

Du fait de cette situation, le Conseil a évidemment considéré que France Télécom était en position dominante sur le marché de la téléphonie fixe locale. Plus difficile était la question de la position de France Télécom sur les autres marchés. S'agissant du marché des communications longues distance nationales offertes aux grandes entreprises, le Conseil a considéré que France Télécom y détenait une position dominante malgré la présence significative d'autres concurrents, pour les raisons suivantes :

- importance des parts de marché générales dans la téléphonie fixe (20 milliards de francs pour la branche voix de France Télécom contre 460 millions de francs pour le second opérateur) ;
- part de marché voisine de 100 % avec les grands comptes ;
- concurrence concentrée sur quelques zones du territoire national et limitée au trafic "*voix*" ;
- retard pris dans la mise en place de la présélection du transporteur.

De même, le Conseil a considéré que la position de France télécom sur le marché des appels fixes vers mobiles "*grand compte*" était une position dominante. Cette affirmation était contestée par France Télécom qui faisait notamment valoir qu'à l'époque des faits, c'étaient les opérateurs mobiles qui fixaient les prix des communications entrant sur leurs réseaux, et non l'opérateur fixe. Mais le Conseil a pris en compte les éléments suivants :

- le "*quasi-monopole*" de France Télécom sur la boucle locale par laquelle doivent d'abord transiter les appels fixes vers mobiles ;
- les difficultés de la technique dite du "*reroutage international*" utilisée par certains concurrents pour bénéficier de prix d'entrée plus bas sur les réseaux des opérateurs mobiles ;
- le fait que le prix des appels fixes vers mobiles, dans le cas des offres "*grands comptes*" tenait compte de l'ensemble de la prestation (transit sur le réseau fixe puis entrée sur le réseau mobile) et était négocié directement par France Télécom et non par France télécom mobiles.

## 7.2. LES PRATIQUES SANCTIONNÉES

S'agissant des pratiques, elles ont été assimilées par le Conseil à des pratiques d'offres liées, classiquement interdites aux entreprises en position dominante, lorsqu'elles consistent soit, dans leur forme la plus caricaturale, à lier obligatoirement l'achat d'une prestation sous monopole à une prestation en concurrence soit, plus fréquemment, à ne faire bénéficier un client de conditions avantageuses pour l'achat de prestations sous monopole que si, simultanément, il achète aussi à l'entreprise dominante des prestations qui sont en concurrence.

Cette qualification ne pouvait résulter, en l'espèce, du seul fait que France Télécom avait soumissionné pour l'ensemble des besoins de Renault puisque cette possibilité avait été expressément voulue par le client. Mais il apparaissait que, dès l'offre initiale puis tout au long de la négociation, les avantages considérables consentis à Renault dans le domaine des communications locales, où France Télécom était en quasi monopole, n'étaient accessibles au client que s'il choisissait aussi France Télécom pour les services en concurrence. Certes, un tel lien n'avait pas été expressément affirmé. Mais il apparaissait que les conditions faites sur les communications locales étaient subordonnées à la consommation par Renault d'un volume global de communications traitées par France Télécom, volume qui ne pouvait être atteint sans recourir à cet opérateur pour les autres formes de téléphonie. De plus, compte tenu des méthodes de calcul des pénalités tarifaires encourues par Renault si des seuils minimum de consommation n'étaient pas atteints sur chaque type de communication, le risque de pénalité était fortement minoré si Renault s'engageait avec France Télécom à la fois pour les communications locales, de longue distance et internationales. Cet aspect de l'offre sur mesure de France Télécom a donc été estimé anticoncurrentiel.

Quant à la partie "*communications fixes vers mobiles*" de l'offre, elle a été estimée anticoncurrentielle pour une raison très différente : son niveau tarifaire engendrait un effet de ciseau ayant pour résultat l'éviction des concurrents. Ces derniers, en effet, s'ils avaient formulé des offres d'un niveau comparable, n'auraient pu couvrir leurs coûts compte tenu du prix demandé par France Télécom pour le transit partiel sur son réseau des communications destinées aux réseaux mobiles et du coût de la terminaison d'appel sur les réseaux mobiles.

## 7.3. DISPOSITIF DE SANCTIONS

Cette décision ([01-D46](#)) est ainsi la première décision de sanction prononcée contre France Télécom dans le nouveau cadre concurrentiel fixé par la loi 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications, les condamnations antérieures concernant des activités très différentes (secteur des annuaires, notamment). Elle a atteint un niveau significatif (40 millions de francs soit environ 6 millions d'euros) même si elle reste modeste au regard du chiffre d'affaires de l'entreprise (environ 138 651 millions de francs soit 21 137 millions d'euros). Mais il convient de rappeler que la pratique ne concernait qu'une seule opération commerciale, avec un unique client.

La décision [01-D-66](#) se prononce sur l'offre sur mesure faite à Renault par France Télécom l'année précédente, en 1998, mais débouche sur un non-lieu, puisqu'il n'était pas établi que France Télécom ait, cette année-là, lié les prestations offertes sur les différents marchés, aucune pratique répréhensible n'ayant été retenue au terme de l'instruction.

## **8. Les difficultés apparues lors de l'ouverture à la concurrence des communications téléphoniques locales**

### **8.1. LE CONTEXTE DE L'AFFAIRE**

L'ouverture des télécommunications locales à la concurrence s'opère progressivement. Une étape importante de l'ouverture à la concurrence des marchés de la téléphonie fixe a été fixée au 1<sup>er</sup> janvier 2002, date à partir de laquelle les abonnés peuvent sélectionner appel par appel ou présélectionner un opérateur tiers pour l'acheminement de leurs appels locaux, possibilité jusqu'alors limitée aux appels longue distance.

Une décision de l'ART n° 01-691 du 18 juillet 2001 a précisé les conditions et les délais de mise en œuvre de cette nouvelle étape : les dispositions de la précédente décision n° 99-1077 du 8 décembre 1999, prévoyant qu'un seul opérateur pouvait être présélectionné sur une même ligne, continuent à s'appliquer, mais désormais, l'opérateur présélectionné assure à la fois les communications longue distance et les communications locales. A la date de la décision du Conseil, douze opérateurs de télécommunications avaient demandé à France Télécom la suppression du tri des appels locaux afin de pouvoir lancer une offre de sélection intégrée dès le 1<sup>er</sup> janvier 2002.

### **8.2. LES PRATIQUES SANCTIONNÉES**

Dans ce nouveau contexte, l'abonnement à la ligne demeure la principale prestation pour laquelle France Télécom reste un opérateur quasi incontournable, compte tenu des difficultés que rencontre le dégroupage de la boucle locale, aux côtés de quelques autres prestations spécifiques.

Or, France Télécom proposait des forfaits combinant des prestations en concurrence - comme les communications longue distance et, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2002, les communications locales - et des prestations en quasi-monopole, comme le restent l'abonnement à la ligne téléphonique et l'accès aux numéros Internet payants pour l'appelant (de type 0860 et 0836).

Ces forfaits étaient les suivants : "*Forfait Local*", offert depuis décembre 1996, consistait en un forfait mensuel de communications locales et d'accès à Internet ; "*MaLigne Locale*", proposée depuis l'automne 2000, combinait l'abonnement à la ligne et un forfait mensuel de communications locales et d'accès à Internet selon quatre durées prédéterminées (3, 5, 8 ou 20 heures) ainsi qu'un "*service Contact*" à choisir parmi trois services, le Transfert d'appel, le Signal d'appel et la Présentation du numéro ; "*Ligne Pro Locale*", comparable à la précédente, à destination des clients professionnels ; "*Ligne Tchatche*", commercialisée depuis octobre 1999, permettait aux abonnés d'une ligne téléphonique de disposer d'une seconde ligne moyennant un prix forfaitaire mensuel incluant l'abonnement et un forfait de communications locales de 10 ou 15 heures.

Par ailleurs, France Télécom avait lancé, le 13 septembre 2001, une campagne publicitaire sur de nombreux supports, presse écrite, radio, télévision et affichage, associant les avantages des offres tarifaires "*MaLigne Locale*" et "*Option Plus*" ainsi que ceux de la "*Ligne Pro Locale*" et d'"*Option Plus*", permettant aux clients résidentiels et professionnels, moyennant un abonnement mensuel à l'option, de bénéficier de tarifs spécifiques pour leurs communications de voisinage, longue distance, internationales et à destination des mobiles.

De plus, France Télécom accompagnait les offres de souscription à "*Option Plus*" de mandats écrits de résiliation d'un éventuel choix antérieur de présélection auprès d'un autre opérateur, présentant ainsi implicitement et, apparemment, sans justification technique cette option comme incompatible avec la présélection d'un autre opérateur et, donc, comme inaccessible par la sélection appel par appel (par le préfixe "8", préfixe proposé à France Télécom).

### 8.3. DISPOSITIF DE SANCTIONS : LE PRONONCÉ DE MESURES CONSERVATOIRES

A plusieurs reprises, et notamment en décembre 2000 (décision [00-MC-19](#) / Ligne France) et dans son avis [00-A-26](#) du 15 février 2001, le Conseil de la concurrence a estimé que des forfaits comprenant des prestations offertes sur des marchés ouverts à la concurrence et des prestations que France Télécom était la seule à pouvoir offrir, présentaient, de par leur simplicité, un attrait tel pour les consommateurs, qu'ils étaient de nature à freiner l'entrée des opérateurs tiers sur les marchés récemment ouverts à la concurrence.

Dans le cas d'espèce, les offres en cause, couplant les communications locales d'une part, à l'abonnement ou aux communications à Internet d'autre part, avaient, certes, été instituées bien avant l'ouverture effective à la concurrence des communications locales au 1<sup>er</sup> janvier 2002. Dès lors, à l'époque de leur lancement, ces offres n'avaient pas d'objet anticoncurrentiel. Toutefois, la poursuite de leur commercialisation dans la période qui précède immédiatement cette ouverture et qui, d'ailleurs, a donné lieu à compter du 14 septembre 2001 à une campagne publicitaire d'une grande ampleur, pouvait avoir pour effet de dissuader les clients de s'intéresser aux nouvelles offres qui seraient faites par les concurrents pour les communications locales et, donc, de freiner leur pénétration dans ce secteur, dès lors qu'ils ne peuvent pas proposer une offre comparable. Le Conseil a également considéré que les caractéristiques de la campagne publicitaire prouvaient que France Télécom avaient entendu lier de façon apparente des prestations distinctes, et que ce couplage apparent présentait les mêmes effets anticoncurrentiels que ceux des offres précitées. Concernant, enfin, l'inaccessibilité prétendue de l'offre "*Option Plus*" par le préfixe 8, le Conseil a estimé qu'elle n'avait d'autre justification que celle de recouvrer la clientèle des abonnés ayant choisi la présélection chez un opérateur concurrent.

A la veille de l'ouverture à la concurrence du marché des communications locales, ce type de pratique était susceptible de donner une avance décisive à France Télécom sur ses concurrents, avance non justifiée par les mérites propres des tarifs de cette société. De plus, la situation revêtait un caractère de gravité et d'urgence qui justifiait qu'il y soit mis fin d'urgence par des mesures conservatoires.

Le Conseil de la concurrence a donc ordonné à France Télécom de suspendre la commercialisation, auprès des nouveaux abonnés, des offres "*Forfait Local*", "*MaLigne locale*", "*Ligne Pro Locale*" et "*Ligne Tchatche*". Cette suspension sera maintenue tant que ces offres coupleront des prestations offertes en concurrence à des prestations maintenues en monopole. Pour les contrats en cours (clients ayant récemment souscrit aux offres en question), il a été enjoint à France Télécom de proposer, dans un délai de trois mois, de nouvelles offres découplées.

Le Conseil de la concurrence a également enjoint à France Télécom de suspendre la campagne publicitaire lancée depuis le 14 septembre 2001, qui visait à présenter comme un "*duo gagnant*" ou "*une solution simple et économique*", le couplage de l'offre "*MaLigne Locale*" (ou "*Ligne pro Locale*") avec "*Option Plus*", ainsi que de suspendre la pratique

consistant à présenter "*Option Plus*" comme incompatible avec la présélection des opérateurs alternatifs et d'informer, avant le 31 janvier 2002, tous les clients y ayant souscrit, que cette incompatibilité n'existe pas (décision [01-MC-06](#)).

## **9. La diffusion par les chaînes de télévision diffusant du cinéma en paiement à la séance**

En 1998, le Conseil de la concurrence avait eu à se prononcer sur des pratiques mises en œuvre par la société Canal Plus. Cette dernière est, en vertu d'obligations qui lui incombent de façon spécifique, le principal financier du cinéma français.

Canal Plus préachète ainsi un grand nombre de films, les contrats de préachat étant, au moins à l'époque des premiers faits, assortis d'obligations telles que l'exclusivité que se réservait Canal Plus sur les droits de diffusion de ces films, notamment à l'une des étapes de ce que l'on appelle la "*chronologie des médias*". Il s'agissait de la diffusion sur des chaînes de télévision à péage dites "*en paiement à la séance*", c'est-à-dire de chaînes diffusées sur le câble ou par satellite dans le cadre de "*bouquets*" et pour lesquelles le téléspectateur, outre l'abonnement au bouquet, se voit facturer spécifiquement le fait de regarder la chaîne pendant un certain temps. Des chaînes diffusant des films récents fonctionnent, notamment, selon ce principe. La réglementation française impose à ces chaînes la diffusion d'un nombre minimum de films français récents (système dit "*des quotas*").

À l'époque, il était apparu que la société TPS, exploitant un bouquet de chaînes à péage concurrent du bouquet exploité par Canal Plus, éprouvait des difficultés du fait que, en application des clauses des contrats de préachat signés avec Canal Plus, les producteurs de films français refusaient de l'autoriser à diffuser leurs productions sur sa chaîne de paiement à la séance. De la sorte, TPS se trouvait dans la situation, soit de pas respecter les quotas de films français récents, mettant ainsi en danger le maintien des autorisations administratives lui permettant d'émettre, soit de diffuser des films libres d'exclusivité mais qui se révélaient souvent être des œuvres ayant un faible pouvoir d'audience. Par une décision [98-D-70](#), le Conseil avait considéré que Canal Plus était en position dominante sur le marché de la télévision à péage et que son comportement était abusif. Il avait donc enjoint à la société Canal Plus de cesser la pratique consistant à lier le préachat de films à l'exclusivité des droits de diffusion sur ses chaînes en paiement à la séance. Cette décision avait ensuite été annulée par la cour d'appel de Paris pour des raisons de procédure mais, après évocation, cette juridiction avait repris une injonction équivalente (CA Paris, 15 juin 1999).

Après cette date, les contrats-type de Canal Plus avaient été modifiés et l'injonction avait été, au moins littéralement, respectée. Cependant, le ministre chargé de l'économie, d'une part, la société TPS et sa filiale Multivision, d'autre part, estimaient que des pratiques d'effet équivalent continuaient de prévaloir. Les sociétés TPS et Multivision avaient ainsi saisi le Conseil de plusieurs demandes : de sanction de Canal Plus pour non-respect de l'injonction, de mesures conservatoires et de sanction au fond de Canal Plus pour pratiques nouvelles. Le ministre chargé de l'économie, pour sa part, avait saisi le Conseil d'une procédure en non-respect d'injonction.

La nouvelle situation se caractérisait par plusieurs éléments : l'activité de diffusion télévisuelle de films en paiement à la séance de Canal Plus était désormais confiée à une filiale, la société Kiosque, les droits de diffusion sur ces chaînes étant négociés avec cette dernière. Ces droits faisaient encore souvent l'objet d'une exclusivité au bénéfice de Kiosque

même si cette clause ne figurait désormais plus dans les contrats de préachat signés, par ailleurs, par Canal Plus. Il apparaissait, parallèlement, que Multivision continuait à rencontrer des difficultés pour se procurer des droits de diffusion en paiement à la séance de films français récents à la fois attractifs pour le public et exempts d'engagement d'exclusivité au profit de Kiosque. Outre ces constatations factuelles, il était allégué que Canal Plus, au moment de signer des contrats de préfinancement, faisait pression sur les producteurs de films pour qu'ils confient à Kiosque l'exclusivité des droits de diffusion télévisuelle en paiement à la séance.

L'une des questions qui aurait pu se poser était de savoir si une entreprise ayant fait l'objet d'une injonction de cesser une pratique peut échapper aux effets de cette injonction en faisant assumer cette pratique par une filiale, c'est-à-dire une autre personne morale. Cette question reste ouverte car, de façon plus radicale, le Conseil, dans la décision rendue sur la procédure en non-respect d'injonction (décision [01-D-75](#)), a estimé que les pratiques invoquées n'étaient pas constitutives d'un tel non-respect.

Auparavant, et implicitement, le Conseil devait s'interroger sur sa compétence pour connaître du non-respect d'une injonction prononcée, non par lui, mais par la cour d'appel de Paris. En effet, l'article L. 464-3 du code de commerce donne compétence au Conseil pour sanctionner le non-respect des injonctions prévues aux articles L. 464-1 et L. 464-2 du même code, lesquels font référence au pouvoir d'injonction du Conseil. Mais, en premier lieu, c'est en vertu des mêmes articles que la cour d'appel, lorsqu'elle fait usage de son pouvoir d'évocation, adopte des injonctions ; en second lieu, le non-respect des injonctions adoptées par la Cour ne peut pas rester impuni ; en troisième lieu, aucun texte ne donne compétence à la Cour pour assurer elle-même, directement, le respect des injonctions qu'elle prononce, ce qui, en outre, présenterait l'inconvénient de priver les entreprises du double degré d'examen dont elles bénéficient lorsque la Cour n'intervient que pour contrôler les décisions du Conseil. Ce dernier a donc considéré qu'il pouvait examiner les deux saisines en non-respect d'injonction qui lui étaient soumises.

Il a, ensuite, rappelé la jurisprudence constante de la cour d'appel selon laquelle, d'une part, les injonctions sont d'interprétation stricte et, d'autre part, des pratiques non clairement interdites par une injonction ne peuvent être sanctionnées dans le cadre d'une procédure en non-respect d'injonction. (voir CA Paris 19 novembre 1992, 26 avril 1994, 29 mars 1996 et 10 septembre 1996). Le Conseil en a déduit que la seule injonction prononcée visait à ce que le contrat-type de préfinancement signé par Canal+ soit modifié et que le préfinancement ne soit plus contractuellement lié à une exclusivité de droits consentie pour la diffusion sur les chaînes en paiement à la séance du bouquet géré par Canal Plus. Cette injonction avait bien été respectée : il y avait désormais deux contrats distincts, ne comportant aucune clause assurant un lien obligatoire entre l'un et l'autre. Quant à d'éventuelles pressions qui auraient été exercées en vue d'établir une telle liaison, le Conseil a estimé qu'elles constituaient, à les supposer établies, des pratiques distinctes de celles qui avaient été interdites par l'injonction : elles ne pouvaient pas être sanctionnées dans le cadre de cette procédure qui a donc abouti à un non-lieu. Le Conseil a cependant déduit de l'invocation de telles pratiques qu'il convenait de verser les pièces correspondantes au dossier afférent à la nouvelle saisine au fond de TPS.

En ce qui concerne la demande de mesures conservatoires jointe à cette nouvelle saisine, la société Multivision mettait en avant ses difficultés financières. Cet argument est loin de toujours convaincre le Conseil : les difficultés peuvent, bien souvent, avoir d'autres causes que la pratique dénoncée et, à l'inverse, une entreprise soutenue par des actionnaires qui

développent une stratégie de long terme peut être déficitaire sans que son existence soit en jeu ; enfin, la disparition d'une entreprise n'est pas nécessairement dangereuse pour le fonctionnement du marché si de nombreux autres concurrents subsistent. En l'espèce, le Conseil a relevé que, malgré les pertes importantes constatées (de 60 à 157 millions de francs selon les années), la société Multivision ne se trouvait pas dans une situation différente, de ce point de vue, de celle de son concurrent Kiosque ; que ces difficultés s'expliquaient par les habitudes de consommation des téléspectateurs qui tardent à se tourner vers le système du paiement à la séance ; que des pertes dans un secteur nouveau en cours de développement n'étaient pas anormales et, enfin, que ces deux chaînes représentaient un élément d'attractivité pour leur bouquet respectif, le Conseil sous-entendant par là qu'un soutien maintenu de leur maison mère n'était pas improbable. Le Conseil n'a donc pas cru devoir tirer de conséquences de la situation financière de Multivision.

En revanche, le Conseil s'est montré sensible au fait que cette chaîne ne parvenait pas à obtenir suffisamment de films attractifs libres de droits pour satisfaire aux règles de quotas ; un rappel à l'ordre récent du Conseil supérieur de l'audiovisuel pouvait faire craindre, soit une suspension de l'autorisation d'émettre, soit une sanction pécuniaire. Ainsi, une disparition de la chaîne ne pouvait-elle être exclue, situation qui porterait évidemment atteinte aux intérêts de l'entreprise mais aussi au secteur et à l'intérêt des consommateurs : une seule chaîne de cinéma en paiement à la séance existerait désormais, limitant ainsi le choix des consommateurs, tandis que les conditions de concurrence entre les deux bouquets s'en trouveraient affectées.

Certes, en séance, la direction de Kiosque avait fait part au Conseil de son intention de renoncer à exiger l'exclusivité lorsqu'elle négocierait des droits de diffusion sur sa chaîne. Mais une exception restait prévue pour cinq films par an, chiffre qui peut être rapproché du nombre de films "*attractifs*" cité plus haut, soit vingt par an. Toujours est-il que le Conseil a considéré que malgré cet engagement, il ne pouvait être exclu que Multivision continue à rencontrer des difficultés graves dans l'acquisition de films français en nombre suffisant pour respecter les quotas qui s'imposent à elle.

Le prononcé de mesures conservatoires lui étant apparu justifié, le Conseil a enjoint aux sociétés Canal Plus et Kiosque de s'abstenir de procéder, directement ou indirectement à l'acquisition de droits de diffusion télévisuelle exclusifs de films cinématographiques d'expression française récents pour le paiement à la séance, et ce sans aucune exception, jusqu'à l'intervention de la décision sur le fond.

Il est intéressant de signaler, par ailleurs, que le Conseil a cherché à tenir compte de l'impact, sur le sort des injonctions qu'il prononce, des changements de structure qui peuvent intervenir dans les groupes : son injonction s'adresse ainsi non seulement aux entreprises existantes mais à toute société venant à leurs droits du fait de la fusion avec les sociétés Vivendi et Universal. De même, l'interdiction formulée vaut aussi bien pour des acquisitions de droits directes qu'indirectes (décision [01-MC-01](#)).

# Deuxième partie : Études thématiques

## Titre I - Le marché pertinent

### Introduction

Le Conseil a donné dans ses rapports précédents la définition suivante du 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. À 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"*. Une définition similaire est également retenue par la Commission européenne dans la communication relative à la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JOCE C 372 du 09/12/97) et à travers les différents règlements du Conseil : *"Un marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auxquels ils sont destinés. Le marché géographique en cause comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable"*. L'angle d'approche utilisé par les autorités américaines de la concurrence est légèrement différent puisqu'elles mettent en avant le pouvoir de marché qu'une entreprise peut exercer sur un marché pertinent. Mais cela n'a pas d'incidence sur le périmètre d'un marché ainsi défini puisque l'étendue du pouvoir de marché d'une entreprise dépend de la substituabilité entre les produits ou services qu'elle vend et d'autres produits ou services. Les *"Mergers Guidelines"* publiées par le Département de la justice donnent la définition suivante : *"Un produit ou groupe de produits et une zone géographique dans laquelle il est vendu, tels qu'une entreprise cherchant à maximiser son profit, dont les prix ne sont pas régulés, qui serait le seul vendeur présent et futur de ce produit dans cette zone, imposerait une hausse des prix faible, mais significative et non- transitoire"*.

Contrairement à d'autres autorités de la concurrence, le Conseil n'a jamais publié de lignes directrices sur la délimitation du marché pertinent mais les principes et les méthodes d'analyse qu'il utilise ont été exposés dans le rapport d'activité 1992. La présente étude a pour objet de rappeler les enjeux de la délimitation des marchés, d'illustrer les principes d'analyse suivis par le Conseil à travers sa jurisprudence récente et de voir quel est l'apport des méthodes quantitatives à l'analyse du Conseil.

# Chapitre I - Les enjeux de la délimitation du marché pertinent

L'objectif poursuivi in fine par les autorités de la concurrence à travers la notion de marché pertinent est d'apprécier le pouvoir de marché d'une entreprise, c'est-à-dire sa capacité à augmenter ses prix au-delà du prix concurrentiel, sans que la baisse des ventes qui en résulte annule la hausse des profits escomptés.

Certains auteurs s'interrogent sur la primauté donnée à la délimitation du marché pertinent par les autorités de la concurrence et mettent en garde contre l'écueil de faire une fin en soi de ce qui doit rester un simple outil d'analyse. F.M. Fischer (*Journal of Economic Perspectives*, 1987, vol. I, n° 2) défend, par exemple, l'idée que certaines erreurs d'appréciation des autorités de concurrence sont dues à une définition erronée du marché. Selon lui, une appréciation directe du pouvoir de marché des entreprises est possible sans qu'il soit besoin de délimiter précisément les contours d'un marché concerné. D. Encaoua (La pratique communautaire du contrôle des concentrations : analyses juridique, économique et comparative Europe, États-Unis, Japon - 1996) signale que la part de marché ne constitue qu'une approximation très imparfaite du pouvoir de marché d'une entreprise, et montre que, si le pouvoir de marché d'une entreprise est une fonction croissante de la part de marché, l'intensité de cette relation dépend également d'autres facteurs, tout aussi importants, tels que l'élasticité-prix de la demande adressée à l'entreprise et le caractère croissant ou décroissant des rendements d'échelle.

Les évolutions économiques récentes militent également en faveur d'une relativisation du rôle joué par la notion de marché pertinent. Les nouvelles technologies estompent les frontières auparavant tracées entre certains marchés. Les entreprises se doivent d'être présentes sur l'ensemble de ces marchés qui deviennent de plus en plus complémentaires. Par exemple, la convergence des marchés dans le secteur de l'internet et des médias est de plus en plus forte. Par ailleurs, les évolutions constatées sont de plus en plus rapides et nécessitent un suivi du contour des marchés au même rythme.

De fait, l'évaluation de la part de marché ne constitue pour le Conseil qu'une première approche du pouvoir de marché. Cette évaluation est complétée par d'autres éléments d'analyse, en particulier la structure du marché, le nombre et les parts de marché de ses concurrents, l'existence ou non de barrières à l'entrée sur le marché défini. Néanmoins, cette première étape garantit une approche rigoureuse des problèmes de concurrence.

Avant tout, la délimitation du marché pertinent permet d'identifier les concurrents de l'entreprise, ainsi que les marchés aval ou amont, connexes ou complémentaires, sur lesquels elle n'exerce pas d'activité, mais sur lesquels elle est susceptible d'avoir une influence. Cette étape est essentielle en contrôle des concentrations, afin de déterminer si une opération est de nature horizontale, verticale ou conglomérale. Elle l'est également en contentieux, car elle permet d'identifier l'éventuel objet anticoncurrentiel des pratiques d'abus de position dominante ou d'entente dénoncées.

Que ce soit en contrôle des concentrations ou en contentieux, les critères et les méthodes d'évaluation sont les mêmes mais l'espace temps est différent dans les deux types d'analyse, ce qui peut conduire à des résultats différents. Les éventuels abus de position dominante doivent être appréciés au moment où ils ont eu lieu, sachant que les contours des marchés en

cause ont pu évoluer depuis, parfois même en raison des effets des abus dénoncés sur les prix. La délimitation des marchés concernés par une concentration est prospective puisque doivent être pris en compte les effets de la fusion elle-même ainsi qu'éventuellement les facteurs d'évolution exogènes.

La délimitation du marché pertinent est également importante pour l'évaluation du dommage à l'économie causé par les pratiques anticoncurrentielles dénoncées, qu'elles relèvent de l'entente (articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du traité de Rome) ou de l'abus de position dominante (articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du traité de Rome) et, donc, pour le calcul de la sanction qu'il convient d'infliger à l'entreprise en cause.

De façon plus générale, les effets anticoncurrentiels d'une pratique s'apprécient sur un marché pertinent. Les effets de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par une ou plusieurs entreprises ne détenant qu'une faible part d'un marché seront peu perceptibles et, de toute façon, limités par le libre jeu de la concurrence qui continuera à s'exercer sur la majeure partie du marché. Le nouveau règlement communautaire d'exemption des restrictions verticales (règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999) généralise d'ailleurs l'exemption des accords verticaux organisés par des fournisseurs dont la part de marché n'excède pas 30 %, sauf pour certaines clauses particulièrement graves, dites "*noires*". La seule exception concerne les cas où, quel que soit le marché retenu, l'analyse concurrentielle est identique, particulièrement dans le cas des pratiques interdites "*en elles-mêmes*", indépendamment de leurs effets réels ou potentiels, comme les ententes sur les prix.

## **Chapitre II - Les critères : primauté à la substituabilité des produits ou services du point de vue des demandeurs**

Comme il apparaît dans la définition du marché pertinent donnée ci-dessus, la substituabilité entre différents biens ou services du point de vue de la demande constitue pour le Conseil le critère déterminant pour la délimitation du marché pertinent. Les caractéristiques physiques, techniques ou fonctionnelles du produit, si elles peuvent contribuer à expliquer le comportement des demandeurs, ne permettent pas à elles-seules d'évaluer le degré de substituabilité de ce produit avec d'autres. Cette analyse a été confirmée à de nombreuses reprises par la cour d'appel et la Cour de cassation. Ainsi, dans un arrêt du 15 juin 1999, la Cour de cassation a confirmé la cour d'appel en ce qu'elle avait énoncé que "*l'interchangeabilité des produits ne dépend pas fondamentalement de leur identité physique ou chimique mais de leur identité fonctionnelle du point de vue du dispensateur, et donc, dans le cas des médicaments soumis à prescription, également du point de vue des médecins établis*". De même, dans un arrêt du 22 mai 2001, société Route de l'est parisien, la Cour de cassation a jugé que la cour d'appel n'avait pas donné de base légale à sa décision, parce qu'elle n'avait pas recherché si le choix des demandeurs à l'élimination des déchets est ou non effectivement déterminé, pour tel ou tel mode de traitement des ordures ménagères, par des considérations tenant à leur spécificités techniques, ce pourquoi chacun des procédés ne serait pas substituable aux autres.

Plus rarement, les caractéristiques de l'offre des produits ou services constituent un élément d'appréciation, généralement complémentaire, pour la délimitation du marché.

La délimitation du marché pertinent se fait en deux étapes : dans un premier temps, le Conseil identifie les biens ou services qui s'échangent sur ce marché ; dans un second temps, il définit la zone géographique concernée.

## **1. Marché de produits**

Les marchés ainsi définis peuvent comprendre un seul bien (poupée-mannequin), un service (la distribution de produits de grande consommation), une gamme de produits ou services, mais peuvent aussi être segmentés en fonction de la destination des produits ou services (batteries de première monte et de seconde monte [décision 95-A-08]), ou du mode de distribution (en grande distribution et en cafés-hôtel-restaurants [décision 96-D-67]).

### **1.1. LES CRITÈRES RELATIFS À LA SUBSTITUABILITÉ DE LA DEMANDE**

Compte tenu de la grande diversité des marchés de produits et services étudiés, de nombreux indices ont été pris en compte dans les avis et décisions du Conseil afin d'apprécier si les demandeurs considèrent, ou ne considèrent pas, certains biens et services comme des moyens alternatifs de satisfaire une même demande et entre lesquels ils peuvent arbitrer. Comme l'avait déjà précisé le Conseil dans son rapport d'activité pour 1992, dans certains cas complexes, la mise en œuvre des principes d'analyse du marché peut nécessiter le recours à plusieurs méthodes dont les résultats doivent être confrontés et la définition du marché résulte alors d'un faisceau d'indices convergents et non de la prise en compte d'un seul élément. En tant que de besoin, le Conseil procède à une certaine pondération des éléments retenus. C'est le cas, évidemment, en cas de contradictions entre différents indices. Le Conseil a rappelé dans la décision [99-D-45](#) que *"ainsi que l'a précisé la Commission des Communautés européennes dans sa communication du 9 décembre 1997 sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence et dans sa décision du 22 janvier 1997 à propos du marché des boissons sans alcool à base de cola (décision du 22 janvier 1997, concentration Coca-Cola/Amalgamated GB), que les éléments retenus peuvent être variables selon les cas d'espèce et que leur caractère déterminant doit être apprécié en fonction des caractéristiques et spécificités du secteur et des produits considérés"* et encore : *"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"*. Toutefois, comme il l'a déjà été précisé ci-dessus, le comportement des demandeurs demeure un critère essentiel.

La primauté donnée à la prise en compte de la substituabilité de la demande est fondée sur le lien direct entre élasticité de la demande adressée à l'entreprise et pouvoir de marché de celle-ci. Les différents indices exposés ci-dessous visent à apprécier, de façon qualitative, cette élasticité.

#### **1.1.1. L'existence d'une offre et d'une demande**

Le premier élément de définition testé par le Conseil est celui de la rencontre d'une offre et d'une demande. Si les biens et services en question ne sont pas offerts, il n'y a pas de marché. Ainsi, les biens et services produits par une entreprise pour sa propre consommation ne font pas partie du marché : *"L'autoproduction n'est pas, selon la jurisprudence communautaire, un service offert sur le marché de sorte qu'il ne présente pas une alternative pour le client ; que tel est en effet le sens de la décision de la Commission des Communautés du 8 avril 1992 (ACCOR/Wagon-lit) et de celle de la CJCE du 21 février 1973 (Continental CAN) qui a*

*réformé la décision de la Commission, non pas parce qu'il aurait fallu prendre en compte l'autoproduction, mais seulement parce qu'avait été relevée la mise sur le marché d'excédents de production dont il devait être tenu compte" (cour d'appel de Paris, 19 mai 1998).*

Mais le prix ne doit pas obligatoirement résulter de la rencontre de l'offre et de la demande : le caractère réglementé de certains prix n'implique pas forcément l'inexistence d'un marché. *"La circonstance que l'activité des producteurs autonomes soit encadrée par une réglementation portant sur les capacités de production, l'écoulement de l'énergie et les prix, ne suffit pas pour conclure à l'absence d'un marché au sens du droit de la concurrence"* (décision 96-D-80).

Par ailleurs, les marchés peuvent faire l'objet d'une distinction en fonction de la nature de la demande, soit selon le stade du processus de commercialisation auquel elle se situe (producteurs, grossistes, distributeurs, ou utilisateurs finaux), soit à un même stade de commercialisation. Le comportement des demandeurs, et donc le pouvoir de marché de l'entreprise, peuvent en effet différer d'un groupe de demandeurs à l'autre. Par exemple, le Conseil a distingué l'offre de billets pour la Coupe du monde de football 1998 aux tours-opérateurs et aux agences de voyage, destinés à être intégrés dans des forfaits touristiques, de l'offre de billets à d'autres types d'acheteurs (décision [00-D-83](#)). Dans un arrêt du 17 mai 1994, *Sifco Stanley*, la cour d'appel a d'abord noté que les pratiques étaient constatées sur un marché sur lequel l'offre émane des fabricants et la demande des grossistes en outillage à main et que le marché pertinent se situait donc au stade du gros et non du consommateur. Mais elle a considéré ensuite que la distinction faite par le Conseil entre clientèle professionnelle et clientèle familiale (décision 93-D-40) était artificielle, au motif que les distributeurs proposaient tant des marques spécialisées dans un type de clientèle que celles spécialisées dans un autre, qu'il n'était pas contestable que les grandes surfaces de bricolage sont fréquentées tant par les amateurs que par les professionnels et enfin que certains outils répondent tant aux besoins de la clientèle professionnelle qu'à celle des particuliers.

Le Conseil note également que ce n'est parfois pas tant le comportement de l'acheteur qui détermine la substituabilité de la demande que celui du prescripteur, notamment pour l'achat de médicaments (décision 96-D-12, *Lilly France*). En revanche, en ce qui concerne les jouets, le Conseil a considéré dans une décision [99-D-45](#) que *"la substituabilité doit s'apprécier au moins autant par rapport à l'enfant que par rapport à celui qui effectue l'acte d'achat dans la mesure où, si l'enfant n'est pas le "payeur", il choisit lui-même souvent ou emporte la décision de l'acheteur dans le sens qu'il désire ; et que, d'ailleurs, l'instruction a montré que la stratégie marketing de la société Mattel est orientée en direction des fillettes plus que de leurs parents"*.

### **1.1.2. La nature ou la fonction organique d'un produit, ses caractéristiques physiques et matérielles**

La fonction organique de certains produits les rend absolument non substituables à d'autres. Dans l'avis [01-A-03](#), relatif à l'acquisition de l'activité vitamines de la société Takeda par le groupe BASF, le Conseil a considéré que les différentes vitamines n'étaient pas substituables entre elles : chaque vitamine possède des caractéristiques et des propriétés nutritionnelles ou thérapeutiques spécifiques et la formule chimique, le rôle au sein des organismes vivants, les particularités physiques, physiologiques et métaboliques étant différentes pour chaque vitamine. Dans une décision 96-D-12, relative aux pratiques de la société Lilly France dans le secteur des spécialités pharmaceutiques destinées aux hôpitaux, le Conseil a pris en compte

les indications et contre-indications thérapeutiques des médicaments et leurs diverses propriétés pharmacologiques : *"Considérant qu'il résulte du dictionnaire Vidal, ouvrage regroupant l'ensemble des spécialités pharmaceutiques titulaires d'une autorisation de mise sur le marché, que le médicament Dobutrex est un agent inotrope dont l'activité résulte d'une stimulation des récepteurs adrénergiques cardiaques. Les effets sur la fréquence cardiaque, la conduction intra-cardiaque et la pression artérielle sont modérés et inférieurs à ceux observés après une dose équivalente d'isoprénaline. A la différence de celle de la Dopamine, l'action du Dobutrex n'est pas liée à la libération endogène de noradrénaline et ne dépend donc pas des réserves cardiaques de ce médiateur"*. Ce sont également les propriétés particulières du chlorate de soude qui expliquent qu'il fasse l'objet d'une demande manifestement spécifique de la part de certains consommateurs (décision [00-D-85](#)).

Les caractéristiques physiques et techniques des produits sont également prises en compte par les demandeurs. Le Conseil a ainsi défini un marché des tuyaux en fonte ductile, notamment au motif que les avantages spécifiques de la fonte ductile - résistance à la traction, allongement important, haute limite élastique notamment - rendent ce matériau particulièrement adapté dans les réseaux soumis à des fortes charges de roulement ou des contraintes de pression. (décision 92-D-62). Dans sa décision [99-D-45](#) relative aux pratiques de la société Mattel dans la commercialisation des poupées Barbie, le Conseil a noté *"qu'il est admis par les autorités et les juridictions françaises et communautaires que les caractéristiques propres du produit constituent un des éléments susceptibles, parmi d'autres, de fournir une indication sur le degré de substituabilité des produits considérés, afin de déterminer ceux qui apparaissent comme suffisamment substituables entre eux pour pouvoir être considérés comme appartenant au même marché ; qu'il est constant que les poupées-mannequins présentent des caractéristiques spécifiques leur conférant une allure typique ; qu'en effet, à la différence des autres jouets anthropomorphes, elles se présentent le plus souvent sous l'apparence physique d'une femme adulte caractérisée par une tête placée sur un cou long, une abondante chevelure, des yeux bien dessinés et une poitrine développée"*.

### **1.1.3. La fonction et l'utilisation du produit**

Ces éléments sont souvent essentiels aux yeux des demandeurs. Des produits différenciés, mais ayant la même fonction ou destinés à la même utilisation, peuvent être considérés comme substituables du point de vue de la demande. À l'inverse, des produits similaires, mais n'ayant pas le même usage, n'appartiennent pas au même marché. Ainsi, dans l'avis [01-A-10](#), relatif à l'acquisition par la compagnie Boeing du groupe Jeppesen, le Conseil a délimité un marché de la fourniture de cartes aux compagnies aériennes, distinct de celui de la fourniture de données électroniques de navigation aux fabricants d'avionique et aux compagnies aériennes en considérant que ces deux types de produits ne sont pas substituables du point de vue de l'utilisateur, eu égard aux fonctions fort différentes que ces deux biens remplissent et en raison du fait que la présence de l'un ne peut compenser l'absence de l'autre. Il a précisé que la circonstance que ces deux types de produits puissent être élaborés à partir des mêmes données brutes est sans pertinence sur la définition de ces marchés dès lors que les produits finis n'ont pas le même usage. Dans la décision [99-D-45](#), en réponse à la société Mattel qui soutenait que les poupées mannequins et les poupées-poupons répondaient au même besoin, celui de jouer, le Conseil a jugé que les comportements ludiques de l'enfant étaient différents dans les deux cas. De même, la non-substituabilité des jeux vidéo électroniques avec les jeux électroniques à usage collectif et les jeux sur micro-ordinateur, a été déduite des différences entre les fonctions et les besoins auxquelles répondent ces produits (décision 93-D-56).

Les conditions techniques d'utilisation différentes peuvent également rendre non substituables des produits ou services qui répondent par ailleurs à des besoins identiques. Ainsi, s'agissant de la télévision, les techniques de diffusion par satellite et par câble n'ont pas été jugées substituables à la diffusion par voie hertzienne (décision [99-D-14](#)). Dans cette affaire, le coût d'usage et de mise à disposition du produit a également constitué un élément d'appréciation.

#### **1.1.4. Les caractéristiques de l'offre**

Les caractéristiques de l'offre peuvent influencer sur la substituabilité de la demande, critère qui sera abordé ci-dessous, mais également sur le comportement des consommateurs. Ainsi, les stratégies de commercialisation mises en place par les offreurs, comme la différenciation des produits ou celle des modes de distribution, ont-elles un impact direct sur la substituabilité de la demande et peuvent fonder une distinction des marchés. La cour d'appel dans un arrêt du 11 mars 1993, France Loisirs, a considéré que *"le produit lui-même, qui est en réalité un produit complexe et ne peut être réduit au livre, ses conditions d'utilisation et les méthodes employées pour sa distribution présentent des caractéristiques particulières qui font que, aux yeux des adhérents qui recherchent la satisfaction d'un besoin spécifique, les livres qui leur sont proposés par un club, fortement individualisés, ne sont pas ou sont peu substituables aux livres distribués par d'autres canaux"* et confirmé la décision du Conseil qui avait distingué un marché de la vente de livres par clubs (décision 89-D-41). Les problèmes de concurrence liés à la fabrication et à la distribution de boissons comme la bière (avis 96-A-09) ou les boissons gazeuses au goût de cola (avis [98-A-09](#)) ont amené le Conseil à constater que les fabricants de ces boissons ne disposaient pas du même pouvoir de marché selon qu'elles étaient distribuées au consommateur final par le canal de la grande distribution, pour une consommation à domicile, ou par celui des cafés-hôtels-restaurants, pour une consommation hors domicile. La prise en compte du mode de distribution des jeux de hasard pur a amené le Conseil à distinguer les jeux commercialisés exclusivement dans les salles des casinos et les autres, commercialisés par la Française des jeux dans ses 40 000 points de vente et donc disponibles sur l'ensemble du territoire national (décision [00-D-50](#)). En revanche, la cour d'appel a considéré que *"dès lors qu'il n'est pas démontré qu'il existe des méthodes distinctes de distribution pour chacune des familles de produits, à l'égard des diverses clientèles ou encore que les offreurs adoptent un comportement distinct selon qu'il s'agit de vendre, par exemple, des instruments différents, l'outillage à main doit être pris globalement"* (arrêt du 17 mai 1994, Sifco Stanley).

Il est également tenu compte des stratégies de différenciation mises en œuvre par les entreprises, par exemple la promotion d'une marque ou d'une image de luxe. Dans sa décision [97-D-72](#) (Adidas), le Conseil a noté entre autres éléments *"qu'afin d'accroître ou de maintenir la notoriété de leurs marques il est d'usage que les fabricants de chaussures de football de marque concluent des contrats de parrainage avec des clubs de football professionnels, lesquels acceptent que soit fait usage de leur image en contrepartie de la fourniture, par le fabricant concerné, de chaussures et d'accessoires ainsi que, le cas échéant, du versement d'une "dotation financière" variable selon la notoriété du club ; que, compte tenu de ces différents éléments, il y a lieu de retenir l'existence d'un marché de la chaussure de football"*.

#### **1.1.5. L'environnement juridique**

L'existence d'une réglementation spécifique pour la fabrication ou l'utilisation d'un produit ou la fourniture ou l'accès à un service, de même que l'existence d'une norme professionnelle, peuvent également agir sur le comportement de la demande, dans la mesure

ou elles sont susceptibles d'avoir une influence sur le prix des produits, sur sa qualité ou sur la perception que les demandeurs en ont. La spécificité des jeux vidéo électroniques par rapport à d'autres types de jeux s'est appuyée, entre autres, sur la réglementation particulière mise en place pour ce type de jeux, qui a notamment rendu obligatoire l'apposition de mises en garde sur l'emballage et la notice d'emploi (décision 93-D-56). Un marché de la diffusion hertzienne des chaînes nationales publiques généralistes et un marché de la diffusion hertzienne des chaînes nationales privées généralistes ont ainsi été distingués au motif que les chaînes publiques généralistes d'audience nationale sont soumises à des contraintes légales pour le choix d'un diffuseur auxquelles ne sont pas soumises les chaînes privées (décision [99-D-14](#)). Dans l'avis [01-A-02](#), relatif à l'acquisition du groupe Poma par la société Leitner, le Conseil a considéré que les différents types de remontées mécaniques pour station de ski (téléski, téléportés monocâble, téléphériques et funiculaires) n'étaient pas substituables entre elles, notamment en raison des contraintes relatives à la réglementation et aux normes de sécurité et d'entretien très strictes. Dans le secteur de la serrurerie, le Conseil a considéré que la valeur reconnue à la certification A2P visant à garantir les serrures contre l'effraction rendaient les produits qui en bénéficient non substituables à d'autres du point de vue de la demande même si certains fabricants commercialisent aussi des produits haut de gamme sans juger nécessaire de les faire certifier A2P (avis [00-A-11](#)). Le caractère non substituable du reblochon avec d'autres fromages a été déduit des conditions à remplir pour bénéficier de l'appellation d'origine contrôlée "Reblochon" ou "Petit Reblochon", et celles afférentes à la mention "fabrication fermière" ou "fromage fermier" ou toute autre indication laissant entendre une origine fermière du fromage (décision [97-D-16](#)).

#### **1.1.6. Les différences de prix**

Un écart de prix substantiel durable entre différents produits est un indice de non substituabilité entre ces derniers et donc de non appartenance au même marché (décisions 95-A-08, 96-A-01, [99-D-45](#)). On peut observer que cet écart peut être la cause, ou la conséquence, de l'absence de substituabilité. Ainsi, dans le secteur des remontées mécaniques, le Conseil a noté que les différences de prix entre les catégories d'appareil étaient considérables et que la demande des produits les plus chers ne pourrait s'expliquer si les produits les moins chers représentaient des substituts satisfaisants (avis [01-A-02](#)). De même, le rapport de 1 à 10 constaté entre le prix d'une prestation de télésurveillance et celui d'une prestation de surveillance par agent a conduit le Conseil à distinguer deux marchés (avis [99-A-03](#)). Dans le secteur de la publicité, le Conseil a considéré "*que, si, d'une manière générale, "le média télévision subit une concurrence de la part d'autres médias", cette concurrence partielle ne suffit pas à établir en soi l'existence d'un seul et unique marché en raison notamment des caractéristiques propres à chaque média et des différences de prix existant entre les espaces publicitaires disponibles sur chacun des médias*" (décision [99-D-85](#)). Le Conseil a également rappelé son intérêt et celui de la Commission européenne pour de telles comparaisons dans l'affaire Mattel : "*Si, en effet, les comparaisons entre niveaux de prix ne peuvent, en elles-mêmes, suffire à apprécier la substituabilité entre produits, elles font partie du faisceau d'éléments qui sont pris en compte par le Conseil de la concurrence, la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation pour délimiter un marché au sens du droit de la concurrence ; que la Commission des communautés européennes considère même parfois que deux produits fonctionnellement interchangeables peuvent ne pas être substituables pour un consommateur, compte tenu de leur différence de prix (Aérospatiale-Alénia/de Haviland, Nestlé/Perrier, Orkla/Volvo)*" (décision [99-D-45](#)).

Cette approche rencontre cependant des limites. D'une part, les comparaisons de prix n'ont de sens que si la qualité et la durabilité des produits sont équivalentes ; d'autre part, les entreprises qui disposent d'information sur les "*prix de réserve*" des consommateurs peuvent pratiquer des prix différents selon les catégories de clients.

### **1.1.7. Les préférences des demandeurs**

Le comportement des demandeurs peut, par ailleurs, ne pas s'expliquer par des considérations objectives, mais être simplement constaté et relever de considérations plus subjectives. Ainsi, dans sa décision [00-D-85](#), le Conseil a observé que "*même en admettant 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, pour un certain nombre d'utilisations, un avantage décisif, il est constant que les consommateurs, dans leur majorité, considèrent, comme le soulignent les nombreux distributeurs, que le chlorate de soude n'est pas substituable aux autres désherbants totaux*". Dans la décision [99-D-45](#), dans laquelle il a identifié le marché des poupées-mannequins, le Conseil a souligné que les motivations du consommateur "*vont du simple besoin, fonctionnel ou physiologique, de jouer, à un ensemble de besoins psychologiques (identification sexuelle et sociale, structuration affective, stimulation de l'imagination...); [...] qu'ainsi, les éléments psychologiques pris en considération n'ont pas à être écartés a priori et doivent être analysés conjointement avec les autres éléments du dossier*". L'observation de traditions peut également influencer sur l'élasticité de la demande, comme dans le cas de la consommation du cidre, identifié comme un marché à part par le Conseil dans son avis 92-A-08 "*qu'enfin l'analyse des ventes révèle qu'à la différence de l'ensemble des boissons sans alcool fortement consommées en été le cidre bouché fait l'objet d'une plus forte demande au cours des mois de février et de mars, en raison de la subsistance des traditions*" ; ou encore dans le cas de la construction en briques de terre cuite en Alsace (avis [99-A-09](#)).

La perception subjective qu'ont les consommateurs des différences entre produits est souvent mise en avant en ce qui concerne la consommation de produits alimentaires : le goût de cola des boissons (décision 96-D-67), la bière (décision 96-D-63), le cantal (Cour de cassation, 29 novembre 1994).

L'attachement à certaines marques ou l'image de luxe véhiculée par le produit plaident également en faveur d'une différenciation du marché (décisions [97-D-71](#), [97-D-72](#) pour les chaussures de sport).

## **1.2. LA SUBSTITUABILITÉ DE L'OFFRE**

Plus rarement, le Conseil s'appuie sur des caractéristiques relatives à l'offre, qui ne peuvent être interprétées comme fournissant un indice sur le comportement de la demande. La plupart du temps, il s'agit d'indices relatifs aux possibilités d'entrée sur le marché, c'est-à-dire à la substituabilité de l'offre, qui confortent l'analyse faite dans un premier temps selon le critère de substituabilité de la demande. Exceptionnellement, le Conseil a considéré que le critère de la substituabilité de la demande n'était pas opérant et a favorisé l'analyse de la substituabilité de l'offre. La prise en compte de la substituabilité de l'offre afin d'élargir un marché défini du point de vue de la demande se justifie dans la mesure où c'est le pouvoir de marché d'une entreprise, qui aurait le monopole de la production ou de la distribution du (ou des) produit(s) concerné(s), que l'on cherche à apprécier. Si d'autres offreurs peuvent très rapidement et à

peu de frais entrer sur le marché, alors le monopoleur ne pourra exercer son pouvoir de marché.

Pour les autorités communautaires, la substituabilité de l'offre est un facteur important de la délimitation du marché pertinent. Dans une affaire Continental Can (CJCE, 21 février 1973, Continental Can), la CJCE a annulé la décision de la Commission pour ne pas avoir analysé cet aspect. Cette position a été confirmée dans un arrêt Michelin, dans lequel il est fait référence à l'élasticité de l'offre afin de distinguer deux marchés distincts. En effet, malgré l'identité des produits, certains d'entre eux impliquaient des méthodes de production spécifiques, pour lesquelles l'adaptation des producteurs était relativement difficile. Dans l'affaire Nestlé-Perrier (Commission européenne, 22 juillet 1992), la Commission a également relevé la faible substituabilité de l'offre et a, en conséquence, limité le marché pertinent aux eaux en bouteille et non aux boissons rafraîchissantes non alcoolisées. On peut toutefois noter, comme le font S. Bishop et M. Walker (Economics of E.C. Competition Law : Concept, Application and Measurement, 1999), que se référer aux contraintes du côté de l'offre pour différencier des biens ou services que les demandeurs considèrent comme substituables ne répond pas à la finalité de la délimitation du marché pertinent par une autorité de la concurrence : la demande sur l'un des marchés ainsi contraint par l'offre peut facilement se reporter sur l'autre marché et donc limiter le pouvoir de marché de l'offreur.

### **1.2.1. La substituabilité de l'offre comme complément à l'analyse de la substituabilité de la demande**

Les autorités françaises de concurrence n'utilisent que très rarement le critère de la substituabilité de l'offre mais cette possibilité n'est pas totalement exclue. Dans un arrêt du 19 mai 1998, la cour d'appel a précisé cette notion : *"Du côté de l'offre, la substitution suppose que les fournisseurs puissent réorienter leur production vers les produits ou services en cause sans coût ou risque insupportable pour se substituer à l'offreur précédent, étant observé que si la substitution nécessite de lourds investissements ou des révisions stratégiques, il n'en est pas tenu compte dans la définition du marché"* (cour d'appel de Paris, 19 mai 1998, France Telecom – Transpac).

Pour le Conseil, le fait que les producteurs de deux biens soient distincts, peut confirmer l'existence de deux marchés séparés. Par exemple, le fait que les fabricants de consoles de jeux soient distincts des producteurs de logiciels permet, entre autres éléments, de distinguer un marché des consoles et un marché des logiciels (Conseil de la concurrence, 93-D-56). Les barrières à l'entrée constatées sur un marché incitent également à le considérer comme distinct comme le confirme la cour d'appel dans un arrêt du 11 mars 1993 (France Loisirs) : *"Aux yeux des adhérents qui recherchent la satisfaction d'un besoin spécifique, les livres qui leur sont proposés par un club, fortement individualisés, ne sont pas ou sont peu substituables aux livres distribués par d'autres canaux, le marché du livre club étant au surplus un marché fermé sur lequel il est difficile, pour un nouvel opérateur, d'entrer"*.

Mais la prise en compte de la substituabilité de l'offre est limitée par l'horizon temporel pris en compte dans la délimitation du marché pertinent. Dans un arrêt du 19 mai 1998, France Telecom-Transpac, la cour d'appel rappelle que *"selon la directive communautaire n° 97/C 372/03, le marché en cause s'apprécie à l'époque des faits examinés, la concurrence potentielle n'y étant pas prise en compte dans la mesure où les conditions dans lesquelles elle peut effectivement constituer une contrainte concurrentielle dépendent de l'analyse de certains facteurs et circonstances se rapportant aux conditions d'entrée"*. Cette approche est

particulièrement justifiée en contentieux puisqu'il s'agit alors d'apprécier le pouvoir de marché de l'offreur au moment des faits.

Lors de l'analyse des effets des opérations de concentration, le rôle que pourrait jouer à plus long terme la concurrence potentielle est évalué postérieurement à la délimitation des marchés (sur ce sujet voir également le rapport du Conseil de la concurrence 2000, pages 63 et s.).

### **1.2.2. L'analyse de la substituabilité de l'offre amène rarement à élargir les marchés**

Exceptionnellement, le Conseil s'est, à titre principal, appuyé sur la substituabilité de l'offre afin de délimiter les marchés, considérant que le critère de substituabilité de la demande était inapplicable. Dans un avis [00-A-11](#) dans le secteur de la serrurerie, le Conseil a ainsi constaté que les serrures de bâtiment constituent une catégorie de produits très hétérogènes, qui comprend des milliers de références et ne sont pas tous substituables entre eux du point de vue de la demande. Mais il a relevé que, du point de vue de l'offre, les grands fabricants généralistes, qui assurent les trois quarts de la production de serrures pour le bâtiment, proposent une grande variété de produits et couvrent à peu près l'ensemble des gammes offertes et qu'il y avait donc lieu de considérer qu'il existe un marché de la serrurerie de bâtiment qui regroupe une grande variété de catégories de produits.

De même, analysant les conditions de la concurrence entre les entreprises de BTP, le Conseil a considéré que chaque opération faisant l'objet d'un appel d'offres est, du point de vue de la demande, non substituable à une autre, mais que les entreprises du secteur étaient spécialisées dans une ou plusieurs activités (avis [01-A-08](#)). Encore peut-on noter dans ce cas que la demande ne porte pas sur des produits standardisés, mais sur la capacité des entreprises à effectuer les travaux spécifiés.

Cette approche est également utilisée par la Commission européenne qui, analysant la production de bus de ville et de cars de tourisme en Allemagne, a estimé que les frontières fluctuantes entre les divers segments du marché et la substituabilité du côté de l'offre relativisent la position concurrentielle des offreurs sur les différents marchés de produits en cause, que pour apprécier les effets de la concentration, il n'était donc pas possible de considérer ces segments de marché isolément et qu'il y avait lieu, au contraire, de prendre en compte les conditions de concurrence et la position des offreurs sur le marché tout entier (n° IV/M.477-Mercedes-Benz /Kaessbohrer).

## **2. Marché géographique**

La délimitation d'un marché de produit s'entend sur une zone géographique définie, soit parce que l'analyse faite du comportement de la demande n'est valable que sur cette zone géographique, soit parce qu'il s'agit de la zone géographique à l'intérieur de laquelle les demandeurs se procurent ou peuvent se procurer le produit ou service en question. Il s'agit de la zone géographique sur laquelle un pouvoir de monopole pourrait effectivement être exercé, sans être exposé à la concurrence d'autres offreurs situés dans d'autres zones géographiques ou à celle d'autres biens ou services.

La réalité des flux d'échanges, de la distance effectivement parcourue par les offreurs ou par les demandeurs jusqu'au point de rencontre de l'offre et de la demande, de la disponibilité des biens en cause pour les consommateurs d'une zone géographique, ou encore les écarts de prix

d'une zone à l'autre, font l'objet de constatations qui reçoivent ensuite des éléments d'explication d'ordre physique, réglementaire ou comportemental.

Les contraintes physiques peuvent être liées au coût du transport rapporté à la valeur des produits, comme c'est le cas des produits pondéreux. Ainsi, dans un arrêt du 29 juin 1993, la Cour de cassation confirme l'analyse du Conseil et de la cour d'appel en relevant "*que les tuiles et briques fabriquées sur place dans la région alsacienne ne sont pas substituables aux autres du fait de l'incidence contraignante du coût du transport sur des éléments de construction pondéreux et de faible valeur intrinsèques*". Les caractéristiques physiques des produits peuvent également en limiter les possibilités de déplacement, comme c'est le cas pour les produits de revêtement routier ou le béton prêt à l'emploi qui ne peuvent être transportés sur de longues distances sans perdre les propriétés de température ou d'humidité qui les rendent propres à être employés (cour d'appel de Paris, 8 juillet 1992 ; avis [01-A-08](#) (granulats) ; décision [97-D-47](#) (béton prêt à l'emploi). La géographie, l'état du réseau routier peuvent influencer sur les distances que peuvent parcourir ces produits.

La distance à parcourir par les consommateurs constitue également une contrainte physique mais doit être rapportée à la qualité du réseau routier, à la fréquence des déplacements nécessaires, à l'attractivité que présente le point de vente, à travers la taille de ce dernier, l'étendue des différentes gammes proposées et de la qualité des infrastructures qui lui sont attachées (autres services à proximité du lieu de vente, parking). Ces principes ont notamment été dégagés dans l'avis rendu par le Conseil sur la concentration dans la grande distribution (avis 96-A-14) et dans les décisions relatives à la grande distribution (décisions [98-A-06](#), [01-D-12](#)).

Certains marchés sont par ailleurs géographiquement limités par des contraintes légales ou réglementaires. Ainsi en était-il jusqu'à une date récente des marchés relatifs aux prestations funéraires comme le note le Conseil dans une décision [00-D-59](#) : "*Sous l'empire de la législation en vigueur à l'époque des faits, les familles ne pouvaient s'adresser, dès lors que le service extérieur était organisé par la commune, qu'au titulaire du monopole, soit directement, soit par l'intermédiaire d'une agence funéraire, et que les dérogations prévues par la loi du 9 janvier 1986 ne pouvaient s'appliquer que lorsque la commune du lieu de mise en bière n'était pas celle du domicile du défunt ou du lieu d'inhumation ou de crémation*". De même, en ce qui concerne la distribution d'électricité par une collectivité locale, le Conseil a considéré que, compte tenu du cadre juridique en vigueur, le marché à prendre en considération avait nécessairement une dimension locale (décision [99-D-59](#)).

Les différences nationales en matière de normes limitent l'étendue géographique sur lesquels certains produits sont effectivement offerts. Par exemple, le Conseil a noté que l'absence de standardisation européenne caractérisait des marchés encore largement nationaux dans le secteur de la serrurerie (avis [00-A-11](#)). En revanche, dans son avis [01-A-02](#) sur une concentration entre des fabricants de remonte-pentes, il a estimé que le coût d'adaptation des appareils étrangers aux normes de sécurité nationales était très faible par rapport à la valeur de ces équipements et tenu compte de l'harmonisation en cours de la réglementation européenne en matière de sécurité.

Des considérations subjectives quant au comportement de la demande, telles que les préférences et les habitudes régionales ou nationales, l'attachement aux marques expliquent par ailleurs que certains produits d'origine géographique différente ne soient pas, du point de vue de la demande, substituables aux produits locaux. L'élasticité croisée de la demande entre

deux produits peut de plus être différente d'une zone géographique à l'autre en raison d'habitudes locales. Ainsi, du fait de l'utilisation privilégiée de la brique dans les constructions résidentielles en Alsace, ce matériau n'a pas été considéré comme substituable au parpaing de béton dans cette région, alors que c'est peut-être le cas dans d'autres régions de France (avis [99-A-09](#)). Egalement, le Conseil a estimé qu'il existait un marché de la vanille de la Réunion pour les touristes qui, visitant l'île de la Réunion, considèrent l'origine locale du produit comme un critère déterminant lors de l'achat de vanille dès lors qu'ils achètent de la vanille uniquement parce qu'il s'agit d'un produit local.

Les marchés ainsi définis sont parfois de dimension géographique très restreinte (quelques dizaines de kilomètres de rayon pour le béton prêt à l'emploi ou les enrobés bitumineux ; 30 minutes de transport pour les zones de chalandises des hypermarchés ; la ville de Paris pour l'exploitation des films en salles de cinéma). Pour les marchés moins physiquement contraints, le Conseil constate les effets de l'harmonisation européenne, de la concentration des entreprises et de la globalisation des échanges et est amené de plus en plus à définir des marchés européens voire mondiaux.

## **Chapitre III - Les méthodes : une approche essentiellement qualitative**

Les diverses méthodes quantitatives de délimitation des marchés sont encore peu utilisées devant le Conseil mais leur développement pourrait consolider l'analyse, notamment dans les cas où de multiples indices, dont certains contradictoires, peuvent influencer sur le comportement des demandeurs. Le manque de données suffisamment précises disponibles pour fonder l'analyse constitue cependant un sérieux handicap à une utilisation plus systématique de ces méthodes. Bien souvent, compte tenu de la spécificité des marchés concernés, seules les entreprises parties à l'affaire sont en mesure de fournir des données utilisables. La fiabilité des études quantitatives dépend également du choix des méthodes utilisées.

Dans sa décision [99-D-45](#), le Conseil, répondant à la société mise en cause qui soutenait que les tests d'élasticité croisée sont la seule méthode pertinente pour délimiter un marché, a considéré qu'un test de l'élasticité croisée fait partie du faisceau des indices qui doivent être pris en considération pour délimiter les marchés, mais que ce test ne saurait être à lui seul décisif, dès lors que figurent au dossier des éléments d'appréciation qualitatifs qui doivent également être pris en compte (décision [99-D-45](#) -Mattel).

### **1. Les éléments quantitatifs ne sont pas absents de l'analyse du Conseil**

#### **1.1. LES ENQUÊTES AUPRÈS DES CONSOMMATEURS**

Le Conseil, notamment dans le cadre du contrôle des concentrations, s'appuie fréquemment sur des enquêtes réalisées auprès des consommateurs, des concurrents et des fournisseurs des entreprises en cause. Ces enquêtes sont cependant plus souvent utilisées pour les éléments d'ordre qualitatif qu'elles fournissent et les réponses sont rarement l'objet d'analyses quantitatives, avant tout parce que les réponses reçues sont généralement en nombre trop limité pour pouvoir faire l'objet d'une exploitation. De plus, comme pour toutes les enquêtes, certains facteurs de distorsion influent sur la fiabilité des résultats (la subjectivité des questions, des réponses, leur précision, le choix de l'échantillon...).

## 1.2. L'ÉVOLUTION COMPARÉE DES PRIX

La comparaison de l'évolution dans le temps des prix de différents biens est utilisée pour estimer leur substituabilité mais pose des problèmes de méthodologie. Par exemple, le calcul d'un coefficient de corrélation entre les prix de deux biens, même s'il montre que les prix évoluent de façon parallèle, ne permet pas de conclure que ces biens appartiennent au même marché ("*The Extent of the Market*", Stigler, George J ; Sherwin, Robert A, *Journal of Law and Economics*, vol. 28, n° 3, October 1985, pp. 555-85). En effet, ce parallélisme peut n'être que le résultat de la dépendance des biens vis-à-vis d'un produit tiers, par exemple deux produits non substituables fabriqués à base de dérivés de l'industrie pétrolière. *A contrario*, si deux biens appartiennent en réalité au même marché mais qu'il existe un délai d'ajustement entre leur prix, alors le coefficient de corrélation sera faible. Même si l'on admet que les prix de deux biens substitués peuvent diverger sur le court terme mais doivent évoluer en parallèle sur le long terme, les tests de cointégration qui permettent de le vérifier, sont exposés au même problème de l'influence d'un produit tiers que les tests basés sur le calcul d'un coefficient de corrélation.

Au bout du compte, un emploi "naïf" de la méthode est certainement à proscrire. C'est ainsi que, pour la délimitation du marché concerné par la fusion Gillette/Parker, le Conseil avait noté : "*L'évolution convergente des indices des prix de la petite maroquinerie et des instruments à écrire n'est pas une condition suffisante pour qu'il y ait substituabilité entre ces produits : au contraire c'est principalement en considération de la fonction d'écriture que sont appréciées, par les acheteurs comme par les usagers, la spécificité et la substituabilité des divers instruments à écrire proposés par les fabricants*" (décision 92-A-11).

Néanmoins, si elles sont bien menées et confortées par d'autres éléments, de telles études constituent un élément d'analyse intéressant, comme par exemple dans l'examen de l'acquisition d'Orangina par Coca Cola dans laquelle le Conseil s'est appuyé sur "*une étude de M. C. Montet, professeur à l'université Montpellier-I, qui établit, en utilisant des séries de variation de prix désaisonnalisées, que la corrélation entre les BGSA au goût d'orange et les boissons plates aux fruits est très faible, ce qui incite à considérer qu'elles appartiennent à des marchés distincts*" (décision [98-A-09](#)). Dans la même affaire, il a écarté une étude réalisée par le Princeton Economic Group, considérant que la méthodologie suivie appelait de sérieuses réserves "*qu'en premier lieu sont comparées des séries de prix plutôt que des séries de variations de prix ; qu'en second lieu ces séries de prix n'ont pas été désaisonnalisées de telle sorte que les effets dus aux variations de demande et de prix entre les saisons, susceptibles d'affecter toutes les boissons, augmentent artificiellement la corrélation des prix des différentes boissons considérées ; que ces faiblesses méthodologiques sont soulignées notamment par le fait que la valeur du coefficient de référence, c'est-à-dire le coefficient de corrélation entre les prix de la boisson "Coca-Cola" et ceux de la boisson "Pepsi-Cola" dépendent de la longueur de la série de prix considérée*".

## 1.3. LA MESURE DES ÉLASTICITÉS CROISÉES

Les estimations d'élasticités croisées renseignent plus directement sur la substituabilité de différents biens ou services mais sont plus rarement utilisées par le Conseil. Une mesure fiable de la variation de la demande d'un bien suite à une variation relative des prix d'un autre bien nécessite, en effet, l'estimation de fonctions de demande sur la base de séries observées de prix et de quantités sur une période suffisamment longue. Ce type de données est difficile à recueillir à un niveau de détail aussi fin que celui qui est nécessaire en analyse concurrentielle. Par ailleurs, de nombreux écueils doivent être évités dans les tests

d'élasticités croisées. Par exemple, la mesure de l'élasticité croisée n'est pas symétrique. Ainsi, on peut obtenir une élasticité croisée de la demande de A par rapport au prix de B forte et une élasticité de la demande de B par rapport au prix de A faible. Dans ces conditions, si les autorités s'attachent à évaluer le potentiel de hausse (profitable) du prix du bien A, alors le marché pertinent sera défini comme étant composé uniquement de ce bien, alors que si les autorités considèrent le potentiel de hausse du prix du bien B, elles définiront le marché pertinent comme étant composé des biens A et B. De plus, l'élasticité-prix croisée est rarement constante et dépend du niveau de prix des biens considérés. Généralement, elle augmente de façon relativement linéaire par rapport au prix, mais peut aussi augmenter brutalement à partir d'un certain seuil. Elle peut également ne pas être constante dans le temps.

Ce type de mesure nécessite donc une grande rigueur comme le Conseil l'a rappelé à plusieurs reprises : "*Considérant que cette étude présente des inexactitudes méthodologiques en ce qu'elle mesure les élasticités croisées entre les montants des investissements et les prix unitaires des espaces publicitaires, alors qu'il convenait d'étudier des élasticités croisées entre les volumes d'espaces publicitaires et leurs prix unitaires, en s'assurant au préalable que les évolutions contestées ne pourraient s'expliquer par aucun autre facteur*" (décision [99-D-85](#)).

Les estimations d'élasticité croisée sont cependant parfois jugées probantes par le Conseil : "*L'étude économique présentée par Gillette indique que les données disponibles pour l'horlogerie-bijouterie ne permettent pas de confirmer l'hypothèse de substituabilité entre les produits de ce secteur et les instruments à écrire*" (décision 92-A-11) ; "*par ailleurs, la constance depuis 1980 de sa (le cidre) consommation en volume sur le plan national révèle l'existence d'une demande peu sensible aux baisses relatives enregistrées sur les prix de certaines boissons non alcoolisées comme les jus de fruits et de légumes*" (décision 92-A-08).

## **2. Les autorités de concurrence s'interrogent sur la systématisation de l'utilisation du test SSNIP (Small but significant non transitory increase in price)**

La définition des "*Mergers Guidelines*" américaines, citée en introduction, débouche de façon directe sur un test d'élasticités croisées puisque le marché y est défini comme le produit ou le groupe de produits tels que, si un seul vendeur existait de façon hypothétique, il pourrait procéder à une augmentation significative et durable de prix tout en voyant son profit augmenter. Pour définir, sur cette base, le marché pertinent, il faut en principe procéder par essais et erreurs, à partir d'un périmètre initial le plus petit possible : si le périmètre initialement retenu est trop restreint, un nombre suffisant de consommateurs se tournera vers des produits extérieurs au périmètre mais considérés comme substituables. La diminution de la demande qui en résultera empêchera le vendeur hypothétique du bien de profiter de l'augmentation de prix. Il faut alors recommencer en recherchant un périmètre de produits (ou un périmètre géographique) plus vaste, jusqu'à ce que le test soit satisfait.

Les seules questions théoriques en suspens sont alors l'ampleur de la hausse significative et la durée nécessaire et suffisante pour qu'elle soit considérée comme non transitoire. Les "*Mergers Guidelines*" initialement publiées en 1984 avaient proposé 5 % et 1 an et ces valeurs ont depuis été plus ou moins retenues, une fourchette de 5 à 10 % étant généralement considérée comme pertinente. Un marché pertinent peut donc être délimité comme l'ensemble minimal de biens ou services pour lesquels une hausse de prix de 5 % à 10 % pendant un an

maximiserait le profit du ou des offreurs. L'étendue du marché dépend donc essentiellement de l'élasticité croisée de substitution des biens ou services. À l'intérieur d'un marché, l'élasticité croisée est forte, les biens ou services sont fortement substituables. Entre les biens ou services à l'intérieur du marché et ceux qui sont à l'extérieur, cette élasticité est plus faible.

Depuis quelques années, la Commission européenne cherche à utiliser de façon systématique ce type de test.

Cette approche quantitative présente l'avantage de mesurer de façon plus directe le pouvoir de marché de l'entreprise concernée. Elle permet également d'apporter une réponse objective à certains problèmes difficilement solubles avec une approche plus qualitative. Par exemple, ce n'est pas parce qu'il existe une partie de la demande pour laquelle deux biens ne sont absolument pas substituables qu'ils n'appartiennent pas au même marché. En effet, si pour le reste de la demande, l'élasticité croisée de substitution entre ces deux biens est suffisamment élevée, alors un monopole offrant l'un des produits ne maximisera pas son profit en augmentant ses prix de 5 à 10 %.

Le test SSNIP apparaît cependant inapplicable aux situations dans lesquelles la rencontre de l'offre et de la demande ne se traduit pas par un prix (biens gratuits) ou lorsque les prix sont réglementés.

Surtout, la mise en œuvre de ce test pose de façon particulièrement forte le problème de la disponibilité des données, puisqu'elle nécessite d'estimer non seulement des fonctions de demande, mais aussi des fonctions d'offre et de coût des entreprises concernées.

Enfin, l'utilisation de ce test présente une difficulté particulière, connue sous le nom de "*cellophane fallacy*", puisqu'elle a été perçue pour la première fois lors au sujet de la délimitation du marché pertinent faite lors de l'affaire qui a opposé Du Pont de Nemours au Département de la justice américain. En effet, dès lors qu'une entreprise possède un pouvoir de marché, elle a intérêt à fixer un prix très élevé, au-delà du prix concurrentiel, juste au niveau au-delà duquel d'autres produits qui ne sont pas de réels substituts le deviennent aux yeux des consommateurs. Lorsque l'on teste les effets d'une augmentation des prix de 5 à 10 %, on constate alors une fuite de la demande significative. Ainsi, une élasticité croisée importante, qui signale l'existence de substituts au prix qui prévaut sur le marché au moment de l'enquête, peut n'être que le résultat de l'exercice d'un pouvoir de marché. En d'autres termes, appliquer le test SSNIP à partir d'un prix déjà supraconcurrentiel aboutit à élargir artificiellement le marché et à sous estimer le pouvoir de marché réel de l'entreprise. Afin de résoudre cette difficulté, les autorités américaines déterminent l'impact d'une hausse de prix, à partir du prix réellement pratiqué ou d'un prix plus en rapport avec un prix concurrentiel, lorsqu'elles ont des raisons de penser que le prix reflète déjà l'exercice d'un pouvoir de marché, par exemple lorsqu'il existe une forte présomption de stratégie coordonnée de la part des entreprises en place.

Au total, si ce type de test peut constituer un guide d'analyse utile et permettre une certaine modélisation du fonctionnement du marché, il ne saurait être utilisé comme une procédure automatique et aveugle de définition des marchés.

\*

La délimitation du marché est souvent le point le plus discuté entre le Conseil de la concurrence et les entreprises concernées. La jurisprudence du Conseil est aujourd'hui suffisamment abondante pour constituer un guide d'analyse relativement complet et détaillé. Le recours de plus en plus fréquent à des études quantitatives devrait, par ailleurs, permettre de faire avancer l'analyse des marchés pertinents.

# **Titre II - L'internationalisation de l'activité du Conseil de la concurrence**

## **Introduction**

Comme chaque année, le Conseil de la concurrence a développé d'intenses activités dans le domaine international, qui sont résumées dans le titre I du rapport d'activité (première partie).

Le sujet de la présente étude est différent : il s'agit d'examiner l'impact passé et présent de la dimension internationale sur l'activité du Conseil de la concurrence et, plus généralement, sur la régulation concurrentielle des marchés. De cet examen, l'on retiendra quelques pistes pour l'avenir.

Il est généralement admis que les économies modernes s'internationalisent, voire se globalisent. Cette affirmation repose d'abord sur des considérations commerciales : le commerce international augmente plus vite que la production, ce qui implique qu'une proportion croissante des biens et services consommés dans chaque pays provient de l'étranger ; sont également invoquées des considérations capitalistiques : les grandes sociétés se développent à l'extérieur de leur pays d'origine, soit par investissement direct soit par acquisition d'entreprises étrangères. Enfin, du moins en Europe, les normes applicables à la vie économique sont, de plus en plus, d'origine supranationale. Ces tendances, qui ne semblent guère contestables, ont-elles des effets tangibles sur le fonctionnement de la concurrence en France et sur l'aptitude des autorités compétentes à la réguler ? Si oui, y a-t-il des mesures d'adaptation en cours ou envisageables ? Telles sont les questions qui seront ici rapidement explorées.

## **Chapitre I - Le Conseil de la concurrence face à l'internationalisation de l'économie : les enjeux**

L'internationalisation de l'économie se traduit, pour le Conseil de la concurrence, par une série de préoccupations très concrètes mais dont les incidences pratiques restent, pour le moment, relativement marginales. Une étude rapide de la jurisprudence (qui se limitera aux décisions contentieuses, d'une part, aux affaires de concentration, d'autre part) montre que la présence de la dimension internationale est sensible et prend des formes très variées.

### **1. L'approche traditionnelle : la doctrine des effets**

L'existence de dossiers comportant une dimension internationale pose aux autorités de concurrence, et notamment au Conseil, des problèmes très variés. Le phénomène n'est pas nouveau et a conduit depuis longtemps les autorités à élaborer et à mettre en œuvre une technique simple et robuste tirée de la doctrine des effets. En application de cette doctrine, l'autorité de concurrence de chaque pays est compétente pour connaître de pratiques dès lors que et dans la seule mesure où ces dernières affectent son territoire national.

Il en résulte, en premier lieu, que la compétence de l'autorité peut s'exercer même si le siège des entreprises en cause et/ou le lieu de commission des faits se trouvent à l'extérieur du territoire national (ou communautaire, s'il s'agit de l'autorité communautaire).

En deuxième lieu, et à l'inverse, les effets extraterritoriaux de pratiques ayant eu lieu sur le territoire national ou mettant en cause des entreprises nationales ne peuvent pas être appréhendés.

En troisième lieu, lorsqu'elle est compétente, une autorité ne s'intéresse en principe qu'à l'aspect de la pratique ou à la conséquence de la concentration, pertinente pour son propre territoire national. Il en résulte que plusieurs autorités peuvent traiter la même opération, mais chacune dans la seule limite de ses effets locaux. La seule exception classique se trouve dans la section 1 du *Sherman Act* américain qui déclare illégaux les accords affectant les échanges entre les États-Unis et d'autres pays.

## **2. Internationalisation et droit des concentrations**

Dans le domaine des concentrations, la conséquence la plus frappante de l'internationalisation est la multi-notification qui résulte à la fois de l'activité multinationale des entreprises et du fait que des pays de plus en plus nombreux se dotent d'un droit de la concurrence : les entreprises qui vendent dans plusieurs pays et qui sont parties à une concentration doivent ainsi notifier leur projet à toutes les autorités dont le territoire se trouve affecté, du moins lorsqu'il existe un droit local des concentrations prévoyant une telle notification.

Cette situation a, d'abord, des conséquences pratiques pour les entreprises puisqu'il en résulte un coût administratif d'autant plus important que les procédures et les exigences varient d'un pays à l'autre. Surtout, et cette conséquence est ressentie non seulement par les entreprises mais aussi par les autorités dont la réputation se trouve de la sorte soumise à comparaison, comme l'a montré de façon spectaculaire le cas GE Honeywell, les risques de divergences entre autorités sont importants. Certes, de telles divergences sont le plus souvent explicables par les différences de structures entre les marchés nationaux, inégalement affectés par une même concentration. C'est ainsi, par exemple, que la concentration entre The Coca-Cola Company et la société Cadbury Schweppes PTY Ltd a été, de façon presque simultanée, autorisée par les autorités américaines et interdites par les autorités australiennes. Cette dernière solution est facile à expliquer : en Australie, le groupe issu de l'opération aurait détenu 66 % du marché des boissons carbonatées, le second opérateur de ce marché, Pepsi-Cola, n'en détenant que 7 %. La situation était évidemment très différente aux États-Unis. Dans de telles situations, la multi-notification est salutaire : elle garantit que les particularités locales sont prises en compte.

En revanche, des différences d'analyse, traduisant soit des divergences de fond soit une expertise inégale, peuvent aussi se manifester, comme dans le cas GE Honeywell. Elles sont évidemment plus difficiles à expliquer aux entreprises et à l'opinion.

De plus, l'analyse de fond des projets de concentration n'est pas facilitée par l'internationalisation : les marchés de taille supérieure à l'espace de compétence d'une autorité sont plus difficiles à explorer, les instruments statistiques unifiés manquant souvent et les opérateurs étrangers se prêtant plus difficilement au jeu des questions et réponses grâce auquel les autorités essaient de se faire une idée des problèmes existant sur le marché.

### **3. Internationalisation et répression des pratiques anticoncurrentielles**

En matière contentieuse, la théorie des effets résout certes de nombreux problèmes mais de graves difficultés n'en subsistent pas moins.

Le simple fait qu'une entreprise mise en cause devant le Conseil de la concurrence ait son siège à l'étranger pose des problèmes de procédure dont presque aucun n'est actuellement clairement résolu par la jurisprudence : langue de la procédure, modalités de transmission des notifications de griefs et rapports, délais particuliers etc. Si les pratiques ont eu lieu à l'étranger ou si les éléments de preuves y sont rassemblés, les difficultés sont encore plus sérieuses : les conventions d'entraide judiciaire ne couvrent généralement pas la matière des sanctions administratives. Lorsqu'en outre, comme c'est le cas entre l'Europe et les États-Unis, un pays a recours à une procédure administrative et l'autre à une procédure pénale, la règle de la double incrimination, fréquente dans les conventions d'entraide judiciaire, pose problème. Par ailleurs, les accords administratifs directs entre autorités sont rares et plus rares encore ceux ayant produit des effets mesurables en matière contentieuse. L'exécution des sanctions, enfin, est plus difficile si l'entreprise n'a pas d'établissement en France.

Plus complexes encore sont les cas de pratiques anticoncurrentielles qui produisent simultanément des effets dans plusieurs pays. En effet, en premier lieu, les éléments de preuve peuvent se trouver inclus dans la première procédure enclenchée ou dans celle qui s'est développée le plus rapidement, vraisemblablement celle du lieu de commission des pratiques. Ils deviennent alors difficilement accessibles aux autres autorités. En second lieu, la multiplication des "*programmes de clémence*", qui prévoient que les sanctions seront supprimées ou allégées pour les entreprises qui seront les premières à collaborer avec les autorités, pose des problèmes de coordination redoutables entre ces programmes, s'ils sont mis en œuvre dans plusieurs pays.

### **4. Les effets du contexte commercial**

Ainsi, le développement simultané de la globalisation et de la "*prolifération*" des autorités de concurrence nationales débouche sur des difficultés théoriques très préoccupantes qui, d'une part, affectent directement les entreprises, lesquelles doivent faire face à des procédures multiples et pas toujours bien harmonisées et, d'autre part, gênent l'activité régulatrice des autorités chargées de veiller au bon fonctionnement concurrentiel des marchés.

Or, dans le même temps, un certain nombre de grandes tendances viennent donner à ces problèmes une acuité accrue. Première tendance : la priorité accordée par les autorités de la concurrence aux "*grandes affaires*". Le droit de la concurrence contemporain se préoccupe en effet surtout des cartels cachés et des grandes concentrations ; dans le premier cas, les questions de détection et de preuve sont centrales ; dans le second cas, la vitesse de traitement et la plus grande cohérence possible des différentes autorités sont nécessaires pour éviter que le contrôle administratif n'entraîne plus d'inconvénients que d'avantages. Autre tendance : le développement du commerce international est un trait dominant de l'économie contemporaine. Or, comme l'ont montré notamment les travaux réalisés par le groupe de travail ad hoc de l'Organisation mondiale du commerce, une mauvaise régulation de la concurrence peut gêner ou rendre dangereux le développement du commerce. Par exemple, des pays, notamment en voie de développement, qui libéralisent leurs échanges internationaux vont voir leurs producteurs nationaux de certaines denrées affaiblis par le désarmement

douanier mais leurs consommateurs risquent de ne pas bénéficier de prix plus bas si les grands producteurs mondiaux s'entendent pour se répartir entre eux les marchés du Sud, chaque pays se retrouvant ainsi livré à un monopole étranger.

Au sein de l'Union européenne, les mêmes problèmes existent mais ils sont traités dans un cadre spécifique et théoriquement mieux adapté.

La mise en place du marché unique et la multiplication des fusions transfrontières doivent, en principe, engendrer un nombre de cas accru d'affaires de concurrence dépassant, d'une manière ou d'une autre, les frontières individuelles de chaque État membre. Mais l'existence d'une autorité communautaire de la concurrence, la Commission, appliquant un même droit sur le territoire de l'Union, transforme beaucoup d'affaires en cas internes, la dimension internationale ne se manifestant plus que par le fait que les autorités des États membres expriment leur point de vue au sein d'un comité de coordination.

Il faut cependant souligner que lorsqu'une autorité de concurrence, comme le Conseil français, entend appliquer son droit national de la concurrence, elle ne trouve pas, au sein de l'Europe, de facilité particulière pour résoudre les problèmes nés du caractère international de l'affaire en cause. Entre ces deux situations extrêmes, l'on trouve, il est vrai, des cas intermédiaires qui sont ceux pour lesquels le droit communautaire de la concurrence est applicable à la fois par la Commission et par chacune des autorités nationales concernées. Actuellement, ces cas sont régis par une règle simple, celle de la priorité reconnue à la Commission de traiter le cas si elle le souhaite ; au-delà, peu de moyens de coopération entre autorités sont prévus.

En Europe, le fait que les activités économiques se déroulent de plus en plus dans un cadre qui dépasse les frontières nationales a d'autres conséquences. D'une part, l'on observe un engorgement de la Commission qui a conduit celle-ci à proposer aux États membres qu'il soit mis fin au système de notification obligatoire des accords potentiellement anticoncurrentiels ainsi qu'au monopole qui était reconnu à la Commission pour exempter les pratiques sur la base de l'article 81-3 du traité. À l'inverse, comme la compétence de la Commission en matière de concentration dépend du dépassement de seuils de chiffres d'affaires, la Commission se préoccupe de voir un nombre croissant de "*petites*" concentrations acquérir une dimension multinationale sans pour autant dépasser ces seuils de compétence communautaire. Il en résulte des notifications multiples et des examens non coordonnés par les autorités de concurrence des États membres.

## **Chapitre II - Les effets concrets de l'internationalisation**

Si les considérations précédentes font l'objet de multiples débats, il n'est pas toujours facile de distinguer les préoccupations purement doctrinales de celles qui traduisent des problèmes effectivement rencontrés, au quotidien, par les autorités de concurrence. Il semble, en pratique, que les illustrations de l'internationalisation, qui prennent parfois des formes spectaculaires, demeurent relativement marginales.

### **1. Des illustrations spectaculaires qui ne concernent que marginalement le Conseil de la concurrence**

Il faut d'abord relever que, depuis quelques années, un certain nombre de projets de concentration spectaculaires, mettant en jeu de très grandes entreprises, ont été traités en parallèle par plusieurs autorités : il ne s'agit, certes, que d'une faible proportion des opérations, mais leur importance propre et l'influence qu'elles peuvent avoir sur le reste de l'économie peuvent difficilement être niés : Boeing-Mac Donnell Douglas, Coca-Cola Cadbury Schweppes, Daimler-Chrysler, General Electric Honeywell etc. Dans plusieurs de ces cas, des divergences entre autorités sont apparues, parfois résolues en cours de procédure mais parfois maintenues au point de déboucher sur les solutions opposées. De même, en peu d'années, plusieurs cas de cartels ont été découverts qui visaient à fixer les prix dans un très grand nombre de pays : cartel du gros équipement électrique, des vitamines animales, de la lysine, des électrodes de carbone etc. Plusieurs autorités les ont examinés, et l'on peut penser que les pays qui ne les ont pas poursuivis n'étaient pas tous à l'abri de leurs effets. Cette fois encore, ces affaires sont très peu nombreuses, mais le volume des marchés en cause, l'étendue des territoires affectés, la durée des pratiques et la notoriété des entreprises concernées les rendent exemplaires.

Le Conseil de la concurrence, en tant qu'autorité nationale d'un État membre de l'Union européenne, a cependant rarement été concerné par de telles affaires : d'une part, s'agissant des concentrations, les règles européennes de compétence font que les "*méga-fusions*" relèvent généralement de la compétence de la Commission. S'agissant des "*méga-cartels*", le Conseil a pu être saisi de certains d'entre eux mais c'était également le cas de la Commission qui, en vertu de la priorité dont elle bénéficie, s'est réservée le traitement de ces affaires.

Il n'est donc pas sans intérêt, pour le Conseil, de se demander si l'internationalisation de l'économie exerce sur son activité une influence réelle.

### **2. La mesure de l'internationalisation de l'activité du Conseil de la concurrence**

Cette étude débouche sur une conclusion contrastée : le Conseil a effectivement rencontré, dans des affaires dont plusieurs étaient très significatives, les difficultés évoquées plus haut. Cependant, la proportion des cas que l'on peut, d'une manière ou d'une autre, qualifier d'internationaux est faible et stable.

## 2.1. LE CONSEIL EST RÉGULIÈREMENT CONFRONTÉ À DES DOSSIERS DONT LE TRAITEMENT EST RENDU PLUS DIFFICILE DU FAIT DE LA DIMENSION INTERNATIONALE DE L'AFFAIRE

Dans le domaine des concentrations, il est fréquent que, malgré l'existence de seuils de compétence communautaires qui font échapper aux autorités françaises les opérations de grande dimension, les parties aux opérations soumises au Conseil ne soient pas françaises. Dans certains cas, une entreprise française est absorbée par une entreprise étrangère : par exemple, l'avis [01-A-02](#) du 13 février 2001 était relatif à l'acquisition du groupe Poma, fabricant français de remontées mécaniques, par la société italienne Leitner ; l'avis [98-A-09](#) et l'avis [99-A-14](#) étaient relatifs à l'acquisition par la société The Coca-Cola company des actifs du groupe Pernod Ricard relatifs aux boissons de marque Orangina. Le Conseil examine également des cas où une société française acquiert une société étrangère : est alors souvent avancé l'avantage pour l'économie française que constituerait l'expansion internationale de cette entreprise française, avantage censé compenser d'éventuels effets restrictifs de concurrence de l'opération ; sans écarter totalement cet argument, le Conseil examine cependant essentiellement les effets sur le marché français (voir avis 90-A-10, par exemple).

Plus frappantes sont, sans doute, les opérations de concentrations qui interviennent entre entreprises étrangères ; le Conseil de la concurrence ne se reconnaît compétent qu'en vertu de la théorie des effets : il faut que l'opération affecte, d'une façon ou d'une autre, le marché national. Deux opérations récentes relèvent de cette catégorie : l'acquisition par Boeing de la société Jeppesen, spécialisée dans les cartes et données aéronautiques (avis [01-A-10](#)) et l'achat par BASF de l'activité "Vitamines" du japonais Takeda (avis [01-A-03](#)). Ces situations ne sont toutefois pas limitées à la période récente : dès 1989, l'avis 89-A-02 concernait la prise de contrôle majoritaire d'une société britannique par une société suisse.

Dans plusieurs de ces affaires, le projet avait été notifié à d'autres autorités, dont certaines avaient, d'ailleurs, déjà conclu lorsque le Conseil s'est prononcé. Dans d'autres cas, au contraire, le Conseil a pu avoir l'impression d'être la seule autorité à se préoccuper d'une fusion : dans l'affaire Leitner Poma, il semble que seule l'autorité française ait étudié les incidences d'une opération pourtant d'assez grande portée puisqu'elle faisait passer de 4 à 3 le nombre de fabricants mondiaux de grandes remontées mécaniques. Un autre cas de figure mérite d'être signalé : celui de stratégies qui conduisent une grande entreprise étrangère à acquérir un concurrent local dans chaque pays ; chaque opération est purement nationale mais il peut arriver que, successivement, plusieurs autorités traitent des étapes successives de la mise en œuvre de la stratégie. Dès lors, la comparaison de leurs analyses est relativement aisée, et les divergences peuvent être gênantes pour la crédibilité du droit de la concurrence. De plus, les fabricants actifs dans les pays voisins sont souvent considérés comme des concurrents potentiels susceptibles de venir animer un jour la concurrence ; s'ils sont rachetés plus tard par la grande entreprise étrangère devenue dominante, cet espoir ne se manifesterait pas mais l'autorité étrangère qui examinerait seule la nouvelle opération ne prendrait pas en compte la disparition de la concurrence potentielle dans l'État voisin. Toutes ces questions se sont posées dans la concentration Sara-Lee/Benckiser ([01-A-02](#)), intervenue dans le secteur du cirage. Auparavant, SaraLee avait également acheté un "*champion national*" du cirage au Royaume-Uni et en Italie. Dans les trois cas, c'est la question de la force des marques qui était au centre de la réflexion, compte tenu du caractère banal du produit lui-même. Les autorités italiennes et britanniques avaient développé des points de vue opposés, le Conseil de la concurrence ayant exprimé un point de vue proche de celui de l'autorité italienne. Il est difficile de savoir si cette diversité de points de vue provient de divergences théoriques ou de la variété des situations locales.

Une autre manifestation de l'internationalisation de l'économie est la délimitation, par les autorités de concurrence, de marchés pertinents géographiques dépassant la dimension nationale.

Cette situation se rencontre fréquemment dans la jurisprudence de la Commission et des juridictions communautaires. Pour ne citer que quelques cas récents, la Commission a considéré que les marchés suivants étaient de dimension mondiale, ce qui signifie que l'offre de l'ensemble des producteurs du monde est accessible à l'ensemble des consommateurs, sans restriction géographique : couverture de protection et d'indemnisation maritime (Commission, 12 avril 1999), avions à réaction de grande capacité (Commission, 30 juillet 1997), platinoïdes (Commission, 23 avril 1997), carbures silicium de qualité métallurgique (Commission, 4 décembre 1996), peaux d'animaux (TPICE, 2 juillet 1992). Sans être mondiaux, de nombreux marchés sont plus larges que la dimension nationale, soit parce qu'ils sont de dimension européenne, c'est-à-dire, le plus souvent, d'une dimension correspondant à l'espace économique européen, soit parce qu'ils sont transfrontaliers, comme certains marchés de transmission de données (Commission, 17 juillet 1996) soit encore parce que la production du service concerne une zone géographique rendue particulière par des contraintes techniques, comme les marchés dont la dimension est déterminée par les zones de couverture des satellites (Commission, 15 décembre 1994).

Le Conseil de la concurrence rencontre également des marchés plus grands que l'espace national : mondial (marchés concernés par la concentration Boeing Jeppesen, avis [01-A-10](#), décision [99-D-63](#)), européen (marchés concernés par la concentration Poma Leitner, avis [01-A-02](#) ou marchés des dents artificielles, des produits pour prothèse dentaire ou des appareils servant à fabriquer des prothèses, dans la décision [00-D-15](#)) ou transfrontalier (marché du transport aérien entre la France et l'Allemagne, décision [00-D-30](#)).

La jurisprudence du Conseil de la concurrence met en évidence d'autres situations qui traduisent l'importance de la dimension internationale.

Dans certains cas, les victimes ou les auteurs de pratiques qui se sont déroulées sur le territoire français et qui y produisent des effets sont des entreprises qui n'ont en France ni siège social ni même installation ou personnel : voir, par exemple, les décisions 89-D-29, 92-D-68, [00-D-30](#), [00-D-35](#), [00-D-83](#), [01-D-34](#), pour ne citer que quelques exemples. (Il n'est évidemment pas question, ici, des affaires qui mettent en cause, d'une façon ou d'une autre, des filiales françaises d'entreprises étrangères, ces affaires ne posant pas de problème spécifique). Dans d'autres cas, des pratiques sont le fait d'entreprises françaises, se déroulent en France mais leurs effets ne se font ressentir qu'à l'étranger, par exemple parce qu'elles affectent des exportateurs (décisions [97-D-37](#), [97-D-68](#), [99-D-52](#), [00-MC-14](#)). À l'inverse, le Conseil a rencontré des pratiques qui s'étaient déroulées à l'étranger mais qui affectaient l'économie française ; le cas le plus fréquent, mais qui pose peu de problèmes pratiques, est celui des accords de distribution passés entre un fournisseur étranger et ses distributeurs français. La pratique est connue, clairement identifiable et le lieu de signature de l'accord n'a que peu d'influence sur le litige. Des cas plus délicats ont cependant été rencontrés comme des prix prétendument trop bas pratiqués par une entreprise étrangère (décision [97-PB-01](#)) ou une répartition entre entreprises de différents marchés nationaux (décision [99-D-18](#)).

## 2.2. QUANTITATIVEMENT, LE CONSEIL DE LA CONCURRENCE DEMEURE CEPENDANT UNE INSTITUTION QUI TRAITE ESSENTIELLEMENT DES AFFAIRES DE DIMENSION PUREMENT FRANÇAISE

Si ces exemples établissent que le Conseil de la concurrence doit faire face à des cas "*internationaux*", la recherche d'indicateurs quantitatifs montre qu'au quotidien, ces cas sont rares et n'ont pas tendance à se multiplier.

On trouvera, en effet, ci-après, les résultats du calcul d'un "*ratio d'internationalité annuel*", instrument de mesure sommaire du poids relatif des affaires présentant un caractère international marqué. Ont été retenues comme "*internationales*" les affaires traitées par le Conseil (tant au contentieux qu'en matière de concentration) présentant au moins l'une des caractéristiques suivantes : l'une des sociétés concernées au moins a son siège à l'étranger (les filiales françaises de groupes internationaux ont été considérées comme françaises), l'un des marchés pertinents dépassait la dimension nationale ou les seuls effets mesurés se produisaient hors du territoire national.

Ce ratio conserve, une valeur qui est à la fois assez faible (environ 6 %) et relativement stable.

Années	1997	1998	1999	2000	Totaux
Nombre de décisions et avis relevés	9	10	7	7	33
Total de décisions et avis rendus	140	132	131	143	546
Taux d'internationalisation (en %)	6,42	7,57	5,34	4,89	6,04

Cette constatation peut surprendre mais elle est à la fois explicable et d'une portée qu'il ne faut pas exagérer.

En tant qu'autorité nationale, le Conseil est, d'une part, incompetent pour examiner les concentrations les plus importantes, dépassant le seuil communautaire, pour lesquelles l'implication d'entreprises multinationales est plus fréquente. Au contentieux, certes, la compétence du Conseil n'est limitée par aucun seuil, mais lorsque la Commission traite une affaire, le Conseil, même s'il est saisi, en suspend l'examen. Par ailleurs, le ratio ne tient pas compte des affaires affectant des filiales d'entreprises étrangères dont les groupes peuvent être impliqués dans les mêmes ententes à l'étranger. Enfin, une part très importante de l'activité du Conseil est consacrée à la répression des ententes entre soumissionnaires aux appels d'offre publics, affaires qui sont majoritairement "*franco-françaises*", notamment parce que le secteur des bâtiments et des travaux publics, où elles se manifestent avec le plus de fréquence, comporte peu d'opérateurs étrangers.

Par ailleurs, cette situation n'est pas nécessairement durable. D'une part, l'évolution en cours du droit communautaire, avec la fin du monopole de l'exemption par la Commission et la mise en place d'un réseau d'autorités au sein duquel les affaires seront réparties de façon à ce que l'autorité la mieux placée soit chargée de traiter chaque dossier, devrait conduire le Conseil à traiter un plus grand nombre d'affaires affectant le commerce entre États membres de l'Union européenne. D'autre part, la loi NRE a fixé un nouveau plafond au montant des sanctions que le Conseil peut prononcer ; ce plafond est égal à 10 % du chiffre d'affaires mondial du groupe auquel appartient la filiale auteur des pratiques. Cela devrait conduire le Conseil à développer un nouvel aspect de la dimension internationale de ses dossiers en recherchant systématiquement l'ensemble des activités internationales des groupes mis en

cause. Il faut, enfin, souligner que certains aspects internationaux importants ne sont pas pris en compte dans le "*ratio d'internationalité*" : l'examen des concentrations, par exemple, réserve une place importante à l'évaluation de la concurrence potentielle ; c'est notamment à l'étranger que se trouvent des opérateurs non présents sur le marché mais qui, après la concentration et dans le cas où le nouveau groupe viendrait à augmenter ses prix, pourraient pénétrer le marché français. La quasi-totalité des avis rendus depuis deux ans sur des projets de concentration se sont ainsi intéressés aux producteurs extra-frontaliers, même lorsque les marchés pertinents étaient inférieurs ou égaux à l'espace national.

## Chapitre III - La réaction des pouvoirs publics

S'il ne faut donc pas exagérer l'impact quotidien de l'interpénétration des marchés sur les autorités de concurrence, il n'est pas contestable qu'il ne leur est plus possible de mettre en œuvre les différents droits nationaux (ou communautaire dans le cas de l'Europe), indépendamment les uns des autres. Les États ne peuvent pas, sans réagir, laisser se dégrader leur souveraineté dans la régulation des marchés et les autorités de la concurrence, à leur niveau plus opérationnel, doivent s'adapter. D'ores et déjà, un certain nombre de réactions significatives ont eu lieu. Les unes sont unilatérales : législateurs, gouvernements et autorités cherchent à se doter des moyens de sauvegarder l'efficacité des droits de la concurrence nationaux. Les autres relèvent de la coopération internationale. Enfin, le développement d'autorités et d'un droit supranational, constituent l'essence même de l'approche communautaire mise en œuvre en Europe.

### 1. Les adaptations unilatérales

#### 1.1. LA RÉPONSE UNILATÉRALE LA PLUS SIMPLE, DU MOINS EN APPARENCE, CONSISTE, POUR UNE AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE À DÉVELOPPER L'APPLICATION EXTRATERRITORIALE DE SON DROIT

Dans le cadre de la mise en œuvre de la théorie des effets, il est déjà fréquent qu'une autorité interdise une concentration entre deux entreprises étrangères ou poursuive des pratiques qui se sont déroulées hors du territoire national mais qui en ont affecté l'économie. La première approche ne pose pas de problème pratique pour les pays importants : des entreprises ne prendront pas le risque de se voir sanctionnées et de perdre éventuellement l'accès à ce marché ; elles préfèrent renoncer à la concentration, comme le montre l'exemple des méga-fusions américaines qui ont été bloquées par des décisions communautaires. Si le pays est d'une importance économique marginale, il est plus vraisemblable que ses autorités se contenteront d'exiger quelques engagements de portée locale plutôt que d'interdire purement et simplement une concentration. La deuxième approche pose des problèmes pratiques plus difficiles puisqu'il faudra rechercher des indices et surtout des preuves à l'étranger ou encore faire exécuter une sanction à l'étranger. Faute d'une coopération internationale ad hoc, ce qui est possible juridiquement peut donc se révéler très difficile à mettre en œuvre pratiquement.

Mais les autorités peuvent aussi chercher à développer l'application extra-territoriale du droit de la concurrence au-delà de ce que prévoit la doctrine des effets, en se reconnaissant compétentes pour connaître, par exemple, de pratiques s'étant déroulées sur leur territoire mais dont les effets ne se font ressentir que sur le territoire d'un autre pays. Une telle attitude peut répondre à une certaine logique si l'autorité en question dispose à domicile des preuves et de tous les moyens qui lui permettent d'engager efficacement des poursuites. Cette orientation se heurte cependant à une objection d'opportunité : pourquoi une autorité nationale consacrerait-elle des ressources financières et humaines, toujours insuffisantes, pour traiter une affaire qui n'intéresse pas directement son pays ? Une réponse positive ne peut être formulée que dans deux types de circonstances :

- soit le pays où siège l'autorité a un intérêt suffisamment direct à ce que la concurrence règne au sein d'une autre économie ; c'est, par exemple, ce qu'avaient pensé les États-Unis face à des ententes de prix entre entreprises de construction japonaises ayant soumissionné à des appels d'offres pour effectuer des travaux sur des bases militaires américaines ; les autorités américaines avaient menacé le Japon de faire condamner

ces entreprises par les autorités fédérales si les autorités japonaises ne sanctionnaient pas les pratiques sur la base de leur propre droit ;

- soit le pays où siège l'autorité se sent à la fois solidaire du pays affecté par les pratiques et engagé avec lui dans des relations où la réciprocité peut trouver une place.

C'est dans ce dernier cadre qu'il faut placer certaines décisions du Conseil de la concurrence qui s'est reconnu compétent pour appliquer le droit communautaire de la concurrence à des affaires relatives à des pratiques se déroulant en France mais dont les effets ne se faisaient ressentir que dans d'autres États membres de l'Union européenne (décisions [97-D-68](#), [00-MC-14](#)). Dans de tels cas, en effet, le Conseil de la concurrence français s'estime mieux placé pour recueillir des preuves que les autorités des pays où les effets se produisent tout en relevant qu'il applique les mêmes règles de fond que celles qui prévalent dans ce pays puisque cette jurisprudence, au demeurant exceptionnelle, n'est mise en œuvre que si le droit communautaire est applicable. Malgré ces précautions, les difficultés ne manquent pas : l'évaluation du dommage à l'économie est difficile ; la question même de savoir si le Conseil peut prendre en compte le dommage infligé à une économie étrangère est ouverte. Enfin, le Conseil a clairement estimé qu'il ne disposait pas de base juridique pour étendre cette jurisprudence aux cas où les effets se font sentir en dehors de l'Union européenne (décision [99-D-52](#)).

**1.2. UNE AUTRE FORME DE RÉACTION UNILATÉRALE CONSISTE, POUR UNE AUTORITÉ OU POUR UN GOUVERNEMENT, À ENTRER EN CONTACT, AU COUP PAR COUP, AVEC UNE AUTRE AUTORITÉ POUR LUI DEMANDER SON AIDE OU, AU CONTRAIRE, POUR L'INFORMER D'UNE AFFAIRE QUI PEUT L'INTÉRESSER**

Il s'agit surtout de la mise en œuvre de règles de courtoisie. Elles ne peuvent déboucher sur une véritable coopération, susceptible de produire des effets juridiques, que si un cadre précis préside à ces contacts. Des accords bilatéraux peuvent ainsi organiser des échanges d'informations confidentielles. Le plus souvent, les autorités de la concurrence sont en effet tenues à la confidentialité par leur propre droit national. Un accord bilatéral autorisant des échanges d'informations ou prévoyant des formes de coopération positive doit donc être autorisé par le législateur. C'est ce qu'a fait, récemment, le législateur français en introduisant dans le code de commerce, par la loi du 15 mai 2001 dite loi NRE, un article L. 462-9 ainsi rédigé :

*"Le Conseil de la concurrence peut, pour ce qui relève de ses compétences et après information préalable du ministre chargé de l'économie, communiquer les informations ou les documents qu'il détient ou qu'il recueille, à leur demande, à la Commission des Communautés européennes ou aux autorités des autres États exerçant des compétences analogues, à leur demande, sous réserve de réciprocité, et à condition que l'autorité étrangère compétente soit soumise au secret professionnel avec les mêmes garanties qu'en France. Le Conseil de la concurrence peut, dans les mêmes conditions, selon les mêmes procédures et sous les mêmes sanctions que celles prévues pour l'exécution de sa mission, conduire ou demander au ministre chargé de l'économie de conduire des enquêtes, à la demande d'autorités étrangères exerçant des compétences analogues, sous réserve de réciprocité. L'obligation de secret professionnel ne fait pas obstacle à la communication par les autorités de concurrence des informations ou documents qu'elles détiennent ou qu'elles recueillent, à leur demande, à la Commission des Communautés européennes et aux autorités des autres États exerçant des compétences analogues et astreintes aux mêmes obligations de secret professionnel. L'assistance demandée par une autorité étrangère exerçant des compétences analogues pour la conduite d'enquêtes ou la transmission d'informations*

*détenues ou recueillies par le Conseil de la concurrence est refusée par celui-ci lorsque l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels ou à l'ordre public français ou lorsqu'une procédure pénale a déjà été engagée en France sur la base des mêmes faits et contre les mêmes personnes, ou bien lorsque celles-ci ont déjà été sanctionnées par une décision définitive pour les mêmes faits. Les autorités de concurrence, pour ce qui relève de leurs compétences respectives, peuvent utiliser des informations ou des documents qui leur auront été transmis dans les mêmes conditions par la Commission des Communautés européennes ou les autorités des autres États membres exerçant des compétences analogues. Le Conseil peut, pour la mise en œuvre du présent article, conclure des conventions organisant ses relations avec les autorités des autres États exerçant des compétences analogues. Ces conventions sont approuvées par le Conseil dans les conditions prévues à l'article L. 463-7. Elles sont publiées au Journal officiel".*

La coopération bilatérale, même consolidée grâce à de tels accords, rencontre des limites de divers ordres : les affaires qui concernent de nombreux pays ne peuvent pas être traitées par ce biais, qui supposerait un nombre beaucoup trop élevé de contacts bilatéraux ; la confiance, que ces contacts supposent, dépend elle-même de relations continues qui peuvent difficilement, pour des raisons purement mathématiques, être entretenues par chacune des autorités nationales avec chacune de leurs homologues. Enfin, même dans le cas des autorités de la concurrence les plus importantes, les autorités américaines et communautaire par exemple, ces relations bilatérales sont loin de résoudre tous les problèmes. Elles n'ont d'ailleurs, dans ce dernier cas, produit que peu d'effets en dehors des affaires de concentration.

## **2. L'essor de la coopération internationale**

Il ressort des considérations qui précèdent, que les autorités de la concurrence sont, pour le moment, beaucoup moins "internationalisées" que les entreprises ou les marchés. Une certaine harmonisation des procédures de concentration et une meilleure organisation de la répression des ententes et des abus de position dominante répondraient donc à des besoins évidents. Parallèlement, les pays du Sud s'aperçoivent que l'ouverture de leurs marchés nationaux au commerce international s'opère, à la différence de ce qui s'est passé pour les pays du Nord, sans la protection d'un droit de la concurrence efficace. Toutes les conditions sont donc réunies pour que les gouvernements et les autorités de la concurrence accélèrent leurs travaux internationaux.

Ceux-ci existent depuis longtemps, principalement dans le cadre de deux organisations : l'OCDE et la CNUCED, au sein desquelles, d'ailleurs, les représentants du Conseil de la concurrence jouent un rôle important. Ces travaux ont d'abord porté sur la comparaison des droits, des pratiques et des approches doctrinales mais ils ont aussi contribué à une prise de conscience de la nécessité de développer de véritables coopérations opérationnelles, que ces organisations n'avaient pas vocation à mettre elles-mêmes en place.

Aujourd'hui, à côté de ces travaux qui se poursuivent, l'on assiste à deux phénomènes complémentaires : d'une part, l'Organisation Mondiale du Commerce, après l'avoir amorcée, a décidé de poursuivre sa réflexion sur le droit de la concurrence, en vue d'une éventuelle négociation ; les gouvernements n'excluent donc pas que l'ouverture du commerce s'accompagne de l'élaboration d'un cadre, encore très mal défini à ce jour, relatif au droit de la concurrence.

D'autre part, les autorités en charge des dossiers quotidiens de concurrence ont décidé de formaliser davantage leurs relations. En 2001, c'est une initiative des autorités de concurrence qui est intervenue, sous la forme de la création de l'ICN (*International Competition Network*), une structure souple, sans moyens permanents, qui réunit les autorités de concurrence. Les autorités françaises siègent à son comité directeur.

Par ailleurs, diverses activités internationales, encore moins formalisées, se développent : beaucoup d'autorités organisent des journées d'étude auxquelles elles invitent leurs homologues ; des ateliers spécialisés connaissent une activité régulière : depuis trois ans, par exemple, les principales autorités du monde se réunissent une fois par an dans un "*atelier anti-cartel*" dans le but de réfléchir en commun aux meilleures méthodes de détection, de preuve ou de répression dissuasive, dans le cadre de cette priorité universellement admise que constitue la lutte contre ce que l'OCDE appelle les "*cartels injustifiables*".

Ces réactions ne sont évidemment pas, en tant que telles, à la hauteur des enjeux ; mais elles sont destinées à ouvrir la voie, soit à des modalités de coopération future plus formalisées, soit à une certaine harmonisation de règles ou de pratiques. Compte tenu de leur caractère informel, ces initiatives des autorités ne sauraient se substituer à une action multilatérale des gouvernements : elles peuvent en être le complément ou contribuer à les faire naître.

Il ne faut pas négliger, par ailleurs, l'une des retombées de l'activité combinée des organisations officielles et des associations et réunions plus informelles : les responsables et de nombreux experts des autorités apprennent à se connaître. Les autorités nationales étant généralement des structures assez petites, il est utile qu'une communauté mondiale d'une taille significative soit en train de se constituer, au sein de laquelle les idées peuvent naître et être testées.

### **3. Le cas particulier de l'Union européenne**

L'ensemble géographique que constitue l'Union européenne peut être appréhendé de plusieurs façons sous l'angle du droit de la concurrence.

#### **3.1. L'UNION EUROPÉENNE, ENSEMBLE DOTÉ D'UN DROIT DE LA CONCURRENCE COMMUN**

En premier lieu, l'Union européenne constitue un ensemble, doté d'un droit de la concurrence commun, mis en oeuvre par une autorité centrale - la Commission - à l'intérieur duquel l'internationalisation des économies pose peu de problèmes d'application. De ce point de vue, donc, l'Union européenne doit seulement chercher à développer sa coopération avec les autorités de concurrence non européennes. Depuis longtemps, elle le fait avec les autorités américaines dans le domaine des concentrations, dans le cadre d'un accord bilatéral. De même, la Commission participe au nouvel ICN et à la plupart des activités internationales qui ont été évoquées.

#### **3.2. L'UNION EUROPÉENNE, COLLECTION D'AUTORITÉS APPLIQUANT LE MÊME DROIT DE LA CONCURRENCE**

En second lieu, l'Union européenne est aussi un ensemble au sein duquel un droit de la concurrence commun, le droit communautaire, est appliqué par tout un ensemble d'autorités qui ne sont pas contrôlées par une juridiction unique : au côté de la Commission, contrôlée par les juridictions communautaires, l'on trouve les autorités nationales de la concurrence,

contrôlées par les juridictions nationales et qui mettent en œuvre le droit communautaire de fond en appliquant des règles procédurales purement nationales, la nature et le montant des sanctions étant d'ailleurs déterminées au niveau national ; ces autorités, d'une manière générale, appliquent la doctrine des effets. Enfin, les juridictions nationales appliquent, elles aussi, le droit communautaire de la concurrence, au premier chef pour constater la nullité des clauses contractuelles prohibées par ce droit.

Cet édifice complexe est affecté par ce que l'on pourrait appeler "*l'internationalisation interne*" des économies européennes, ce qui conduit à divers projets de réformes.

Ces réformes, actuellement impulsées par la Commission, devraient permettre une adaptation souple aux évolutions constatées : l'application plus déconcentrée du droit communautaire, avec la fin du monopole de l'application de l'article 81-3 par la Commission, devrait s'accompagner d'un effort accru de cohérence avec la création, grâce aux technologies de l'information, d'un véritable réseau des autorités de concurrence de l'Union européenne. Les réflexions lancées sur le droit des concentrations pourraient aboutir à une certaine diminution des notifications parallèles dans plusieurs États membres et, peut-être, à un certain rapprochement entre les règles applicables aux concentrations communautaires et celles qui sont appliquées par les autorités nationales pour les autres concentrations.

Dans ce cadre, le Conseil de la concurrence est notamment attaché à la possibilité de pouvoir participer dans l'avenir aux concertations entre autorités, ce qui lui est actuellement difficile. En effet, alors que les comités consultatifs sont censés réunir les représentants des autorités, le Conseil a le droit d'envoyer un représentant mais pas celui de s'exprimer, droit qui est réservé au seul représentant du Gouvernement. Cette situation, naturelle dans les forums chargés de négocier des textes, serait difficilement compatible avec le régime que la Commission entend mettre en place et qui devrait conduire les autorités à rechercher, dossier par dossier, et de façon très concrète laquelle est la mieux placée. Aussi a-t-il été envisagé, dans le cadre de la future réforme, que ce soit les représentants des autorités eux-mêmes qui s'expriment dans les comités consultatifs.

### **3.3. L'UNION EUROPÉENNE : ESPACE OÙ DES AUTORITÉS NATIONALES APPLIQUENT DES DROITS NATIONAUX DISTINCTS À UNE ÉCONOMIE SANS FRONTIÈRE**

En troisième lieu, lorsque le droit communautaire de la concurrence n'est pas applicable parce que les échanges entre États ne sont pas affectés, l'Union européenne ne présente aucune particularité juridique par rapport à d'autres régions du monde : des autorités nationales indépendantes les unes des autres appliquent des droits nationaux de la concurrence distincts.

Pourtant, du fait de la construction du marché européen unique, l'interpénétration des marchés des États membres est beaucoup plus grande que celle qui peut se rencontrer ailleurs. On aurait donc pu s'attendre à ce que la coopération horizontale entre autorités nationales soit particulièrement intense en Europe. Or la réalité est bien différente. Pour prendre l'exemple de la France, le Conseil de la concurrence ne dispose pas de plus de moyens pour coopérer avec ses homologues allemands ou anglais, par exemple, qu'avec les autorités australiennes ou mexicaines, lorsque le droit national est seul applicable. Certes, le fait pour les autorités des États membres de collaborer pour la mise en œuvre du droit communautaire les amène à se rencontrer et à se connaître de façon privilégiée, mais cela n'est pas suffisant pour que l'on puisse affirmer qu'une coopération intense a été mise en place. On pourrait même dire que, du fait des nombreux problèmes à résoudre au niveau communautaire, les rencontres entre

autorités européennes ne réservent traditionnellement que peu de place à la coopération horizontale. C'est cette constatation qui a conduit ces autorités, en 2000, à décider la création d'une association informelle, baptisée ECA (association des autorités européennes de concurrence) qui rassemble à la fois les autorités nationales et la Commission, sans donner à cette dernière le rôle moteur qu'elle joue légitimement lorsque les questions de droit communautaire sont seules en jeu. Cette association, créée en 2000 à Rome, se réunit semestriellement sous la présidence d'une autorité, soit au niveau des dirigeants, soit au niveau d'experts. Comme pour l'ICN, la seule existence de cette association ne suffit pas à résoudre les problèmes mais, grâce à elle, une force de proposition existe désormais.

Au bout du compte, l'interpénétration des marchés et l'internationalisation des activités des entreprises sont des phénomènes dont les autorités publiques ne mesurent encore qu'imparfaitement les conséquences et face auxquelles leur réaction relève pour l'instant plus de la réflexion en commun que de l'action concrète. Mais le mouvement est maintenant lancé ; son succès est un impératif, faute de quoi les efforts fournis depuis des années pour surveiller le fonctionnement des marchés au niveau national risquent d'être perdus, laissant les consommateurs sans protection face aux ententes, aux abus de position dominante ou aux concentrations transfrontières.

# Titre III - L'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles

## Introduction

Lorsque des pratiques sont établies et qualifiées, le Conseil, comme toute autorité de concurrence, est souvent confronté à la question de savoir quelle entité doit en assumer la responsabilité.

Cette question est fondamentale car elle détermine, d'une part, à qui les griefs doivent être notifiés et, d'autre part, quel chiffre d'affaires constituera la base de calcul des sanctions prononcées. Elle se pose en ce qui concerne les entreprises qui exercent leurs activités dans le cadre d'un groupe ou dont les activités sont segmentées dans le cadre d'agences ou de succursales mais, aussi, lorsqu'un changement de structure survient entre le moment de la commission de l'infraction et le moment du prononcé de la sanction. Enfin, la jurisprudence applique des traitements spécifiques aux entreprises qui font l'objet d'une procédure collective.

Quelle que soit la situation traitée, le principe essentiel qui commande tout raisonnement sur ce point est que le droit de la concurrence concerne en premier chef les "*entreprises*". Ainsi l'article L. 464-2 I du code de commerce qui énonce le principe des sanctions pécuniaires et le cadre dans lequel elles peuvent être prononcées, vise, d'une part, les entreprises et d'autre part, les contrevenants qui ne sont pas des entreprises.

Ainsi que l'a rappelé la Commission européenne dans sa décision "*carton*" du 13 juillet 1994 (94/601/CE), la notion d'entreprise n'équivaut pas à celle de société dotée d'une personnalité juridique distincte. Ce terme qui n'est défini ni dans le traité CE, ni dans l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, codifiée au livre IV du code de commerce, peut désigner tous les opérateurs économiques qui exercent une activité commerciale et qui interviennent sur un marché, qu'ils soient constitués sous forme de société ou non, et qui disposent d'une autonomie suffisante pour décider de commettre ou de participer à la mise en oeuvre d'une pratique anticoncurrentielle.

Cette particularité du droit de la concurrence a fondé l'élaboration d'une jurisprudence qui, d'une part, a cherché à appréhender, autrement qu'au travers de sa seule forme juridique, la responsabilité de l'entité au sein de laquelle les pratiques ont pu être mises en oeuvre, d'autre part, a cherché à éviter qu'en cas de disparition de l'auteur des pratiques avant le prononcé de la sanction, et alors même que l'ensemble des éléments matériels et humains qui a été l'instrument de ces pratiques subsiste, personne ne puisse répondre de celles-ci.

## Chapitre I - L'imputabilité entre société mère et filiale

De longue date, la jurisprudence est fixée à cet égard. Lorsqu'elles sont mises en œuvre par une société filiale, les pratiques sont imputables à cette filiale pour autant qu'elle dispose d'une autonomie de décision par rapport à la société mère.

Ainsi, dans un arrêt du 21 février 1973 *Europemballage Corporation, Continental Can*, la CJCE a énoncé que "(...) *la circonstance que la filiale a une personnalité juridique distincte ne suffit pas pour écarter la possibilité que son comportement soit imputé à la société mère ; que tel peut être le cas lorsque la filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont imparties par la société mère (...)*".

Dans sa décision "*carton*" du 13 juillet 1994, précitée, la Commission, sur la question de savoir à qui, des sociétés mères ou des filiales, devaient être imputées les pratiques de participation à une entente, a considéré comme responsable l'entité citée dans la liste des membres du groupement constitutif de l'entente, sauf dans les cas où plusieurs sociétés d'un même groupe avaient participé à l'infraction ou lorsqu'il existait des preuves précises impliquant la société mère dans la participation de la filiale à l'entente (points 147 et s.). Le Tribunal de première instance, dans son arrêt du 14 mai 1998, rendu sur le recours formé par la société KNP contre cette décision, a approuvé l'analyse faite par la Commission. Il a ainsi précisé au point 43 que le fait qu'un membre du directoire de la société mère participait aux réunions de l'entente en qualité de représentant de la filiale était suffisant pour motiver la décision de retenir l'implication de la société mère dans l'entente (affaire T-309/94 du 14 mai 1998 ; NV Koninklijke KNP BT contre Commission des Communautés européennes).

Aucun cas de figure de ce type ne s'est présenté dans les affaires examinées par le Conseil de la concurrence durant l'année 2001. En revanche, il avait eu l'occasion de faire application de ces principes à deux reprises en 2000.

Dans l'affaire relative aux pratiques mises en œuvre par la société Française des jeux (décision [00-D-50](#)), les sociétés saisissantes faisaient valoir que des pratiques de soutien, constitutives d'un abus de position dominante 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. Pour trancher cette question, le Conseil a relevé que cette filiale ne disposait, au moment des faits, d'aucune autonomie par rapport à sa société mère puisque, notamment, celle-ci détenait 90 % de son capital, que la filiale réalisait 60 % de son chiffre d'affaires avec elle, 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.

Dans sa décision [00-D-67](#), relative aux pratiques relevées dans le secteur de la vente d'espaces publicitaires télévisuels, le Conseil a sanctionné la société TF1 en relevant que sa filiale, auteur des pratiques, TF1 Publicité, ne disposait d'aucune autonomie juridique et d'action par rapport à sa société mère, qu'elle était détenue à plus de 99 % par TF1 et que son Conseil d'administration était, pour l'essentiel, composé de dirigeants de la société mère.

## Chapitre II - L'imputabilité de pratiques mises en œuvre dans le cadre d'agences décentralisées d'entreprises

L'analyse faite par la jurisprudence est exactement la même, lorsque les entreprises en cause, pour réduire leur champ de responsabilité, invoquent que les pratiques ont été commises par des agences locales.

La Cour de cassation, dans de nombreux arrêts et notamment, *Entreprise Industrielle* du 3 mai 1995, *Colas* du 4 juin 1996, *Spie Batignolles* et *GTIE* du 14 mars 1997 (les deux derniers arrêts cités ayant été rendus en assemblée plénière) a précisé à cet égard, d'une part, que la charge de la preuve reposait sur la société qui invoque la responsabilité de son agence locale, d'autre part, posé les principes permettant d'apprécier le degré d'autonomie des structures locales. Pour constituer une entreprise, la structure locale doit disposer d'une autonomie lui permettant de définir sa propre stratégie commerciale, financière et technique et de s'affranchir du contrôle hiérarchique du siège social. À cet égard, la Cour de cassation dans l'arrêt du 3 mai 1995, *Entreprise Industrielle*, précité, a notamment précisé qu'une délégation de pouvoir, donnant à un directeur d'agence locale le pouvoir d'agir dans les domaines juridique et technique mais ne comportant aucune précision sur l'autonomie financière et économique de cette agence, ne permettait pas de la qualifier d'entreprise.

Le Conseil de la concurrence a fait application de ces principes à deux reprises en 2001, dans les décisions [01-D-14](#) et [01-D-59](#). Dans la première de ces décisions, il a indiqué que, quelle que soit l'ampleur de la délégation de pouvoir consentie au responsable d'une structure locale, celle-ci n'est considérée comme constituant une entreprise que s'il n'est démontré que ce responsable n'est pas un salarié soumis au pouvoir hiérarchique de la société mère, ou qu'il est contractuellement et effectivement affranchi des directives émanant de celle-ci et de son contrôle et qu'il dispose de la pleine liberté de contracter, de décider de sa propre politique d'investissement, de la propre gestion de son personnel et de sa propre stratégie commerciale, industrielle, technique et financière.

À cet égard, une des parties avait fait valoir que l'autonomie des responsables des agences concernées par les pratiques avait été mise en évidence par un jugement du tribunal correctionnel de Grenoble. Le Conseil a écarté cette argumentation au motif que ce tribunal n'avait fait état de l'autonomie des responsables en cause, pour rechercher dans quelle mesure, ils avaient, frauduleusement, pris, selon les termes de l'article 17 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 (devenu L. 420-6 du code de commerce) une part "*personnelle et déterminante*" dans les pratiques en cause.

Cette appréciation a été intégralement confirmée par la cour d'appel de Paris dans l'arrêt rendu le 29 janvier 2002 sur les recours introduits contre cette décision.

# Chapitre III - L'imputabilité en cas de transformation de l'entreprise

## 1. Les principes applicables

Les principes régissant l'imputabilité des pratiques en cas de transformation de la structure d'une entreprise, entre la commission des pratiques et leur sanction, ont été formalisés dans l'arrêt du tribunal de première instance en date du 17 décembre 1991, ENICHEM Anic SpA / Commission des Communautés européennes, selon lequel : *"Lorsque l'existence d'une infraction est établie, il convient de déterminer la personne physique ou morale responsable de l'exploitation de l'entreprise au moment où l'infraction a été commise, afin qu'elle réponde de celle-ci. (...) Toutefois, lorsque, entre le moment où l'infraction est commise et le moment où l'entreprise en cause doit en répondre, la personne responsable de l'exploitation de cette entreprise a cessé d'exister juridiquement, il convient de localiser, dans un premier temps, l'ensemble des éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction pour identifier, dans un second temps, la personne qui est devenue responsable de l'exploitation de cet ensemble, afin d'éviter que, en raison de la disparition de la personne responsable de son exploitation au moment de l'infraction, l'entreprise ne puisse pas répondre de la commission de celle-ci (...)"*.

Le principe fondamental de ces jurisprudences repose sur l'idée selon laquelle la responsabilité du comportement infractionnel de l'entreprise suit d'abord la personne morale.

En conséquence :

- 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.
- Lorsque la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise a juridiquement disparu, les pratiques doivent être imputées à la personne morale à laquelle l'entreprise a juridiquement été transmise c'est à dire à la personne morale qui a reçu les droits et obligations de la personne auteur des pratiques. Il peut s'agir de la société qui a absorbé l'auteur des pratiques ou encore de la société résultant de la fusion entre l'auteur des pratiques et une autre entité.
- Enfin, lorsque la personne auteur des pratiques a disparu sans qu'aucune autre personne n'ait reçu transmission de ses droits et obligations, les pratiques sont imputées à l'entreprise qui assure, en fait, sa continuité économique et fonctionnelle.

Dans un arrêt du 27 novembre 2001, rendu par la cour d'appel de Paris sur la décision [00-D-28](#), la cour a précisé que ce principe d'imputabilité de la responsabilité de pratiques anticoncurrentielles, en cas de disparition de l'entreprise en cause, à celle qui en assure la continuité économique et fonctionnelle ne constituait pas une violation du principe fondamental de personnalité des peines, dans la mesure où l'article L. 464-2 du code de commerce énonce que les peines sont applicables aux "*entreprises*" auteurs de pratiques.

## 2. Leurs applications

Les principes ci-dessus ont, à maintes reprises, été appliqués par la jurisprudence communautaire, mais aussi par celle du Conseil de la concurrence et par la cour d'appel de Paris, dans des cas de figure aussi nombreux que variés que l'on peut regrouper de la manière suivante.

### 2.1. ENTREPRISES À FORME SOCIALE

#### 2.1.1. La personne morale, auteur des pratiques, a toujours une existence juridique

Les pratiques doivent être imputées à la personne morale subsistante :

- sans que son changement de dénomination sociale ait un quelconque effet (décision [01-D-14](#)) ;
- même si celle-ci n'a plus d'activité et n'est plus qu'une "*coquille vide*" (TPI 28 avril 1994, AWS Benelux / Commission, décision [01-D-20](#)) ;
- même si la société responsable des pratiques a cédé à une autre société l'activité dans le cadre de laquelle les pratiques ont été mises en œuvre (décisions [01-D-14](#), [01-D-17](#), décision [01-D-45](#)) ;
- lorsqu'une société A, responsable de pratiques, cède à une société B le fonds de commerce dans le cadre duquel s'est exercée l'activité ayant donné lieu aux pratiques anticoncurrentielles, mais que la société A subsiste (décisions [98-D-33](#) et [98-D-72](#)), Cour de cassation, ch. commerciale, 20 novembre 2001, société Bec frères ;
- lorsqu'une société mère ou un groupe, considérés comme parties à l'infraction, transfèrent vers un autre groupe la filiale qui a commis l'infraction (la responsabilité reste assumée par le premier groupe) (TPI, 14 mai 1998, Cascades SA, aff. T-308/94, décision [00-D-20](#)) ;
- lorsque les détenteurs du capital d'une société exploitant l'entreprise responsable des pratiques, qui continue à exister, cèdent leurs parts à une autre société qui devient actionnaire majoritaire (décision [00-D-20](#)) ;
- lorsque la société qui a commis les pratiques est absorbée par un groupe, qu'elle devient une filiale du groupe absorbant et qu'elle continue à y exercer l'activité dans le cadre de laquelle les pratiques ont été commises (CJCE, 16 novembre 2000, aff. C-279/98, Cascades SA / Commission).

#### 2.1.2. La personne morale auteur des pratiques a cessé d'exister juridiquement

##### a) Fusion-absorption de la personne morale

Les pratiques sont imputées à la société qui succède, sur le plan juridique, à la société auteur des pratiques, c'est-à-dire qu'elles sont imputées à la société absorbante (décisions [01-D-13](#), [01-D-14](#), [01-D-59](#)).

Le principe s'applique :

- même si la branche d'activité concernée par ces pratiques avait été cédée à un tiers antérieurement à la fusion-absorption (décision [98-D-33](#) et arrêts de la cour d'appel du 15 juin 1999 et de la Cour de cassation, ch. commerciale, 20 novembre 2001, société Bec Frères, décisions [99-D-11](#) et [01-D-59](#)) ;

- même si la société absorbante cède à une troisième société la branche d'activité concernée par les pratiques (décision 95-D-76).

### ***b) Absence de fusion-absorption***

Lorsque la personne morale disparaît purement et simplement, sans faire l'objet d'une fusion-absorption, s'applique alors seulement, le principe de la continuité économique et fonctionnelle par l'entreprise qui a recueilli les éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction (décisions [98-D-67](#) et [00-D-22](#), arrêt cour d'appel de Paris du 8 septembre 1998, société Adecco, décision [00-D-28](#) et arrêt cour d'appel de Paris du 27 novembre 2001 (situation de la Caisse nationale des Caisses d'épargne et de prévoyance CNCEP).

Ce principe aussi a été appliqué :

- à la situation de pratiques mises en œuvre par une association dont l'activité avait été reprise par une autre association (décision [01-D-30](#)) ;
- dans le cas de pratiques mises en œuvre par une société qui exploitait, en location gérance, un fonds de commerce appartenant à un particulier ; lors du décès de celui-ci, la société a été dissoute, le fonds a été transmis à l'indivision successorale du défunt, qui ensuite, l'a cédé à une société à laquelle le Conseil a imputé les pratiques commises dans le cadre du fonds de commerce (décision [01-D-77](#)).

Dans le cas où la société disparaît purement et simplement, sans qu'aucune transmission d'activité ne soit effectuée, le Conseil qualifie les pratiques qu'elle a mises en œuvre mais ne prononce pas de sanction (décision [01-D-20](#)).

### **2.1.3. Application aux cas de modifications de structure pendant la durée des pratiques**

Il peut arriver, dans le cas de pratiques qui se sont prolongées pendant une certaine durée, que la transformation de l'entreprise intervienne en cours de pratiques. Dans ce cas, les différentes personnes morales qui se seront succédées devront être mises en cause et sanctionnées. Si ce cas de figure n'a pas encore été rencontré par le Conseil de la concurrence, il l'a été par les autorités communautaires dans l'affaire dite du "carton" déjà citée, qui est particulièrement topique à ce sujet. Deux situations, celle du groupe KNP ainsi que celle du groupe Cascades comportent un intérêt plus particulier.

Le groupe KNP avait été sanctionné pour les pratiques mises en œuvre par l'une de ses filiales (KNP Vouwkarton) mais aussi par une société dénommée Badische, succursale d'une autre société dénommée Herzberger, dont 95 % des parts avaient été acquises par KNP au 31 décembre 1986. En raison de cette acquisition, la Commission (décision du 13 juillet 1994, n° 94/601/CE) et le TPI (arrêt du 14 mai 1998, affaire T-309/94 NV Koninklijke KNP BT contre Commission) avaient imputé à KNP l'intégralité des pratiques commises par Badische, même pour la période antérieure à son acquisition soit l'année 1986. La Cour de justice dans son arrêt du 16 novembre 2000 (arrêt du 16 novembre 2000, affaire C-248/98 NV Koninklijke KNP BT contre Commission) a sanctionné cette analyse. Elle a en effet relevé que si KNP avait acquis 95 % de Herzberger, celle-ci n'avait toutefois pas perdu sa personnalité juridique ; c'est donc à cette dernière que devaient être imputées les pratiques de Badische pour la période antérieure à l'acquisition de Herzberger par KNP (points 71 à 74).

En revanche, dans un autre arrêt (arrêt du 16 novembre 2000, affaire C-279/98 P Cascades SA contre Commission), la Cour a adopté une position qui, sans remettre en cause les principes de base qui gouvernent l'imputabilité des pratiques décrits ci-dessus, est néanmoins innovante.

Cet arrêt concerne la situation de la société Cascades qui avait été tenue pour responsable des pratiques mises en œuvre par les sociétés Duffel et Djupajors, avant et après qu'elle les ait acquises et qu'elles deviennent ses filiales.

La Cour, confirme l'analyse au terme de laquelle la société Cascades devait être tenue responsable des pratiques pour la période postérieure à l'acquisition des deux sociétés, au motif que la société Cascades n'avait, en sa qualité de société mère, pris à l'égard de ses filiales aucune mesure destinée à empêcher la poursuite de pratiques dont elle était parfaitement informée, pour y avoir participé par le biais de deux autres de ses filiales. En revanche, la Cour relève que les sociétés Duffel et Djupajors avaient participé à titre indépendant à l'infraction durant la période antérieure à leur acquisition par la requérante et, qu'en outre, elles n'avaient pas purement et simplement été absorbées par elle, mais avaient poursuivi leurs activités en devenant ses filiales. En conséquence, la Cour estime que ces deux sociétés doivent répondre elles-mêmes de leur comportement infractionnel antérieur à leur acquisition par la société Cascades, sans que celle-ci puisse en être tenue pour responsable.

Cet arrêt confirme l'idée que le recours au concept de continuité économique et fonctionnelle est une solution ultime qui doit être réservée aux seules situations dans lesquelles personne ne peut répondre de la pratique, alors même que les "*instruments*" qui ont servi à cette pratique existent encore. Mais, tant que la personne morale auteur des pratiques subsiste et peut être sanctionnée c'est elle qui doit être recherchée.

## **2.2. ENTREPRISES INDIVIDUELLES**

L'exploitant individuel d'une entreprise continue à répondre des pratiques relevées à son encontre, même si le fonds de commerce dans le cadre duquel les pratiques ont été commises a été cédé par lui. En effet, en cas de cession d'une entreprise à forme individuelle, la jurisprudence considère qu'en raison de l'implication personnelle du chef d'entreprise dans une telle structure, l'ensemble des moyens matériels et humains ayant constitué l'entreprise cédée, ne subsiste pas dans l'entreprise cessionnaire. Dès lors, les pratiques ne peuvent être imputées à l'entreprise cessionnaire.

(arrêts cour d'appel de Paris, 19 novembre 1992, centre ambulancier du Rhône et 19 novembre 1992, ADECA).

# **Chapitre IV - -Solutions particulières en cas de redressement et liquidation judiciaires de l'entreprise**

La loi du 25 janvier 1985, modifiée par la loi du 10 juin 1994, relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, intégrée aux articles L. 620-1 et suivants du code de commerce, prévoit plusieurs modes de cession des actifs d'une société en difficulté, soit dans le cadre du redressement judiciaire, soit dans celui de la liquidation judiciaire.

## **1. Cession de la totalité ou de partie des actifs de l'entreprise dans le cadre du redressement judiciaire ayant abouti à l'adoption d'un plan de cession**

L'article 61 de la loi précitée (article L. 621-62 du code de commerce) dispose que, dans le cadre du plan de redressement, la cession totale ou partielle de l'entreprise peut être ordonnée par le tribunal. Par ailleurs, l'article 62, alinéa 3 (L. 621-63, alinéa 3, du code de commerce) prévoit que : "*Les personnes qui exécuteront le plan (...) ne peuvent pas se voir imposer des charges autres que les engagements qu'elles ont souscrits au cours de sa préparation (...)*".

Dans ce cadre, il faut distinguer suivant que l'entreprise faisant l'objet du plan de cession est à forme individuelle ou à forme sociale et selon que la cession a été totale ou partielle.

### **1.1. ENTREPRISE À FORME INDIVIDUELLE**

En application de la jurisprudence citée *supra*, que la cession soit totale ou partielle, l'exploitant continue à répondre des pratiques relevées à son encontre. Ces pratiques ne pourraient d'ailleurs, en aucun cas, être imputées au cessionnaire des actifs, eu égard au principe de l'interdiction d'aggravation des charges énoncé par l'article 62, alinéa 3 (L. 621-63, alinéa 3 du code de commerce) précité.

### **1.2. ENTREPRISE À FORME SOCIALE**

#### **1.2.1. Si la cession est totale**

L'article 1844-7-7° du code civil dispose que "*la société prend fin par l'effet d'un jugement ordonnant la liquidation judiciaire ou la cession totale des actifs de la société*".

Aux termes de l'article 1844-8, 1<sup>er</sup> alinéa, du code civil "*la dissolution de la société entraîne sa liquidation (...)*". L'alinéa 3 du même article prévoit que "*la personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de sa liquidation jusqu'à la publication de la clôture de celle-ci*".

Dès lors, deux cas de figure peuvent se présenter :

- soit la personne morale existe toujours parce que les opérations de la liquidation sociale consécutive au jugement arrêtant le plan de cession totale des actifs ne sont pas achevées et, dans ce cas, c'est à elle que doivent être imputées les pratiques qui peuvent être relevées à son encontre ;

- soit la personne morale a disparu et, dans ce cas, l'article 62, alinéa 3 (L. 621-63, alinéa 3 du code de commerce) s'oppose à ce que les griefs soient imputés au cessionnaire.

### 1.2.2. Si la cession est partielle

L'article 1844-7-7<sup>e</sup>, précité, qui ne vise que la cession totale ne s'applique pas en pareil cas. L'entreprise auteur des pratiques continue donc à exister juridiquement et c'est à elle que doivent être imputées les pratiques relevées à son encontre. Dans l'hypothèse où la personne morale aurait juridiquement disparu, pour d'autres raisons, les griefs ne pourraient être imputés au cessionnaire, eu égard aux dispositions de l'article 62, alinéa 3 de la loi du 25 janvier 1985 (L. 621-63, alinéa 3 du code de commerce).

## 2. Cession dans le cadre de la liquidation judiciaire

Les cessions d'actifs sont prévues, d'une part, par l'article 155 de la loi du 25 janvier 1985 (L. 622-17 du code de commerce), qui dispose que "*des unités de production composées de tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier peuvent faire l'objet d'une cession globale*" et, d'autre part, par l'article 156 (L. 622-18 du code de commerce), qui prévoit que : "*Le juge-commissaire ordonne la vente aux enchères publiques ou de gré à gré des autres biens de l'entreprise, le débiteur entendu ou dûment appelé et après avoir recueilli les observations des contrôleurs (...)*".

Ainsi qu'il a été rappelé ci-dessus : "*La société prend fin par l'effet d'un jugement ordonnant la liquidation judiciaire ou la cession totale des actifs de la société*" (article 1844-7-7<sup>e</sup> du code civil), "*la dissolution de la société entraîne sa liquidation (...)*" (article 1844-8, 1<sup>er</sup> alinéa du code civil) et "*la personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de sa liquidation jusqu'à la publication de la clôture de celle-ci*" (article 1844-8, 3<sup>e</sup> alinéa du code civil).

L'article 62, alinéa 3 (L. 621-63 du code de commerce), précité, qui énonce le principe d'interdiction de l'aggravation des charges du cessionnaire, figure dans le titre 1<sup>er</sup> de la loi consacré au régime général du redressement judiciaire. Cependant, un arrêt de la cour d'appel de Paris (3<sup>e</sup> chambre) en date du 19 mai 1995, Institut d'enseignement commercial c/ Le Dosseur ès qualités et autres, énonce que le principe d'interdiction d'aggravation des charges édicté par l'article 62, alinéa 3, de la loi, doit *a fortiori* recevoir application à l'occasion d'une cession régie par l'article 156. Le commentaire du professeur Honorat, sous l'arrêt susvisé, confirme cette appréciation, qu'il s'agisse de la cession régie par l'article 155 ou de la cession régie par l'article 156.

Dés lors, les distinctions établies dans le développement consacré aux cessions d'actifs dans le cadre du redressement judiciaire s'appliquent également aux cessions d'actifs (unités de production ou autres actifs) dans le cadre d'une liquidation judiciaire.

### 2.1. S'AGISSANT D'UNE ENTREPRISE À FORME SOCIALE

Tant que la personne morale subsiste juridiquement, parce que les opérations de la liquidation sociale ne sont pas terminées, c'est à elle que doivent être imputées les pratiques qui peuvent être relevées à son encontre, mais le Conseil, de façon constante, considère, en opportunité,

qu'en raison de la mise en liquidation judiciaire, il n'y a pas lieu de prononcer de sanction (décisions [99-D-50](#), [01-D-20](#), [01-D-63](#) et [00-D-47](#))

Si les opérations de la liquidation sociale sont terminées et que la personne morale a disparu, les griefs ne peuvent être imputés au cessionnaire eu égard aux dispositions de l'article 62, alinéa 3 (621-63 al. 3 du code de commerce), conformément à l'arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 19 mai 1995, précité (décisions [99-D-50](#) et [00-D-47](#)).

## **2.2. S'AGISSANT DES ENTREPRISES À FORME INDIVIDUELLE**

Les principes énoncés supra dans le développement consacré à la cession totale ou partielle d'actifs en vertu d'un plan adopté dans le cadre du redressement judiciaire sont applicables.

### **Conclusion**

La jurisprudence ainsi élaborée, tant sur le plan interne que communautaire, emporte donc des conséquences qui peuvent être lourdes en cas de fusion-absorption ou de cession de fonds de commerce.

De telles conséquences, qui peuvent être lourdes en terme économique, sont parfois inattendues pour des entreprises qui ont acquis un fonds de commerce ou absorbé une société, sans envisager qu'une procédure contentieuse puisse être en cours devant le Conseil de la concurrence.

Le Conseil appelle donc l'attention des entreprises, de bons conseils, ainsi que de tous les praticiens intervenant dans le cadre de cessions d'entreprises ou de certains de leurs composants, sur la nécessité d'une grande vigilance sur la commission éventuelle de pratiques anticoncurrentielles, par le passé ou sur l'existence d'une procédure en cours au Conseil de la concurrence, afin de prévoir la possibilité d'un éventuel recours en garantie.

# Troisième partie : Analyse de la jurisprudence

## Avertissement

*L'analyse de la jurisprudence qui suit, ne prétend pas à l'exhaustivité. Le choix des décisions et le contenu de l'analyse sont faits sous la seule responsabilité du Conseil. Les utilisateurs sont invités à se reporter aux décisions ou arrêts originaux pour apprécier de façon exacte le contexte et la portée des points de droit qui sont présentés. Le développement qui suit a pour première vocation de mettre en évidence les points de droit nouveaux jugés par le Conseil de la concurrence, la cour d'appel de Paris ou la Cour de cassation au cours de l'année écoulée. Il permet également de faciliter la recherche des confirmations significatives de jurisprudence plus anciennes et, s'agissant des questions qui supposent, dossier par dossier, une pondération des circonstances de l'espèce, de retrouver des précédents utiles pour évaluer une situation donnée, sans qu'il soit pour autant toujours possible d'en déduire de façon certaine la solution résultant d'une application à une nouvelle espèce.*

*Le rapport de l'année 2000, dans sa nouvelle présentation, a regroupé les éléments de jurisprudence dans une partie distincte, située à la fin du rapport et intitulée "Analyse de la jurisprudence".*

*L'objectif de ce changement était de faciliter l'accès à cette partie du rapport éminemment technique pour les lecteurs directement concernés.*

*La présentation du rapport 2001 accentue le caractère autonome du développement consacré à l'analyse de la jurisprudence. Cette partie se trouve, en effet, dissociée du rapport d'activité stricto sensu, lequel comporte, en revanche, des commentaires sur les avis et décisions les plus notables.*

*Ces modifications ne font pas obstacle aux recoupements et comparaisons avec les années antérieures à 2000, le plan (sous réserve de certains enrichissements) étant resté identique. Elles présentent, en outre, l'avantage de permettre, pour les années futures, une présentation pluriannuelle de la jurisprudence du Conseil, notamment sur son site web.*

# Chapitre I - Questions de compétence, de procédure et de preuve

## 1. Le champ de compétence du Conseil de la concurrence

### 1.1. L'APPLICABILITÉ DE L'ARTICLE L. 410-1 DU CODE DE COMMERCE (ancien article 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986)

Le Conseil de la concurrence est compétent pour réprimer les pratiques anticoncurrentielles, quel que soit le lieu de leur commission ou le siège des entreprises en cause, dès lors que les effets économiques sont ressentis sur le territoire national.

C'est ainsi que les pratiques relatives à la livraison de produits pharmaceutiques exclusivement destinés à l'exportation ne sont pas susceptibles d'affecter le marché français. Elles ne sont donc pas visées par les dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce. En conséquence, la saisine sur ces fondements doit être déclarée irrecevable (décision [01-MC-04](#)).

Aux termes de l'article L. 410-1 du code de commerce, les règles du titre II, relatives aux pratiques anticoncurrentielles, "*s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public*".

Le droit de la concurrence s'applique à toutes les activités économiques, il n'existe pas d'immunité sectorielle. L'existence d'une réglementation des prix, qui peut restreindre le jeu de la concurrence, ne fait pas obstacle à l'application du droit de la concurrence. Dans les secteurs réglementés, comme le secteur de la répartition pharmaceutique, il reste une place pour la concurrence sur la qualité des services rendus ; en outre, les textes qui fixent des plafonds aux marges des grossistes sur les médicaments remboursables n'interdisent nullement de mettre en oeuvre des marges plus faibles (décision [01-D-07](#)).

Ce qui détermine l'applicabilité des règles de concurrence, c'est la nature économique de l'activité affectée et la qualité d'"entreprise" de l'opérateur à l'origine des pratiques examinées. Le Conseil a eu l'occasion de rappeler ces principes, à propos des régimes de sécurité sociale, dans la ligne des arrêts Poucet et Pistre et FFSA de la CJCE : les organismes chargés de la gestion de certains régimes obligatoires de sécurité sociale concourent à la gestion du service public de la sécurité sociale et remplissent une fonction de caractère exclusivement sociale ; par conséquent, ils ne sont pas des entreprises au sens du traité de Rome et l'activité exercée par eux n'est pas une activité économique ; il s'agit d'une activité fondée sur le principe de la solidarité nationale et dépourvue de tout but lucratif ; de plus, les prestations versées sont des prestations légales, indépendantes du montant des cotisations. À l'opposé, les organismes gérant les régimes complémentaires d'assurance vieillesse et maladie, comme la Mutuelle nationale des hospitaliers, sont des entreprises exerçant une activité économique en concurrence avec les compagnies d'assurances : l'affiliation facultative de ses membres, le fonctionnement selon le principe de la capitalisation et non de la répartition, le fait que les prestations dépendent du montant des cotisations versées ainsi que des résultats financiers des investissements effectués par l'organisme gestionnaire, tous ces éléments caractérisent l'exercice d'une activité économique même si cette activité est gérée par un organisme non commercial ou non lucratif (décision [01-D-55](#)).

S'agissant des personnes publiques, elles n'échappent pas à l'application du droit de la concurrence. Toutefois, en vertu de l'arrêt du 18 octobre 1999 du Tribunal des conflits (Aéroports de Paris) et de l'arrêt postérieur de la Cour de cassation du 16 mai 2000 (Semmaris), 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, même si ces décisions sont constitutives d'actes de production, de distribution ou de service au sens de l'article L. 410-1 du code de commerce, échappent toujours à la compétence du Conseil, au profit des juridictions administratives. Il en est de même des pratiques qui sont indissociables de ces décisions.

Cette jurisprudence a été appliquée à l'activité de certaines caisses primaires d'assurance maladie ; la pratique consistant à mettre à la disposition d'assurés sociaux des appareils médicaux, est une activité de service ; les caisses interviennent sur les marchés de la distribution d'aides techniques destinées aux personnes handicapées et de la distribution de matériels permettant le maintien à domicile des malades. A supposer même que cette activité *"entre dans le cadre de la mission de service public qui (...) est confiée (aux caisses), cette activité n'est pas exercée au moyen de prérogatives de puissance publique"*. En conséquence, le Conseil s'est reconnu compétent pour connaître de cette saisine (décision [01-D-62](#)).

Le Conseil a estimé que les décisions prises par l'opérateur chargé de la mission de service public d'assurer la continuité territoriale entre le continent et l'Ile d'Yeu, non liées directement à sa mission de service public et ne comportant pas l'usage de prérogatives de puissance publique, relevaient de sa compétence. Il a jugé, de même, qu'il était compétent pour apprécier la conformité au droit de la concurrence du bail de droit privé par lequel la commune louait un local à cet opérateur. En revanche, il a jugé que la convention d'occupation du domaine public portuaire consentie à cet opérateur par le département de Vendée relevait de la compétence des juridictions administratives (décision [01-MC-02](#)).

Traditionnellement, le Conseil de la concurrence s'est toujours déclaré incompétent pour apprécier la conformité au droit de la concurrence de décisions administratives qui ne constituent pas des actes de production, de distribution ou de service : *"La décision par laquelle une collectivité publique, d'une part, décide de recourir à une concession pour la réalisation d'un équipement collectif et, d'autre part, choisit les entreprises auxquelles elle confie cette concession, n'est pas un acte de production, de distribution ou de services relevant de la compétence du Conseil de la concurrence ; (...) en revanche, des concertations entre entreprises en vue de répondre à une demande d'un maître d'ouvrage relative à la réalisation de travaux peuvent constituer des pratiques détachables de la décision administrative d'attribution et sont susceptibles de tomber sous le coup des dispositions du livre IV du code de commerce"* (décision [01-D-16](#)).

De même, le fonctionnement du sous-comité des transports sanitaires, chargé de donner un avis dans la procédure administrative d'agrément préfectoral des personnes habilitées à effectuer des transports sanitaires ne constitue pas un acte de production, de distribution ou de services et ne relève pas de la compétence du Conseil de la concurrence. Il en va de même de l'appréciation de la légalité de la passation d'un marché, du choix final du bénéficiaire et de la bonne exécution du marché (décision [01-D-29](#)).

Le Conseil a, par ailleurs, précisé sa jurisprudence sur la portée de son contrôle sur les tarifs publics, en s'aidant des critères dégagés par le Tribunal des conflits et par la Cour de cassation. Il a ainsi estimé que l'appréciation de la licéité, au regard du droit de la

concurrence, d'un arrêté fixant les redevances d'utilisation, par des tiers, du répertoire Sirene commercialisé par l'Insee, ne relevait pas de sa compétence pour deux raisons. D'abord, ces redevances concernaient la diffusion des informations du répertoire Sirene et s'inscrivaient donc dans le prolongement des missions de service public de l'Insee. Ensuite, la fixation de ces tarifs par arrêté ministériel révélait l'exercice d'une prérogative de puissance publique. En effet, ces tarifs fixés unilatéralement, par arrêté ministériel, ne sont pas négociables et peuvent être modifiés unilatéralement à tout moment, y compris en cours de contrat (décision [01-D-78](#))

Cette grille de lecture est compatible avec les autres décisions rendues par le Conseil en matière tarifaire, comme par exemple, la décision [98-MC-03](#) (AFOPT), dans laquelle le Conseil a estimé que la fixation d'un tarif par France Télécom concernant l'accès à Internet dans les écoles, relève d'une activité de production, de distribution ou de services et rentre donc dans la compétence du Conseil, nonobstant l'homologation de cette décision tarifaire par arrêté ministériel. France Télécom fixe ses tarifs, sans faire usage de prérogative de puissance publique et il s'agit d'une activité commerciale de France Télécom, détachable de la décision d'homologation du ministre de l'économie. En dépit de leur homologation par décision ministérielle, les tarifs pratiqués par France Télécom demeurent donc des prix fixés par cette entreprise susceptibles de constituer des pratiques prohibées par le droit de la concurrence (avis [01-A-01](#)).

Lorsque la fixation des tarifs résulte directement d'actes réglementaires, le Conseil est bien sûr incompétent pour en connaître, en vertu de l'article L. 420-4 1 : la fixation des montants de l'avenant tarifaire au contrat signé entre l'agence régionale de l'hospitalisation Midi-Pyrénées et la polyclinique du parc à Toulouse, résulte directement d'un arrêté ministériel pris en application de l'article L. 462-22-1 du code de la sécurité sociale et ne relève donc pas de la compétence du Conseil de la concurrence (décision [01-D-05](#)).

En l'absence d'accords entre organisations professionnelles représentatives, le taux de redevances des droits d'auteurs est fixé par une commission administrative prévue à l'article L. 214-4 du code de la propriété intellectuelle. Les décisions ou l'interprétation des décisions de cette commission ne relèvent pas de la compétence du Conseil de la concurrence (décision [01-D-18](#)).

## **1.2. LES PRATIQUES RELEVANT DE LA COMPÉTENCE EXCLUSIVE D'AUTRES JURIDICTIONS**

Le Conseil n'est pas compétent pour régler les litiges purement contractuels, tels que les conditions de renégociation d'un prêt immobilier (décision [01-D-03](#)), ou les litiges résultant des dispositions contractuelles liant les intermédiaires de presse aux éditeurs en application de la loi "*Bichet*" (décision [01-D-65](#)).

Il n'appartient pas au Conseil de se prononcer sur l'application de dispositions fiscales qui, selon le requérant, instaурeraient une discrimination entre les personnes morales de droit public et les personnes de droit privé (décision [01-D-37](#)).

La procédure suivie devant le Conseil de la concurrence sur le fondement des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce est distincte et indépendante de celle qui se déroule devant le juge correctionnel sur le fondement de l'article L. 420-6 du code de commerce : la

première vise des personnes morales, la seconde ne vise que des personnes physiques ; la règle non bis in idem ne s'applique pas en la matière (décision [01-D-14](#)).

### **1.3. L'APPLICATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE**

Une pratique anticoncurrentielle relève de l'application des articles 81 et 82 du traité de Rome si elle est susceptible d'affecter sensiblement les échanges intracommunautaires. Il convient de rappeler que le Conseil de la concurrence applique le droit communautaire sans aucun critère de rattachement territorial. La seule condition est que les pratiques affectent le commerce entre États membres, même si elles n'ont pas d'effets sur le territoire français, ne sont pas commises sur le territoire français et sont le fait d'entreprises non installées sur le territoire français (décision [00-MC-14](#) - Pharma-Lab).

Les pratiques consistant pour une entreprise en position dominante sur le marché français (partie substantielle du marché commun) à octroyer une remise de fidélité à ses clients, entravant ainsi l'accès au marché d'un concurrent qui se procure le produit en cause au sein d'un autre État membre, affectent le commerce entre États membres et entrent donc dans le champ d'application du droit communautaire (décision [01-D-23](#)).

Les pratiques anticoncurrentielles qui viendraient perturber les activités de livraison par la société Pharmadex de produits pharmaceutiques destinés à être exportés, notamment en Grande-Bretagne, en Allemagne et en Scandinavie, sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et seraient donc, si elles étaient établies, susceptibles de tomber sous le coup des prohibitions énoncées par les articles 81 et 82 du traité de Rome (décision [01-MC-04](#)).

Les lettres de classement délivrées par la Commission n'ont de portée que vis-à-vis des contrats qu'elles visent et leurs solutions ne peuvent pas s'appliquer à des sociétés tierces. En conséquence, le Conseil de la concurrence, qui a notifié des griefs à une société, ne saurait être lié par l'appréciation portée par la Commission sur des contrats d'une société tierce, puisque ces lettres de classement n'ont pas de portée juridique. Le Conseil ne limite pas sa compétence au seul contenu des clauses : son contrôle porte également sur l'application qui en est faite (décision [01-D-45](#)).

## **2. La prescription**

Il est important de signaler ici que la Cour de cassation vient, dans un arrêt du 17 juillet 2001 (société Thomson multimedia marketing France), de censurer la jurisprudence de la cour d'appel, aux termes de laquelle la prescription était suspendue devant le Conseil au profit de la partie saisissante, placée dans l'impossibilité d'agir pour interrompre la prescription. Dans une affaire où le Conseil avait été saisi par une société, la Cour de cassation a rejeté le principe de la suspension de la prescription au profit de cette partie saisissante, au double motif que l'article L. 462-7 du code de commerce ne prévoit pas ce cas de suspension, et que la partie saisissante dispose d'autres voies de droit pour interrompre la prescription, comme la saisine des juridictions civiles et répressives pour des actions en indemnisation, annulation ou cessation des pratiques. On en revient donc à la jurisprudence ancienne selon laquelle les faits se prescrivent par trois années, à compter de la saisine du Conseil, dès lors qu'aucun acte interruptif de prescription n'est intervenu postérieurement.

Le Conseil a considéré que la solution dégagée par la Cour de cassation dans cet arrêt du 17 juillet 2001 s'appliquait aussi aux saisines ministérielles du Conseil : "*La prescription, qui n'est pas suspendue lorsque la saisine émane d'une entreprise ne l'est pas davantage lorsque le Conseil est saisi par le ministre*" (décision [01-D-83](#)).

## **2.1. POINT DE DÉPART DU DÉLAI DE PRESCRIPTION**

Statuant sur la prescription, la cour d'appel a jugé, dans un arrêt du 13 décembre 2001, que la date à retenir pour la saisine du ministre, comme interruptive de la prescription triennale, était, non pas la date figurant sur cette saisine, mais la date "*à laquelle la lettre de saisine arrive au Conseil de la concurrence, dès lors que c'est à cette date que les faits dénoncés sont portés à sa connaissance*" (date d'enregistrement de la saisine au Conseil).

L'élaboration et la diffusion d'un barème constitue une pratique continue, échappant à la prescription, s'il est démontré que ce barème est encore en application (décision [01-D-35](#)). Le délai de prescription ne commence à courir, pour les infractions continues ou continuées, qu'à compter du jour où l'infraction a pris fin. L'arrêt de la cour d'appel de Paris du 11 septembre 2001 (ordre des avocats de Nice) applique ce principe aux barèmes d'avocats.

## **2.2. ACTES INTERRUPTIFS**

Le Conseil a eu l'occasion de rappeler que "*la convocation à audition par le rapporteur constitue un acte manifestant la volonté d'instruire le dossier et, à ce titre, interrompt la prescription à la date de sa réception par les personnes concernées*" (décision [01-D-77](#)). Dans l'arrêt du 13 décembre 2001 (SA Gammvert), la cour d'appel a estimé que les décisions sur le secret des affaires sont des actes d'instruction qui interrompent la prescription. Dans un arrêt du 20 novembre 2001 (société Bec frères), la Cour de cassation a jugé qu'une demande de renseignements du rapporteur sur la situation financière et juridique d'une entreprise impliquée dans les faits était un acte d'instruction, interruptif de prescription.

# **3. Le déroulement de la procédure**

## **3.1. LES ENQUÊTES ADMINISTRATIVES**

### **3.1.1. Les pouvoirs d'enquête au titre de l'article L. 450-3 du code de commerce**

#### ***a) Principe de loyauté dans la recherche des preuves***

Les enquêtes de concurrence sont soumises au principe de loyauté dans la recherche des preuves, qui garantit le droit de toute personne à ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable. Le fait que l'enquête administrative préalable ne soit pas soumise aux exigences du contradictoire, ne doit pas conduire les personnes entendues à faire, dans l'ignorance de l'objet de l'enquête, des déclarations sur la portée desquelles elles pourraient se méprendre. Le Conseil est garant du respect de ces principes. La violation de l'obligation de loyauté est sanctionnée par la nullité des actes concernés ainsi que de ceux induits par les diligences irrégulières précédemment effectuées et ne présentant aucun caractère d'autonomie permettant de les disjoindre des pièces entachées de nullité (décision [01-D-24](#)).

Il n'est pas contraire au principe de loyauté dans la recherche des preuves, d'avoir conseillé à un plaignant de demander communication à certaines entreprises de tarifs et conditions de vente pouvant être utilisés à titre de preuve, dès lors que ces documents ne sont pas confidentiels : la communication peut en être régulièrement demandée par tout commerçant à son partenaire en vertu de l'article L. 441-6 du code de commerce (décision [01-D-36](#)).

### ***b) Validité des procès-verbaux***

D'après la jurisprudence de la cour d'appel (SA Entreprise Morillon Courbot du 12 décembre 2000), les mentions du procès-verbal de déclaration d'une personne mise en cause, suivant lesquelles "*nous avons justifié de notre qualité et indiqué l'objet de notre enquête*", ne permettent pas en elles-mêmes de conclure à la loyauté de la procédure suivie par les enquêteurs et doivent être confortées par d'autres éléments. Faisant application de cette jurisprudence, le Conseil a estimé que la preuve que les personnes entendues avaient connaissance de l'objet des investigations des enquêteurs peut se faire "*par la mention expresse de cet objet figurant sur les procès-verbaux ou, à défaut d'une telle mention, par des éléments extrinsèques ou intrinsèques à ceux-ci*" (décision [01-D-24](#)).

Cette jurisprudence a été infirmée par la Cour de cassation, dans un arrêt du 20 novembre 2001 (Société Bec Frères). La Cour de cassation a en effet validé la mention préimprimée sur les procès-verbaux d'audition, selon laquelle l'objet de l'enquête a été porté à la connaissance de la personne entendue. Selon la Cour, cette mention suffit à justifier, jusqu'à preuve contraire, que l'objet de l'enquête a bien été indiqué à la personne auditionnée. Désormais, en présence d'une mention préimprimée, c'est à la partie qui allègue avoir été méprise sur l'objet de l'enquête de démontrer en quoi la loyauté dans le recueil des preuves n'a pas été respectée.

Sur l'objet de l'enquête, la Cour de cassation a, dans un arrêté du 20 novembre 2001 (Société Bec frères), confirmé la jurisprudence de la cour d'appel (du 26 janvier 1999 - Bianco Arbex et du 2 mars 1999 - Surbeco) selon laquelle, lorsque les agents se livrent à une enquête sur la base de l'article 47 de l'ordonnance (actuel article L. 450-3 du code de commerce), aucune disposition ne les "*contraint (...) à délimiter préalablement le marché pertinent sur lequel (leurs) investigations pourront porter*".

S'agissant du procès-verbal retraçant les déclarations du représentant d'une entreprise non mise en cause, entendue comme témoin, il n'est pas soumis au principe de non auto-incrimination. Dès lors, l'absence de mention de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 sur ce procès-verbal est sans portée (décisions [01-D-02](#) et [01-D-23](#)).

Aucune disposition légale ou réglementaire n'impose qu'il soit fait mention, dans le procès-verbal, des qualité et adresse de la personne entendue (décision [01-D-41](#)) ou que les questions posées aux personnes interrogées figurent dans le procès-verbal. En conséquence, l'absence de ces éléments au procès-verbal ne rend pas ce dernier irrégulier (décision [01-D-59](#)).

S'agissant du délai de rédaction des procès-verbaux, il convient de se reporter aux termes de l'article 31 du décret du 29 décembre 1986, selon lesquels les procès-verbaux sont rédigés dans le plus court délai et doivent énoncer la nature, la date et le lieu des constatations et des contrôles effectués. Ces dispositions n'étant pas prescrites à peine de nullité, la preuve de l'accomplissement de ces formalités peut être recherchée dans d'autres énonciations du procès verbal ou dans des éléments extrinsèques à ce dernier (décision [01-D-59](#)).

### **3.1.2. Les pouvoirs d'enquête au titre de l'article L. 450-4 du code de commerce**

#### ***a) Sur les procès-verbaux***

Les mentions des procès-verbaux établis par les agents de la DGCCRF font foi jusqu'à preuve contraire. Dès lors, les énonciations que ces procès-verbaux contiennent quant au déroulement de l'enquête (en l'espèce, la présence de l'officier de police judiciaire requis) ne peuvent être combattues par la seule attestation de la personne concernée (décision [01-D-07](#)).

Aucune disposition légale ou réglementaire n'impose que la date de signature du procès-verbal soit celle de la date de l'audition. Le procédé de rédaction par itérations successives témoigne du souci de retranscrire de façon la plus exacte possible les déclarations des personnes entendues et le fait de joindre les différentes versions corrigées à la version définitive et signée, ainsi que les échanges de courriers relatifs à ces différentes versions, ne sauraient être considérés comme témoignant d'une déloyauté des enquêteurs (décision [01-D-36](#)).

Lorsqu'une personne entendue postérieurement aux saisies par les enquêteurs est assistée d'un conseil, seule la signature de la personne entendue doit figurer sur le procès-verbal, le Conseil n'étant présent que pour assister son client. Par conséquent, le défaut de signature du conseil sur le procès-verbal n'entache pas ce dernier d'irrégularité (décision [01-D-36](#)).

Le fait que l'opération de visite et saisie ait commencé sans la présence du directeur occupant des lieux et signataire du procès-verbal et que le directeur technique de la société visitée n'ait pas signé le procès-verbal, alors qu'il a contrôlé le déroulement des opérations, ne peut entacher d'irrégularité ladite procédure, dès lors que le procès-verbal a été signé par l'officier de police judiciaire, garant de la légalité des opérations et par l'occupant des lieux (décision [01-D-36](#)).

Le procès-verbal, qui se limite à attester la notification aux intéressés de l'ordonnance autorisant les opérations de visite et de saisie n'a pas à mentionner l'objet de l'enquête, dès lors que cet objet est contenu dans l'ordonnance elle-même et que le procès-verbal ne recueille aucune déclaration (arrêt de la cour d'appel de Paris du 22 janvier 2002 - Coopérative d'exploitation et de répartition pharmaceutique).

#### ***b) Sur le déroulement des opérations***

Aucune disposition légale ou réglementaire n'impose, lors d'une opération de visite et de saisie, la présence d'un mandataire de la société désigné par son président. La présence des responsables hiérarchiques présents dans l'entreprise ou les représentants désignés de l'occupant des lieux est suffisante (décision [01-D-07](#) du 11 avril 2001). La cour d'appel de Paris a confirmé cette analyse dans un arrêt du 22 janvier 2001, soulignant que l'article L. 450-4 du code de commerce "*n'impose nullement la présence d'une personne ayant le pouvoir de diriger, gérer ou le pouvoir d'engager à titre habituel l'entreprise*".

#### ***c) Sur la portée de l'autorisation de saisie***

L'autorisation de procéder à des visites ou saisies dans des locaux permet la saisie des porte-documents et des documents situés dans ces locaux (décision [01-D-07](#)), peu important que ces documents aient été établis par une entreprise non visée dans l'ordonnance d'autorisation.

#### ***d) Sur le contrôle des opérations***

Il résulte d'un arrêt de la Cour de cassation en date du 3 octobre 1995, que les contestations au fond sur la licéité des documents présentés à l'appui des demandes d'autorisations de visites et saisies relèvent des juridictions compétentes pour apprécier la régularité de la procédure et donc, de celle du Conseil de la concurrence. En l'espèce, les contestations ne portent que sur la véracité d'éléments sur lesquels le président du TGI a accordé l'autorisation et non sur la licéité des documents. Le Conseil ne saurait exercer aucun contrôle sur l'appréciation souveraine aux termes de laquelle la demande a été considérée comme bien fondée (décision [01-D-36](#)).

#### **Le secret des affaires devant le Conseil de la concurrence**

Les enquêtes conduisent parfois les entreprises à fournir et dévoiler des informations, présentant un caractère confidentiel pour elles-mêmes ou pour des tiers, dont la révélation peut s'avérer préjudiciable.

L'article L. 463-4 du code de commerce précise : "*Le président du Conseil de la concurrence, ou un vice-président délégué par lui, peut refuser la communication de pièces mettant en jeu le secret des affaires, sauf dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à la procédure ou à l'exercice des droits des parties. Les pièces considérées sont retirées du dossier ou certaines de leurs mentions sont occultées*". Ce texte s'applique à la procédure contentieuse et à la procédure relative aux concentrations

Cette dernière disposition, fréquemment invoquée devant le Conseil, nécessite quelques éclaircissements de nature à faciliter sa mise en œuvre.

#### *Quelles informations relèvent du secret des affaires ?*

Bien que n'étant pas définies par le texte, les informations relevant du secret des affaires peuvent être circonscrites comme étant celles dont la divulgation ou la transmission à un tiers peuvent gravement léser les intérêts de l'entreprise qu'elles concernent. Il s'agit, par exemple, d'informations tenant à la rentabilité de l'entreprise, à sa clientèle, à ses pratiques commerciales, à la structure de ses coûts, à ses prix, à ses secrets et procédés de fabrication, à ses sources d'approvisionnement, à son organisation interne, à sa part de marché ainsi qu'à toutes données sensibles d'ordre commercial.

#### *A quel moment de la procédure la demande doit-elle être présentée ?*

Au stade de l'enquête administrative, le secret des affaires ne peut être opposé aux enquêteurs. C'est la raison pour laquelle il est important que les personnes qui remettent des documents signalent qu'ils relèvent du secret des affaires, afin que les enquêteurs puissent en faire état dans le procès-verbal ainsi que dans le rapport d'enquête.

Après la saisine du Conseil, les entreprises peuvent, tout au long de la procédure, demander à bénéficier des dispositions de l'article L. 463-4 du code de commerce. Toutefois, une telle demande sera plus efficace si, dans la mesure du possible pour les entreprises, elle est présentée avant la notification des griefs, qui ouvre le débat contradictoire et donc la phase de consultation des pièces du dossier.

#### *Sous quelle forme ?*

La demande de secret doit être présentée à la présidente du Conseil de la concurrence. Bien que le texte ne prévoit aucune forme particulière, les entreprises sont invitées à présenter leur requête de façon visible, spécifique et distincte par rapport à toute autre demande ou observations, dans le cadre desquelles la demande de secret des affaires peut être formulée.

#### *La décision et ses effets*

La présidente du Conseil statue après avoir examiné les arguments présentés par le demandeur et après s'être assurée auprès du rapporteur que les documents concernés sont ou non nécessaires à la procédure ou à

l'exercice des droits des parties.

La décision, notifiée au demandeur ainsi qu'à toutes les parties à la procédure, n'est susceptible d'appel que dans le cadre de la décision rendue sur le fond (article 19 du décret du 19 octobre 1987 relatif aux recours exercés devant la cour d'appel de Paris contre les décisions du Conseil de la concurrence).

Lorsque la présidente décide de faire droit à la demande, soit la pièce est retirée du dossier, soit les mentions considérées comme confidentielles sont occultées. Ces pièces ou mentions ne sont alors plus communicables et aucune référence ne peut plus y être faite, ni par le rapporteur, ni par le Conseil.

C'est pourquoi, à l'exception des hypothèses de démonstration de la recevabilité d'une saisine, il peut être inefficace de saisir le Conseil en fournissant à l'appui de la saisine un certain nombre de pièces et de présenter, ensuite, une demande de secret des affaires. En effet, s'il est fait droit à la demande, les pièces concernées ne pourront plus être utilisées par le rapporteur ou par le Conseil pour fonder leur analyse et retenir d'éventuels griefs.

## **3.2. LA SAISINE DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE**

### **3.2.1. Les auteurs de la saisine**

L'énumération des dispositions combinées des articles L. 462-1 et L. 462-5 étant limitative, un simple utilisateur du réseau français de téléphonie mobile n'a pas qualité pour saisir le Conseil (décision [01-D-72](#)). Une entreprise n'a pas davantage qualité pour saisir le Conseil d'une demande d'avis (décision [01-DA-05](#)).

### **3.2.2. Le champ de la saisine**

Le Conseil étant saisi *in rem*, il peut se prononcer sur des pratiques qui ont continué à être mises en œuvre après sa saisine, en l'espèce l'application des conditions posées pour obtenir une qualification AP-MIS concernant les marchés de détection incendie (décision [01-D-30](#)).

Pour la même raison, il n'est pas tenu par l'analyse ou la qualification effectuées par les parties ou par le rapporteur (décision [01-D-45](#)).

Dès lors qu'ils se rattachent au fonctionnement du marché dont le Conseil a été saisi *in rem* et qu'ils visent les pratiques concernées par la saisine, les griefs retenus peuvent être différents de ceux mentionnés dans les actes de saisine (décision [01-D-55](#)).

Le Conseil de la concurrence n'est pas compétent pour examiner des faits qui ne figurent pas dans la saisine initiale et dont la date n'est pas antérieure à cette saisine (décision [01-D-65](#)).

Peuvent être jointes, afin qu'il soit statué par une seule et même décision deux saisines émanant de plaignants différents, dès lors qu'elles sont "*dirigées contre la même pratique émanant d'une même entreprise, portent sur la même question et ont fait l'objet d'une instruction commune*" (décision [01-D-75](#)), même s'il s'agit de périodes successives (décision [01-D-58](#)).

La cour d'appel vérifie que la formation du Conseil qui a décidé la saisine d'office est autrement composée que la formation ayant ultérieurement statué sur le fond de l'affaire. La décision de saisine d'office n'a pas à être motivée, car ce n'est pas une décision d'"*accusation*" (arrêt du 27 novembre 2001- SA Caisse nationale du crédit agricole).

### **3.2.3. Les modalités de la saisine**

Le Conseil peut être saisi par le ministre de l'économie ou par une personne ayant reçu une délégation du ministre de l'économie.

Devant la cour d'appel de Paris, plusieurs recours en annulation des décisions du Conseil de la concurrence ont été déposés, pour nullité des saisines du ministre délégué aux finances et au commerce extérieur : était contestée l'habilitation de ce ministre à saisir le Conseil. La cour d'appel de Paris a validé ces saisines dans un arrêt du 13 décembre 2001 (Gammvert), considérant que le décret n° 95-1248 du 28 novembre 1995 habilitait bien ce ministre à saisir le Conseil, ce dernier exerçant les attributions relatives à la consommation, à la concurrence, aux marchés publics et au commerce extérieur et ayant autorité sur la DGCCRF, laquelle avait reçu délégation pour signer, au nom du ministre tous actes, arrêtés et décisions. Dans un autre arrêt du 13 novembre 2001 (SA Colas du Sud-ouest), la Cour a annulé la décision [01-D-02](#), la saisine du ministre, du 23 novembre 1995, étant antérieure au décret d'habilitation du 28 novembre 1995.

### **3.2.4. Les effets du retrait de saisine**

Une fois la saisine du Conseil déposée, son auteur n'a pas la maîtrise de la procédure engagée devant le Conseil ; ce dernier a donc la faculté de s'autosaisir, lorsqu'une saisine rétractée révèle des faits dont l'examen s'avère nécessaire du point de vue de l'ordre public économique.

Lorsque le désistement du plaignant a lieu alors que l'enquête et l'instruction ont révélé des faits qui mettent en jeu l'ordre public économique, le Conseil peut se saisir d'office et retenir le même jour sa compétence au fond, si les parties ont été informées du désistement et de la proposition de poursuivre la procédure que le rapporteur général envisageait de présenter au Conseil, et si l'affaire est en état d'être examinée au fond (décision [01-D-30](#)).

Le désistement au fond de la partie plaignante qui avait saisi le Conseil en mesure conservatoire rétroagit sur la mesure conservatoire prononcée par le Conseil de la concurrence. Dans un arrêt du 23 octobre 2001, la cour d'appel considère que le désistement implique la renonciation de la partie plaignante à l'exécution des mesures conservatoires. Saisie d'un recours contre une décision du Conseil condamnant une société pour non respect des injonctions prononcées à titre de mesures conservatoires, la Cour annule cette décision. Le Conseil avait donné acte du désistement ; la Cour en a tiré argument pour dire qu'il n'y a pas eu de dommage à l'économie, distinct du dommage à la plaignante, qui justifierait le maintien des mesures conservatoires.

## **3.3. L'EXAMEN DES MESURES CONSERVATOIRES**

### **3.3.1. La recevabilité des demandes de mesures conservatoires**

La loi du 15 mai 2001 a modifié la rédaction de l'article L. 462-8 du code de commerce, lequel énonce désormais, dans son alinéa 2, que le Conseil "*peut aussi rejeter la demande par décision motivée lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants*". Avant cette réforme, le texte prévoyait que l'absence de tels éléments conduisait à l'irrecevabilité de la demande. Le nouveau texte modifie donc la sanction de

l'absence d'éléments suffisamment probants, et substituée à la sanction d'irrecevabilité celle du rejet de la saisine.

### **3.3.2. Le bien-fondé des demandes de mesures conservatoires**

#### ***a) Lien direct de causalité entre les pratiques dénoncées et la situation de l'entreprise***

D'une manière générale, le prononcé de mesures conservatoires est subordonné à l'établissement d'un lien direct de causalité entre les pratiques anticoncurrentielles dénoncées et la situation d'urgence.

Le Conseil a ainsi refusé d'accorder des mesures conservatoires, considérant que la corrélation directe entre les pratiques dénoncées et la situation financière de l'entreprise saisissante n'était pas établie et, qu'en conséquence, la preuve que ces pratiques étaient de nature à porter une atteinte grave et immédiate à ses intérêts n'était pas rapportée. Les pratiques dénoncées remontaient à 1992 et l'entreprise ne produisait ses comptes qu'à partir de 1997. Or, l'examen de ces comptes faisait apparaître des résultats annuels très contrastés (parfois bénéficiaires). Par ailleurs, la part de marché de la société restait stable par rapport à son concurrent (décision [01-MC-02](#)).

#### ***b) Réalité de l'urgence invoquée pour soutenir l'existence d'une atteinte grave et immédiate***

Une lettre adressée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel à une société de Télévision lui enjoignant de signer sans délai une convention, sans laquelle cette société ne pourra plus diffuser ses programmes, et alors que les pratiques anticoncurrentielles invoquées rendraient impossible le respect de ladite convention, contribue à établir la réalité de l'urgence invoquée à l'appui d'une demande de mesures conservatoires (décision [01-MC-01](#)).

*"Un manque à gagner, à le supposer démontré, est insuffisant à lui seul pour caractériser l'atteinte grave et immédiate justifiant le prononcé de mesures d'urgence"* (décision [01-MC-04](#)).

#### ***c) Atteinte grave et immédiate aux intérêts de l'entreprise***

Des pratiques anticoncurrentielles de la part de l'opérateur historique susceptibles de ralentir l'ouverture à la concurrence des marchés de télécommunications et intervenant lors d'étapes clés de cette ouverture sont, de ce seul fait, de nature à causer une atteinte grave et immédiate aux intérêts des concurrents, au secteur des télécommunications et aux intérêts des consommateurs (décision [01-MC-06](#)).

Un manque à gagner par rapport à des hypothèses théoriques alors que, par ailleurs, le chiffre d'affaires réel est en augmentation, est insuffisant en lui-même pour établir l'existence d'une atteinte grave et immédiate aux intérêts de l'entreprise justifiant le prononcé de mesures conservatoires (décision [01-MC-04](#)).

Le lien de causalité entre les pratiques anticoncurrentielles dénoncées et la situation de l'entreprise invoquée pour établir l'existence d'une atteinte grave et immédiate à ses intérêts ne peut être établi par la seule production de comptes traduisant l'existence d'un déficit à la date des faits ou une dégradation récente de la situation financière. En l'espèce, les pratiques dénoncées duraient depuis de nombreuses années pendant lesquelles elle avait enregistré, à

plusieurs reprises, des bénéfiques. Pour d'autres années, elle n'avait produit aucune donnée financière (décision [01-MC-02](#)).

***d) Atteinte grave et immédiate au secteur ou à l'économie***

Des pratiques qui constituent pour des investisseurs potentiels des signaux susceptibles de décourager pour plusieurs années l'investissement dans le secteur des télécommunications alors que sur le marché considéré (celui des cartes téléphoniques prépayées), on observe un retrait de plusieurs opérateurs, portent une atteinte grave et immédiate au processus d'ouverture à la concurrence des marchés de télécommunications et, par là, une atteinte grave et immédiate au secteur ou à l'économie (décision [01-MC-07](#)).

Des pratiques anticoncurrentielles de la part de l'opérateur historique susceptibles de ralentir l'ouverture à la concurrence des marchés de télécommunications et intervenant lors d'étapes clés de cette ouverture sont, de ce seul fait, de nature à causer une atteinte grave et immédiate aux intérêts des concurrents et au secteur des télécommunications (décision [01-MC-06](#)).

Des pratiques qui ne concernent que les relations commerciales existant entre deux fournisseurs et un distributeur à propos de deux produits ne peuvent être regardées comme susceptibles de porter une atteinte grave et immédiate au secteur ou à l'économie dès lors que, d'une part, le secteur comporte de nombreux autres produits et que, d'autre part, la distribution des produits litigieux est assurée par de nombreux autres opérateurs (décision [01-MC-04](#)).

La mise en service de nouveaux bateaux, la diminution des temps de trajet au cours de la période de commission des pratiques dénoncées, la présence d'une troisième compagnie de navigation autre que la saisissante et la partie adverse, conduisent à écarter le risque d'une atteinte grave et immédiate au secteur des liaisons maritimes entre le continent et l'île d'Yeu (décision [01-MC-02](#)).

La disparition d'une des deux seules chaînes de télévision diffusant du cinéma en paiement à la séance porterait une atteinte grave et immédiate au secteur concerné, d'autant que ce type de chaîne représente un élément d'attractivité pour les bouquets de chaînes offerts dans le cadre des offres satellitaires ou sur le câble et que cette disparition pourrait décourager de nouveaux entrants (décision [01-MC-01](#)).

***e) Atteinte grave et immédiate aux intérêts des consommateurs***

Des pratiques anticoncurrentielles de la part de l'opérateur historique susceptibles de ralentir l'ouverture à la concurrence des marchés de télécommunications et intervenant lors d'étapes clés de cette ouverture sont, de ce seul fait, de nature à causer une atteinte grave et immédiate aux intérêts des consommateurs (décision [01-MC-06](#)).

Des pratiques qui ne concernent que les relations commerciales existant entre deux fournisseurs et un distributeur à propos de deux produits ne peuvent être regardées comme susceptibles de porter une atteinte grave et immédiate aux intérêts des consommateurs dès lors que, d'une part, le secteur comporte de nombreux autres produits et que, d'autre part, la distribution des produits litigieux est assurée par de nombreux autres opérateurs (décision [01-MC-04](#)).

La mise en service de nouveaux bateaux, la diminution des temps de trajet au cours de la période de commission des pratiques dénoncées, la présence d'une troisième compagnie de navigation autre que la saisissante et la partie adverse conduisent à écarter le risque d'une atteinte grave et immédiate aux intérêts des clients des liaisons maritimes entre le continent et l'île d'Yeu (décision [01-MC-02](#)).

La disparition d'une des deux seules chaînes de télévision diffusant du cinéma en paiement à la séance porterait une atteinte grave et immédiate aux intérêts des consommateurs dont le choix se trouverait limité (décision [01-MC-01](#)).

### **3.3.3. La nature des mesures conservatoires accordées**

#### ***a) Mesures conservatoires que le Conseil ne peut accorder***

Le Conseil ne peut pas adopter de mesures conservatoires ayant pour but de remédier à une situation qui n'est pas due aux pratiques anticoncurrentielles invoquées dans la saisine au fond. C'est ainsi que le Conseil n'a pas estimé devoir prendre une mesure consistant à enjoindre à France Télécom de poursuivre la fourniture d'un service d'accès à son réseau à un opérateur de cartes prépayées qui refusait d'honorer les factures de France Télécom dès lors que l'importance des impayés ne s'expliquait pas par la seule existence des abus de position dominante et invoqués qui auraient été commis dans la fixation des tarifs d'accès (décision [01-MC-07](#)).

Enjoindre à une société de filialiser l'une de ses activités ne semble pas relever de la catégorie des mesures d'urgence susceptibles d'être adoptées à titre de mesure conservatoire (décision [01-MC-07](#)).

Le Conseil ne peut, par le biais de mesures conservatoires, mettre fin à des pratiques tarifaires lorsque la saisine ne comporte aucune démonstration du caractère abusif desdits tarifs et lorsque l'instruction de la demande de mesure conservatoire ne permet pas de conclure qu'elles ont un caractère manifestement prohibé (décision [01-MC-07](#)).

#### ***b) Mesures conservatoires pouvant être accordées***

S'il existe un risque de capture d'un marché par un opérateur dominant (en l'espèce, France Télécom) et si l'urgence est démontrée, le Conseil peut enjoindre à l'opérateur dominant d'orienter ses tarifs d'accès à une facilité essentielle vers les coûts qu'il supporte (décision [01-MC-07](#)).

Alors que des contrats en cours passés entre France Télécom et ses clients, des offres faites sur le marché ainsi que des campagnes de marketing en cours risquent de dissuader les clients de recourir aux services des concurrents, le Conseil peut accorder des mesures conservatoires consistant à suspendre les campagnes publicitaires litigieuses en tant qu'elles présentent de façon groupée des services en concurrence et des services sur lesquels France Télécom conserve un monopole de fait, à suspendre la commercialisation des offres problématiques, à modifier pour l'avenir ses offres tarifaires et à proposer de nouvelles offres découplées aux clients en les informant de la situation nouvelle d'ouverture à la concurrence des communications locales (décision [01-MC-06](#)).

Le Conseil peut enjoindre à un opérateur dominant de cesser de présenter l'une de ses offres comme incompatible avec les services offerts, sur un autre marché, par ses concurrents (décision [01-MC-06](#)).

Il a été enjoint aux sociétés Canal Plus et Kiosque, ainsi qu'à toute société venant à leurs droits du fait de la fusion entre les sociétés Vivendi et Universal, de s'abstenir de procéder, directement ou indirectement, à l'acquisition de droits de diffusion télévisuelle exclusifs de films d'expression française récents pour le paiement à la séance (décision [01-MC-01](#)).

Par le biais de mesures conservatoires, le Conseil peut prononcer des injonctions non seulement à l'égard des entreprises en cause dans l'instance, mais aussi à l'égard de toute société venant à leur droits dans le cadre de la réorganisation en cours du groupe. De même, la pratique interdite par l'injonction peut être directe (du fait de l'entreprise en cause elle-même) ou indirecte (décision [01-MC-01](#)).

### **3.3.4. L'instruction des mesures conservatoires**

*"Aucune disposition du code de commerce et du décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 n'impose de délais pour la mise en état de procédures de mesures conservatoires qui se caractérisent par l'urgence mais dont l'instruction doit permettre, dans un temps nécessairement restreint, de réunir le plus d'éléments possible sur le bien fondé de la demande ; (...) le président du Conseil, usant de la faculté qu'il tient de l'article 15 du décret précité, décide, pour une meilleure organisation du débat, de fixer des délais aux parties, le dépôt de pièces après l'expiration du temps imparti ne saurait justifier, sur ce seul fondement, leur rejet de la procédure dès lors que la partie adverse a bénéficié d'un temps suffisant pour assurer sa défense au regard des pièces ainsi produites"* (décision [01-MC-06](#)).

### **3.3.5. Le jugement des mesures conservatoires**

Dans un arrêt du 9 octobre 2001 (société Béton travaux), la Cour de cassation a jugé que la formation du Conseil ayant statué sur la demande de mesure conservatoire doit être autrement composée que la formation statuant au fond. La Cour considère en effet que la formation qui s'est prononcé sur le caractère prohibé des pratiques dans la procédure de mesures conservatoires, ne peut statuer à nouveau au fond, sans manquer objectivement au principe d'impartialité.

## **3.4. L'INSTRUCTION**

### **3.4.1. La notification des griefs**

Le moyen selon lequel l'envoi de la notification de griefs durant les vacances d'été aurait nui aux droits de la défense est sans portée, dès lors qu'il n'est pas démontré que la partie mise en cause n'ait pas disposé du délai légal de consultation au siège du Conseil de deux mois (décision [01-D-13](#)).

La délivrance de photocopies est une simple faculté qu'exerce le Conseil, à laquelle il ne procède que dans la mesure où ces demandes sont compatibles avec les moyens matériels disponibles (décision [01-D-14](#)).

L'envoi de la notification de griefs ouvre la phase contradictoire de la procédure devant le Conseil. Les auditions antérieures à cet envoi ne donnent pas matière à l'établissement d'un procès-verbal (décision [01-D-15](#)).

Le fait que la notification des griefs complémentaire ne se prononce pas sur l'éventuel abandon ou maintien des griefs contenus dans la notification de griefs initiale ne crée pas de confusion portant atteinte aux droits de la défense, dès lors que ces derniers sont contenus dans le rapport. En effet, aux termes de l'article 18 du décret du 29 décembre 1986, il est de la fonction même du rapport de contenir l'exposé des griefs finalement retenus et le rappel des autres griefs et, non celle de la notification des griefs complémentaire (décision [01-D-41](#)).

*"Aucune disposition de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 (...), n'interdit au président du Conseil de la concurrence, d'adresser une ou plusieurs notifications de griefs complémentaires, dès lors que les parties ont, conformément aux dispositions de l'article 21 de cette ordonnance, bénéficié à chaque étape de la procédure d'un délai de deux mois pour consulter le dossier et présenter leurs observations ; (...) de même, aucun texte, ni principe général du droit, n'interdit au rapporteur de modifier, en cours d'instruction, son appréciation et le raisonnement qui l'a déterminé ni ne limite le recours à des notifications de griefs complémentaires, qui, selon les circonstances propres à chaque procédure, peuvent aussi bien concerner des griefs supplémentaires résultant de la qualification de faits nouveaux qu'une qualification différente de faits précédemment retenus"* (décisions [01-D-59](#) et [01-D-77](#)).

Ce principe, garanti par l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, s'applique aux poursuites engagées par le Conseil de la concurrence, assimilées à une accusation en matière pénale. Le Conseil a considéré que *"le principe d'impartialité impose que l'autorité de décision soit séparée de l'organe auquel sont confiés l'instruction du dossier et le rassemblement, le cas échéant, des éléments à charge"*.

En l'espèce, le rapporteur, qui établit des actes d'accusation, avait communiqué, à un des vice-présidents du Conseil, un projet de notification de griefs. Bien que ce vice-président n'ait pas participé à la formation de jugement, que l'impartialité de celle-ci n'ait pu être mise en cause et qu'aucun élément n'ait permis de démontrer que cette consultation avait influencé le rapporteur, le Conseil, faisant application des principes dégagés dans les arrêts Piersack et De Cubber de la Cour européenne des droits de l'homme, a jugé que l'impartialité objective du rapporteur, dans la conduite de son instruction, pouvait être mise en cause, tout doute légitime n'étant pas exclu sur le point de savoir si l'organe d'instruction du dossier présentait toutes les garanties d'indépendance requises. En conséquence, tous les actes postérieurs à cette communication ont été écartés du dossier et l'affaire a été renvoyée à l'instruction (décision [01-D-22](#)).

### **3.4.2. Le rapport**

En vertu de l'article L. 463-2, le rapport du rapporteur doit être communiqué au *"ministre intéressé"*. En application de la jurisprudence, restrictive, de la Cour de cassation (arrêt du 27 novembre 2001 - SA Caisse nationale du crédit agricole) et de la cour d'appel de Paris (arrêt du 22 janvier 2002 - Coopérative d'exploitation et de répartition pharmaceutique), le rapport n'a pas à être notifié à un ministre qui n'est pas *"intervenue à un quelconque moment pour apprécier, favoriser ou condamner les pratiques d'entente examinées par le Conseil"* (décision [01-D-07](#)).

Le rapporteur n'a pas à se substituer au Conseil dans le pouvoir d'appréciation des dossiers qui lui sont soumis. Dès lors, même à supposer que le rapporteur ait omis d'écartier de son rapport les pièces irrégulièrement saisies, il ne saurait en résulter la nullité du rapport (décision [01-D-17](#)).

### **3.4.3. La durée de la procédure**

La sanction d'une durée excessive de la procédure au regard de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas la nullité de la procédure mais la réparation du préjudice découlant de l'atteinte aux droits de la défense (décision [01-D-36](#)).

La sanction qui s'attache au caractère déraisonnable de la durée de la procédure n'est pas la nullité de cette dernière, mais le versement d'une indemnité en réparation du préjudice subi. La nullité pourrait, cependant, être encourue si les parties établissaient qu'elles n'avaient pas été en mesure d'exercer normalement leurs droits de la défense. En l'espèce, aucune atteinte à leurs droits n'a été démontrée par les parties (décision [01-D-59](#)).

La cour d'appel a cependant admis la possibilité de fixer les sanctions en tenant compte de certaines conséquences de la durée de la procédure, estimant inéquitable de prendre en considération le dernier chiffre d'affaires de la société incriminée quand ce chiffre d'affaires a cru de manière significative depuis le début de la procédure, pour des raisons étrangères à la pratique ou au loyer de l'argent (arrêt du 13 décembre 2001 - SA Apprin Agglos).

### **3.4.4. Le principe d'impartialité**

Le principe d'impartialité, garanti par l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, s'applique aux poursuites engagées par le Conseil de la concurrence, assimilées à une accusation en matière pénale ; le Conseil a disposé que *"le principe d'impartialité impose que l'autorité de décision soit séparée de l'organe auquel sont confiés l'instruction du dossier et le rassemblement, le cas échéant, des éléments à charge"*.

En l'espèce, le rapporteur, qui établit des actes d'accusation, avait communiqué, à un des vice-présidents du Conseil, un projet de notification de griefs ; bien que ce vice-président n'ait pas participé à la formation de jugement et que l'impartialité de celle-ci ne puisse être mise en cause et qu'aucun élément ne permette de démontrer que cette consultation ait influencé le rapporteur, le Conseil, faisant application des principes dégagés dans les arrêts Piersack et De Cubber de la Cour européenne des droits de l'homme, a jugé que l'impartialité objective du rapporteur, dans la conduite de son instruction, pouvait être mise en cause, tout doute légitime n'étant pas exclu sur le point de savoir si l'organe d'instruction du dossier présentait toutes les garanties d'indépendance requises. En conséquence, tous les actes postérieurs à cette communication sont écartés du dossier et l'affaire renvoyée à l'instruction (décision [01-D-22](#)).

### **3.4.5. Le déroulement de la séance**

Dans un arrêt du 25 avril 2001 (société Laurent Bouillet), la Cour de cassation a jugé que lorsque le Conseil procède à des auditions en séance, il n'a pas à répondre aux observations orales faites en séance dans sa décision, l'important étant que ces observations aient pu être développées contradictoirement durant la séance et aient contribué au processus décisionnel du Conseil.

## **4. La preuve des pratiques anticoncurrentielles**

### **4.1. PREUVES ADMISSIBLES**

Un procès-verbal recueillant les déclarations d'un responsable d'entreprise sur plusieurs marchés de travaux publics, se référant partiellement au contenu de pièces irrégulièrement saisies, peut être utilisé comme preuve d'une pratique anticoncurrentielle, car il est possible de valider les déclarations relatives au contenu de pièces régulièrement saisies (décision [01-D-17](#)).

Les documents saisis et non précisément datés peuvent valablement être utilisés à titre de preuve, dès lors qu'ils peuvent être situés dans le temps avec une probabilité raisonnable, compte tenu de leur contenu, voire de leur position parmi les documents saisis. L'absence de signature et de date par l'auteur de notes manuscrites n'invalide pas ces dernières, dès lors que leur validité n'est pas soumise à une telle obligation et ne lui retire pas son caractère d'élément contribuant au faisceau d'indices susceptibles d'établir l'existence de pratiques anticoncurrentielles (décision [01-D-36](#)).

Si le Conseil ne peut sanctionner des faits remontant à plus de trois ans avant sa saisine, il peut toutefois, éclairer les faits non prescrits par des pièces remontant à plus de trois ans (décision [01-D-36](#)).

La cour d'appel a admis, dans un arrêt du 13 décembre 2001 (SA Apprin Agglos), la possibilité d'utiliser, pour fonder des griefs, une déclaration téléphonique anonyme reçue par un enquêteur et retranscrite par écrit par celui-ci, "*dès lors qu'il n'est pas démontré que l'enquêteur aurait mis en œuvre des procédés déloyaux ou contraires à l'équité, que le procès-verbal (retraçant ces déclarations) permet d'apprécier la teneur des déclarations dont il s'agit et que celles-ci sont corroborées par d'autres indices graves, précis et concordants (...)*".

### **4.2. VALEUR PROBATOIRE DES INDICES**

*"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 ; (...) en revanche, la preuve d'une telle entente peut être établie lorsque des éléments autres que la constatation du parallélisme de comportement se conjuguent avec ce dernier pour constituer avec lui un faisceau d'indices graves, précis et concordants"* (décision [01-D-20](#)).

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 (décision [01-D-13](#)).

## **5. La qualification des pratiques**

Les articles L. 420-1 et L. 420-2 prohibent les ententes et les abus de position dominante ou de dépendance économique, lorsque ces pratiques ont un objet ou peuvent avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur un marché. Le respect des principes de liberté

contractuelle et d'entreprendre ont conduit à ne considérer comme prohibées que les pratiques qui ont ou peuvent porter une atteinte sensible au jeu de la concurrence. La condition de l'effet sensible est désormais un élément de qualification des pratiques et conduit, en conséquence, le Conseil à examiner les effets concrets, avérés ou potentiels des pratiques soumises à son examen. Dans sa décision [01-D-17](#), le Conseil a cependant repris les termes d'un arrêt de la Cour de cassation en date du 13 février 2001 (ordre des avocats au barreau de Marseille), par lequel il a été précisé que la preuve de l'atteinte sensible ou de la potentialité d'atteinte sensible à la concurrence peut résulter des caractéristiques intrinsèques des pratiques elles-mêmes, indépendamment de la mesure de l'influence directe de la pratique

#### **5.1. CONCERTATION DANS LE CADRE D'APPELS D'OFFRES PUBLICS OU PRIVÉS**

Une concertation sur le montant des offres, préalablement au dépôt de celles-ci, a nécessairement eu un effet sensible sur le fonctionnement de la concurrence :

- en limitant l'indépendance des offres (décisions [01-D-13](#) et [01-D-17](#)) ;
- dès lors que sans cette pratique, l'une des entreprises aurait pu présenter une offre plus basse (décision [01-D-20](#)) ;
- en ce qu'elle fait obstacle à la libre fixation des prix par le jeu du marché et en ce qu'elle est susceptible de tromper le maître d'ouvrage sur l'étendue de la concurrence sur le marché (décision [01-D-59](#)).

Une concertation aux termes de laquelle des entreprises titulaires de délégations de transports scolaires et candidates au renouvellement de ces délégations, conviennent de ne déposer d'offres que sur les lots dont elles assuraient déjà l'exploitation, entraîne un effet sur le marché. En effet, cette concertation a permis aux entreprises qui y participaient d'avoir la certitude qu'elles ne seraient pas concurrencées sur les marchés dont elles étaient titulaires, alors que l'imprévisibilité du comportement des concurrents doit conduire à la recherche de l'efficacité au meilleur prix (décision [01-D-77](#)).

Sur le fondement de ces principes, ont été écartées comme étant sans portée sur la qualification des pratiques, les moyens suivants :

- l'économie réalisée par le maître d'ouvrage (décision [01-D-13](#)) ;
- la présentation d'offres proches des estimations faites par le maître d'ouvrage (décision [01-D-13](#)) ;
- la perte par certaines entreprises des lots qu'elles détenaient (décision [01-D-13](#)) ;
- le fait que les entreprises qui se sont entendues n'aient pas été déclarées attributaires du marché (décisions [01-D-14](#), [01-D-17](#) et [01-D-20](#)) ;
- le fait qu'une entente n'ait pas concerné l'ensemble des soumissionnaires à l'appel d'offres (décision [01-D-59](#)) ;
- le fait que la pratique ait eu un effet limité dans le temps et dans ses conséquences (décision [01-D-41](#)).

## 5.2. ENTENTES HORIZONTALES, DE RÉPARTITION DE MARCHÉ OU D'ENTRAVE À L'ENTRÉE SUR LE MARCHÉ

Exemples de raisonnements ayant conduit à qualifier des ententes anticoncurrentielles horizontales :

- l'accord et la concertation mis en œuvre par les grossistes répartiteurs pharmaceutiques pour refuser de livrer les pharmaciens faisant appel à un nouvel entrant sur le marché, s'ils n'ont pas empêché l'implantation de ce dernier, ont néanmoins pu avoir pour effet de limiter son expansion, puisque malgré des conditions commerciales attractives, sa part de marché est restée très limitée (décision [01-D-07](#)) ;
- même s'il n'est pas possible au vu des éléments du dossier de déterminer de façon précise l'effet anticoncurrentiel d'un accord entre entreprises visant à stabiliser leurs parts de marché au plan national, cet accord a pu affecter l'ensemble du marché de la distribution du médicament en France (décision [01-D-07](#)) ;
- les clauses du règlement intérieur d'un GIE de taxis, qui sont de nature à limiter l'accès au marché et le libre exercice de la concurrence entre artisans, ont, compte tenu du poids relatif considérable des adhérents du GIE sur les marchés pertinents, un effet sur ces marchés. En revanche, la clause instaurant une priorité pour la voiture stationnée en premier dans la file d'attente des taxis, dans la mesure où son effet même potentiel n'est pas établi, ne constitue pas une pratique prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce (décision [01-D-32](#)) ;
- une pratique de concertation mise en œuvre par des sociétés émettrices de titres restaurants pour se partager le marché avait un objet anticoncurrentiel et a nécessairement eu un tel effet en portant atteinte à la liberté de choix des employeurs (décision [01-D-41](#)) ;
- l'entente, entre les mêmes partenaires, visant à fixer en commun un taux de commission payable par les restaurateurs bénéficiant du système ticket-restaurant, est susceptible d'avoir une incidence tant sur le niveau des commissions versées par les restaurateurs que, de façon indirecte, sur celui des rémunérations versées par les employeurs aux émetteurs de titres, puisque l'augmentation des commissions versées par les restaurateurs peut favoriser une diminution de ces rémunérations (décision [01-D-41](#)).

Il arrive relativement fréquemment que, sans invoquer de cause d'exemption, les parties fassent valoir un certain nombre d'éléments qu'elles estiment de nature à justifier leurs comportements et à écarter la qualification d'entente anticoncurrentielle. À cet égard, le Conseil a, en 2001, considéré qu'étaient sans influence sur la qualification des pratiques :

- la mise en œuvre par les concurrents de pratiques déloyales (décision [01-D-07](#)) ;
- le changement de stratégie de la part d'entreprises ayant initialement participé à l'entente (décision [01-D-13](#)) ;
- la faible contestabilité du marché, la prime à l'entreprise sortante, ou l'obligation, énoncée par le cahier des charges, selon laquelle les entreprises associées au sein d'une centrale commune devaient soumissionner en groupement (décision [01-D-14](#)) ;
- la compromission du maître d'ouvrage avec les entreprises (décision [01-D-14](#), reprenant les termes d'un arrêt de la Cour de cassation du 6 octobre 1992) ou de certains clients (décision [01-D-63](#)) ;
- l'application du principe de délicatesse au sein d'une profession (décision [01-D-55](#)) ;
- la connaissance par l'administration de l'existence des comportements (décision [01-D-63](#)) ;

- le caractère généralisé des pratiques (décision [01-D-63](#)).

### **5.3. EN MATIÈRE DE DISTRIBUTION**

Exemples de raisonnement ayant conduit à refuser de qualifier des ententes verticales :

- compte tenu de la part de 25 % détenue par la société Bausch & Lomb sur le marché concerné et de la possibilité dont disposaient les distributeurs de vendre d'autres marques de lunettes solaires, il n'est pas établi que les clauses relatives aux critères de sélection des distributeurs et leur application aient pu avoir un effet anticoncurrentiel (décision [01-D-45](#)) ;
- la part de marché de 2,5 % détenue par le groupe Benetton sur le marché du prêt-à-porter n'est pas telle qu'une pratique de prix de revente au public imposés aurait eu ou pu avoir un effet sensible sur la concurrence (décision [01-D-58](#)).

### **5.4. ABUS DE POSITION DOMINANTE VISANT À ENTRAVER L'ENTRÉE SUR LE MARCHÉ D'UN CONCURRENT**

Peuvent être qualifiées d'abus de position dominante, des clauses de fidélisation, même si elles ne sont pas mises en œuvre et même si la concurrence fait preuve d'une faible combativité, ne sont pas pour autant privées de leurs effets potentiels (décision [01-D-23](#)).

Ce principe a été énoncé dans le cadre de l'examen, par le Conseil, de remises de fidélité proposées et mises en œuvre par la société Abbott, au moment où tombait dans le domaine public le brevet d'exclusivité qu'elle détenait sur le principe actif d'un gaz anesthésique dénommé Isoflurane. La société Abbott, dont la position dominante sur le marché était démontrée, faisait valoir que la bonne résistance de son produit par rapport au produit générique, lors de son arrivée sur le marché, était due moins au système de remises qui lui était reproché qu'aux erreurs techniques et commerciales commises par son concurrent. En l'espèce, le caractère sensible de l'effet sur le marché était caractérisé par le fait que, lors de l'entrée de son concurrent sur le marché de l'Isoflurane, la société poursuivie avait proposé à des centrales d'achat d'hôpitaux privés et de cliniques qui fédéraient des acheteurs représentant un tiers de la consommation annuelle d'Isoflurane en France, des contrats contenant des remises aux membres de ces centrales de nature à les dissuader de se fournir auprès de son concurrent.

## **6. L'imputabilité des pratiques**

Pour un approfondissement des principes régissant cette question, le lecteur est invité à se reporter au développement qui leur est consacré dans la partie "*Études thématiques*" (deuxième partie).

Les principales décisions rendues ont été les suivantes.

### **6.1. L'IMPUTABILITÉ ENTRE SOCIÉTÉ MÈRE ET FILIALE**

Lorsqu'une société mise en cause avance que le responsable des faits retenus serait une de ses structures locales, il lui appartient de faire la preuve de l'autonomie cette dernière et donc de sa nature d'"*entreprise*". Sont considérées comme autonomes, les structures qui définissent leur propre stratégie commerciale, financière et technique et qui peuvent s'affranchir du contrôle hiérarchique de la société mère. La seule mention d'une délégation de signature ou, a

*fortiori*, la seule affirmation d'une indépendance fonctionnelle, ne suffisent pas à établir l'existence d'une telle autonomie (décision [01-D-14](#)) ;

Quelle que soit l'ampleur de la délégation de pouvoir consentie au responsable d'une structure locale, celle-ci n'est considérée comme constituant une entreprise que s'il est démontré que ce responsable n'est pas un salarié soumis au pouvoir hiérarchique de la société mère ou qu'il est contractuellement et effectivement affranchi des directives émanant de celle-ci et de son contrôle et qu'il dispose de la pleine liberté de contracter, de décider de sa propre politique d'investissements, de sa propre gestion de son personnel et de sa propre stratégie commerciale, industrielle, technique et financière (décision [01-D-14](#)) ;

## **6.2. L'IMPUTABILITÉ EN CAS DE TRANSFORMATION DE L'ENTREPRISE**

La notion de continuité économique et fonctionnelle ne trouve application en droit de la concurrence, que dans les cas où la personne morale, qui représente l'entreprise concernée et qui s'est livrée aux pratiques faisant l'objet de griefs, a cessé d'exister, ce qui conduit alors à déterminer quelle autre personne morale assure la continuité de l'entreprise. En revanche, lorsque la personne morale qui s'est livrée aux pratiques en cause continue d'exister, elle reste responsable de ces pratiques, même si elle a transféré à une autre personne morale les moyens matériels et humains concernés par la pratique (décisions [01-D-14](#), [01-D-17](#) et [01-D-45](#)) ;

Une société formée par la fusion d'entreprises et dans laquelle a été absorbée une entreprise à l'encontre de laquelle des pratiques ont été relevées, assure la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise absorbée et doit répondre des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par cette dernière (décision [01-D-13](#)) ;

Une association qui a repris l'activité de qualification délivrée par une association dissoute assure la continuité économique et fonctionnelle de celle-ci et doit répondre des pratiques anticoncurrentielles que peuvent constituer les critères élaborés pour octroyer la qualification en cause, ainsi que leur mise en œuvre (décision [01-D-30](#)) ;

Une société qui a acquis, auprès d'une indivision successorale, un fonds de commerce dans le cadre duquel les pratiques ont été commises, ce fonds étant exploité, à l'époque des faits, en location gérance par une société qui a cessé ses activités et a été radiée du registre du commerce, assure la continuité économique et fonctionnelle de l'auteur des pratiques (décision [01-D-77](#)) ;

La mise en redressement judiciaire d'une entreprise auteur de pratiques anticoncurrentielles, dont les actifs ont été cédés, mais qui n'a pas cessé d'exister juridiquement, ne la fait pas échapper à la responsabilité des pratiques qu'elle a pu mettre en œuvre et dont elle doit répondre, mais il ne peut être prononcé de sanctions à son encontre, en raison de sa mise en liquidation judiciaire, prononcée en cours de procédure (décision [01-D-20](#)) ;

Une société, qui a cédé à une autre le fonds de commerce dans le cadre duquel les pratiques ont été mises en œuvre, puis qui a été mise en liquidation judiciaire, sans que les opérations de liquidation soient achevées, doit répondre des pratiques qu'elle a mises en œuvre, qui ne sauraient être imputées à la société cessionnaire du fonds de commerce. Cependant, compte tenu de la procédure collective dont la société auteur des pratiques fait l'objet, il n'y a pas lieu de reprendre les poursuites à son encontre (décision [01-D-63](#)).

## Chapitre II - Les marchés pertinents

### 1. La définition des marchés

Pendant longtemps, le marché pertinent n'a pas fait l'objet de développement spécifique en matière d'entente dans la mesure où il n'entrait en ligne de compte que dans le cadre de l'appréciation de l'effet anticoncurrentiel des pratiques qui, bien souvent peut être apprécié sans que soient déterminés avec précision les contours du marché. En 2001, plusieurs décisions ont examiné cette question dans le cadre de l'analyse au regard des principes énoncés par le règlement communautaire n° 2790/1999, relatif aux pratiques verticales restrictives, puisque la part détenue par un fournisseur sur le marché qu'il alimente constitue un indice de l'importance de son pouvoir sur ce marché et donc de l'impact des pratiques restrictives qu'il peut mettre en œuvre dans le cadre de son réseau de distribution. C'est ainsi que des marchés pertinents ont été définis dans les affaires d'entente suivantes : affaire Ray-Ban, affaire Benetton.

Dans l'affaire Ray-Ban, le Conseil a précisé que les produits de la marque Ray-Ban relèvent de la gamme des lunettes solaires qui comporte deux segments : celui des produits dits d'utilisation urbaine et celui des produits d'utilisation sportive. Se fondant sur les déclarations recueillies au cours de l'enquête qui conduisaient à constater que le choix d'un modèle par le consommateur n'est pas nécessairement lié à l'usage auquel le modèle est destiné et que l'aspect esthétique peut être déterminant, le Conseil a considéré que l'ensemble des lunettes solaires devait être regardé comme constituant un seul et même marché (décision [01-D-45](#)).

Dans l'affaire Benetton, le Conseil a écarté le moyen selon lequel il faudrait distinguer un marché du prêt à porter et un marché de la maille. Il a considéré à cet égard que les coloris particuliers aux produits en maille Benetton et le fait que les modèles soient identiques pour tous les membres d'une même famille, ne suffisent pas à établir que les consommateurs considèrent les produits de cette marque, ou ceux de marque pratiquant éventuellement la même politique commerciale, comme non substituables aux produits offerts par d'autres fabricants de vêtements. En outre, il a été relevé que la société Benetton exerçait son activité à 50 % dans la maille et 50 % dans le prêt à porter, que ces deux types de vêtements se prêtaient, au moins en partie, au même usage et enfin, que les boutiques travaillant sous la marque Benetton et celles des autres chaînes proposaient à la vente ces deux types de produits. Il a en conséquence, retenu comme étant pertinent le marché du vêtement prêt-à-porter incluant les produits en maille (décision [01-D-58](#)).

La Cour de cassation a rappelé l'importance du critère de la demande dans la définition du marché pertinent, dans un arrêt du 22 mai 2001 (Société routière de l'Est Parisien).

Pour apprécier l'existence d'offres substituables à celle d'un médicament donné et pour définir la disponibilité de produits constituant des moyens alternatifs satisfaire la même demande de soins, il convient de tenir compte à la fois des spécificités techniques de ce médicament et du comportement des médecins prescripteurs (cour d'appel de Paris, 6 mai 1997).

L'analyse de la spécificité de la demande, pour un produit médical utilisé en hôpital, repose à la fois sur les comportements d'achat des établissements et sur le degré de précision des actes de prescription des médecins. Constitue de ce fait un marché pertinent à lui seul, le produit qui est mentionné en tant que tel par les acheteurs et qui est prescrit spécifiquement par les

médecins selon des choix techniques, même s'il appartient à une catégorie de produits destinés au même usage (décision [01-D-23](#)).

Les zones de chalandise des points de vente de la grande distribution sont déterminées, notamment, par les temps de déplacement nécessaires pour accéder aux magasins considérés. Ce critère varie selon l'attractivité et la taille des magasins, les temps généralement retenus étant compris entre 10 et 15 minutes de temps de déplacement en voiture pour les supermarchés et entre 15 et 30 minutes pour les hypermarchés. Plus particulièrement, le temps à retenir est évalué, pour les hypermarchés de moins de 10 000 m<sup>2</sup>, à 15-20 minutes lorsqu'ils sont isolés et à 30 minutes dans le cas d'une implantation en centre commercial (décision [01-D-12](#)).

Des produits fabriqués dans une région donnée constituent un marché pertinent, alors même qu'ils sont transportables et qu'il existe un commerce international de produits de même nature et ayant le même usage industriel, lorsque des règles d'appellations contrôlées imposent aux utilisateurs qui veulent bénéficier de certaines appellations de recourir aux produits issus de cette région (décision [01-D-70](#)).

Des services téléphoniques qui n'apparaissent pas substituables du point de vue de l'offre, notamment parce que certains ne peuvent être offerts que par des opérateurs possédant des infrastructures propres ou des cabines téléphoniques, pourraient, sous réserve d'une instruction approfondie, se révéler substituables du point de vue de la demande et appartenir ainsi au même marché (décision [01-MC-07](#)).

L'autoconsommation, qui consiste pour une entreprise à produire un bien ou à se rendre un service nécessaire à son activité, ne peut être retenue comme faisant partie de l'offre sur un marché (avis [00-A-17](#)).

La location d'un bien n'est pas nécessairement concurrente de sa vente et la substituabilité entre vente et location suppose une identité entre les services rendus et des coûts comparables (avis [00-A-17](#)).

La circonstance que deux types de produits puissent être élaborés à partir des mêmes données brutes a été jugée sans pertinence sur la définition des marchés, dès lors que les produits finis n'ont pas le même usage (avis [01-A-10](#)).

Dans le secteur du bâtiment, les types de bâtiments non substituables du point de vue de la demande sont innombrables. Le Conseil a croisé les distinctions communément admises dans la profession entre construction résidentielle et non résidentielle, ainsi qu'entre gros œuvre et second œuvre. De même, dans le secteur des travaux publics, chaque opération faisant l'objet d'un appel d'offres est, du point de vue de la demande, non substituable à une autre. Le Conseil s'est appuyé sur la nomenclature des activités établie par la Fédération nationale des travaux publics et sur le taux de spécialisation des entreprises du secteur dans une ou plusieurs de ces activités pour distinguer quatre marchés spécifiques, sur lesquels 75 % des entreprises qui soumissionnent sont spécialisées (travaux de voies ferrées, terrassements à l'air libre, fondations spéciales, travaux de réseaux, canalisations et autres, en souterrain) et un marché du génie civil général (avis [01-A-08](#)).

Dans le secteur de la construction, rénovation et gestion de parcs de stationnement, existent deux types de marchés : en amont, les entreprises concernées répondent à des appels d'offres

lancés par des collectivités locales pour le choix des délégataires ; en aval se confrontent l'offre de places de stationnement de tous types et la demande de la part des automobilistes. Pour le premier type de marchés, la dimension géographique du marché est limitée en presque totalité à chaque parc de stationnement, seuls quelques parcs parisiens proches pouvant être regardés comme substituables entre eux du point de vue des automobilistes. En revanche, le second est de dimension nationale compte tenu de l'homogénéité du service demandé, de la mise en œuvre d'une procédure de choix du délégataire obligatoire et identique quelle que soit la commune, de l'exigence d'une publicité préalable par voie de presse et de la présence, dans les réponses à ces appels d'offres, d'opérateurs à vocation nationale (avis [01-A-08](#)).

Les coûts de transports, lorsqu'ils sont très faibles par rapport aux coûts d'une installation, ne constituent pas un obstacle à la circulation des produits, ce qui conduit à une définition large des marchés géographiques (avis [01-A-02](#)).

Le fait que les entreprises de location de palettes se soient beaucoup développées en France et peu en Allemagne illustre le caractère encore largement national de ce marché (avis [00-A-17](#)).

En 1999, il existait un marché des communications téléphoniques fixes intradépartementales, un marché, distinct, des communications téléphoniques fixes longue distance, et un marché des communications fixes vers mobiles, les demandes des grandes entreprises faisant naître, en outre, de par leurs spécificités, dans chaque cas, un marché particulier (décisions [01-D-46](#) et [01-D-66](#)).

Dans une saisine par laquelle le syndicat des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement dénonçait le comportement anticoncurrentiel de la société SDEI "*en position dominante sur le marché des délégations de l'eau et de l'assainissement*", le Conseil a relevé que la société en cause, appartenant au groupe Suez-Lyonnaise des Eaux, se trouvait sur le marché des délégations de service public dans les domaines de l'eau et de l'assainissement (décision [01-D-08](#)).

Il existe un marché pertinent des services de télévision à péage et un marché des droits de diffusion des films d'expression française sur les chaînes de télévision à péage (voir cour d'appel de Paris 15 juin 1999 et décision [01-MC-01](#)).

Voir aussi **Chapitre VIII**, point 2.

## **2. Le choix du marché pertinent**

En matière d'entente entre soumissionnaires à un appel d'offres, par exemple dans un marché public, la cour d'appel (arrêt du 12 décembre 2000) énonce que le marché, qui fait l'objet d'un appel d'offres constitue en soi le marché pertinent au sens du droit de la concurrence (décision [01-D-17](#)).

Est pertinent, en revanche, pour déterminer si une entreprise active dans un secteur qui fonctionne par appels d'offres (chacun déterminant un marché) détient une position dominante, non le marché particulier résultant du croisement d'un appel d'offres et des soumissions qui ont été déposées en réponse, mais le marché plus général où sont actifs l'ensemble des opérateurs susceptibles de répondre à l'appel d'offres concerné (décisions [01-D-08](#), [01-D-46](#) et [01-D-66](#)).

## Chapitre III - Les ententes illicites

Les ententes entre entreprises sont le moteur même de la vie commerciale et économique, elles ne deviennent anticoncurrentielles que lorsqu'elles ont pour objet et peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché. En revanche, dès lors qu'une telle atteinte est susceptible d'être portée, le droit des ententes a vocation à s'appliquer. La décision [01-D-07](#), relative aux pratiques mises en œuvre sur le marché de la répartition pharmaceutique a apporté une illustration intéressante de cette démarche. Il était, en effet, soutenu par les entreprises mises en cause que le droit de la concurrence n'avait pas à s'appliquer sur le marché concerné, puisque celui-ci est administré et que les marges et ristournes des grossistes, ainsi que les prix de détail des pharmaciens, sont plafonnés. Le Conseil a rejeté cette argumentation en opposant que s'il est constant que les textes fixent des plafonds pour les marges à appliquer par les grossistes, ils n'interdisent nullement de mettre en œuvre des marges plus faibles et que, par ailleurs, la qualité du service rendu par les grossistes-répartiteurs peut varier d'un opérateur à un autre, laissant donc la place à une concurrence par les mérites. Cette analyse a été reprise par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 22 janvier 2002, rejetant les recours diligentés contre cette décision.

Par ailleurs, ainsi qu'il avait été indiqué dans le rapport précédent, le Conseil estime que pour qu'une pratique puisse être sanctionnée sur le fondement des articles L. 420-1, L. 462-6 et L. 464-2 du code de commerce, il importe que *"les 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"* (cf. cour d'appel de Paris 9 janvier 2002 – SA d'études et d'entreprises électriques).

Dans la décision [01-MC-04](#), le Conseil a examiné des pratiques de refus de vente opposés par certains laboratoires pharmaceutiques à une société de distribution en gros à l'exportation, au regard de l'article 81 du traité CE. Il a rappelé à cette occasion les termes de l'arrêt rendu le 26 octobre 2000 par le tribunal de première instance, dans l'affaire Bayer, selon lesquels : *"La preuve d'un accord entre entreprises au sens de l'article 85 §1 du traité doit reposer sur la constatation directe ou indirecte de l'élément subjectif qui caractérise la notion même d'accord, c'est-à-dire d'une concordance de volontés entre opérateurs économiques sur la mise en pratique d'une politique, de la recherche d'un objectif ou de l'adoption d'un comportement déterminé sur le marché, abstraction faite de la manière dont s'est exprimée la volonté des parties de se comporter sur le marché conformément aux termes dudit accord"* et selon lesquels, *"(...) la Commission méconnaît ladite notion de concordance des volontés en estimant que la poursuite des relations commerciales avec le fabricant, lorsque celui-ci adopte une nouvelle politique qu'il met en pratique unilatéralement, équivaut à un acquiescement des grossistes à celle-ci, alors que leur comportement est clairement contraire à ladite politique"*.

En application de cette analyse, le Conseil a écarté l'application de l'article 81 du traité en relevant qu'aucun élément du dossier ne permettait de suggérer l'existence d'un accord de volontés entre les laboratoires pharmaceutiques mis en cause et leurs grossistes en vue de refuser la vente à la société de distribution en gros à l'exportation. Au contraire, il résultait des éléments produits que chacun de ces laboratoires avait intérêt, quelle qu'ait été à cet égard l'opinion de ses grossistes, à mettre en œuvre, de façon unilatérale des mesures destinées à limiter les exportations parallèles de ses produits vers d'autres pays de la Communauté (décision [01-MC-04](#)).

En droit interne, le Conseil procède à une analyse identique :

- dans la décision [01-D-60](#), un non-lieu a été prononcé au motif, notamment, qu'aucun élément du dossier ne permettait d'établir un accord de volontés entre les entreprises en cause ;
- dans la décision [01-D-64](#) une orientation identique a été prise, au motif que si les entreprises en cause ne contestaient pas avoir procédé à des échanges d'informations avant le dépôt des offres, dans le cadre d'un projet d'offres en groupement, et s'il était établi que ces échanges avaient porté sur deux postes du marché, aucun élément du dossier ne permettait de considérer que des informations auraient été échangées sur d'autres postes de l'appel d'offres, qui en comptait 65, ou sur le montant total des offres et d'établir l'existence d'un accord avant le dépôt de celles-ci ;
- dans la décision [01-D-62](#), la création d'une association regroupant certaines caisses primaires d'assurance maladie afin d'obtenir des matériels et des appareils à moindre coût et de mutualiser les stocks de ces derniers, en l'absence de preuve d'une volonté de porter atteinte au marché, n'a pas été considérée comme constituant, en soi, une pratique anticoncurrentielle ;
- en revanche, dans la décision [01-D-67](#), le Conseil a écarté le moyen tiré de l'absence d'intention anticoncurrentielle de la part des entreprises en relevant "(...) *qu'en échangeant des informations sur les prix de nature à influencer leurs stratégies commerciales sur le marché pertinent, les sociétés en cause ont limité l'intensité de la pression concurrentielle à laquelle elles auraient été soumises si elles s'étaient déterminées de manière indépendante (...)*".

## **1. La forme des ententes prohibées**

### **1.1. LES ENTENTES HORIZONTALES**

Les ententes anticoncurrentielles horizontales peuvent revêtir des formes diverses telles que, par exemple, des ententes de prix ou de marges entre entreprises en principe concurrentes, l'élaboration et la diffusion de barèmes, de recommandations ou de directives en matière de prix ou d'honoraires par des organismes professionnels, des échanges d'informations, des accords de non-concurrence ou de répartition des lots entre entreprises soumissionnaires à un appel d'offres, des ententes de répartition de marchés, des pratiques concertées visant à exclure certaines entreprises d'un marché ou à en limiter l'accès. En 2001, le Conseil a été conduit à se prononcer sur la plupart de ces cas de figure.

A de nombreuses reprises, le Conseil a rappelé qu'un parallélisme de comportements d'entreprises ne peut suffire, en règle générale, à lui seul, à démontrer l'existence d'une entente anticoncurrentielle. Ce parallélisme peut, en effet, résulter de décisions prises par des entreprises qui s'adaptent de façon autonome au contexte du marché.

En cas de parallélisme de comportement, l'instruction d'une affaire contentieuse s'attache, d'une part, à titre d'éléments à décharge, à rechercher si une explication commune peut rendre compte, hors de toute concertation, des comportements observés et, d'autre part, à titre d'éléments à charge, à recenser des indices de concertation autres que le parallélisme lui-même (avis [01-A-14](#)).

Tous les comportements voisins de la part d'entreprises concurrentes ne peuvent être qualifiés de "*parallélisme de comportement*" justifiant une recherche attentive d'indices

complémentaires. Des pratiques intervenues à des dates très éloignées ou à des dates très différentes ne peuvent être qualifiées de parallélisme de comportement (avis [01-A-14](#)).

Cependant, la preuve d'une entente anticoncurrentielle peut être établie lorsque des éléments autres que la constatation du parallélisme de comportement se conjuguent avec ce dernier pour constituer avec lui un faisceau d'indices graves, précis et concordants (décisions [01-D-20](#), [01-D-41](#), [01-D-53](#) et [01-D-62](#)).

## 1.2. LES GROUPEMENTS D'ENTREPRISES

- Il est loisible à des entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers, comme une société mère et ses filiales, ou les filiales d'une même société mère entre elles, ou comme les sociétés mères d'une filiale commune, de renoncer à leur autonomie commerciale et de se concerter pour établir des propositions en réponse à un appel d'offres, à la condition de faire connaître au maître d'ouvrage, d'une part, la nature des liens qui les unissent, d'autre part, le fait que leurs offres ont été établies en commun, ou qu'elles ont communiqué entre elles (décisions [01-D-13](#) et [01-D-67](#)) ;
- Lorsqu'une collectivité publique demande à un groupement d'entreprises déjà constitué d'élaborer une proposition de concession, les concertations et les différents accords, qui interviennent entre les entreprises associées du groupement, et qui ont pour objet de répondre à la demande précise de la collectivité publique, ne sauraient être qualifiées de pratiques anticoncurrentielles (décision [01-D-16](#)) ;

Cette affaire concernait des pratiques mises en œuvre à l'occasion de la conception et de l'extension des lignes A et B du tramway de Grenoble. Il était reproché à plusieurs entreprises de travaux publics d'envergure nationale de s'être entendues dans le cadre de plusieurs groupements, afin de se répartir les différents lots du marché et de s'être groupées de façon à assécher la concurrence et à empêcher l'accès au marché à tout autre groupement.

Le Conseil de la concurrence a relevé, que le maître d'ouvrage (le comité syndical du syndicat mixte des transports en commun de l'agglomération grenobloise -SMTC-) avait décidé de recourir à la procédure du contrat de concession, qui, à la différence du marché de travaux publics, permettait, à l'époque des faits (antérieure à la loi Sapin), de négocier de gré à gré avec les entreprises et qu'il avait demandé à la société SATURG, regroupant quatorze entreprises et qui avait déjà réalisé les travaux concernant une des deux lignes préexistantes, d'établir une proposition d'avenant à la convention de concession dont elle était déjà titulaire. C'est alors que les sociétés membres de la société SATURG avaient signé un protocole ayant pour objet de définir les conditions d'étude, d'obtention et d'exécution éventuelle en commun des travaux d'extension, par lequel il était précisé que chaque société devait intervenir pour le type de prestations fournies lors de la précédente ligne. Le Conseil a décidé que les concertations intervenues entre les sociétés associées au sein de cette société avaient pour objet de répondre à la demande précise du SMTC qui lui avaient été adressée en vue d'élaborer une proposition de concession de travaux pour l'extension du réseau du tramway et ne sauraient être qualifiées de pratiques anticoncurrentielles. Cette analyse a été confirmée par la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 29 janvier 2002.

- La constitution par des entreprises indépendantes et concurrentes d'un groupement en vue de répondre à un appel d'offres, ne constitue pas, en soi, une pratique prohibée au sens de l'article L. 420-1 du code de commerce. Cependant, le recours à une telle structure ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de cet article, lorsqu'il est

établi que cette dernière a été utilisée pour mettre en œuvre des pratiques concertées ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de limiter le libre exercice de la concurrence lors de l'appel d'offres (décision [01-D-61](#)).

Dans cette affaire, qui concernait des pratiques mises en œuvre dans le cadre de travaux de renouvellement de la couche de roulement en béton bitumineux sur les routes du département des Vosges, par des entreprises de travaux publics, le Conseil a estimé qu'en raison de la proximité des lieux des travaux avec l'implantation des centrales d'enrobés liées aux sociétés membres des groupements et des contraintes techniques liées au transport des matériaux utilisés, ainsi que des caractéristiques propres aux marchés à bons de commande (difficulté d'établissement de prévisions des travaux et nécessité de mobiliser des moyens importants sur une courte période), il n'était pas établi que ces groupements aient été constitués dans un dessein anticoncurrentiel.

- Il est loisible à une entreprise d'engager des négociations avec une ou plusieurs autres entreprises ou avec un groupement d'entreprises déjà constitué pour s'associer à cette ou ces, entreprises, ou à ce groupement d'entreprises, dans la perspective d'une soumission commune à un appel d'offres. Cette entreprise peut, à tout moment, rompre ces négociations, reprendre sa liberté et s'abstenir de répondre en groupement ou répondre individuellement à l'appel d'offres. En revanche, un échange d'informations portant notamment sur les prix, postérieur à la rupture des négociations et antérieurement à la date limite de réception des offres, est constitutif d'une entente anticoncurrentielle (décisions [01-D-59](#) et [01-D-64](#)) ;
- La constitution d'un groupement d'entreprises réunissant la majorité des offreurs potentiellement actifs sur le marché, et créé antérieurement à toute sollicitation de la part du maître d'œuvre, ne revêtirait un caractère anticoncurrentiel que s'il était établi que ce dernier avait été mis dans l'impossibilité de solliciter des propositions alternatives (décision [01-D-16](#)).

En revanche, la connaissance que peut avoir le maître d'ouvrage des liens unissant les entreprises, n'implique nullement qu'il soit au courant de la concertation à laquelle elles ont procédé (décision [01-D-13](#)).

Il est loisible à des entreprises de constituer entre elles des groupements et, le cas échéant, d'en limiter l'accès à leur gré, sous réserve de ne pas porter atteinte au fonctionnement de la libre concurrence. La "fermeture" d'un groupement c'est-à-dire le fait d'en réserver l'adhésion à ses fondateurs ou à des entreprises acceptées par eux, n'est susceptible d'entraver le libre jeu de la concurrence que si la participation au groupement est la condition de l'accès au marché (décision [01-D-70](#)).

L'affaire qui a donné lieu au rappel de ce principe concernait des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la mélasse et du rhum à la Réunion et, dans ce cadre, les statuts d'un GIE constitué par des sociétés productrices de rhum ainsi que, dans des proportions différentes, des deux principales sociétés productrices de mélasse, l'une à hauteur de 14,24 %, l'autre ne détenant qu'une part symbolique. Ce groupement avait pour activité principale l'achat en vrac de rhum auprès de ses membres pour la revente. Ce rhum livré en vrac étant stocké, assemblé, embouteillé puis commercialisé, principalement sous la marque "Charrette". Le Conseil auquel était soumise, comme constituant une entente anticoncurrentielle, la clause des statuts de ce GIE, selon laquelle "un membre du groupement ne peut céder ses parts qu'à un autre membre du syndicat des producteurs de rhum", a estimé que tel n'était pas le cas. Il a, à cet

égard, relevé qu'en dépit de la forte position qu'occupe la marque de rhum "Charrette" sur le marché local, aucun élément du dossier ne permettait de penser que le lancement par un distillateur de sa propre marque se heurterait à des obstacles de nature à vouer un tel projet à l'échec et que les dépenses, notamment de publicité, qu'impliquerait une telle opération ne semblaient pas devoir dépasser les frais que supporte tout nouvel entrant sur un marché où les marques jouent un rôle important. Il en a conclu que la participation au GIE n'était pas une condition de l'accès à un éventuel marché du rhum de la Réunion, ni, *a fortiori*, à d'autres marchés de boissons alcoolisées.

### **1.3. LES ENTREPRISES COMMUNES**

Ne constitue pas, en soi, une entente anticoncurrentielle le fait pour des entreprises qui ont créé en commun plusieurs centrales de fabrication d'enrobés bitumineux, dont elles ont le contrôle et qui doivent donc être regardées comme appartenant au même groupe, de répartir la production entre ces centrales, dès lors qu'elles ne trompent pas l'acheteur public sur la réalité de la concurrence et dès lors que le comportement des centrales n'a pas été un moyen, pour les sociétés mères, de se répartir les lots d'un marché public (décision [01-D-02](#)).

En revanche, la structure commune ne peut permettre la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles.

Dans deux affaires, le Conseil a sanctionné des pratiques mises en œuvre dans un tel cadre.

Dans la décision [01-D-36](#), il a sanctionné la mise en place d'une structure tarifaire commune entre certains des actionnaires distributeurs d'une société productrice de béton prêt à l'emploi, ainsi qu'une pratique de répartition de la clientèle.

Dans l'affaire des tickets-restaurants (décision [01-D-41](#)), il a sanctionné une concertation organisée entre trois émetteurs de titres-restaurant, au sein d'une association créée entre eux, la Centrale de Règlement des Titres (CRT), pour fixer en commun le taux de la commission versée par les restaurateurs à cet organisme assurant le traitement et la compensation des tickets-restaurants. Les parties avaient opposé que leur entente était parfaitement licite dans la mesure où la CRT agissait en leur nom et accomplissait, pour chaque restaurateur, le même service. Le Conseil n'a pas suivi cette argumentation, en considérant que les parties ne démontraient pas pourquoi les taux de commission étaient identiques pour les émetteurs membres de la CRT, alors que les coûts de traitement du remboursement des titres, par cet organisme, étaient différents d'un émetteur à l'autre.

Dans ces deux affaires, le Conseil a sanctionné à la fois la structure commune et les entreprises qui la composaient.

### **1.4. LES ENTENTES VERTICALES**

Les ententes verticales se rencontrent généralement à l'intérieur de réseaux de distribution, organisés par un fournisseur ou un franchiseur ou, plus généralement, dans le cadre des relations, quelles qu'en soient les formes juridiques, nouées entre des entreprises situées à des niveaux différents de la chaîne commerciale

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. Le Conseil n'a pas eu à examiner de tel cas de figure durant l'année 2001.

## **2. Les participants aux ententes**

### **2.1. LA NATURE DES PARTICIPANTS**

Si, dans une majorité de cas, les ententes anticoncurrentielles sont le fait de sociétés commerciales, ces pratiques peuvent aussi avoir pour auteur, ou pour participant, des entités qui ne sont pas des sociétés, mais qui interviennent sur le marché et sont, à ce titre, des entreprises au regard du droit de la concurrence. Ainsi, pendant l'année 2001, le Conseil a-t-il été conduit à examiner des pratiques mises en œuvre par un barreau d'avocats (décision [01-D-35](#)), par une association de la loi 1901 (décision [01-D-41](#)), par une fédération nationale de mutuelles et les mutuelles adhérentes (décision [01-D-55](#)) et enfin, par des caisses primaires d'assurance maladie (décision [01-D-62](#)). Dans son avis [01-A-13](#), il a rappelé que le droit des ententes ne s'oppose pas au principe de concertations entre les entreprises ou leurs organisations et les associations de consommateurs.

Les principes régissant cette application du droit des ententes ont été rappelés dans la décision [01-D-55](#), citant les termes de l'arrêt de la cour d'appel de Paris rendu le 29 février 2000, dans l'affaire du Syndicat du livre, précité selon lesquels : "(...) *Le concours de volontés qui caractérise la concertation répréhensible peut être réalisé non seulement entre des entreprises mais aussi entre des personnes morales et physiques dès lors qu'elles exercent une activité économique et peuvent par leur accord modifier ou tenter de modifier les conditions normales du marché*". Dans son avis [01-A-13](#), précité, il a repris les termes du même arrêt selon lesquels, si une organisation qui n'est pas une entreprise est associée à des réunions ou des accords anticoncurrentiels impliquant au moins une entreprise, cette organisation peut être sanctionnée par le Conseil de la concurrence.

S'agissant des mutuelles, le Conseil a rappelé que leur activité de remboursement complémentaire à l'assurance maladie est bien une activité de service, au sens de l'article L. 410-1 du code de commerce. Il a précisé, à cet égard, que les mutuelles interviennent sur le marché du remboursement complémentaire à l'assurance maladie en concurrence avec des organismes qui ne sont pas régis par le code de la mutualité, notamment les sociétés d'assurance. Cette position s'appuie sur une jurisprudence établie, puisque la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 5 décembre 1991, a estimé que "*le régime juridique des sociétés mutualistes, comme le caractère statutairement non commercial ou non lucratif de leur activité ne sont pas de nature à les exclure du champ d'application de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986*" et que la Cour de justice des communautés européennes dans des arrêts Fédération française des sociétés d'assurances (CJCE 16 nov. 1995, aff. C-244/94, Rec. P. I-1043), du 16 novembre 1995, et Pavel Pavlov (CJCE 12 sept. 2000, aff. C-180/98 à C-184/98), du 12 septembre 2000, a qualifié d'entreprises, pour le premier, un organisme à but non lucratif gérant un régime d'assurance vieillesse destiné à compléter le régime obligatoire institué par la loi et, pour le second, un fonds de pension complémentaire. Dans ces deux affaires, la Cour de justice a précisé que ni la poursuite d'une finalité à caractère social, ni l'absence de but non lucratif, ni les exigences de solidarité, ne retireraient sa nature économique à l'activité exercée par les organismes en cause.

Dans les décisions [01-D-12](#) et [01-D-13](#), le Conseil a rappelé à quelles conditions particulières une entente anticoncurrentielle pouvait être mise en oeuvre entre sociétés appartenant à un même groupe. Dans la première, il a exclu la possibilité d'une entente sur les prix entre trois magasins d'une même enseigne appartenant à une seule société et, dans la seconde, il a rappelé la jurisprudence constante selon laquelle, il est loisible à des entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers de renoncer à leur autonomie commerciale et de se concerter pour établir des propositions en réponse à un appel d'offres, à la condition de faire connaître au maître d'ouvrage, d'une part, la nature des liens qui les unissent, d'autre part le fait que leurs offres ont été établies en commun ou qu'elles ont communiqué entre elles (voir aussi à cet égard décision [01-D-67](#)). À l'inverse, des entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers, peuvent choisir de présenter des offres distinctes et concurrentes, dès lors qu'elles disposent de leur autonomie commerciale et ne procèdent à aucun échange d'informations.

Par ailleurs, la décision [01-D-14](#) a énoncé, à nouveau, le principe selon lequel quand les pratiques anticoncurrentielles sont le fait d'une des structures locales d'une entreprise (par exemple, une agence), ces pratiques sont imputables à la structure locale, si la preuve de son autonomie et donc, de sa qualité d'entreprise est rapportée (voir l'étude consacrée à l'imputabilité des pratiques dans la deuxième partie). La cour d'appel a approuvé cette analyse dans un arrêt du 29 janvier 2002.

## **2.2. LE RÔLE DES ORGANISATIONS**

L'affaire ayant donné lieu à la décision [01-D-35](#) et relative à la diffusion de barèmes d'honoraires par plusieurs barreaux a permis au Conseil de rappeler, une nouvelle fois, que l'aide à la gestion que peut apporter une organisation professionnelle à ses membres, ne doit pas avoir pour objet, ou pour effet, d'exercer une influence directe, ou indirecte, sur le libre jeu de la concurrence à l'intérieur de la profession. Dans ce cadre, si les indications diffusées par une organisation professionnelle ont pour effet de détourner les entreprises d'une appréciation autonome de leurs propres coûts et de la fixation directe et personnelle de leurs propres prix, l'élaboration et la diffusion de ces barèmes de prix sont constitutifs d'une action concertée, prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce.

La décision [01-D-55](#), précitée a admis que certaines organisations professionnelles pouvaient, dans leurs principes de fonctionnement, faire référence à des principes de délicatesse inscrits dans les textes régissant certaines professions réglementées, telles que celles des avocats ou des officiers publics et ministériels, toutefois, il a exclu que ces principes puissent permettre d'imposer une obligation de non-concurrence ou de concertation tarifaire aux membres d'une même profession.

### 3. Les ententes anticoncurrentielles

#### 3.1. CONCERTATIONS OU ENTENTES À L'OCCASION D'APPELS D'OFFRES PUBLICS OU PRIVÉS

##### 3.1.1. Ce qui a été qualifié d'anticoncurrentiel

A de multiples reprises, le Conseil a rappelé le principe selon lequel en matière de marchés publics ou privés sur appel d'offres, une entente anticoncurrentielle peut prendre la forme, notamment, d'une coordination des offres ou d'échanges d'informations entre entreprises antérieures à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être. Ces informations peuvent concerner l'existence de concurrents, leur nom, leur importance, leur disponibilité en personnel et en matériel, leur intérêt ou leur absence d'intérêt pour le marché considéré, ou, enfin, les prix qu'ils envisagent de proposer (décisions [01-D-17](#), [01-D-20](#), [01-D-67](#) et 01-D-41).

Ces pratiques altèrent en effet, le jeu de la concurrence en ce qu'elles ont pour effet de supprimer la concurrence entre les entreprises soumissionnaires et de tromper le maître d'ouvrage sur la réalité et l'étendue de la concurrence sur le marché en cause (décision [01-D-20](#)).

Dans la décision [01-D-67](#), le Conseil a relevé que l'absence d'intention anticoncurrentielle des entreprises parties à l'entente est sans portée sur la qualification même d'entente. Il a ajouté que le fait que l'échange d'informations entre les sociétés parties à l'entente ait eu lieu au moment de l'appel d'offres et non pas au stade du marché négocié (ce dernier avait été organisé après que le premier appel d'offres ait été déclaré infructueux), comme le fait que l'offre d'une partie à l'entente ait toujours été la moins disante, sont des considérations sans incidence sur la qualification d'entente. En effet, les échanges d'informations sur les prix ont influencé les stratégies commerciales des entreprises soumissionnaires sur le marché pertinent et ont limité l'intensité de la pression concurrentielle à laquelle elles auraient été soumises si elles s'étaient déterminées de manière indépendante. En outre, cet échange d'informations avait directement contribué à ce que l'appel d'offre soit déclaré infructueux.

Dans la décision [01-D-41](#), le Conseil a considéré que la présentation par trois entreprises émettrices de titres-restaurant, d'offres de couvertures ou d'offres incomplètes constitue un ensemble d'indices démontrant une concertation entre ces entreprises afin de se répartir les différents marchés. Il a estimé que cette pratique portait atteinte à la liberté de choix des employeurs qui achètent des titres-restaurant pour leurs salariés et revêtait un objet et un effet anticoncurrentiel.

Dans plusieurs décisions, le Conseil a été conduit à répondre à l'argumentation selon laquelle une concertation préalable au dépôt des offres de délégations de service public, présentées dans le cadre de la loi du 29 janvier 1993, dite "*loi Sapin*" serait sans effet sur le jeu de la concurrence, puisque cette loi prévoit une phase de négociation des offres, entre le délégant et le délégataire pressenti. Le Conseil a précisé que cette loi ne modifiait pas le régime applicable aux offres de couverture, puisque la phase de négociation fait suite à une première phase au cours de laquelle chacun des candidats présente son offre, où le prix initialement présenté joue un rôle essentiel pour déterminer avec quel candidat la collectivité va engager ultérieurement des négociations. Ainsi, la préparation d'offres de couverture en réponse à l'appel d'offres est de nature, d'une part, à inciter le maître d'ouvrage à retenir l'entreprise

prédéterminée, et d'autre part, à limiter les concessions tarifaires initiales à consentir pour pouvoir être choisi comme attributaire (décision [01-D-13](#)). La cour d'appel a approuvé cette analyse dans un arrêt du 18 décembre 2001.

La preuve de telles pratiques peut résulter, soit de preuves suffisantes en elles-mêmes, soit d'un faisceau d'indices, constitué par un rapprochement de divers éléments recueillis au cours de l'instruction, même si chacun de ces éléments pris isolément n'a pas de caractère suffisamment probant (décisions [01-D-17](#) et [01-D-67](#)). Dans l'affaire ayant donné lieu à décision [01-D-59](#), la preuve de l'entente a été établie par des documents préparatoires aux dépôts des offres contenant des évaluations identiques chez différentes sociétés soumissionnaires, des documents comportant les noms des futurs bénéficiaires des lots et une grille de répartition de la masse de travaux entre les entreprises en fonction de leur association respective aux centrales du département.

Dans les décisions [01-D-20](#) et [01-D-77](#), le Conseil a rappelé qu'un parallélisme de comportements d'entreprises ne peut suffire, en règle générale, à lui seul, à démontrer l'existence d'une entente anticoncurrentielle, puisque ce parallélisme peut, en effet, résulter de décisions prises par des entreprises qui s'adaptent de façon autonome au contexte du marché ; cependant, la preuve d'une entente anticoncurrentielle peut être établie lorsque des éléments autres que la constatation du parallélisme de comportement se conjuguent avec ce dernier pour constituer avec lui un faisceau d'indices graves, précis et concordants.

Le Conseil a ainsi retenu comme démontrant l'existence d'une entente anticoncurrentielle :

- le comportement d'entreprises qui avaient reconduit les prix proposés lors d'un appel d'offres précédent ; les entreprises en cause présentant des caractéristiques différentes en termes de taille, de chiffre d'affaires, de bilan et d'implantation géographique, leur comportement identique ne pouvait trouver aucune explication autre que celle de l'entente préalable au dépôt des offres (décision [01-D-20](#)) ;
- le fait qu'à la suite d'une réunion dont l'objet était, prétendument de fournir des explications sur les mécanismes d'attribution, la plupart des entreprises candidates au renouvellement des délégations de service public de transport, n'aient présenté d'offres que sur les circuits dont elles assuraient déjà l'exploitation et ce, alors que certains des chefs d'entreprises présents à la réunion en cause avaient indiqué qu'il y avait été convenu de ne pas se faire concurrence.

Dans la décision [01-D-13](#) le Conseil a précisé qu'une offre ne peut être qualifiée d'"*offre carte de visite*", dès lors qu'elle a été transmise à un concurrent la veille de la date limite de remise des offres, en revanche, une telle pratique conforte la thèse d'une "*offre de couverture*". Dans la décision [01-D-67](#), il a relevé que les offres de principe ne constituent pas, en elles-mêmes, une pratique anticoncurrentielle ; en revanche, quand ces offres sont établies en concertation avec d'autres entreprises, elles revêtent alors un caractère anticoncurrentiel, en trompant le maître d'ouvrage sur la réalité et l'étendue de la concurrence entre les soumissionnaires au dit marché.

S'agissant de l'effet d'un tel comportement, le Conseil a très classiquement énoncé qu'une concertation sur le montant des offres, préalablement au dépôt de celles-ci, a nécessairement un effet sensible sur le fonctionnement de la concurrence, d'une part, au motif qu'une telle pratique limite l'indépendance des offres (décision [01-D-13](#)) et, d'autre part, au motif que sans cette pratique, l'une des entreprises aurait pu présenter une offre plus basse (décision [01-](#)

[D-14](#)). Dans ces deux décisions, le Conseil a rappelé, que le fait que les entreprises qui se sont entendues n'aient pas été déclarées attributaires du marché, est sans effet sur la qualification de la pratique.

Les entreprises, qui se concertent antérieurement au dépôt de leurs offres et qui présentent néanmoins des offres séparées faussent le jeu de la concurrence. Le fait que le maître d'ouvrage ait connu les liens juridiques qui unissaient les sociétés concernées est sans incidence sur la qualification des faits, dès lors que ce dernier ignorait que leurs offres procédaient d'une connivence.

### **3.1.2. Ce qui n'a pas été qualifié d'anticoncurrentiel**

- lorsqu'une collectivité publique demande à un groupement d'entreprises déjà constitué d'élaborer une proposition de concession, les concertations et les différents accords, qui interviennent entre les entreprises associées du groupement, et qui ont pour objet de répondre à la demande précise de la collectivité publique, ne sauraient être qualifiées de pratiques anticoncurrentielles (décision [01-D-16](#)) ;
- le fait de constituer, en vue d'élaborer une offre avant toute sollicitation de la part de l'autorité concédante, un groupement réunissant la totalité ou la très grande majorité des offreurs potentiellement actifs sur le marché, pourrait être constitutif d'une entente anticoncurrentielle, s'il était établi que la constitution de ce groupement avait mis l'autorité concédante dans l'impossibilité de solliciter des propositions alternatives (décision [01-D-16](#)) ;
- des échanges d'informations entre une entreprise titulaire d'un marché et l'entreprise qui sera ultérieurement déclarée attributaire de celui-ci, à l'occasion d'un appel d'offres portant sur son renouvellement, dans la mesure où, aucun élément du dossier ne permettait d'établir un accord de volonté entre ces deux entreprises et que les échanges auxquels elles avaient procédé pouvaient s'expliquer par un projet de sous-traitance (décision [01-D-61](#)) ;
- des échanges d'informations, préalables au dépôt des offres, entre deux entreprises qui projetaient de présenter une offre en groupement concernant deux postes du marché, dans la mesure où, aucune pièce du dossier ne permettait de considérer que des informations auraient été échangées sur d'autres postes de l'appel d'offres qui en comptait 65, ou sur le montant total des offres. A cet égard, le Conseil a rappelé qu'il est loisible à une entreprise d'engager des négociations avec une ou plusieurs autres pour se grouper avec elle(s) dans la perspective d'une soumission commune à un appel d'offres. En cas de rupture de ces négociations, l'entreprise peut décider de répondre individuellement et de manière autonome à l'appel d'offres ou de s'abstenir de le faire. En revanche, tout échange d'informations portant, notamment sur les prix ou sur l'attribution du marché qui interviendrait postérieurement à la rupture des négociations et antérieurement à la date limite de réception des offres, serait constitutif d'une entente anticoncurrentielle (décision [01-D-64](#)) ;
- le dépôt d'une offre de principe par une entreprise ayant adressé, par télécopie, à une société concurrente un message aux termes duquel elle se proposait de la "*couvrir*", alors qu'aucun élément du dossier ne permettait d'établir que ces deux entreprises avaient échangé des informations et que la destinataire de la télécopie avait agréé la proposition qui lui avait été faite et qu'elle aurait transmis le montant de son offre (décision [01-D-69](#)).

## 3.2. ENTENTES ET ÉCHANGES D'INFORMATION SUR LES PRIX ET MARGES

### 3.2.1. Pratiques ayant été qualifiées d'anticoncurrentielles

- le refus d'accorder à une entreprise, qui en remplissait les conditions, le bénéfice du tarif prévu pour les associés, opposé par deux sociétés associées dans deux centrales d'enrobés, alors qu'elles avaient soumissionné en groupement au même appel d'offres que l'entreprise plaignante à un tarif démontrant qu'elles projetaient de bénéficier de ce tarif favorable (décision [01-D-02](#)). Dans la même décision, le Conseil a considéré que la mise en œuvre, dans les mêmes conditions et au même moment, par les deux centrales d'enrobés, de ces pratiques de prix discriminatoires constituait une pratique de concertation anticoncurrentielle prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce ;
- la mise en place par des entreprises de négoce de matériaux de construction, actionnaires d'une société produisant du béton prêt à l'emploi, d'une structure tarifaire commune répartissant la clientèle en plusieurs catégories, auxquelles des taux de marges spécifiques étaient appliqués. Le Conseil a estimé que ce procédé avait eu pour objet et pour effet de dissuader les entreprises de déterminer leurs prix en fonction de leurs coûts propres de gestion et de supprimer toute concurrence par les prix (décision [01-D-36](#)) ;
- la concertation organisée au sein d'une association créée par trois sociétés émettrices de titres-restaurant, dénommée la Centrale de Règlement des Titres (la CRT) pour fixer en commun le taux de la commission versée par les restaurateurs (décision [01-D-41](#)) ;

Dans cette affaire, les sociétés émettrices en cause, Accor, Sodexho et Chèque-déjeuner, opposaient que cette fixation d'un tarif uniforme ne revêtait pas de caractère anticoncurrentiel puisque la CRT assurait, en leur lieu et place, le remboursement des titres aux restaurateurs et effectuait dans ce cadre les mêmes prestations, quel que soit l'émetteur pour le compte duquel elle intervenait. Le Conseil a rejeté cette argumentation en objectant, tout d'abord, que rien ne justifiait que la participation des restaurateurs soit fixée en commun par les émetteurs de titres et, ensuite, que si les prestations sont, certes, assurées par la CRT, elles le sont toutefois pour le compte de chaque émetteur dont les coûts sont différents. Il a précisé à cet égard qu'une telle entente ne serait licite au regard du droit de la concurrence que s'il était établi que la mise en commun de leurs moyens logistiques par les trois émetteurs permettait de ne faire supporter aux restaurateurs qu'un taux de commission correspondant aux seuls frais de traitement par la CRT ; or, il ressortait des débats que tel n'était pas le cas, puisque les coûts de traitement supportés par cette association étaient largement inférieurs au montant total des commissions versées par les restaurateurs.

- la clause du pacte d'union, mis en place par la fédération nationale de la mutualité française (FNMF), qui imposait aux mutuelles adhérentes une obligation de concertation tarifaire et les empêchait de fixer librement leurs prix. A cet égard, le Conseil a précisé que le fait qu'aucune exclusion pour violation de l'une des clauses du pacte n'ait été prononcée, n'avait aucune incidence sur la qualification de la pratique (décision [01-D-55](#)) ;
- serait anticoncurrentielle, une concertation réunissant une association de consommateurs et plusieurs entreprises concurrentes si, au cours de cette concertation, étaient échangées des informations susceptibles de dissuader les entreprises de fixer

indépendamment leurs prix ou d'améliorer la connaissance mutuelle de leurs coûts respectifs (avis [01-A-13](#)) ;

- un accord par lequel des entreprises concurrentes s'engagent à mentionner sur leurs factures et à faire supporter intégralement au client le surcoût résultant de mesures de sécurité, surcoût estimé sur la base des coûts moyens de la profession (avis [01-A-07](#)) ;
- un prix minimum ou imposé, fixé d'un commun accord par des entreprises concurrentes, est anticoncurrentiel même si son niveau est déterminé à partir d'études menées par un organisme extérieur et même s'il correspond au coût moyen estimé de la profession concernée (avis [01-A-07](#)).

Il est à noter que la jurisprudence, selon laquelle il est possible pour un fournisseur de fixer à ses distributeurs un prix maximum, ne serait pas nécessairement transposable au cas d'une entente horizontale fixant un prix maximum (avis [01-A-13](#)).

### **3.2.2. Pratiques relatives aux prix et aux marges qui n'ont pas été qualifiées d'anticoncurrentielles**

- le fait pour une centrale d'enrobés de prévoir un tarif différent pour les actionnaires et pour les tiers dans la mesure où les différences sont justifiées par des motifs objectifs de conditions de production qui se traduisent par des coûts différents (décision [01-D-02](#)) ;
- l'application par une avocate d'un barème, alors qu'il est établi que ce document a été élaboré par elle en s'inspirant de barèmes élaborés et diffusés par un barreau, à une date couverte par la prescription, et sans que tous les postes du barème de l'avocate en cause ne soient identiques à ceux du barème diffusé par le barreau (décision [01-D-35](#)) ;
- un parallélisme de comportements consistant en une similitude entre les prix de vente de certains produits électroniques affichés par des magasins Darty et Fnac se trouvant en concurrence, dès lors que l'enquête diligentée n'a apporté aucun indice susceptible d'établir l'existence d'une concertation entre ces deux sociétés (décision [01-D-53](#)).

### **3.3. ENTRAVES À L'ACCÈS AU MARCHÉ**

#### **3.3.1. Adhésion à une organisation, qualifications et labels**

Un groupement d'intérêt économique, créé en vue d'améliorer les conditions d'exploitation de ses membres, ne constitue pas en soi une entente prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce. Toutefois, le recours à une telle structure, ne fait pas obstacle à l'application de ces dispositions, lorsqu'il est établi qu'elle a été utilisée pour mettre en œuvre des pratiques concertées ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de limiter le libre jeu de la concurrence (décision [01-D-32](#)).

Sur le fondement de ce principe, le Conseil a sanctionné l'obligation de parrainage, l'absence de critères objectifs de sélection et le caractère discrétionnaire des décisions de refus d'admission à un GIE de taxis. Il a en outre qualifié de contraires aux dispositions de l'article L. 420-1 les clauses, d'une part, reconnaissant l'adhésion automatique et sans agrément des artisans rachetant la licence d'un des membres du groupement, d'autre part, interdisant aux adhérents de concurrencer le groupement. Il a, en revanche estimé que l'effet anticoncurrentiel, même potentiel, d'une clause instaurant une priorité pour la première voiture de la file n'était pas établi, dans la mesure où cette disposition ne s'appliquait qu'aux

membres du GIE, où ce mode de réquisition ne représentait qu'une partie des départs de courses pour les taxis et où, dans la majorité des cas, les clients sont indifférents au modèle de véhicule ou à la personnalité du chauffeur, où enfin, il n'était pas démontré que cette clause était effectivement appliquée.

Dans sa décision [01-D-30](#), le Conseil a examiné les conditions dans lesquelles est accordée la seule qualification qui certifie officiellement la qualité des entreprises d'installation et de maintenance de détecteurs automatiques d'incendie : la qualification AP-MIS.

Il a relevé à cet égard que si cette qualification n'est pas obligatoire pour les installateurs, elle est, en pratique, susceptible d'avoir un effet dans l'attribution des marchés et des commandes et que dans le contexte réglementaire de ce secteur, l'absence de qualification constitue, pour les entreprises, un obstacle à l'accès à certains marchés et un désavantage dans la concurrence.

Dans ce cadre, le Conseil a considéré comme contraires aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce les clauses suivantes du règlement de qualification :

- celle aux termes de laquelle pour pouvoir postuler, l'entreprise doit assurer à la fois les prestations d'installation et de maintenance, alors que l'enquête a permis d'établir que le lien entre les prestations n'est pas indispensable pour garantir la compétence des entreprises ;
- celle qui impose de justifier de la réalisation et de la maintenance d'un nombre élevé d'installations, lorsque le postulant déclare travailler avec plusieurs constructeurs. Le Conseil a relevé que cette clause conduit à exclusion de la qualification des petites et moyennes entreprises qui n'ont généralement pas une activité suffisante pour atteindre les seuils prévus et favorise les installateurs qui ne travaillent qu'avec un constructeur, notamment les constructeurs installateurs. L'enquête diligentée a permis d'établir que cette exigence, qui faisait l'objet de nombreuses dérogations, pouvait, sans nuire à l'efficacité du contrôle et à l'objectif de sécurité, être remplacée par des vérifications a posteriori ainsi que par un audit de la société et un contrôle approfondi de ses connaissances.

Enfin, le Conseil a examiné une disposition autorisant un installateur titulaire de la qualification AP-MIS à délivrer une déclaration de conformité à une installation, même lorsqu'il n'est pas titulaire de la commande du maître de l'ouvrage, mais qu'il a réalisé en sous-traitance certaines prestations. Il a estimé que cette clause, bien que permettant à de nombreuses entreprises, non qualifiées d'accéder aux marchés qui exigent une qualification, d'une part pouvait aussi avoir pour effet de ne pas inciter les installateurs à obtenir cette qualification et d'autre part, pénalisait les fournisseurs de matériels non qualifiés. Enfin, elle était de nature à établir un lien de dépendance entre l'installateur et le constructeur qualifié. Le Conseil a donc estimé ce dispositif comme étant de nature à restreindre le jeu de la concurrence sur le marché, sans qu'il puisse être justifié par un renforcement de la sécurité.

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

A ce titre, ont été sanctionnées :

- La mise en place, par les grossistes répartiteurs pharmaceutiques OCP et CERP Rouen, d'une stratégie concertée visant à faire échec à l'implantation d'un nouvel entrant, dénommé ORP, dans la région Nord et en Seine-Maritime (décision [01-D-07](#)).

Cette stratégie s'est concrétisée par des refus de livrer les pharmaciens ayant fait appel à la société ORP comme grossiste principal, par la diminution des services offerts à ces mêmes pharmaciens et, par l'octroi d'avantages très substantiels à ceux qui n'avaient pas eu recours à cette société, pour les en dissuader. A cet égard, le Conseil a relevé que même si ces pratiques n'avaient pas empêché l'implantation d'ORP, elles avaient pu avoir pour effet de limiter son expansion dans le Nord, puisque bien qu'elle ait offert des conditions commerciales plus favorables que celles de ses concurrentes, sa part de marché ne s'était que très faiblement développée ; la cour d'appel de Paris a eu la même appréciation des pratiques dans un arrêt confirmatif du 22 janvier 2002.

- La pratique consistant, pour un institut médical, de refuser à un artisan taxi de pouvoir afficher son numéro de téléphone, sur les bornes téléphoniques, au motif qu'un accord conclu avec un GIE auquel cet artisan n'appartenait pas, l'empêchait d'afficher les numéros individuels.

A cet égard, le Conseil a précisé que si cet institut était libre de choisir ses prestataires de service, la pratique en cause avait abouti à restreindre le choix des visiteurs souhaitant appeler un taxi. Il a ajouté que si aucune obligation ne pesait sur cet institut d'informer les visiteurs, de façon exhaustive sur tous les taxis actifs du secteur, la réponse faite par le directeur démontrait que le refus opposé à l'artisan demandeur était fondé sur l'accord imposant l'affichage du seul numéro du GIE ; qu'ainsi l'institut avait participé à l'entente anticoncurrentielle dont le groupement était le support (décision [01-D-32](#)).

- Une pratique consistant à convenir avec un nouvel opérateur tentant d'entrer sur le marché qu'il ne dépassera pas un certain quota de production. Cette pratique étant établie par les termes de différentes notes figurant au dossier, lesquels démontraient, non seulement, l'existence de l'accord mais encore la réalisation de contrôles pour vérifier l'effectivité du respect de celui-ci (décision [01-D-36](#)).
- Une publicité diffusée sur le serveur Minitel par la centrale de règlement des titres (CRT), association créée par les sociétés Accor, Sodexho et Chèque-déjeuner, détenant 94 % du marché de la compensation des titres emplois services, faisant apparaître les trois sociétés adhérentes de cette dernière comme les seules sociétés émettrices agréées à émettre de titres emploi services. Le Conseil a estimé que cette publicité pouvait avoir pour effet d'entraver l'accès à ce marché aux concurrents de ces sociétés et constituait, dès lors, une entente anticoncurrentielle. Il a considéré de surcroît, que cette publicité constituait aussi un abus de position dominante au motif qu'elle attirait de façon erronée l'attention des clients sur cette association, au détriment d'autres opérateurs sur le marché (décision [01-D-41](#)).

### 3.4. RÉPARTITION DE MARCHÉ

A ce titre, le Conseil a sanctionné en 2001 :

- un accord liant trois entreprises de grossistes-répartiteurs pharmaceutiques qui avaient convenu, notamment, de geler leurs parts de marché, mais aussi d'adopter une politique commune de remises et de conditions financières. Cet accord conclu tout d'abord pour la région nord et en Seine-Maritime, a été étendu, ensuite, sur le plan national. Son application s'est traduite par différentes pratiques : en premier lieu, lorsque les limites d'évolution maximum de parts de marché convenues étaient dépassées, les répartiteurs se restituaient des clients afin de revenir aux limites fixées antérieurement ; en deuxième lieu, une surveillance permanente des parts de marché des partenaires à l'entente était effectuée ; en troisième lieu, lorsqu'un pharmacien peu satisfait des conditions financières offertes par le répartiteur avec lequel il travaillait, tentait de s'adresser à un concurrent, celui-ci, soit ne répondait pas, soit refusait de le livrer ; enfin un répartiteur, tiers à l'entente, ayant, par la qualité du service offert, réussi à gagner une part du marché significative en région parisienne, au détriment de l'un des partenaires de la concertation, les trois entreprises membres de l'entente ont exercé sur lui des pressions telles qu'il a fini par revenir à la part qui était initialement la sienne (décision [01-D-07](#)) ;
- la pratique consistant à convenir avec un nouvel opérateur tentant d'entrer sur le marché qu'il ne dépassera pas un certain quota de production (décision [01-D-36](#)) ;
- l'accord non formalisé liant les principales sociétés émettrices de titres-restaurants pour geler leurs parts de marché et éviter de se faire concurrence. Cet accord qui a abouti à une grande stabilité des parts de marché, pourtant en progression, pendant la période couverte par l'enquête, d'environ 4,5 % par an, s'est concrétisé par les pratiques suivantes :
- des réponses erronées ou incomplètes aux appels d'offres de renouvellement des marchés, afin de ne pas concurrencer efficacement la société émettrice déjà titulaire du marché ;
- la mise en place d'un système de compensation des gains ou pertes de parts de marché réalisés par ces entreprises, sur plusieurs années ;
- la mise en place d'un système de rémunération des agents commerciaux comportant des taux de rémunération moins élevés sur les affaires prises à la concurrence (décision [01-D-41](#)) ;
- une pratique mise en œuvre par plusieurs sociétés de déménagement implantées en Guyane, qui s'étaient réparties le marché du déménagement des militaires affectés dans ce département. La réglementation en vigueur imposant aux militaires mutés de présenter trois devis différents pour le remboursement de cette prestation, les entreprises en cause, lorsqu'elles étaient sollicitées par un militaire, lui recommandaient de demander deux autres devis à des sociétés parties à l'entente. Celles-ci établissaient alors des devis de complaisance au prix maximum fixé par la convention militaire précisant les plafonds de remboursement, alors que la première société accordait une remise de 1 à 5 %. Par ailleurs, étaient associées à la pratique, un certain nombre d'autres sociétés de transport, non équipées pour effectuer les déménagements et non intéressées par ce marché, qui délivraient également des devis de complaisance ou de couverture, par "*confraternité*" avec les sociétés initiatrices de la pratique (décision [01-D-63](#)). Cette décision a été annulée pour un motif de procédure par un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 9 avril 2002 ;

- une clause du "*Pacte d'Union*" adopté par les membres de la Fédération nationale de la mutualité française aux termes de laquelle, les bénéficiaires du logo et du label FNMF acceptent "*certaines contraintes : par exemple, refuser la concurrence interne*". Le Conseil a considéré que même si le démarchage de nouveaux adhérents vise, formellement, à rechercher des "*membres*" et non des clients, il est constant que chaque mutuelle fournit à ses adhérents des services dont la cotisation est la contrepartie. Un engagement de ne pas démarcher les adhérents d'une autre mutuelle constitue donc, en pratique, un accord de partage de marché (décision [01-D-55](#)).

En revanche, ne constitue pas, en soi, une entente anticoncurrentielle le fait pour des entreprises qui ont créé en commun plusieurs centrales de fabrication d'enrobés bitumineux, dont elles ont le contrôle et qui doivent donc être regardées comme appartenant au même groupe, de répartir, pour des raisons qui leur sont propres, la production entre ces centrales, dès lors qu'elles ne trompent pas l'acheteur public sur la réalité de la concurrence et dès lors que le comportement des centrales n'est pas un moyen, pour les sociétés mères, de se répartir les lots d'un marché public (décision [01-D-02](#)).

### 3.5. RESTRICTIONS VERTICALES

Depuis l'année 2000, le Conseil considère que les restrictions verticales, même lorsqu'elles ne sont examinées qu'au regard du droit interne de la concurrence, doivent être analysées en tenant compte des principes énoncés par le règlement de la Commission européenne n° 2790/1999 du 22 décembre 1999, qui prévoit une exemption d'application du paragraphe 1 de l'article 81 du traité CE aux accords dits "*verticaux*", conclus entre des distributeurs et un fournisseur, lorsque, notamment, la part détenue par ce dernier sur le marché pertinent ne dépasse pas 30 %.

L'exemption catégorielle ainsi accordée repose sur la constatation que les contrats de distribution sélective peuvent améliorer l'efficacité économique à l'intérieur d'une chaîne de distribution grâce à une meilleure coordination entre les entreprises participantes. La probabilité que de tels gains d'efficacité l'emportent sur les éventuels effets anticoncurrentiels des restrictions contenues dans un accord de ce type, dépend du pouvoir de marché des autres entreprises concernées et, dès lors, du degré de concurrence des autres fournisseurs de biens et de services que l'acheteur considère comme interchangeables ou substituables.

Ce règlement constitue, dans le cadre de l'application du droit interne, un "*guide d'analyse*": il ne remet pas en cause les principes dégagés au cours des années précédentes par la jurisprudence relative aux accords verticaux. Lorsqu'il apparaît que certaines clauses d'un contrat sont prohibées au regard de ces principes, le Conseil considère, si la part du fournisseur sur le marché pertinent est inférieure à 30 %, que ces clauses n'ont ni objet, ni effet anticoncurrentiel, à condition, toutefois, qu'elles ne relèvent pas des exceptions prévues par le règlement (clauses de prix imposés ou de protection territoriale absolue) ou ne viennent pas au soutien de pratiques relevant de ces exceptions (décision [01-D-45](#)).

### 3.5.1. Contrats de distribution sélective ou exclusive, contrats de franchise

#### a) Contrats de distribution sélective ou exclusive

Les systèmes de distribution exclusive ou sélective, qui, sauf clause "noire", ne sont plus examinés que si la part de marché est supérieure à 30 %, dès lors qu'ils préservent une certaine concurrence sur le marché, sont conformes aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, à condition que :

- les critères de choix des distributeurs aient un caractère objectif et ne soient pas appliqués de façon discriminatoire ;
- qu'ils n'aient ni pour objet ni pour effet d'exclure une ou des formes déterminées de distribution qui seraient aptes à distribuer les produits en cause ou de créer des barrières artificielles à l'entrée sur le marché de la distribution des produits concernés ;
- qu'ils maintiennent la liberté commerciale des revendeurs quant aux prix pratiqués à l'égard des consommateurs (décisions [01-D-40](#) et [01-D-42](#)).

Dans ce cadre, Il est loisible à une entreprise de déterminer librement les conditions de distribution de ses produits. En application de ce principe, un fournisseur peut :

- 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'une telle pratique n'est pas constitutive d'une discrimination de nature anticoncurrentielle (décision [01-D-40](#)) ;
- choisir ses distributeurs ou ses concessionnaires selon les critères qu'il a déterminés à condition que ces critères soient objectifs, prédéterminés et non discriminatoires (décision [01-D-40](#)) ;
- modifier l'organisation de son réseau de distribution, sans que ses cocontractants ne bénéficient d'un droit acquis au maintien de leur situation (décision [01-D-40](#) et [01-D-42](#)) ;
- choisir un système de distribution qui ne s'inscrit ni dans le cadre de la franchise, ni dans celui de la distribution sélective ou de la distribution exclusive, mais constitue un agencement de dispositions spécifiques à ses besoins ou à ses souhaits (décision [01-D-58](#)).

S'agissant de la sélection des revendeurs, le Conseil a examiné, dans l'affaire Ray-Ban, des dispositions relatives à la qualification professionnelle, au service après-vente, à l'exigence d'une vitrine sur rue et à l'évaluation des points de vente, lesquelles auraient pu être qualifiées d'anticoncurrentielles, au regard de la jurisprudence classique, soit en raison de leur libellé, soit en raison de leur application discriminatoire. Il a cependant estimé qu'il n'était pas établi que ces dispositions aient eu un objet anticoncurrentiel, dans la mesure où, elles n'avaient d'autre objet reconnu que de préserver l'image de prestige du produit, où elles ne portaient sur aucune des exceptions énumérées à l'article 4 du règlement communautaire n° 2790/1999 du 22 décembre 1999 emportant l'inapplicabilité de l'exemption catégorielle et où, enfin, elles n'avaient pas pour objet de renforcer des clauses permettant d'imposer des prix de revente. S'agissant de leur effet, le Conseil a relevé que ces dispositions étaient mises en œuvre par une entreprise détenant moins de 30 % du marché concerné et que les distributeurs avaient la possibilité de vendre d'autres marques de lunettes solaires ; en conséquence, il a estimé qu'il n'était pas établi que les clauses litigieuses ou l'application qui en avait été faite, aient pu avoir un effet anticoncurrentiel.

Le règlement de la Commission européenne n° 2790/1999, précité, prévoit à l'égard de la liberté de fixation des prix que : "*L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sous le contrôle des parties ont pour objet : a) la restriction de la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente maximal ou de recommander un prix de vente, à condition que ces derniers n'équivalent pas à un prix de vente fixe ou minimal à la suite d'une pression exercée par l'une des parties ou de mesures d'incitation prises par elle (...)*".

À cet égard, le Conseil a rappelé, dans sa décision [01-D-58](#), les principes posés en droit national :

- la diffusion, en général, de prix maxima de revente ou de prix conseillés ne constitue pas une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, à condition que ces prix ne revêtent pas, en réalité le caractère de prix imposés ou de prix minima ;
- la diffusion, à des revendeurs situés dans une même zone de chalandise, de prix maxima de revente ou de prix conseillés ne constitue pas une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, à condition que ces indications soient sans ambiguïté et que ces prix ne revêtent pas, en réalité, le caractère de prix imposés ou de prix minima,
- à l'inverse, lorsque les revendeurs sont regroupés sous une même enseigne et situés, pour certains d'entre eux, sur les mêmes zones de chalandise, la fixation de prix de revente identiques ou minimaux, que tous les membres du réseau se trouvent, en fait, dans l'obligation d'appliquer, constitue une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce.

Dans cette affaire, la pratique relevée était fondée sur l'existence de prix déjà étiquetés sur les produits vendus sous l'enseigne Benetton. Le Conseil a estimé que les déclarations des revendeurs révélaient des contradictions qui ne permettaient pas de soutenir la thèse d'une pratique de prix de revente imposés. En effet, si certains d'entre eux indiquaient, soit qu'ils ne procédaient que rarement à des modifications, soit qu'ils avaient déduit de l'étiquetage que les prix étaient imposés, d'autres, au contraire, avaient précisé se sentir libres à l'égard des étiquetages et modifié les prix comme ils l'entendaient. A ces contradictions s'ajoutaient celles concernant le comportement de la société Benetton quant à un éventuel contrôle des prix, puisque certaines déclarations faisaient état d'une "*présence appuyée*" des agents commerciaux de Benetton auprès des revendeurs, mais d'autres niaient tout contrôle ; par ailleurs, le dossier faisait état de plaintes de revendeurs à l'encontre de ceux qui, dans la même zone de chalandise, pratiquaient des prix trop bas, ce qui tendait à démontrer la liberté de ces derniers dans la fixation des prix, et aucune mesure de rétorsion à l'égard des revendeurs pratiquant des prix jugés trop bas n'avait été mise en évidence par l'instruction. Enfin, aucune comparaison entre les prix de revente conseillés et les prix réellement pratiqués n'était possible, dans la mesure où les données ressortant de l'enquête diligentée n'étaient, ni suffisamment nombreuses, ni suffisamment proches, pour une zone de chalandise donnée. Le ministre de l'économie a formé un recours contre cette décision.

Les éléments de preuve présentés dans le cadre de l'affaire Ray-Ban ont, à l'inverse, été jugés suffisants pour établir une pratique de prix de revente imposés. L'application du contrat de distribution sélective mis en place par la société Bausch & Lomb, pour la distribution des lunettes de marque Ray-Ban, faisait, en effet, apparaître que cette société imposait à ses distributeurs, sous la menace d'une résiliation du contrat ou d'une suspension des livraisons,

la fixation d'un prix de vente minimal, qu'elle conditionnait l'organisation d'opérations promotionnelles par ses distributeurs à son approbation préalable et interdisait toute pratique de promotion avec discount systématique. Enfin, il apparaissait que les agents commerciaux de la société surveillaient régulièrement le respect de l'application de ses prix par les distributeurs (décision [01-D-45](#)).

Lorsqu'un contrat de distribution contient une ou plusieurs clauses qui, directement ou indirectement, entravent la liberté de fixation des prix des revendeurs, il ne peut plus bénéficier de l'exemption de principe liée à la part de marché du fournisseur et la pratique ainsi mise en œuvre peut être sanctionnée, même si son auteur détient une part de marché inférieure à 30 % (décision [01-D-45](#)).

La liberté des distributeurs doit aussi être préservée en ce qui concerne la possibilité de satisfaire des demandes provenant de l'extérieur de la zone qui leur a été concédée par le fournisseur. Dans sa décision [01-D-40](#), le Conseil a relevé que la rédaction d'une clause définissant les produits exclus d'un contrat de concession, ainsi que celle d'une lettre demandant à un distributeur de faire le nécessaire pour que ses revendeurs s'abstiennent d'activité commerciale concernant ces mêmes produits, ne permettaient pas de déduire qu'il était interdit aux concessionnaires de répondre à des sollicitations de clients situés en dehors du territoire concédé. Cette position était, en outre, renforcée par plusieurs déclarations d'autres concessionnaires qui avaient fait état de la liberté qui leur était laissée à cet égard et par des factures produites par le concessionnaire plaignant, qui établissaient qu'il avait lui-même satisfait à des demandes de clients situés en dehors du territoire concédé.

#### ***b) Franchise***

Le Conseil n'a pas été amené à se prononcer sur des contrats de franchise en 2001.

### **3.5.2. Conditions générales de vente et accords de coopération commerciale**

L'octroi de remises ou de ristournes différées n'est pas restrictif de concurrence lorsque le principe et le montant de ces avantages sont acquis de manière certaine dès le franchisement des seuils quantitatifs qui en déterminent l'attribution et lorsque les distributeurs peuvent, sans aléa ni restriction, en répercuter le montant sur leurs prix de vente.

Le fait, pour un fournisseur de produit de marque, d'accorder des ristournes qualitatives, ajoutées aux remises quantitatives, à ceux de ses distributeurs qui offrent des services, n'est pas en soi une pratique prohibée, si les conditions d'obtention de ces ristournes qualitatives n'excluent pas des entreprises qui seraient prêtes à fournir les services requis, si elles sont définies de façon objective, ne sont pas appliquées de façon discriminatoire et n'ont ni pour objet, ni pour effet de limiter la liberté des commerçants de déterminer de façon autonome leur politique de prix de revente (décision [01-D-15](#)).

### **3.6. AUTRES RESTRICTIONS VERTICALES**

En 2001, le Conseil n'a pas examiné de pratiques de restrictions verticales n'entrant pas dans les catégories ci-dessus décrites.

# Chapitre IV - Positions dominantes, situations de dépendance économique et abus anticoncurrentiels

L'article 8 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> 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".

## 1. Les abus de position dominante

L'application de l'article 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.

### 1.1. DÉFINITION DE LA POSITION DOMINANTE INDIVIDUELLE

Est pertinent, pour déterminer si une entreprise active dans un secteur qui fonctionne par appels d'offres dont chacun détermine un marché, non le marché particulier résultant du croisement d'un appel d'offres et des soumissions qui ont été déposées en réponse, mais le marché plus général où sont actifs l'ensemble des opérateurs susceptibles de répondre à l'appel d'offres concerné (décisions [01-D-08](#) et [01-D-46](#)).

#### 1.1.1. Les situations de monopole

Monopoles constitutifs d'une position dominante : le "*quasi monopole de fait*" détenu par France Télécom sur le marché de la téléphonie fixe intradépartementale est, en 1999, constitutif d'une position dominante (décisions [01-D-46](#) et [01-MC-06](#)).

#### 1.1.2. Les autres situations

##### a) Situations constitutives d'une position dominante

Une entreprise qui, après avoir détenu un monopole, grâce à un brevet, enregistre l'apparition d'une concurrence une fois le brevet tombé dans le domaine public, conserve cependant, dans ces nouvelles circonstances, une position dominante dès lors qu'il est établi qu'après avoir abaissé ses prix, sa part de marché restait très supérieure à celle de ses concurrents, s'élevant encore à 70,3 % trois ans après l'expiration du brevet, qu'elle retenait une part substantielle du profit antérieur et qu'elle faisait preuve d'une large capacité à fixer ses prix indépendamment de toute pression concurrentielle, puisque ses prix devaient connaître, après l'époque des faits considérés et la cessation des pratiques litigieuses, une baisse très nette (décision [01-D-23](#)).

En 1999, France Télécom détenait une position dominante sur le marché des communications fixes vers mobiles concernant les grandes entreprises, sur lequel elle n'était pas en monopole et alors que c'étaient, à l'époque des faits, les opérateurs mobiles qui fixaient le prix des appels fixes vers mobiles, pour les raisons suivantes :

- seuls les opérateurs concurrents disposant de boucles locales alternatives au réseau technique commuté de FranceTélécom ou pratiquant le reroutage international pouvaient présenter des offres concurrentes ;
- en général, les appels fixes vers mobiles, même routés par des opérateurs concurrents, transitaient d'abord par le réseau fixe de France Télécom ;
- le reroutage international était contraint par des décisions prises par France Télécom en ce domaine ;
- les offres faites aux "*grands comptes*" au sujet de ce marché, émanaient de la division "*grands comptes*" de France Télécom et non de sa filiale France Télécom Mobiles (décisions [01-D-46](#) et [01-D-66](#)).

Un groupement qui détient 94 % de part de marché dans le secteur particulier du remboursement des titres emploi service a été considérée comme occupant, de ce fait, une position dominante (décision [01-D-41](#)).

Le fait que Canal Plus détienne 70 % du marché de la télévision à péage en France et que la Commission européenne, dans une décision récente (du 13 octobre 2000) ait considéré que cette société était en position dominante sur ce marché suffit pour que, au stade de l'examen d'une demande de mesures conservatoires, le Conseil ait considéré qu'il n'était pas exclu que la société Canal Plus soit toujours en position dominante sur ce même marché (décision [01-MC-01](#)).

Sous réserve des résultats de l'instruction au fond, le fait que la société Canal Plus préachète 80 % des droits de diffusion des films d'expression française pour la télévision à péage et ait acheté, en 1999, les droits de 140 films contre 25 pour son concurrent TPS, permettent de ne pas exclure qu'elle détienne une position dominante sur le marché des droits de diffusion des films d'expression française sur les chaînes de télévision à péage (décision [01-MC-01](#)).

#### ***b) Situations non constitutives d'une position dominante***

Une société qui détient 45,7 % des surfaces d'hypermarché dans une zone de chalandise ne détient pas de position dominante dès lors que la part de surface du grand commerce détenue n'est que de 23,9 %, que deux autres enseignes d'hypermarché réputées pour la pression qu'elles exercent sur les prix étaient présentes dans la zone et que d'autres formes de distribution - et notamment onze supermarchés et cinq maxidiscompteurs - étaient également susceptibles d'exercer une pression sur les prix des produits alimentaires (décision [01-D-12](#)).

La société SDEI, en concurrence avec les groupes Vivendi et Bouygues sur le marché pertinent de la délégation des services publics de distribution d'eau et d'assainissement, n'est pas en position dominante (décision [01-D-08](#)).

#### **1.1.3. La notion de position dominante collective**

Le grand nombre de chaînes diffusant des émissions de télévision, l'absence de liens structurels entre elles et l'inexistence d'un comportement identique sur le marché qui pourrait

entraîner leur confusion en une seule et même entité, ne permettent pas de considérer que les principales chaînes de télévision françaises détiennent une position dominante collective (décision [01-D-81](#)).

Il n'est pas établi que l'ensemble des centrales d'enrobés bitumineux d'un département détienne une position dominante collective dès lors, d'une part, que des centrales fixes situées dans des zones voisines d'autres départements et des centrales mobiles sont susceptibles de répondre à la demande et, d'autre part, que le dossier ne comporte pas d'éléments relatifs à la zone d'attraction géographique des centrales en cause, ni sur les autres offreurs pouvant alimenter le marché pertinent (décision [01-D-02](#)).

## **1.2. QUALIFICATION DES PRATIQUES IMPUTABLES À UNE ENTREPRISE EN POSITION DOMINANTE**

Une proportion significative des affaires où est en cause un abus de position dominante supposé donne lieu à une demande de mesures conservatoires. Les décisions rendues sur ces dernières se prononcent, pour apprécier la présence d'éléments probants dans la saisine au fond, sur la présence éventuelle d'abus de position dominante, mais après un examen rapide. En employant la formule "*il n'est pas exclu que*", le Conseil souligne qu'à la suite de l'instruction approfondie du fond de l'affaire, il pourra éventuellement porter une appréciation différente. Il a paru utile d'indiquer ici les principaux enseignements à tirer de ces décisions ; l'usage de la formule "*il n'est pas exclu que*" permet au lecteur de savoir que l'analyse de l'affaire n'a pas donné lieu à une instruction au fond approfondie.

### **1.2.1. Pratiques ayant été qualifiées d'abusives**

Comme c'est généralement le cas, la majorité des abus de position dominante constatés et sanctionnés par le Conseil visaient à restreindre l'accès de concurrents au marché ou à exclure des concurrents. Les cas d'abus d'exploitation, où une entreprise utilise sa position dominante pour pratiquer des prix excessifs ou refuser d'alimenter ses clients, sont plus rares.

Cependant, dans un avis, le Conseil a dressé une liste théorique indicative des pratiques de prix susceptibles d'être qualifiées d'abusives : il s'agit d'une part de pratiques de prix manifestement trop élevés, qui constituent bien une exploitation abusive de la position dominante et, d'autre part, de pratiques de prix prédateurs qui sont des pratiques visant à exclure les concurrents. En outre, pour ne pas être abusifs, doivent être "*orientés vers les coûts*" les prix afférents à l'utilisation d'infrastructures essentielles par des concurrents. Peuvent également être qualifiés d'abusifs, de la part d'une entreprise en position dominante, des prix discriminatoires (avis [01-A-01](#)).

Est abusif le fait, pour une entreprise en position dominante, de fixer des conditions générales de vente incluant des remises liées au fait que l'entreprise satisfera la totalité des besoins de ses clients pour une période donnée (voir CJCE n° 85/76 Hoffmann-La Roche du 13 février 1979 - décision [01-D-23](#)).

Lorsqu'une société en position dominante et qui détient une facilité essentielle dont l'accès conditionne l'activité sur le marché de ses concurrents, propose une structure tarifaire qui produit, pour ses concurrents, un effet de ciseau, la pratique est généralement considérée comme abusive, du moins si l'effet de ciseau est apprécié en fonction d'un opérateur concurrent qui serait au moins aussi efficace que l'opérateur dominant. En l'espèce, cette

théorie a été appliquée à un cas d'offre sur mesure de France Télécom, c'est-à-dire au cas d'une offre qui ne résulte pas de l'application de ses conditions générales de vente (décision [01-D-46](#)).

Le fait, pour un opérateur en position dominante, de lier une offre portant sur un marché dominé à une offre portant sur un marché concurrentiel, ou d'offrir des avantages commerciaux qui ne sont accessibles qu'aux clients qui s'engagent simultanément sur les deux offres, est généralement considéré comme abusif. Application de cette théorie a été faite au cas d'une offre sur mesure de France Télécom. Le contrat en cause avait été divisé en deux parties, portant l'une sur un service sous monopole, l'autre sur des services en concurrence. Cependant, en pratique, l'avantage tarifaire consenti sur la téléphonie locale sous monopole était lié à l'engagement pris sur les autres services de téléphonie et la méthode de calcul des pénalités encourues par le client, s'il n'atteignait pas le seuil contractuel minimal de communications, minimisait le risque de pénalités en cas d'accord portant sur la totalité des services de téléphonie (décision [01-D-46](#)).

Un opérateur en position dominante qui crée un service sur Minitel sur lequel il se présente, à tort, comme l'unique opérateur du marché se livre à une pratique abusive (décision [01-D-41](#)).

Il n'est pas exclu que le fait, pour la société Kiosque, filiale de Canal Plus qui est le principal financeur du cinéma français, de conclure avec les producteurs de cinéma français des accords d'exclusivité pour la diffusion télévisée des films en paiement à la séance, ce qui empêche d'autres chaînes en paiement à la séance de se procurer ces films, soit constitutif d'un abus de position dominante (voir CA de Paris, 15 juin 1999 - décision [01-MC-01](#)).

Il n'est pas exclu que le fait, pour une entreprise de transport maritime en position dominante sur la desserte d'une île, de pratiquer des prix très bas grâce à des subventions publiques et de ne pas permettre à son concurrent d'accéder à certaines installations portuaires dans des conditions comparables à celles dont elle bénéficie, constitue un abus de position dominante (décision [01-MC-02](#)).

Pourraient être abusives, sous réserve des résultats de l'instruction au fond, les pratiques suivantes de France Télécom qui s'inscrivent dans le cadre général des offres caractérisées par un couplage entre un bien ou service sous monopole et un bien ou service en concurrence :

- le fait de poursuivre la commercialisation d'offres téléphoniques qui combinent des communications locales et certains types d'accès à Internet que seule France Télécom est en mesure d'offrir, au-delà de la date à laquelle une concurrence effective devient possible sur les communications locales ;
- le fait de commercialiser activement de telles offres dans la période qui précède immédiatement l'ouverture à la concurrence des communications locales ;
- le fait de réaliser des "*couplages publicitaires*", c'est-à-dire de chercher à persuader les consommateurs que des offres attractives relatives à des services sous monopole et des offres concernant des services en concurrence doivent être acquises ensemble pour produire le résultat idéal escompté ;
- le fait de rendre impossible l'accès à une offre commerciale attractive de France Télécom par la technique de la sélection au coup par coup, ce qui risque d'inciter les consommateurs à présélectionner France Télécom et donc à s'adresser à cette entreprise pour l'ensemble de leurs communications, y compris celles qui ne sont pas concernées par l'offre attractive (décision [01-MC-06](#)).

Pourraient être qualifiées d'abusives, sous réserve d'une instruction au fond, les pratiques suivantes imputables à la société Canal Plus et à sa filiale Kiosque qui exploite une chaîne de télévision en paiement à la séance consacrée au cinéma : le fait de préacheter les droits de diffusion de très nombreux films français en exigeant l'exclusivité de ces droits en ce qui concerne les chaînes de télévision en paiement à la séance, dès lors que cette pratique rend difficile le maintien sur le marché d'un concurrent puisque la réglementation en vigueur impose la diffusion d'un nombre minimum de films d'expression française et que l'équilibre économique exige qu'un nombre suffisant des films ainsi diffusés soient attractifs pour le public (décision [01-MC-01](#)).

### **1.2.2. Pratiques n'ayant pas été qualifiées d'abusives**

Le dépôt d'un brevet et la défense en justice des droits y afférents ne sont pas abusifs en eux-mêmes. Est toutefois réservée, sans être traitée, la situation où les brevets déposés ne seraient pas exploités et où il serait permis de penser que leur dépôt aurait pour seul but d'empêcher les concurrents d'entrer sur le marché (décision [01-D-57](#)).

N'est pas abusif le fait, pour l'entreprise qui détient un brevet et agit en justice pour le défendre, d'en avertir le public par voie de presse alors que ni le nom de l'entreprise mise en cause ni le nom de sa marque n'étaient mentionnés dans l'annonce (décision [01-D-57](#)).

En l'absence d'effet ou d'objet anticoncurrentiel démontré, le fait de changer de distributeur exclusif et le fait de livrer le nouveau distributeur pendant la période de préavis prévue par le contrat avec l'ancien distributeur exclusif ne sont pas constitutifs d'un abus au sens de L. 420-2 du code de commerce (décision [01-D-42](#)).

Une rigueur accrue dans les conditions de paiement exigées d'un acheteur n'est pas abusive dès lors qu'elle s'explique par le souci d'éviter les impayés (décision [01-D-42](#)).

Des ajustements de prix qui ne sont pas systématiques et qui ne présentent pas de caractère prédateur ne sont pas abusifs (décision [01-D-23](#)).

N'ont pas été considérés comme abusifs, en tout état de cause, des contrats de concession destinés à réorganiser un système de distribution dont le but était d'améliorer le service rendu à la clientèle, dès lors qu'ils ne comportaient aucune clause "noire" comme l'interdiction de la revente passive (décision [01-D-40](#)).

Un refus de vendre un produit intermédiaire opposé par un producteur dominant à une entreprise qui était une concurrente de ce groupe sur un marché aval n'a pas été considéré comme abusif dès lors que des justifications ont pu être apportées, en l'espèce : le fait que la demande portait sur un approvisionnement régulier alors que le producteur ne mettait sur le marché que des excédents épisodiques et avait accepté le principe de livraisons épisodiques à son concurrent, le fait que le groupe dominant entendait privilégier les sociétés du groupe, le fait que ces sociétés actives sur le marché aval disposaient d'un nouveau débouché stable qui justifiait leur besoin de matière première (décision [01-D-70](#)).

Il n'est pas abusif, pour un opérateur dominant sur un marché amont, de privilégier l'approvisionnement de ses propres filiales actives sur ce même marché aval par rapport à ses concurrents sur le marché aval, dès lors que ces filiales disposent de débouchés (NB : la

solution ne serait pas nécessairement la même si le bien ou le service produit en amont revêtait le caractère de facilité essentielle) (décision [01-D-70](#)).

Un prix manifestement élevé pratiqué par un opérateur en position dominante n'est pas abusif s'il ne résulte pas de la position dominante mais de ce qu'un acheteur professionnel (qui était, en l'espèce, au surplus, l'unique acheteur du marché) n'avait pas recouru aux diligences normales (une mise en concurrence minimale, en l'espèce) pour tenter d'obtenir une baisse des prix (décision [01-D-70](#)).

En l'absence d'objet anticoncurrentiel démontré, un prix bas pratiqué par une entreprise en position dominante ne peut être qualifié de prédateur s'il n'est pas établi qu'il est inférieur aux coûts variables moyens de l'entreprise (jurisprudence constante) (décision [01-D-08](#)).

Une société qui détient un monopole de fait n'abuse pas pour autant de sa position dominante dès lors qu'aucun élément du dossier n'est de nature à laisser penser qu'elle empêcherait d'autres sociétés de se constituer ou d'exercer la même activité (décision [01-D-18](#)).

Un certain nombre d'exigences imposées aux distributeurs de presse par les Nouvelles messageries de la presse parisienne, dont le dossier n'établissait pas qu'elles étaient appliquées de façon discriminatoire, ne pouvaient être qualifiées d'abusives dès lors qu'elles ne présentaient pas, en elles-mêmes, de caractère anticoncurrentiel. Il s'agissait de l'exigence d'une avance, du dispositif de règlement différé, de l'obligation de recevoir les titres adressés par la messagerie, de facilités de paiement accordées à des distributeurs en difficulté et de l'octroi de prêts (décision [01-D-65](#)).

## **2. La situation de dépendance économique**

### **2.1. LA NOTION DE DÉPENDANCE ÉCONOMIQUE**

La dépendance économique d'un distributeur à l'égard de son fournisseur, au sens de l'article L. 420-2 alinéa 2, résulte de la notoriété de la marque du fournisseur, de l'importance de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur, à condition que cette part ne résulte pas d'un choix délibéré de politique commerciale de l'entreprise cliente et de la difficulté pour le distributeur d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents (décisions [01-D-42](#) et [01-D-49](#)).

Si la nouvelle rédaction de la disposition relative à la répression de l'abus de dépendance économique, introduite dans le code de commerce par la loi du 15 mai 2001, ne fait plus référence à la notion de "*solution équivalente*", il résulte des travaux parlementaires que le changement de libellé visait à faciliter la répression de tels abus par une évolution de la condition d'atteinte à la concurrence sur le marché et non à faire évoluer la notion même de dépendance économique qui ne peut résulter que de l'impossibilité, pour une entreprise, de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées avec une autre entreprise (décision [01-D-49](#)).

Un distributeur qui a choisi de réaliser la plus grande partie de son chiffre d'affaires avec une seule marque n'est pas dans une situation de dépendance économique à l'égard de son fournisseur, dès lors que d'autres marques notoires existent pour la plupart des produits du secteur, que les changements de fournisseur peuvent intervenir sans délai et sans coût

significatif et que de nombreux distributeurs de toutes tailles commercialisent des produits de ces différentes marques (décision [01-D-49](#)).

Dès lors que les relations entre les caisses primaires d'assurance maladie et les entreprises de distribution d'appareils médicaux ne constituent pas des relations de nature commerciale mais de nature administrative, la situation desdites entreprises à l'égard des caisses ne peut être qualifiée de situation de dépendance économique au sens de l'article L. 420-2 du code de commerce (décision [01-D-62](#)).

Il n'est pas exclu qu'un opérateur de services téléphoniques dépourvu d'infrastructures qui a besoin, pour le fonctionnement de son service de cartes prépayées à code, de proposer à ses clients un numéro d'appel gratuit, soit en situation de dépendance économique vis-à-vis de France Télécom. En effet, d'une part, le changement du numéro d'appel gratuit long attribué à cet opérateur, s'il peut être effectué en s'adressant à un autre opérateur, entraîne des perturbations commerciales considérables. D'autre part, seule France Télécom semblait être, à l'époque des faits, en mesure d'offrir un numéro d'appel gratuit court de quatre chiffres (décision [01-MC-07](#)).

## **2.2. LA NOTION D'ABUS DE DÉPENDANCE ÉCONOMIQUE PROHIBÉ**

La dénonciation prévisible, dans des conditions stipulées dans le contrat, d'un contrat de distribution exclusive n'est pas en soi constitutive d'un abus de dépendance économique (décision [01-D-42](#)).

# Chapitre V - Les conditions d'application de l'article L. 420-4-I du code de commerce

## 1. Les pratiques résultant d'un texte

L'article L. 420-4-I du code de commerce précise que 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 L. 420-1 et L. 420-2.

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.

Ainsi, le Conseil a refusé le bénéfice de ces dispositions :

- aux pratiques de gel de parts de marché et d'entrave à l'entrée d'un nouvel opérateur sur le marché, mises en œuvre par certains grossistes répartiteurs pharmaceutiques, en ce qu'elles ne résultaient nullement de l'article L. 189-9 du code de la sécurité sociale, qui se borne à instaurer un plafonnement des remises que les grossistes peuvent consentir aux pharmaciens d'officine (décision [01-D-07](#)) ;
- aux clauses de non concurrence et aux clauses tarifaires, qualifiées d'anticoncurrentielles, figurant dans le "*Pacte d'Union*" adopté par la Fédération nationale de la mutualité française. Il a estimé en effet que ces pratiques n'étaient nullement la conséquence directe d'une part, des articles L. 123-1 et suivants du code de la mutualité, qui incitent les mutuelles à se grouper en union et fédérations afin, notamment, de bénéficier de services communs, d'autre part, de l'article L. 125-9 du même code qui interdit le recours à des intermédiaires ou personnels commissionnés pour le recrutement d'adhérents (décision [01-D-55](#)) ;
- aux pratiques d'entente mises en œuvre par des entreprises de déménagement, qui invoquaient la réglementation régissant le déménagement des militaires, dans le cadre de laquelle une grille tarifaire de prise en charge est élaborée. Le Conseil a estimé, à cet égard, que cette réglementation était, au contraire, conçue pour obtenir le meilleur prix par l'exercice d'une libre concurrence entre déménageurs et que l'existence de plafonds de droits à remboursement fixés par l'administration ne fait nullement obstacle, par elle-même, au jeu de la concurrence (décision [01-D-63](#)). Cette décision a été annulée pour un motif de procédure par un arrêt de la cour d'appel en date du 9 avril 2002 ;
- aux pratiques d'ententes horizontales sur les prix qui pourraient être mises en œuvre dans la cadre d'une concertation réunissant des entreprises et des associations de consommateurs (avis [01-A-13](#)).

Par ailleurs, le Conseil a rappelé, dans le même avis [01-A-13](#), les termes d'un arrêt rendu par la Cour de justice des communautés européennes, le 30 janvier 1985, dans une affaire Bureau national interprofessionnel du Cognac c/Guy Clair, aux termes desquels une entente anticoncurrentielle dont les résultats sont ensuite intégrés à une disposition législative, n'en demeure pas moins une entente sanctionnable.

## 2. Les pratiques contribuant au progrès économique

Le 2° de l'article L. 420-4-I précise pour sa part que ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2, les pratiques "*dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer le progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du progrès qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause (...)*".

Ces dispositions, comme celles du 1° examinées ci-dessus, sont d'interprétation stricte. Le progrès invoqué doit constituer un progrès pour la collectivité dans son ensemble et non simplement permettre une amélioration conjoncturelle de la situation des entreprises concernées. Il doit, notamment, être établi que le progrès économique allégué est la conséquence directe des pratiques en cause et qu'il n'aurait pu être obtenu par d'autres voies. La preuve que ce progrès est suffisamment important pour justifier les atteintes à la concurrence relevées doit également être rapportée.

Dans l'affaire des tickets-restaurant, les sociétés émettrices mises en cause ont fait valoir que la fixation en commun du taux de la commission versée par les restaurateurs à la CRT, association qu'elles avaient créée pour assurer le traitement des titres, contribuait au progrès économique et que dès lors, elle devait être exemptée sur le fondement de l'article L. 420-4-I-2°. Le Conseil a écarté cette argumentation, d'une part, au motif qu'une entente n'était pas nécessaire pour atteindre le progrès revendiqué, d'autre part, au motif que la pratique ne réservait pas aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résultait.

En effet, s'il n'est pas contestable que l'utilisation des titres restaurants présente un intérêt pour les salariés, la CRT pouvait parfaitement exercer sa mission de remboursement des titres pour le compte des émetteurs avec un taux différent, au cas par cas, selon l'émetteur pour lequel elle intervenait. A cet égard, le Conseil a relevé que le coût de l'adaptation des logiciels informatiques de gestion n'était pas insurmontable et que la dématérialisation des titres, devrait faciliter la gestion d'un système de taux différencié des commissions. S'agissant de l'absence de réservation d'une partie des profits aux utilisateurs, elle ressortait clairement du montant de la différence entre, d'une part, la participation versée par les restaurateurs aux membres de la CRT et, d'autre part, celle versée à une société émettrice qui ne participait pas à la CRT et n'était donc pas membre de l'entente, qui avait pu être évaluée à l'issue des débats en séance à 32,4 millions de francs par an (décision [01-D-41](#)).

Le bénéfice de ces dispositions était aussi invoqué par la Fédération nationale de la mutualité française qui soutenait que les pratiques d'entrave au libre jeu de la concurrence entre les mutuelles qu'elle fédère permettaient que ces mutuelles ne se livrent pas à un démarchage de populations déjà mutualisées, ce qui évitait "*une dispersion des forces des mutuelles*". Le Conseil a rejeté ce moyen au motif, là encore, que les pratiques en cause n'étaient pas nécessaires pour atteindre le progrès économique prétendu (décision [01-D-55](#)).

Si la recherche de l'accroissement de la sécurité des usagers peut constituer une contribution au progrès économique, un tel objectif ne suffit pas, à lui seul, à justifier une entente horizontale concernant le niveau de la répercussion sur les prix de mesures de sécurité nouvelles, dans la mesure où une identité de répercussion ne garantit en rien que les dépenses de sécurité seront effectivement réalisées (avis [01-A-07](#)).

Si la protection du consommateur peut constituer un progrès économique susceptible de servir de base à une exemption fondée sur le 2<sup>e</sup> alinéa de l'article L. 420-4 de commerce, il n'est pas possible d'affirmer que, du seul fait de leur spécificité et de leurs objectifs, des accords anticoncurrentiels issus d'une concertation entre associations de consommateurs et banques pourraient bénéficier d'une telle exemption. Le Conseil aurait à rechercher si les autres conditions de l'exemption sont satisfaites, c'est-à-dire que le progrès économique invoqué résulte directement de la pratique contestée, que la restriction de concurrence soit nécessaire à la réalisation de l'objectif, qu'elle réserve au consommateur une part équitable du profit qui en résulte et que les entreprises ne se voient pas offrir ainsi la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause (avis [01-A-13](#)).

## Chapitre VI - Les pratiques de prix abusivement bas

L'article L. 420-5 du code de commerce prohibe : "*Les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits. Les coûts de commercialisation comportent également et impérativement tous les frais résultant des obligations légales et réglementaires liées à la sécurité des produits.*".

A deux reprises en 2002, le Conseil a été conduit à rappeler que ces dispositions ne visaient que les offres de prix faites au consommateur final et non aux professionnels.

Saisi sur ce fondement pour examiner les offres présentées par la société Collectes valorisation énergie déchets (Coved), lors de trois appels d'offres pour la collecte et le traitement des ordures ménagères, lancés par des syndicats regroupant plusieurs communes, le Conseil a appliqué la jurisprudence constante aux termes de laquelle un acheteur public lorsqu'il lance un appel d'offres pour déléguer une mission de service public dispose, à la différence des consommateurs, de compétences techniques et n'intervient pas pour satisfaire ses propres besoins. Dans ces conditions, il ne peut être qualifié de consommateur, ce qui exclut par conséquent l'application des dispositions relatives aux prix abusivement bas. Cette analyse qui est celle du Conseil, depuis que l'infraction relative aux prix abusivement bas a été introduite en droit de la concurrence, a été confirmée par la cour d'appel de Paris, notamment dans un arrêt du 3 juillet 1998, par lequel elle a précisé que l'exigence qui pèse sur l'acheteur public, en vertu des articles 95 bis, 97 ter, 297 bis et 300 du code des marchés publics, de ne pas rejeter une offre qui lui semble anormalement basse sans demander, par écrit, des précisions sur sa composition et de vérifier cette composition au vu des explications fournies, suppose une compétence technique incompatible avec la notion de "*consommateur*" au sens de l'article 10-1 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, devenu L. 420-5 du code de commerce (décision [01-D-10](#)).

De la même façon, le Conseil a écarté un moyen fondé sur l'article L. 420-5 présenté par le syndicat CFDT Radio télé qui soutenait que les prestataires techniques audiovisuels dont l'activité consiste, notamment, à fournir aux chaînes de télévision des images d'événements, étaient obligés de pratiquer une politique de prix abusivement bas pour pouvoir répondre à la demande des diffuseurs (décision [01-D-81](#)).

Enfin, le Conseil a été saisi par la société Concurrence de pratiques de prix bas mises en œuvre notamment par les distributeurs Darty et la Fnac, afin de l'évincer du marché de la place de la Madeleine à Paris. Il a prononcé un non lieu sur cette saisine, aux motifs suivants :

- il ressortait d'un constat de relevés de prix, concernant 123 appareils électroniques destinés au grand public de diverses marques, que sur 70 articles vendus à la fois par Darty et par le magasin Concurrence, situés place de la Madeleine, seuls deux prix pratiqués par Darty étaient inférieurs à ceux pratiqués dans la magasin de la requérante. Le caractère prédateur des prix pratiqués par Darty n'a ainsi pas été établi par l'instruction ;
- il n'était ni établi ni même allégué que le prix pratiqué dans le magasin Darty de la Place de la Madeleine aurait été pour l'un ou l'autre des articles ayant fait l'objet d'un relevé de prix, inférieur à la somme du coût d'achat de l'article considéré et du coût variable de sa commercialisation (décision [01-D-53](#)).

## **Chapitre VII – La politique du Conseil en matière de sanctions**

### **1. L'aspect correctif : les injonctions (voir aussi : mesures conservatoires)**

Lorsque l'entreprise mise en cause, sans avoir cessé d'exister, a cédé, postérieurement aux faits, l'activité économique ayant donné lieu aux pratiques anticoncurrentielles retenues par le Conseil, elle peut être sanctionnée mais il n'est pas possible de lui adresser des injonctions (décision [01-D-45](#)).

#### **1.1. INJONCTION DE S'ABSTENIR DE CERTAINES PRATIQUES**

Le Conseil n'a pas prononcé d'injonction de ce type pendant l'année 2001.

#### **1.2. INJONCTION DE PRENDRE CERTAINES MESURES**

Les injonctions suivantes ont notamment été adoptées par le Conseil :

Alors même que la pratique en cause, qui consistait pour la Fédération nationale de la mutualité française à avoir inséré une clause de non concurrence dans son "*Pacte d'Union*" avait apparemment cessé, puisque le Pacte d'Union avait été ultérieurement implicitement abrogé, le Conseil a considéré qu'il convenait de porter à la connaissance de tous les mutualistes, par "*tout moyen approprié*", que les clauses anticoncurrentielles avaient été abrogées (décision [01-D-55](#)).

Il a été enjoint au centre national de prévention et de protection, qui délivre des attestations de qualification à des entreprises spécialisées dans l'installation et la maintenance de systèmes de détection incendie, de supprimer du règlement de qualification les dispositions qui imposent aux entreprises postulantes d'être capables d'effectuer à la fois l'installation et la maintenance, de remplacer le système des prérequis par un contrôle de la spécialisation et de la compétence qui ne soit pas de nature à restreindre le jeu de la concurrence au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour atteindre l'objectif de qualité et de sécurité des installations et de supprimer les dispositions du règlement autorisant une entreprise qualifiée à délivrer une

déclaration de conformité, même si elle n'est pas titulaire de la commande du maître d'ouvrage, dès lors qu'elle justifie d'un marché de sous-traitance portant sur certaines opérations (décision [01-D-30](#)).

### 1.3. EXAMEN DU RESPECT DES INJONCTIONS

Reprise d'une jurisprudence constante : les injonctions formulées en application de l'article L. 464-1 du code de commerce sont, au stade de la vérification de leur respect, d'interprétation stricte et doivent être formulées en termes clairs, précis et exempts d'incertitudes quant à leur exécution (voir CA Paris, 29 mars 1996 et 40 septembre 1996 - décision [01-D-75](#)).

Reprise d'une jurisprudence constante : dans le cadre de la procédure de respect d'injonction, le Conseil ne peut sanctionner d'autres pratiques que celles qui résultent du défaut de respect de l'injonction (décision [01-D-75](#)).

Le Conseil est compétent pour sanctionner le non-respect d'une injonction prononcée sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce, non par lui-même mais par la cour d'appel de Paris statuant sur un recours dirigé contre une décision du Conseil (décision [01-D-75](#)).

La cour d'appel de Paris avait enjoint à la société Canal Plus de "*cesser de lier le préachat de droits exclusifs de diffusion télévisuelle par abonnement des films cinématographiques d'expression française récents à la condition que le producteur renonce à céder à tout opérateur les droits de diffusion télévisuelle de ces films pour la diffusion par un service de paiement à la séance*" et "*de mettre son contrat type de préachat de droits exclusifs de diffusion télévisuelle par abonnement qu'elle propose aux producteurs de films en conformité avec l'injonction précédente*". Le ministre dénonçait diverses pratiques de la société Canal Plus ou de ses filiales. Le Conseil a observé qu'aucune de ces pratiques ne faisait apparaître que la société Canal Plus aurait lié le préachat de droits exclusifs à la condition que le producteur renonce à céder à tout opérateur les droits de diffusion télévisuelle de ces films en paiement à la séance. De plus, les pratiques éventuellement anticoncurrentielles dénoncées ne pouvaient être assimilées à la pratique dont la cour d'appel avait enjoint la cessation et faisaient, par ailleurs, l'objet d'une instruction au fond dans le cadre d'une autre saisine. Un non lieu a donc été prononcé sur la saisine en non-respect d'injonction (décision [01-D-75](#)).

## 2. L'aspect dissuasif : les sanctions pécuniaires et la publication des décisions

Application des nouveaux plafonds de sanction prévus par la loi dite NRE du 15 mai 2001 : les nouveaux plafonds de sanction sont plus élevés que ceux qui résultaient de l'ancienne rédaction de l'article L. 462-2 du code de commerce, lui-même issu de la codification de l'article 21 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986. Les dispositions transitoires de la loi du 15 mai 2001 prévoient que les nouveaux plafonds ne sont applicables qu'aux pratiques dont le Conseil de la concurrence a été saisi postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la loi. Cependant, le Conseil a estimé que, compte tenu du caractère quasi-pénal des sanctions qu'il inflige, il devait, par respect de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, appliquer le principe général de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère. En conséquence, il a considéré que le nouveau plafond des sanctions ne

pourrait être appliqué qu'à des pratiques commises après l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001 (décisions [01-D-31](#) et suivantes).

## 2.1. LES MOTIVATIONS DES SANCTIONS

### 2.1.1. La gravité des faits

#### *a) La nature des pratiques en cause*

Les ententes horizontales entre soumissionnaires concurrents à des appels d'offres émanant de personnes publiques ayant pour objet et pour effet d'aboutir à une répartition des marchés sont d'une particulière gravité (décision [01-D-77](#)).

Le fait, pour deux entreprises appartenant à un même groupe, de présenter en réponse à un appel d'offres deux soumissions indépendantes mais préalablement concertées sans en avertir le maître de l'ouvrage constitue une pratique grave par nature (décision [01-D-67](#)).

L'imposition d'un prix de vente minimal ou d'un prix de vente fixe au sein d'un réseau de distribution revêt "*une certaine gravité*" (décision [01-D-45](#)).

Sont particulièrement graves les pratiques jugées injustifiables par la recommandation du 25 mars 1998 du Conseil de l'OCDE. Il s'agit, tout particulièrement des pratiques de fixation concertée des prix et de partage de marché (décisions [01-D-36](#) et [01-D-41](#) - arrêt de la cour d'appel du 27 novembre 2001 – SA Caisse nationale du crédit agricole).

Empêcher l'arrivée de concurrents nouveaux de la part d'une entreprise qui, jusqu'alors, avait été protégée par un brevet, est une pratique d'un caractère de gravité certain (décision [01-D-23](#)).

Des pratiques d'entente horizontale qui comportaient à la fois un accord de gel de parts de marché et l'exercice de pressions communes de nature à freiner le développement de concurrents ne respectant pas l'accord, sont particulièrement graves dans la mesure où elles découragent l'entrée de nouveaux opérateurs et où elles ont empêché le transfert au consommateur final des gains de productivité (décision [01-D-07](#)).

#### *b) Les caractéristiques des pratiques relevées*

La gravité des pratiques résulte notamment des circonstances suivantes :

Une entente de répartition de marché entre soumissionnaires à un appel d'offres émanant de personnes publiques intervient lors de la première application d'une disposition législative soumettant à un appel public à la concurrence des services qui en étaient jusqu'alors dispensés (loi dite "*Sapin*" du 29 janvier 1993) (décisions [01-D-13](#) et [01-D-77](#)).

Des pratiques ont directement pour objet de détourner l'application d'une réglementation précisément destinée à assurer le libre jeu de la concurrence dans le secteur concerné (décision [01-D-63](#)).

Abus de position dominante aboutissant à l'instauration d'une barrière à l'entrée sur le marché mise en œuvre par l'opérateur historique lors de la deuxième année de l'ouverture à la concurrence de la téléphonie fixe (décision [01-D-46](#)).

La gravité d'une pratique d'un type relativement exceptionnel est accrue lorsque son caractère anticoncurrentiel a été reconnu, avant les faits de la nouvelle espèce, par la jurisprudence (décision [01-D-41](#)).

Gravité accrue lorsque la pratique a fait l'objet de sanctions régulières en constantes de la part des autorités nationales et communautaires (décision [01-D-23](#)).

La gravité d'une pratique est accrue lorsqu'elle aboutit à supprimer, dans un secteur très réglementé, les faibles marges où peut s'exercer la concurrence (décision [01-D-32](#)).

Gravité particulière tenant au fait qu'une entente horizontale a été mise en œuvre par les membres d'une profession disposant d'une exclusivité légale et en vue l'abolir les marges étroites à l'intérieur desquelles la réglementation permet à la concurrence de s'exercer (décision [01-D-07](#)).

La gravité est atténuée du fait des circonstances suivantes :

Pratique arrêtée dès que les auteurs ont eu connaissance de la plainte (décision [01-D-41](#)).

Suppression, avant l'intervention de la décision du Conseil, d'une partie des dispositions anticoncurrentielles du règlement de qualification d'une association qui atteste de la qualification des entreprises spécialisées dans l'installation et la maintenance de systèmes de détection incendie (décision [01-D-30](#)).

Rôle actif du maître d'ouvrage dans la mise en œuvre d'une concertation entre soumissionnaires (voir CA Paris, 27 septembre 1996) (décision [01-D-14](#)).

### ***c) Le pouvoir d'influence des auteurs***

Pouvoir d'influence de l'entreprise qui est à l'origine de la pratique :

- lorsqu'une société connue appartenant à un groupe d'envergure nationale est à l'origine de la pratique, cette dernière est particulièrement grave, à cause de l'effet d'entraînement sur des sociétés de taille plus modeste (décision [01-D-67](#)) ;
- utilisation de liens avec une société pour lui faire adopter un système de devis de complaisance (décision [01-D-63](#)) ;
- gravité accrue du fait que l'auteur des pratiques est l'opérateur dominant du secteur des télécommunications (décision [01-D-46](#)).

Pouvoir d'influence des principaux participants à une entente :

- entreprises localement importantes, présentes sur de nombreux marchés publics et mettant en commun leurs moyens de production par des centrales communes ainsi que leurs moyens d'exécution par le recours fréquent à des groupements (décision [01-D-59](#)) ;
- entreprises localement importantes (décision [01-D-36](#)).

### 2.1.2. Le dommage à l'économie

Les pratiques anticoncurrentielles répréhensibles du seul fait de leur existence sont sanctionnables même s'il est établi que le dommage à l'économie est nul (voir CA Paris, 13 janvier 1998). Par exemple, l'échange d'informations sur les prix entre soumissionnaires à un appel d'offres est sanctionnable même si le marché a été attribué à une entreprise n'ayant pas participé à la concertation ou s'il a été attribué à un prix inférieur à l'estimation du maître de l'ouvrage (décision [01-D-17](#)).

#### a) *La durée des pratiques*

- une entente de répartition de marché entre soumissionnaires à un appel d'offres public provoque des dommages à l'économie d'autant plus importants que la concession de service public est d'une longue durée (sept ans, en l'espèce) (décision [01-D-77](#)) ;
- une entente de répartition de lots entre soumissionnaires à un appel d'offres produit un dommage d'autant plus grand qu'elle s'inscrit dans une pratique pluriannuelle de reconduction des lots aux mêmes entreprises (décision [01-D-59](#)) ;
- pratiques s'étant poursuivies "*pendant plusieurs années*" (décision [01-D-63](#)) ;
- pratiques ayant duré "*au moins de 1995 à 1998*" (décision [01-D-45](#)) ;
- le fait d'avoir duré plusieurs années est un facteur d'importance du dommage alors que les pratiques n'ont concerné qu'une aire géographique limitée (décision [01-D-36](#)) ;
- marchés attribués pour une durée de cinq ans (décisions [01-D-20](#) et [01-D-14](#)).

À l'inverse, une pratique a été considérée comme ne provoquant qu'un dommage limité en raison de sa durée limitée :

- une offre sur mesures de France Télécom qui n'était valable qu'une année (décision [01-D-46](#)).

#### b) *Les effets conjoncturels*

*Effets conjoncturels importants :*

Pratique ayant eu pour effet non seulement de faire obstacle à la libre fixation des prix mais encore de provoquer la hausse artificielle de ces prix, établis par référence non à la réalité des coûts mais aux plafonds de remboursement fixés par une réglementation (décision [01-D-63](#)).

Nombre et importance des marchés publics concernés par une entente de répartition entre soumissionnaires et volume totale des commandes (en l'espèce, 140 MF) (décision [01-D-59](#)).

Le système d'entreprises au sein duquel les pratiques d'entente sur les prix et de répartition de marché ont été constatées facture ses prestations (en l'espèce, traitement de chèques restaurant) 0,09 F de plus par chèque que les entreprises extérieures au système, soit un sur-profit estimé à 32,4 millions de francs compte tenu du nombre de chèques traités (décision [01-D-41](#)).

L'importance du marché sur lesquels les pratiques ont été constatées ainsi que la part de ce marché détenue par les entreprises qui s'y sont entendues est un élément d'évaluation du dommage à l'économie (décision [01-D-41](#)).

Le dommage à l'économie est affecté par le fait que les prix plus élevés facturés à des sociétés de HLM sont répercutés sur les charges payées par les locataires, lesquels sont des personnes aux revenus modestes (décision [01-D-20](#)).

Marchés conclus à des prix nettement supérieurs à ceux qui auraient résulté du libre jeu de la concurrence (décision [01-D-14](#)).

Concertations intervenues sur la quasi totalité des lots d'une importante opération de délégation de service public et à l'occasion de leur première mise en concurrence (décision [01-D-13](#)).

Une entente entre soumissionnaires qui englobe l'entreprise précédemment titulaire d'une délégation de service public est particulièrement dommageable à l'économie puisque cette entreprise, en raison de son implantation, était spécialement susceptible de présenter une offre compétitive (décision [01-D-13](#)).

*Effet conjoncturel simplement constaté ou dont l'importance a été considérée comme mineure :*

Le fait que, malgré des échanges d'informations entre soumissionnaires, un marché public ait été attribué à un prix inférieur à l'estimation du maître de l'ouvrage ou le fait que le marché ait été attribué à une entreprise n'ayant pas participé à une concertation, s'ils peuvent être pris en compte, ne suffisent pas à faire perdre à une entente entre soumissionnaires son caractère répréhensible (voir CA Paris, 13 janvier 1998, CA Paris, 12 décembre 2000 - décision [01-D-67](#)).

L'absence de profit ou le faible profit tiré d'une pratique peuvent être pris en compte mais ils ne suffisent pas à exonérer une entreprise dès lors que, par sa complicité, elle a permis à un système anticoncurrentiel de perdurer (décision [01-D-63](#)).

Le dommage à l'économie, dû à une entente verticale sur les prix, a été considéré comme limité du fait de la réunion des circonstances suivantes : part de marché de 25 % de la tête de réseau, part des produits importés de 45 %, baisse des prix constatés sur les produits en cause, y compris ceux de la marque concernée par les pratiques (décision [01-D-45](#)).

Effet suffisamment limité pour que le Conseil n'ait pas estimé devoir prononcer une sanction pécuniaire dès lors que la pratique ayant limité la concurrence entre les taxis susceptibles de desservir un centre médical, par le biais d'une information privilégiant les taxis adhérant à un groupement, ne concernait que les visiteurs, et non les malades, et n'avait pas empêché un taxi non adhérent au groupement favorisé de disposer d'une place de stationnement et d'une borne d'appel personnelle devant l'établissement (décision [01-D-32](#)).

Pratique n'affectant, dans le secteur des médicaments, qu'une seule molécule, l'Isoflurane, et qui n'a touché que les transactions s'opérant par le biais de centrales d'achat, soit le tiers environ du marché pertinent (décision [01-D-23](#)).

### *c) Les effets structurels*

Pratique ayant eu pour effet de dresser une barrière à l'entrée sur un marché qui venait juste de s'ouvrir à la concurrence (décision [01-D-46](#)).

Pratique visant à gêner le développement d'entreprises concurrentes de celles qui appartenaient au groupement auteur de l'entente anticoncurrentielle (décision [01-D-32](#)).

Le dommage à l'économie, résultant de la présence de clauses anticoncurrentielles dans le règlement de qualification d'une association qui atteste de la qualification d'entreprises spécialisées dans des travaux de sécurité incendie, est modeste, puisqu'il est établi que la plupart des entreprises qui interviennent effectivement sur les marchés pertinents ne disposent pas de la qualification délivrée par cet organisme. De ce fait, aucune sanction pécuniaire n'est prononcée, la décision ne comportant que des injonctions (décision [01-D-30](#)).

Le fait d'être désigné comme titulaires des marchés litigieux induit en faveur des entreprises en cause un avantage pour l'obtention d'autres marchés, publics ou privés (décision [01-D-14](#)).

#### ***d) Les caractéristiques du marché***

*Caractéristiques du marché ayant amplifié le dommage résultant de la pratique :*

De manière générale la taille du marché affecté par les pratiques est un élément important pour déterminer l'ampleur du dommage à l'économie :

- marché qui venait juste de s'ouvrir à la concurrence (décision [01-D-46](#)) ;
- le marché affecté est celui des médicaments, dans un contexte difficile pour les dépenses de santé et la pratique a gêné la pénétration d'un produit générique (on peut considérer qu'implicitement, le Conseil se référait au rôle important que les génériques sont censés jouer dans la baisse du prix des médicaments) (décision [01-D-23](#)).

*Caractéristiques du marché ayant contribué à limiter l'étendue du dommage :*

- sans objet en 2001.

### **2.1.3. La situation de l'entreprise**

#### ***a) Caractéristiques de la situation de l'entreprise dépourvues d'incidence sur les sanctions à prononcer :***

L'absence de profit ou le faible profit tiré d'une pratique peuvent être pris en compte mais ils ne suffisent pas à exonérer une entreprise dès lors que, par sa complicité, elle a permis à un système anticoncurrentiel de perdurer (décision [01-D-63](#)).

#### ***b) Caractéristiques de l'entreprise de nature à aggraver la sanction :***

Le fait d'avoir déjà été condamnée est un facteur d'aggravation de la sanction (décision [01-D-67](#)).

Le fait d'avoir été condamnée avant la commission des faits est un facteur d'aggravation, même si la condamnation résultait non de ce que la société en cause était l'auteur des faits mais de ce qu'elle avait assuré la continuité économique de cet auteur. En effet, compte tenu de la chronologie, l'entreprise ne peut prétendre s'être livrée à la pratique dans l'ignorance de son caractère prohibé (décision [01-D-63](#)).

Le fait d'avoir été la principale bénéficiaire d'une pratique (décision [01-D-63](#)).

Appartenance à un groupe de dimension nationale (décision [01-D-59](#)).

Opérateur historique dominant (décision [01-D-46](#)).

Entreprise informée préalablement des risques de comportements anticoncurrentiels par l'existence d'un avis du Conseil de la concurrence se prononçant spécifiquement sur le type de pratique en cause dans l'affaire (décision [01-D-46](#)).

Entreprise à l'origine de la pratique et de taille plus importante que les entreprises qu'elle a entraînées à sa suite alors que, par ailleurs, elle avait déjà été condamnée pour pratiques anticoncurrentielles (décision [01-D-31](#)).

Entreprise s'étant livrée à plusieurs pratiques anticoncurrentielles en l'espace de six mois et ayant suscité, de la part d'un de ses concurrents, une offre de couverture (décision [01-D-20](#)).

Une entreprise qui s'était déjà vu notifier des griefs pour entente anticoncurrentielle avant la commission des nouveaux faits doit être regardée comme n'ayant pu ignorer la gravité des pratiques (décision [01-D-20](#)).

Le fait d'être issue, par filialisation, d'une autre entreprise déjà sanctionnée pour des pratiques anticoncurrentielles (décision [01-D-14](#)). Cependant la cour d'appel de Paris n'a pas adhéré à cette analyse et l'a réformée dans un arrêt du 29 janvier 2002.

Entreprise ayant joué un "*rôle déterminant*" dans l'entente (décision [01-D-13](#)).

Entreprise "*principale instigatrice*" de l'entente (décision [01-D-07](#)).

**c) *Caractéristiques de l'entreprise de nature à justifier une sanction alléguée ou nulle :***

Le fait, pour l'entreprise en cause, d'avoir été concernée par une décision du Conseil de la concurrence déclarant une saisine irrecevable faute d'éléments probants mais ajoutant, sans pourtant que cela constitue un fondement de la décision, que les dispositions d'un "*Pacte d'Union*" précisément en cause dans la nouvelle affaire ne présentaient pas de caractère anticoncurrentiel, avait pu induire l'entreprise en erreur, ce qui justifiait de ne pas lui infliger de sanction pécuniaire alors pourtant que les dispositions en cause avaient finalement bien un caractère prohibé (décision [01-D-55](#)).

Le fait, pour les entreprises du secteur, d'avoir eu connaissance d'un avis de l'ancienne commission de la concurrence qui, à propos d'une des pratiques en cause, avait indiqué ne pas avoir pu se prononcer sur ses effets sur le marché, faute d'information, a pu les tromper sur le caractère répréhensible de la pratique et justifie donc qu'aucune sanction pécuniaire ne leur soit infligée de ce chef (décision [01-D-41](#)).

Deux derniers exercices clos caractérisés par un déficit significatif (décision [01-D-13](#)).

Entreprises ayant "*subi de fortes contraintes...avant de s'associer*" avec l'entreprise qui avait pris l'initiative de l'entente (décision [01-D-07](#)).

## **2.2. LE PLAFOND DES SANCTIONS**

Le chiffre d'affaire à prendre en considération pour le calcul des sanctions est le chiffre d'affaire global hors taxes mentionné sur le compte de résultat, peu important que le chiffre d'affaire réel soit différent de ce chiffre d'affaire comptable (cour d'appel de Paris 27 novembre 2001 – SA Caisse nationale du crédit agricole).

### **2.2.1. La pluralité d'activités**

Le Conseil n'a pas eu à statuer sur cette question en 2001.

### **2.2.2. L'absence d'identité entre la personne juridique et l'entité économique**

Cf. imputabilité des pratiques.

## **2.3. LA PUBLICATION DES DÉCISIONS**

### **2.3.1. Exemples de publication**

Décision relative à des pratiques intervenues dans le secteur du déménagement des personnels militaires en Guyane : publication dans le magazine *Armées d'aujourd'hui* et dans le quotidien *France Antilles* (décision [01-D-63](#)) ; décision annulée pour un motif de procédure par un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 9 avril 2002.

Décision relative à des pratiques de fixation concertée de prix et de partage du marché dans le secteur de la gestion des titres restaurants publiée dans le quotidien *La Tribune* et dans la revue *Néo-Restoration* (décision [01-D-41](#)).

Décision relative à des pratiques relevées dans le secteur du béton prêt à l'emploi en Côte-d'Or publiée dans le quotidien *Le Progrès*, la décision mentionnant que cette publication doit être faite "*avec des caractères en permettant la lisibilité normale*" (décision [01-D-36](#)).

Décision relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la répartition pharmaceutique à publier dans *Le Moniteur des Pharmacies* (décision [01-D-07](#)).

### **2.3.2. Motifs de l'injonction de publier**

Rappeler aux personnels militaires qui avaient été associés à la pratique des devis de couverture dans le secteur du déménagement, dont l'armée de Terre avait été victime, le caractère illicite des pratiques (décision [01-D-63](#)) ; décision annulée pour un motif de procédure par un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 9 avril 2002.

Renforcer la concurrence dans le secteur des titres restaurant en portant les pratiques en cause à la connaissance des clients et des émetteurs de chèques restaurants ou de chèques emploi-service (décision [01-D-41](#)).

Informers les utilisateurs potentiels des pratiques auxquelles ils peuvent être confrontés (décision [01-D-36](#)).

Porter à la connaissance des pharmaciens le caractère illicite du comportement de certains de leurs grossistes répartiteurs afin de "*renforcer la concurrence*" (décision [01-D-07](#)).

## **Chapitre VIII - Les avis rendus en matière de concentration**

Le Conseil a été saisi en 2001 de quatre demandes d'avis relatives aux opérations de concentration suivantes :

- l'acquisition du groupe Poma par la société Leitner, dans le secteur des remontées mécaniques (avis [01-A-02](#)) ;
- l'acquisition de l'activité vitamines de la société Takeda par le groupe BASF (avis [01-A-03](#)) ;
- l'acquisition du groupe GTM par le groupe Vinci, qui concernait plusieurs secteurs, dont principalement les BTP, les travaux routiers, les enrobés bitumineux et la construction et la gestion de parkings (avis [01-A-08](#)) ;
- l'acquisition du groupe Jeppesen par le groupe Boeing, dans le secteur de la navigation aérienne (avis [01-A-10](#)).

De plus, par un arrêt du 9 mai 2001, le Conseil d'État a rejeté la demande par laquelle la société Chep s'opposait à la publication au BOCCRF de l'avis rendu par le Conseil de la concurrence sur le projet d'acquisition par cette société de la société Logistic Packaging Return (LPR). En raison du contentieux alors en cours, cet avis ([00-A-17](#)) n'avait pas été commenté dans le rapport pour l'année 2000. Il le sera donc ci-après.

Ces opérations ont toutes été notifiées au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie avant l'entrée en vigueur des dispositions de la loi sur les nouvelles régulations économiques relatives au contrôle des concentrations. Ces nouvelles dispositions ne devraient de toutes façons être applicables qu'après la parution d'un décret d'application pris en Conseil d'État.

### **1. Contrôlabilité de l'opération**

L'article L. 430-2 du code de commerce dispose que : "*La concentration résulte notamment de tout acte, qu'elle en soit la forme, qui entraîne transfert de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens, droits et obligations d'une entreprise*".

#### **1.1. L'AFFAIRE CHEP-LPR**

Dans l'avis rendu sur l'acquisition de la société LPR par la société Chep, le Conseil s'est prononcé sur une situation complexe du point de vue de l'analyse de la nature de l'opération. La société Chep France avait acquis, en 1998, la société LSM. Or cette dernière avait vendu en 1993 ses parts dans la société LSM Industrie (devenue depuis LPR) à la Société Financière Pierre Rouche (SFPR) tout en prévoyant qu'en cas de revente par la SFPR de tout ou partie des actions de LSM Industrie, la société LSM bénéficierait d'un droit de préemption. Cette occasion est survenue en 1997, lorsque la société SFPR a été vendue à une société tierce et, avec elle, les parts détenues dans la société LPR. La société Chep France, venant aux droits de la société LSM, a alors fait valoir ses droits de préemption et le tribunal de grande instance de Toulouse lui a, dans un premier temps, donné raison, annulant la vente des parts de LPR à la société tierce et, aux conditions de cette vente annulée, transférant ces parts à la société Chep.

C'est cette dernière acquisition qui avait été notifiée au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, lequel avait saisi le Conseil de la concurrence pour avis le 23 mars 2000. Dans un arrêt du 25 juin 2000, la cour d'appel a confirmé l'annulation de la vente à la société tierce mais a annulé la décision du tribunal de grande instance de Toulouse en ce qu'elle autorisait la société Chep à exercer son droit de préférence, rendant donc la propriété du capital de la société LPR à la SFPR.

Les sociétés Chep et LPR ayant demandé à ce que la procédure d'avis soit conduite à son terme, dans l'éventualité où, à plus ou moins brève échéance, le droit de préférence serait à nouveau mis en œuvre, le Conseil a considéré que l'opération devait être regardée comme une concentration au sens de l'article L. 430-2 du code de commerce, régulièrement soumise à son approbation.

Pour les autres opérations soumises à l'avis du Conseil, il n'a pas été contesté qu'elles répondaient bien à la définition de l'article précité, s'agissant dans tous les cas de transfert de propriété de la quasi-totalité du capital d'une ou plusieurs entreprises.

## **1.2. L'OPÉRATION BOEING-JEPPESEN**

L'examen de l'opération Boeing-Jepesen a fourni au Conseil l'opportunité de rappeler, comme il l'avait déjà fait dans l'avis [00-A-27](#), que les règles du droit national relatives au contrôle des concentrations, d'une part, ne distinguent pas selon que les parties à l'acte sont régies, pour leur constitution et leur fonctionnement, par le droit français ou par un autre droit national, ni selon qu'elles sont implantées ou non sur le territoire français, d'autre part, s'appliquent dès lors que l'opération est susceptible de produire des effets sur le territoire national et qu'elle répond aux conditions de seuil de l'article L. 430-1 du code de commerce. En l'espèce, le Conseil a constaté que la concentration pouvait avoir des effets sur le territoire national puisque que Jepesen et Boeing ont pour clients ou pour fournisseurs des sociétés implantées en France et qu'elles sont en concurrence sur ce territoire avec d'autres sociétés. Cette constatation suffit pour établir la compétence du Conseil, sans qu'il soit besoin de vérifier que ces effets portent atteinte au fonctionnement concurrentiel d'un marché. Le fait que les entreprises parties à l'opération n'aient eu aucune filiale ou représentation en France a donc été considéré sans pertinence.

## **1.3. L'OPÉRATION VINCI-GTM**

En ce qui concerne les conditions de seuils prévues à l'article L. 430-1, seuls les groupes parties à la concentration Vinci-GTM dépassaient les seuils fixés en termes de chiffres d'affaires. Pour les autres opérations, leur contrôlabilité au regard de l'article L. 430-1 a été appréciée relativement aux parts de marchés détenues sur le ou les marchés nationaux concernés. Dans tous les cas, le seuil de 25 % des ventes, achats ou autres transactions sur un marché national de biens, produits ou services substituables, était atteint.

# **2. La délimitation des marchés de produits**

## **2.1. LES MARCHÉS DE PRODUITS**

De même que dans le cadre des décisions contentieuses se prononçant sur d'éventuels abus de position dominante, le Conseil a fondé la délimitation des marchés pertinents essentiellement sur la substituabilité des produits ou services du point de vue de la demande et de leurs

caractéristiques. Néanmoins, la spécificité propre à certains secteurs examinés, tel le BTP, l'a amené à accorder alors la primauté aux caractéristiques de l'offre.

### **2.1.1. Substituabilité des produits**

L'examen de l'acquisition de la société LPR par la société Chep, qui opèrent toutes deux dans le secteur de la location-gestion des palettes qui permettent la manutention, le stockage et le transport de nombreux produits, a fourni l'occasion au Conseil de faire application de quelques critères de définition des marchés pertinents dégagés depuis longtemps par sa jurisprudence. Il a, notamment, rappelé que l'autoconsommation, qui consiste pour une entreprise à produire un bien ou à se rendre un service nécessaire à son activité, ne peut être retenue comme faisant partie de l'offre sur un marché et a donc exclu de l'offre les palettes achetées par les entreprises utilisatrices et dont elles assurent elles-mêmes la gestion. Il a également confirmé que la location d'un bien n'est pas nécessairement concurrente de sa vente et que la substituabilité entre vente et location suppose une identité entre les services rendus et des coûts comparables. Il a ainsi considéré que la vente de palettes, qui n'apporte aucun service, n'est pas substituable aux prestations intégrées rendues par un loueur gestionnaire.

Ce sont, ensuite, essentiellement des critères de coûts et de distinction des utilisateurs de l'une ou l'autre des solutions qui ont permis au Conseil de définir un marché de la location-gestion de palettes distinct de celui de la simple gestion offerte aux propriétaires de palettes.

Dans l'examen de l'acquisition du groupe Poma par la société Leitner, le Conseil a pris en compte le fait que les différents types de remontées mécaniques présentaient des caractéristiques différentes en termes de rapidité, de nombre de personnes transportées, de souplesse d'adaptation au terrain ou de contraintes réglementaires, ainsi que des écarts de coûts considérables, allant de 1 à 50. Contrairement aux parties notifiantes qui soutenaient que, de proche en proche, toutes les catégories de remontées mécaniques étaient substituables entre elles ("*les téléskis sont substituables aux télésièges, les télésièges aux télécabines, les télécabines aux téléphériques*"), le Conseil a donc distingué trois marchés : celui des téléskis, celui des téléportés monocâbles (télésièges et télécabines jusqu'à 16 places) et celui des gros porteurs (funitel, téléphériques bicâbles, funiculaires).

Les caractéristiques propres aux produits ont joué un rôle encore plus important dans la délimitation des marchés concernés par la fusion BASF/Takeda, : les caractéristiques des différentes vitamines déterminent de façon précise leur utilisation et les rendent strictement non substituables, ainsi l'avait déjà considéré la Cour de Justice des Communautés européennes dans l'arrêt "*Hoffmann/Laroche*" du 13 février 1979.

La société Jeppesen, acquise par Boeing, intervient sur un secteur d'activité distinct de celui du constructeur d'avions. Le Conseil a donc défini les marchés sur lesquels opère Jeppesen et ceux sur lesquels opère Boeing. Jeppesen offre des services cartographiques et de navigation, des services d'opérations de vol, des services de documentation et des accessoires d'aviation. Le Conseil a considéré que le marché de la fourniture de cartes aux compagnies aériennes devait être distingué de celui de la fourniture de données électroniques de navigation (FMC) aux fabricants d'avionique et aux compagnies aériennes, les deux types de services n'étant pas substituables du point de vue des utilisateurs. Les cartes papier et les données FMC remplissant deux fonctions fort différentes et l'absence de l'un dans un cockpit ne pouvant être compensée par la présence de l'autre, la circonstance que ces deux types de produits

puissent être élaborés à partir des mêmes données brutes a été jugée sans pertinence sur la définition de ces marchés, dès lors que les produits finis n'ont pas le même usage.

Pour les marchés concernés par l'activité de Boeing, le Conseil a estimé que les marchés considérés n'ont pas connu d'évolution significative, justifiant leur remise en cause, depuis leur délimitation dans la décision rendue par la commission européenne, le 30 juillet 1997, lors de l'examen de l'acquisition du groupe Mac Donnell Douglas par le groupe Boeing. Dans cette décision, la Commission a identifié les marchés sur lesquels opérait Boeing comme étant ceux des avions neufs à réaction commerciaux de grande capacité, distincts de ceux des avions d'occasion, comprenant les avions-cargos et a distingué, les avions à fuselage étroit et, les avions à fuselage large.

### **2.1.2. Caractéristiques de l'offre**

Dans l'examen de la fusion des groupes GTM et Vinci, le Conseil a été amené à mettre à plusieurs reprises en avant les caractéristiques de l'offre, dans la mesure où accorder la primauté aux caractéristiques de la demande aurait conduit à un émiettement excessif des marchés définis. Ainsi, dans le secteur du bâtiment, les types de bâtiments, non substituables du point de vue de la demande, sont innombrables. Le Conseil a croisé les distinctions communément admises dans la profession entre "*construction résidentielle*" et "*non résidentielle*", ainsi qu'entre "*gros œuvre*" et "*second œuvre*" et a basé sa délimitation du marché concerné par l'opération sur le fait que les entreprises des groupes Vinci et GTM n'opéraient que dans le gros œuvre non résidentiel. De même, dans le secteur des travaux publics, chaque opération faisant l'objet d'un appel d'offres est, du point de vue de la demande, non substituable à une autre. Le Conseil s'est appuyé sur la nomenclature des activités établie par la Fédération Nationale des Travaux Publics et sur le taux de spécialisation des entreprises du secteur dans une ou plusieurs de ces activités pour distinguer quatre marchés spécifiques, sur lesquels 75 % des entreprises qui soumissionnent sont spécialisées (travaux de voies ferrées, terrassements à l'air libre, fondations spéciales, travaux de réseaux, canalisations et autres, en souterrain) et un marché du génie civil général.

Dans le secteur des travaux routiers, la fabrication des produits de revêtements et les travaux de pose de ces revêtements ont été considérés comme des marchés distincts, conformément à une jurisprudence constante du Conseil.

Enfin, des filiales des groupes Vinci et GTM intervenaient également dans le secteur de la construction, rénovation et gestion de parcs de stationnement. Le Conseil a considéré que deux types de marchés devaient être distingués. En amont, les entreprises concernées répondent à des appels d'offres lancés par des collectivités locales pour le choix des délégataires. En aval, se confrontent l'offre de places de stationnement de tous types et la demande de la part des automobilistes. Dans les deux cas, le Conseil a constaté que les places en surface et les places en ouvrages souterrains n'étaient pas substituables. En ce qui concerne les appels d'offre, les investissements concernés et le mode de gestion sont différents selon qu'il s'agit de places en surface (parcmètres ou parcs) ou de places en ouvrage. Pour les automobilistes, les deux types de places présentent des caractéristiques différentes du point de vue du prix, de l'accessibilité et de la sécurité. Le Conseil s'est prononcé pour l'intégration, parmi les offreurs à prendre en compte dans la délimitation du marché de la construction et de l'exploitation de parcs en ouvrage, des sociétés mixtes locales, telle la SAEMES à Paris, en constatant qu'elles présentaient leur candidature dans les mêmes conditions que les autres

opérateurs aux appels d'offres et que le champ géographique de leur intervention n'était en pratique pas restreint.

## 2.2. LA DIMENSION GÉOGRAPHIQUE DES MARCHÉS

La question de la délimitation géographique des marchés concernés se pose avec de plus en plus d'acuité, compte tenu de l'ouverture des marchés nationaux à la concurrence étrangère à la suite des efforts d'intégration de l'espace européen et de la globalisation des marchés.

Ainsi, dans deux des opérations qui lui ont été soumises pour avis, le Conseil a conclu que le marché concerné par l'opération était de dimension mondiale. Dans l'opération BASF/Takeda, il a constaté que le nombre d'entreprises produisant des vitamines hydrosolubles est limité à quelques très grands groupes chimiques ou pharmaceutiques multiactivités d'envergure internationale, l'activité vitamine se réduisant à une proportion réduite de leur chiffre d'affaires. Cette mondialisation des échanges s'explique d'autant plus facilement que les vitamines sont des produits banalisés qui peuvent voyager sans altération et qui sont facilement transportables, ainsi que par l'absence d'obstacles réglementaires, sauf en Chine.

De même, le Conseil a constaté que les services cartographiques et de navigation, les services d'opérations de vol, les services de documentation et les accessoires d'aviation - fournis par la société Jeppesen *"dans l'ensemble du monde et en raison de leur utilisation dans l'industrie aéronautique, secteur dont une bonne partie implique des vols internationaux - sont de nature internationale"*. Les avions produits par Boeing sont, eux aussi, vendus dans le monde entier dans des conditions de concurrence similaires et, proportionnellement à leur prix, les coûts de transport liés à la livraison sont négligeables.

Sur les marchés des remontées mécaniques concernés par l'affaire Poma/Leitner, le Conseil a relevé que le poids historique de chaque constructeur dans son pays et la manifestation d'une préférence des acheteurs en faveur de l'opérateur national se traduisent, dans chaque pays, par la détention, au profit du constructeur national, de fortes parts sur les différents marchés concernés. Toutefois, il a constaté que ces constructeurs détiennent des parts substantielles sur un ou plusieurs autres marchés nationaux et qu'il existe une certaine fluidité de l'offre entre les pays de l'arc alpin. En outre, les coûts de transports, très faibles par rapport aux coûts d'une installation, ne constituent pas un obstacle à la circulation des produits et les constructeurs font généralement appel à des entreprises ou à des équipes locales pour ce qui concerne les travaux de génie civil ou de montage. Les coûts des procédures d'agrément aux différentes normes nationales sont également hors de proportion avec le prix des installations. Au total, le Conseil a considéré que les marchés des remontées mécaniques étaient d'ores et déjà de dimension européenne.

La question de l'éventuelle dimension européenne des marchés définis dans les secteurs du BTP et des parcs de stationnement, dans le cadre de l'examen de la concentration Vinci/GTM, a également été examinée par le Conseil. Les groupes concernés soutenaient que l'offre et la demande sur ces marchés se rencontraient désormais au niveau communautaire, notamment en ce qui concerne les chantiers d'une certaine envergure. Le Conseil a, cependant, constaté que, si de nombreux groupes originaires d'autres pays de la communauté européenne avaient une envergure suffisante pour intervenir sur les marchés français, peu de chantiers leur avaient été attribués dans les faits.

De même, si la tendance à l'ouverture des marchés a été constatée dans le secteur de la location-gestion de palettes, elle n'a pas été estimée suffisante pour conférer à ce marché une dimension communautaire : la nécessité d'établir un rapport de proximité entre le gestionnaire et l'industriel pour la prise en compte de ses besoins hebdomadaires demeure prépondérante. Le fait que les entreprises de location de palettes se soient beaucoup développées en France et peu en Allemagne illustre le caractère encore largement national de ces marchés.

Conformément à sa jurisprudence constante, le Conseil a considéré que les marchés de la pose des revêtements routiers et ceux de la production de revêtements routiers, sur lesquels opèrent les filiales de Vinci et GTM, étaient très limités géographiquement, tant pour des raisons techniques (liées au délai de pose du produit), que pour des raisons logistiques (disposer de la main d'œuvre sur place et réduire au minimum la durée de la gêne pour le trafic et, s'agissant de produits pondéreux, éviter des coûts de transports prohibitifs). Pour la production de revêtements routiers, la zone géographique, sur laquelle doit être appréciée l'état de la concurrence, est limitée à 40 km de rayon autour d'une unité de production. Le Conseil n'a pas estimé que l'utilisation de centrales mobiles ou de camions calorifugés avait entraîné de bouleversements susceptibles de remettre en cause cette définition.

Sur le marché délimité par l'offre de places de stationnement en ouvrage et la demande des automobilistes, il a été constaté que la dimension géographique du marché se limitait en presque totalité à chaque parc de stationnement, seuls quelques parcs parisiens proches les uns des autres pouvant être regardés comme substituables entre eux du point de vue des automobilistes. En revanche, le marché sur lequel se confrontent les appels d'offres lancés par les collectivités locales et les offres des constructeurs et exploitants de parcs en ouvrage est de dimension nationale. Ce phénomène s'explique par un certain nombre d'éléments : homogénéité du service demandé, mise en œuvre d'une procédure de choix du délégataire obligatoire et identique quelque soit la commune, exigence d'une publicité préalable par voie de presse, présence d'opérateurs à vocation nationale dans les réponses à ces appels d'offre.

### **3. Bilan concurrentiel**

L'article L. 430-6 du code de commerce, décrivant les critères sur lesquels est fondée l'appréciation portée par le Conseil de la concurrence sur les opérations dont il est saisi, dispose "*porte atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante*".

#### **3.1. LA CRÉATION OU LE RENFORCEMENT D'UNE POSITION DOMINANTE**

Sur les marchés identifiés dans le secteur du BTP, le Conseil a estimé que les parts de marché du nouvel ensemble suite à l'acquisition du groupe GTM par le groupe Vinci, mesurées en termes de chiffre d'affaires, resteraient trop modestes pour lui conférer une position dominante.

Sur les marchés des vitamines, le Conseil a constaté que l'acquisition par le groupe BASF de l'activité vitamines du groupe Takeda lui permettrait de conforter une position de second rang derrière le groupe Roche, sans qu'aucun avantage concurrentiel significatif d'ordre technologique, commercial ou financier ne lui permette d'adopter un comportement indépendant de celui de ses concurrents.

Dans l'examen de l'acquisition du groupe Poma par la société Leitner, le Conseil a estimé qu'un marché sur lequel l'offre et la demande se rencontraient chaque année dans un nombre limité d'appels d'offres, se caractérisait par une forte variabilité du pourcentage d'appels d'offres remportés par les différents opérateurs. Dès lors, les parts de marché ponctuelles ne sauraient, à elles seules, constituer un critère déterminant d'une position dominante, d'autant que le choix d'un constructeur par un exploitant n'est pas lié au choix précédemment exercé en faveur d'un constructeur donné, et qu'il n'y a donc aucun facteur de stabilité des positions acquises. Il en a conclu que, si l'opération entraînait un renforcement des positions du nouvel ensemble sur le territoire français, elle ne lui conférerait pas vis-à-vis de ses concurrents d'avantages déterminants d'ordre technologique, commercial, financier ou résultant de sa puissance d'achat ou de l'ampleur des économies d'échelle qu'il était susceptible de réaliser. De fait, la pression des concurrents du nouvel ensemble et le pouvoir de négociation des clients ont paru de nature à limiter efficacement son pouvoir de marché.

Dans l'examen des effets de la concentration Vinci/GTM, le Conseil a évalué le pouvoir de marché de la filiale de Vinci (Vincipark), chargée de la construction et de l'exploitation des parcs de stationnement suite à l'opération. Il a distingué sa part dans le total des places de stationnement existantes et sa part dans les résultats des appels d'offres lancés au cours des trois années précédentes. Il a observé que la part largement majoritaire qu'elle détenait dans les places concédées dans beaucoup de grandes villes françaises ne lui donnait pas d'avantage particulier dans les procédures d'attribution des nouvelles concessions puisqu'elle n'avait remporté qu'entre 21 et 24 % des compétitions récentes. En ce qui concerne les effets de l'opération sur les marchés en aval, le Conseil a estimé que, chaque parc de stationnement constituant généralement, du point de vue des automobilistes, un marché pertinent, le cumul des parkings gérés par Sogepark et de ceux gérés par Parcs GTM ne pouvait avoir d'incidence sur le prix des places de stationnement pratiqué par le nouveau groupe à l'égard des automobilistes. De plus, il a noté que les tarifs de stationnement en ouvrage sont fixés par les concessionnaires après approbation des collectivités locales concédantes, pour lesquelles ces tarifs s'intègrent dans une politique globale de gestion du stationnement dans la ville.

Concernant la production d'enrobés à chaud, le Conseil a constaté que, sur plusieurs marchés géographiques en cause, le cumul des parts de marché des filiales de Vinci et de celles de GTM créait ou renforçait une position dominante et risquait de peser à la hausse sur le prix des produits en cause dans les négociations avec les directions départementales de l'équipement.

Dans l'opération Chep/LPR, le fait que le nouvel ensemble détienne 96,6 % du marché défini et n'ait plus dans l'immédiat qu'un seul concurrent (Logipal), lui conférerait de façon évidente une position quasi monopolistique sur le marché de la location-gestion de palettes.

### **3.2. L'AFFAIBLISSEMENT DU JEU CONCURRENTIEL LIÉ À LA RÉDUCTION DU NOMBRE D'ACTEURS ET AU RISQUE ACCRU DE COMPORTEMENTS COOPÉRATIFS ENTRE EUX**

Dans l'affaire BASF/Takeda l'attention du Conseil a été d'autant plus attirée par ce type d'effets sur la concurrence que le marché des vitamines présente beaucoup des caractéristiques propres à favoriser la constitution de cartels anticoncurrentiels ou, à tout le moins, de comportements qui, sans être illicites, conduiraient à restreindre la concurrence par les prix. De plus, la condamnation récente, par les autorités de concurrence américaine et européenne, de plusieurs groupes pour des comportements d'entente anticoncurrentielle, dans le cadre de leurs activités sur le marché des vitamines, confirmait l'existence de ce risque.

Le Conseil a cependant considéré que l'entrée sur ces marchés des producteurs chinois avait considérablement diminué les risques d'ententes : les prix artificiellement élevés entraînés par le comportement collusif des producteurs avaient d'ailleurs favorisé l'arrivée de producteurs chinois, laquelle à son tour, avait fragilisé le cartel. La pression concurrentielle à la baisse exercée sur les prix par les producteurs chinois a également mis en lumière l'effet négatif du cartel sur la modernisation de l'outil industriel : la réintroduction d'une concurrence a incité les producteurs à procéder à des investissements de productivité et de capacité afin de diminuer leurs coûts. Enfin, le Conseil est convaincu que la sévérité des sanctions pécuniaires et pénales infligées aux groupes membres du cartel et à certains de leurs dirigeants, ainsi que l'ampleur des dommages et intérêts auxquels ces groupes risquent d'être condamnés, devraient avoir un effet fortement dissuasif sur le renouvellement de tels comportements.

En ce qui concerne les marchés des remontées mécaniques, le Conseil a fait état des préoccupations que pouvait susciter la réduction de quatre à trois du nombre d'opérateurs sur un marché oligopolistique caractérisé par d'importantes barrières à l'entrée. Les appels d'offres actuels ne suscitent déjà qu'un faible nombre de soumissions et la réduction du nombre de soumissionnaires potentiels risque de faire augmenter mécaniquement les prix. Il a néanmoins considéré qu'une telle éventualité ne saurait, à elle seule, justifier l'interdiction de toute concentration au sein d'un marché oligopolistique, puisqu'une telle attitude aboutirait à empêcher toute augmentation de taille par ailleurs économiquement justifiée, par exemple par la croissance des coûts fixes.

Il a également envisagé, en ce qui concerne cette opération, que la réduction du nombre d'opérateurs d'un oligopole puisse faciliter des comportements coopératifs non prohibés, aboutissant, par la simple observation et anticipation du comportement des concurrents, à des hausses de prix, voire même puisse faciliter la mise en place et le fonctionnement d'ententes anticoncurrentielles.

L'examen des caractéristiques des marchés concernés (produits fortement différenciés et appels d'offres en nombre limités, caractérisant un marché peu transparent, rôle non négligeable de l'innovation, marchés en croissance, puissance des acheteurs) a cependant convaincu le Conseil que les conditions généralement considérées comme favorables à ce type de dégradation des conditions de la concurrence n'étaient pas, dans le cas d'espèces, réunies.

Dans l'examen de la concentration Vinci/GTM, le Conseil a relevé à plusieurs reprises que l'opération, en accroissant le manque de transparence déjà perceptible dans les secteurs concernés, risquait de favoriser des comportements collusifs portant atteinte à la concurrence par les prix.

Le Conseil a ainsi noté que le nouveau groupe Vinci conservait, dans la construction (hors grands projets), deux pôles avec GTM construction, d'une part, SOGEA construction, d'autre part, sans que cette organisation soit justifiée par une complémentarité géographique ou technique, les deux entreprises étant présentes par l'intermédiaire de leurs filiales sur l'ensemble du territoire. Il a considéré qu'il en résultait une opacité croissante sur les liens unissant les différentes entités juridiques du groupe intervenant sur les marchés du bâtiment, de nature à tromper les maîtres d'ouvrage (privés ou publics) sur la réalité de la concurrence et que cette structure de marché, qui résulte du cumul des enseignes des deux groupes et de l'absence d'identification commune, était susceptible de favoriser des comportements

anticoncurrentiels. Le Conseil a, en conséquence, recommandé l'adoption d'un identifiant unique et commun aux multiples enseignes du groupe Vinci.

Le Conseil a également relevé plusieurs caractéristiques de l'offre d'enrobés à chaud (homogénéité des produits, importantes surcapacités de production, association des trois grands groupes routiers, à deux ou à trois, dans des centrales communes) de nature à restreindre la concurrence effective sur le marché et induisant au minimum des comportements tacites de non concurrence : aucun des grands opérateurs n'a intérêt à remettre en cause les positions de ses confrères, chacun disposant de possibilités de riposte équivalentes. Le Conseil a rappelé que, par le passé, il avait été régulièrement saisi de problèmes récurrents d'ententes entre les principaux opérateurs et a considéré que l'opération, en renforçant la structure oligopolistique du marché, renforce ces risques de collusion.

Sur le marché constitué par les appels d'offres relatifs à la construction, rénovation et gestion de parcs de stationnement souterrains, une situation particulière issue de l'opération de concentration Vinci/GTM a appelé des commentaires du Conseil : la société SOCAP était, suite à l'opération, détenue à parité par les deux premiers opérateurs du marché, VINCI et Européenne de Stationnement, situation représentant un facteur susceptible de fausser le jeu de la concurrence, cette société contrôlant la totalité des parcs à Brest et à Caen, ainsi que, via une filiale (la SPS/Société provençale de stationnement), 7 des 18 parcs de stationnement public en ouvrage de Marseille. De plus, dans cette ville, la situation était rendue complexe par le fait que Vinci exploite directement 8 autres parcs et que l'unique autre opérateur (Gagneraud) est un indépendant ne détenant que 3 parcs. Il est apparu au Conseil que le dénouement de ces relations croisées entre les deux premiers opérateurs sur le marché apparaissait nécessaire à court terme afin d'éviter une possible confusion sur l'indépendance des offres et des opérateurs pour les municipalités dans leurs relations avec les délégataires et lors de futurs appels d'offres de renouvellement ou pour de nouvelles opérations.

### **3.3. AUTRES EFFETS SUR LA CONCURRENCE**

Les sociétés Boeing et Jeppesen n'opèrent pas dans les mêmes secteurs d'activité, les effets de l'opération sur la concurrence ne pouvaient être dus à un cumul de parts de marchés. Par ailleurs, les relations directes de client à fournisseur entre les deux sociétés étaient quasiment inexistantes. En revanche, la construction d'avions et les services d'information de vol peuvent être considérés comme des secteurs connexes : Boeing et Jeppesen ont en commun la clientèle des compagnies aériennes, également clientes des concurrents de Boeing et Jeppesen. Leurs relations passent aussi par l'intermédiaire des fabricants d'avionique, lesquels intègrent dans les ordinateurs de bord qu'ils vendent aux constructeurs aériens, les données qu'ils achètent à Jeppesen. L'opération présentait donc un risque d'atteinte à la concurrence dans la mesure où Boeing réserverait l'accès aux services de Jeppesen à ses seuls clients (compagnies aériennes achetant des avions commerciaux de grande capacité de la seule marque Boeing, fabricants d'avionique équipant des avions Boeing).

Ce risque serait réel vis-à-vis d'Airbus (seul concurrent de Boeing) si les services de Jeppesen étaient irremplaçables et si les décisions d'achat des compagnies aériennes étaient conditionnées par les possibilités d'accès à ces services. Or l'analyse de l'accès aux services d'information a montré au Conseil que les compagnies aériennes et les fabricants d'avionique ne pouvaient être considérés comme dépendants de Jeppesen. Le Conseil a, dans cette analyse, pris en compte l'offre existante sur le marché libre mais aussi le fait que ces services étaient développés en interne par beaucoup de compagnies aériennes. L'examen des

caractéristiques propres à ces marchés en France ont confirmé cette analyse : Air France et la direction de l'aviation civile sont susceptibles de constituer une alternative aux services de Jeppesen.

Par ailleurs, du fait du partage à peu près égal des ventes d'avions entre les deux grands constructeurs, le Conseil a considéré que Boeing n'est pas en mesure d'évincer des marchés des services d'informations de vol les concurrents de Jeppesen en rendant ses avions compatibles avec les seuls produits Jeppesen.

Les risques éventuels pour la concurrence liés à l'accès de Boeing à des informations sensibles pour Airbus n'ont pas été retenus par le Conseil. Celui-ci a considéré que ces problèmes de confidentialité étaient inhérents aux activités de l'ensemble du secteur de l'aéronautique (caractérisé par l'imbrication des liens commerciaux et capitalistiques entre fournisseurs, clients et concurrents) et pouvaient être résolus par des contrats spécifiques, du type de ceux couramment conclus dans ce secteur. De même les problèmes de contrôle de format de documentation par Jeppesen n'ont pas été considérés comme pertinents par le Conseil dans la mesure où les évolutions nécessaires sont périodiquement soumises à l'approbation de l'ATA (Association des Transporteurs Aériens) et font donc l'objet d'une publicité accessible aux professionnels du secteur.

Par ailleurs, le Conseil a relevé, dans le protocole d'accord entre Vinci et Suez, une clause selon laquelle *"pendant une durée de 5 années, Vinci s'engage à ne pas exercer directement ou indirectement d'activités dans les domaines de la distribution de l'eau et de la propreté en France et à l'étranger"*. Il a considéré que cette clause de non concurrence, sans rapport avec les produits et services faisant l'objet de l'activité de Groupe GTM et qui n'est pas destinée à garantir la valeur des actifs de cette dernière société, n'apparaissait en aucune manière nécessaire à la réalisation de l'opération, mais était destinée à protéger Suez de la concurrence potentielle de Vinci dans ses métiers traditionnels. Il a donc estimé qu'elle présentait un objet manifestement anticoncurrentiel, prohibé par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce.

#### **3.4. LES BARRIÈRES À L'ENTRÉE SUR LES MARCHÉS ET LA CONCURRENCE POTENTIELLE**

Dans le secteur des remontées mécaniques, il est apparu au Conseil que le caractère très spécialisé de la construction de remontées mécaniques, l'importance des investissements en recherche-développement ou, à défaut, la difficulté d'avoir accès à des solutions techniques brevetées, les fortes contraintes de sécurité, le particularisme du milieu de la montagne constituent autant d'obstacles à l'entrée de nouveaux opérateurs sur ces marchés. L'expérience acquise par les constructeurs déjà présents sur les marchés (effet d'apprentissage) contribue à diminuer les coûts de production et leur confère un avantage déterminant qui constitue une véritable barrière à l'entrée.

L'activité de location-gestion de palettes des sociétés LPR et Chep a été assimilée par le Conseil à une activité de réseau, avec de fortes économies d'échelle, proportionnelles notamment à la finesse du maillage territorial, constituant de fortes barrières à l'entrée. La nécessité d'obtenir l'agrément de la grande distribution pour ses points de vente a également été considérée par le Conseil comme une barrière à l'entrée.

Sur les marchés des vitamines, l'intensité capitalistique de la production et l'importance des économies d'échelle auraient pu, en apparence, constituer des barrières à l'entrée. Cependant le Conseil a constaté que les producteurs chinois avaient pu en quelques années devenir des acteurs importants sur le marché, et qu'il n'était pas exclu que les producteurs indiens jouent le même rôle dans les prochaines années, l'importance de leur marché intérieur leur permettant d'atteindre la taille critique nécessaire.

Les marchés concernés par les services d'information de vol sont caractérisés par l'absence de barrières à l'entrée significatives. La présence d'opérateurs de taille modeste (en comparaison de Jeppesen) et plusieurs éléments d'analyse retenus par le Conseil en attestent: toutes les grandes compagnies d'aviation sont en mesure, soit de s'adresser au marché, soit de produire elles-mêmes et, éventuellement, de céder à d'autres utilisateurs les services dont elles ont besoin ; la technologie utilisée est aisément accessible et l'activité de Jeppesen n'est pas protégée par des brevets ; l'ensemble des données brutes est disponible, gratuitement, ou à un coût faible, auprès des autorités publiques. Le Conseil a également noté que les délais nécessaires à la couverture d'un nouvel aéroport peuvent être évalués à environ trois semaines/un mois et ceux nécessaires à la constitution d'une base de données aussi complète que celle de Jeppesen sont estimés à un ou deux ans. Ces délais doivent être comparés au fait que l'ouverture d'une nouvelle route est étudiée pendant des mois et que plusieurs années s'écoulent entre la commande d'un avion et sa livraison.

L'absence de barrières à l'entrée sur le marché de la construction et de l'exploitation des parcs de stationnement en ouvrages a également été mise en avant le Conseil pour relativiser le pouvoir de marché que pourrait conférer au nouveau groupe Vinci, l'ancienneté de sa présence dans ce secteur, le stock de places gérées ainsi que sa forte rentabilité. Le marché reste ouvert comme le montrent l'arrivée sur ce marché de nouveaux opérateurs sans expérience de l'activité (comme SERIMO et Realpark à Paris ou la société Fayat à Bordeaux) et le fait que des filiales de grands groupes de construction reviennent sur ce marché après l'avoir quitté il y a quelques années (Omniparc pour Eiffage) ou y entrent pour la première fois (SPIE Concessions).

#### **4. Les décisions du ministre**

Les analyses concurrentielles du Conseil ont été globalement reprises par le ministre dans ces décisions, hormis dans les affaires Vinci/GTM et Boeing/Jeppesen, pour lesquelles le ministre est parvenu à des conclusions légèrement différentes concernant les risques d'atteinte à la concurrence sur certains marchés.

Dans l'affaire Chep/LPR, pour laquelle le Conseil avait conclu à l'existence de risques d'atteintes à la concurrence, les entreprises parties à l'opération ont informé le ministre, qui en a pris acte par lettre du 20 juillet 2000, qu'elles renonçaient à leur projet.

Le ministre a informé la société Leitner par lettre du 7 mars 2001 qu'il partageait l'avis du Conseil de la concurrence et n'entendait pas soumettre l'acquisition de la société Poma à des conditions particulières.

En ce qui concerne l'acquisition par le groupe BASF de l'activité vitamines du groupe Takeda, le ministre a par lettre du 23 avril 2001, informé les parties à l'opération qu'il n'entendait pas soumettre la concentration à des conditions particulières.

En ce qui concerne la concentration Vinci/GTM, le ministre a pris acte, dans son arrêté du 22 juin 2001, de l'engagement du groupe Suez de renoncer au bénéfice de l'article 8 du protocole d'accord signé le 13 juillet 2000 avec la société Vinci et dont le Conseil avait dénoncé le caractère anticoncurrentiel.

Il a, de plus, enjoint à la société Vinci de signaler l'ensemble des entités qui lui sont économiquement liées par un logo commun ou une mention commune.

En ce qui concerne les marchés de production des enrobés à chaud, le ministre a suivi l'analyse du Conseil sur les treize marchés locaux sur lesquels l'opération renforçait la position dominante du nouvel ensemble et la structure oligopolistique du marché : il a enjoint à la société Vinci d'abaisser le seuil de ses participations dans une ou plusieurs centrales dans chacun des départements concernés.

En revanche, sur le marché de la construction et l'exploitation de parcs de stationnement, le ministre a considéré que le cumul des parcs de stationnement gérés par les deux groupes, et la capacité d'autofinancement très élevée de Vincipark, allait lui permettre de présenter des candidatures à l'ensemble des appels d'offres et d'écarter ses concurrents afin de conserver les meilleurs sites en jeu. Le ministre a également relativisé la concurrence émanant des sociétés d'économie mixte, considérant que leur offre s'apparente à une auto production habituellement exclue de la délimitation des marchés : les plus importantes d'entre elles ne sont présentes que dans les villes de leurs actionnaires publics et dans la plupart des cas, elles bénéficient d'un *à priori* naturellement favorable lors de l'examen de leur candidatures, comme le prouve le fait qu'elles ont renouvelé 24 des 25 contrats arrivant à échéance au cours des années 1997, 1998, et 1999. Le ministre relève également la grande stabilité des parts de marché des sociétés Vinci et GTM (en termes de flux et de stock) et relativise l'impact sur la concurrence de l'arrivée de nouveaux entrants.

En conséquence, le ministre a enjoint à la société Vinci de ne pas présenter de candidatures lors des mises en concurrence en vue de l'attribution des délégations de stationnement public pendant une durée de trois ans, sauf dans les villes de plus de 100 000 habitants dans lesquelles le groupe Vinci gère moins de 10 % des places de stationnement attribuées par délégation de service public, et dans le cas de renouvellement lorsqu'une des sociétés appartenant au nouveau groupe Vinci est titulaire de la concession à renouveler.

Dans l'arrêté du 4 juillet 2001 relatif à l'acquisition du groupe Jeppesen par le groupe Boeing, le ministre a insisté sur le fait que, si les cartes de navigation et les données de navigation n'étaient certes pas substituables, il s'agissait de produits complémentaires, appartenant à une même gamme. De plus, il ajoute que le développement des "*paperless cockpits*" devrait homogénéiser les circuits de commercialisation des deux produits et, que, dans une perspective dynamique, les deux types de produits doivent donc être considérés comme un seul et même marché. Il considère que la principale question soulevée par l'opération résulte de la prochaine intégration des données cartographiques et de navigation sous forme numérisée dans les cockpits et de leur compatibilité avec les systèmes de gestion de vol (Flight Management System).

Le ministre ne partage pas l'analyse du Conseil sur la faiblesse des barrières à l'entrée sur le marché des données cartographiques et de navigation. Il estime, en effet, qu'un opérateur ne pourrait créer une base comparable à celle de Jeppesen en moins de cinq ans et ne pourrait la rentabiliser et que Jeppesen bénéficie, de plus, de l'avantage de proposer une gamme

complète de services de vol qu'il vend de façon groupée. Enfin, le fait que Boeing ait accepté d'acheter 1,5 milliards de dollars une entreprise réalisant 250 millions de chiffre d'affaires et un retour sur investissement de plus de vingt ans, lui paraît difficilement compatible avec la thèse de faibles barrières à l'entrée. Cependant, il estime que, compte tenu des montants d'affaires en jeu sur le marché des avions commerciaux de grande capacité, l'effort financier apparaît soutenable pour Airbus ou pour un opérateur ayant comme perspective des ventes de données pour les "*paperless cockpits*" des avions Airbus.

En ce qui concerne le risque d'accès de Boeing à des informations confidentielles sur Airbus, le ministre considère que l'acquisition d'un fournisseur de données de navigation par un avionneur accentue très sensiblement pour les avionneurs concurrents (et donc pour Airbus) les risques de transferts de données techniques, sensibles et confidentielles. Il souligne la nécessité de prévoir un dispositif particulier permettant d'écarter tout risque de transfert de telles données de Jeppesen vers Boeing. L'annonce par Boeing de son intention de conclure avec Airbus des contrats de confidentialité lui paraît insuffisante, et il enjoint à Jeppesen de s'abstenir, en l'absence de consentement écrit préalable de la société Airbus, de fournir, révéler ou de rendre disponible de quelque manière que ce soit au groupe Boeing toute information non publique reçue du groupe Airbus ou de toute compagnie aérienne cliente de ce groupe. De plus, il est enjoint à la société Boeing de s'abstenir d'obtenir ou de chercher à obtenir du groupe Jeppesen toute information non publique reçue du groupe Airbus ou d'une compagnie aérienne cliente de ce groupe. Enfin, il est enjoint à la société Jeppesen, aussi longtemps qu'elle offrira les produits aujourd'hui désignés sous les noms OnSight et OpsControl ou de nouveaux produits équivalents dans sa gamme de produits, de distribuer ces produits sans discrimination, et en particulier de ne pas refuser de les vendre aux compagnies aériennes qui en feraient la demande dans des conditions conformes aux usages commerciaux.

# Quatrième partie : Rapport du ministre de l'économie

## Rapport du ministre de l'économie sur l'exécution des décisions rendues par le Conseil de la concurrence

En vertu des dispositions de l'article L. 464-8 du code de commerce, le ministre chargé de l'économie veille à l'exécution des décisions du Conseil de la concurrence ainsi que, en vertu de l'article 18-3 du décret n° 87-849 du 19 octobre 1987, à celle des arrêts de la cour d'appel de Paris, prononcés sur recours et qui réforment lesdites décisions.

Les décisions du Conseil de la concurrence sont de trois sortes : il prononce des injonctions de faire ou de ne pas faire afin de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles, inflige des sanctions pécuniaires ou ordonne la publication de ses décisions dans les journaux ou publications qu'il désigne, leur affichage dans les lieux qu'il indique ou leur insertion dans les rapports statutaires établis par les entreprises sanctionnées.

Le présent rapport relate les actions entreprises et les constats effectués par le ministre pour assurer l'exécution de ces décisions, à la fois celles rendues en 1997, 1998 et 1999 dont les délais d'exécution n'étaient pas encore expirés ou au sujet desquelles les enquêtes n'étaient pas encore achevées lors de la présentation du précédent rapport, et pour partie, celles prises en 2000.

Certaines investigations afférentes à l'exécution de ces dernières décisions sont encore en cours, notamment lorsque celles-ci, datées de 2001, n'ont été notifiées aux parties qu'en 2002 ou que le délai d'exécution prescrit par le Conseil n'était pas expiré à la date de rédaction du présent rapport. Il en sera rendu compte dans le prochain rapport.

### **I. Les décisions comportant des injonctions de publication**

Au titre de l'année 2001, huit décisions comportaient des injonctions de publication.

#### **00-D-67 du 13 février 2001 relative à des pratiques mises en œuvre par la société TF1**

Le Conseil de la concurrence a enjoint de publier, dans un délai maximum de trois mois suivant sa notification, le texte de la décision, en caractères permettant la lisibilité dans des conditions normales, dans la revue *Stratégie*. Il indique que cette publication sera précédée de la mention "*Décision du Conseil de la concurrence 00-D-67 du 13 février 2001 relative à des pratiques mises en œuvre par la société TF1*". Cette publication a été effectuée dans le n° 1193 de la revue *Stratégie* en date du 25 mai 2001.

**00-D-68 du 17 janvier 2001 relative à des pratiques concertées sur des marchés de transport de personnel d'entreprises**

Le Conseil de la concurrence a enjoint aux sociétés Transports Daniel Meyer, Cars d'Orsay, Cars Bridet, Cars Hourtoule, Service automobile de la vallée de Chevreuse, Courriers de Seine et Oise et Ormont Transport (ex Cars Daniel Dalles) de faire publier sa décision à leurs frais, ceux-ci étant établis au prorata des sanctions pécuniaires prononcées, dans la revue *Bus et cars* magazine, éditée par le groupe "Liaisons", 1 avenue Edouard Belon, 92856 Rueil-Malmaison.

Une enquête a été réalisée pour vérifier le suivi des injonctions prononcées dans cette affaire. Elle a montré que seul le dispositif de la décision avait été publié. Une lettre a été adressée aux entreprises en cause pour leur demander de publier intégralement la décision conformément à l'injonction du Conseil. L'intégralité de la décision a été publiée dans le numéro 658 du 22 février au 8 mars 2002 de la revue *Bus et cars*.

**00-D-75 du 6 février 2001 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la transmission florale à distance**

Le Conseil de la concurrence a enjoint à la société SFTF-Interflora de faire publier à ses frais, dans un délai de trois mois suivant la notification de sa décision, dans le quotidien le *Figaro*, la seconde partie de cette décision, intitulée "Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil" jusqu'à "S'agissant des griefs notifiés à la société Floritel", les considérants concernant "les suites à donner", à l'exception du deuxième et des trois derniers considérants, et le dispositif de la décision à l'exception de ses articles 9 et 10. Il indique que cette publication sera précédée de la mention "Décision du Conseil de la concurrence 00-D-75 du 6 février 2001 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la transmission florale à distance".

La publication est intervenue dans le *Figaro* en date du 4 mai 2001.

**01-D-07 du 11 avril 2001 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la répartition pharmaceutique**

Le Conseil de la concurrence a enjoint aux sociétés OCP Répartition SAS, Alliance Santé et CERP Rouen de publier, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la décision, les parties C et D de la partie II de celle-ci, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires, dans le *Moniteur des pharmacies*. Il indiquait que la publication sera précédée de la mention "Décision du Conseil de la concurrence n° 01-D-07 du 11 avril 2001 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la répartition pharmaceutique".

Cette publication a été effectuée dans le n° 2407 du *Moniteur des pharmacies* du 14 juillet 2001.

**01-D-36 du 28 juin 2001 relative à des pratiques relevées dans le secteur du béton prêt à l'emploi et des produits en béton en Côte d'Or**

Le Conseil de la concurrence a enjoint de publier sa décision, dans un délai maximum de trois mois suivant sa notification, le texte de la décision, avec des caractères permettant la lisibilité dans des conditions normales, dans la publication quotidienne régionale *Le Progrès*, aux frais

des sociétés Dijon Béton, Maggioni, Doras Matériaux, Pagot et Savoie et Bloc et Matériaux. Il indiquait que la publication sera précédée de la mention "*Décision du Conseil de la concurrence n° 01-D-36 du 28 juin 2001 relative à des pratiques relevées dans le secteur du béton prêt à l'emploi et des produits en béton en Côte d'Or*".

La publication a été effectuée dans chacune des éditions locales du quotidien *Le Progrès* en date du 14 août 2001.

**01-D-41 du 11 juillet 2001 relative à des pratiques mises en œuvre sur les marchés des titres restaurant et des titres emploi service**

Le Conseil de la concurrence a enjoint, dans un délai de trois mois à compter de sa notification, aux sociétés Accor, Sodexho Chèques et cartes de services et Chèque-déjeuner, la publication de la partie II de sa décision et le dispositif de celle-ci, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires, dans une édition du quotidien la *Tribune* et de la revue *Néo-restauration*. Il indiquait que la publication devait être précédée de la mention "*Décision du Conseil de la concurrence n° 01-D-41 du 11 juillet 2001 relative à des pratiques mises en œuvre sur les marchés des titres restaurant et des titres emploi service*".

Ces publications ont été effectuées dans la revue *Néo-restauration* n° 379 du mois de septembre 2001 et dans le quotidien la *Tribune* du jeudi 26 juillet 2001.

**01-D-46 du 23 juillet 2001 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom à l'occasion d'une offre sur mesure conclue en 1999**

Le Conseil de la concurrence a enjoint à la société France Télécom, dans un délai de trois mois à compter de sa notification de sa décision, de faire publier à ses frais la partie II de cette décision dans le quotidien *Les Échos*. Il indiquait que la publication devait être précédée de la mention "*Décision du Conseil de la concurrence n° 01-D-46 du 23 juillet 2001 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom à l'occasion d'une offre sur mesure conclue en 1999*".

Cette publication a été effectuée dans le quotidien *Les Échos* en date des vendredi 17 et samedi 18 août 2001.

**01-D-63 du 9 octobre 2001 relative à la situation de la concurrence dans le secteur du déménagement des personnels militaires de l'armée de terre affectés dans le département de la Guyane**

Le Conseil de la concurrence a enjoint, dans un délai de trois mois à compter de sa notification, aux sociétés Geodis Overseas France, Déménagement Antilles Guyane, SARL Ho You Fat, Amazonie déménagements et Sogudem, la publication de la partie II de sa décision, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires qui leur sont infligées, dans le magazine *Armées d'aujourd'hui* édité par le Ministère de la défense et dans le quotidien *France-Antilles*. Il indiquait que les publications devaient être précédées de la mention "*Décision du Conseil de la concurrence n° 01-D-63 du 9 octobre 2001 relative à la situation de la concurrence dans le secteur du déménagement des personnels militaires de l'armée de terre affectés dans le département de la Guyane*".

A ce jour, ces publications n'ont pas été effectuées.

## II. Le suivi des injonctions

### 1. LES VÉRIFICATIONS CONCERNANT DEUX DÉCISIONS DE 1998 COMPORTANT DES INJONCTIONS DE FAIRE OU DE NE PAS FAIRE N'ÉTAIENT PAS ACHEVÉES LORS DE LA PRÉSENTATION DU PRÉCÉDENT RAPPORT

#### **98-D-60 du 2 septembre 1998 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de la commercialisation des listes d'abonnés au téléphone**

Le Conseil de la concurrence a enjoint à la société France Télécom, dans un délai de six mois à compter de la notification de la décision, et jusqu'à la mise en service de l'organisme prévu par l'article L. 35-4 du code des postes et télécommunications (loi n° 96-659 du 26 juillet 1996) chargé de tenir à jour la liste de l'annuaire universel, de fournir, dans des conditions identiques, à toute personne qui lui en fait la demande, la liste consolidée comportant, sous réserve des droits des personnes concernées, les informations contenues dans l'annuaire universel et de proposer un service permettant la mise en conformité des fichiers contenant des données nominatives détenus par des tiers avec la liste orange des abonnés au téléphone, que ces fichiers soient ou non directement extraits de la base annuaire; ces prestations devront être proposées dans des conditions transparentes, objectives et non discriminatoires à un prix reflétant les coûts liés aux opérations techniques de "déduplication" ou de "topage" de ces fichiers, à l'instar de la prestation prévue au catalogue de France Télécom à la rubrique L 13 qui prévoit la mise en conformité des fichiers tiers externes avec la liste safran et la déduplication ou le topage de ces fichiers.

Annulant la décision du Conseil mais restatuant au fond, l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 juin 1999 condamnait France Télécom pour abus de position dominante sur le marché des fichiers de prospection et lui infligeait une amende de 10 MF ; elle l'enjoignait, en outre, jusqu'à la mise en service de l'organisme prévu à l'article L. 35-4 du code des postes et télécommunications, de "*fournir, dans des conditions identiques, à toute personne qui lui en fait la demande, la liste consolidée, comportant, sous réserve des droits des personnes concernées, les informations contenues dans l'annuaire universel ; de proposer un service permettant la mise en conformité des fichiers contenant les données nominatives détenues par des tiers avec la liste orange des abonnés au téléphone, que ces fichiers soient ou non directement extraits de la base annuaire.*".

La cour précisait également que ces prestations devront être proposées dans des conditions transparentes, objectives et non discriminatoires à un prix orienté vers les coûts liés aux opérations techniques nécessaires pour répondre à la demande, à l'instar, s'agissant de la prestation de déduplication ou topage, de la prestation prévue au catalogue de France télécom à la rubrique prévoyant la mise en conformité des fichiers tiers externes avec la liste safran et la déduplication ou le topage de ces fichiers.

Des investigations ont été réalisées en 2000. Le rapport d'enquête a été transmis le 13 juin 2001 au rapporteur du Conseil de la concurrence en charge du dossier.

**98-D-81 du 21 décembre 1998 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'expertise des objets d'art et de collection**

Cette décision a été annulée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 12 octobre 1999 qui a réstatué sur les pratiques en cause et qui, comme l'avait fait le Conseil de la concurrence, a enjoint :

- à la Compagnie nationale des experts spécialisés en livres, antiquités, tableaux et curiosités (CNE) de supprimer de son règlement intérieur les dispositions relatives à la limitation du nombre des spécialités par expert et à la dispense de motivation des décisions de refus d'admission ;
- au Syndicat français des experts professionnels en œuvre d'art et objets de collection (SFEP) de supprimer de ses statuts et de son règlement intérieur les dispositions relatives à la limitation du nombre des spécialités par expert, à la dispense de motivation des décisions de refus d'admission, à l'obligation faite à ses membres d'adhérer à l'assurance de groupe souscrite par le syndicat, aux principes exposés au chapitre VIII-1, selon lesquels sont interdites, sous peine de sanctions disciplinaires, certaines politiques tarifaires et "*le démarchage*" de la clientèle d'un autre expert, et au chapitre VIII-2, concernant, en cas de remplacement d'un expert par un autre, l'obligation d'informer le prédécesseur, de collaborer avec lui ou de lui consentir une compensation, et à la transmission à la CEDEA des informations concernant les refus de candidature ;
- à l'Union française des experts spécialisés en antiquités et objets d'art (UFE) de supprimer de ses statuts et de son règlement intérieur les dispositions relatives à la dispense de motivation des décisions de refus de candidature et à la recommandation de s'adjoindre "*par préférence*" d'autres experts du syndicat en cas d'expertise multiple ;
- à la CNES, à la CNE et au SFEP de ne plus communiquer les décisions de refus de candidature ou d'exclusion de membres aux autres organisations professionnelles.

Il a par ailleurs été enjoint à la CNES, à la CNE, au SFEP et à l'UFE d'adresser, dans un délai de deux mois à compter de sa notification, la copie de la présente décision à chacun de leurs adhérents.

A l'issue de l'enquête engagée afin de vérifier la bonne exécution de ces injonctions, il est apparu que deux des syndicats en cause, le SFEP et l'UFE, n'avaient pas effectué toutes les modifications demandées. Une lettre d'avertissement leur a alors été adressée le 1<sup>er</sup> décembre 1999. Une nouvelle vérification a montré que si le SFEP a bien effectué les modifications, ce n'est pas le cas pour l'UFE, qui n'a pas apporté la preuve qu'elle avait effectivement modifié son statut et son règlement intérieur. Une nouvelle lettre lui a été adressée le 7 mars 2001 pour la mettre en demeure d'adresser les documents modifiés.

Une nouvelle enquête de la Brigade interrégionale d'enquêtes de Paris a été effectuée et a révélé que, à défaut de moyens financiers nécessaires pour réimprimer de nouveaux annuaires qui comprenaient les documents cités dans la décision du Conseil, l'UFE avait adopté une méthode particulière qui a consisté à modifier physiquement les annuaires en vigueur. Ainsi tous les annuaires distribués auprès de nouveaux adhérents et ceux en stock ont été mis à jour, les mentions incriminées étant rendues illisibles. Une circulaire modificative a été adressée par ailleurs à l'ensemble des adhérents. On peut donc estimer que le syndicat UFE s'est conformé à l'injonction qui lui avait été adressée.

La Cour de cassation, par un arrêt du 26 février 2002, a cassé dans toutes ses dispositions l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 12 octobre 1999 qui annulait lui-même la décision du Conseil de la concurrence n° 98-D81. Cette cassation ne produit des effets qu'à l'égard des demandeurs au pourvoi. Par conséquent, l'injonction et la sanction prononcées par la cour d'appel de Paris à l'encontre de l'Union française des experts spécialisés en antiquités et objets d'art sont maintenues.

**2. AU TITRE DE 1999, LES VÉRIFICATIONS CONCERNANT DEUX DÉCISIONS COMPORTANT DES INJONCTIONS DE FAIRE OU DE NE PAS FAIRE N'ÉTAIENT PAS ACHEVÉES LORS DE LA PRÉSENTATION DU PRÉCÉDENT RAPPORT**

**99-D-45 du 30 juin 1999 relative à des pratiques constatées dans le secteur du jouet**

Le Conseil de la concurrence a enjoint à la société Mattel de mettre fin à des pratiques de prix imposés et de retirer de ses conditions de vente et de ses contrats de coopération commerciale toutes les clauses tendant à limiter la liberté tarifaire de ses distributeurs.

Une lettre avait été adressée à la société Mattel pour lui demander de transmettre dans les meilleurs délais une copie des conditions de vente et des contrats de coopération commerciale modifiés conformément à la décision du Conseil.

Au regard des éléments fournis par la société Mattel, il était apparu que si cette société avait bien supprimé de ses conditions de vente et de ses contrats de coopération commerciale les clauses obligeant les distributeurs à respecter les lignes générales de sa politique commerciale (et pour les grossistes, à ne pas pratiquer une politique de prix susceptible de nuire à la société Mattel dans ses relations avec la clientèle) et les clauses interdisant aux grossistes de procéder à la rétrocession de leurs marchandises, elle avait en revanche maintenu dans ses documents commerciaux la clause subordonnant le paiement des remises concernées à l'encaissement de toutes les factures échues sans aucun report d'échéance. Elle considérait en effet que dès lors que les deux autres clauses avaient été supprimées, cette disposition n'était pas condamnable en elle-même.

Le maintien de cette clause n'est pas apparu conforme à l'injonction du Conseil qui avait demandé la suppression de *toutes* les clauses tendant à limiter la liberté tarifaire des distributeurs. Dans sa décision, le Conseil a en effet indiqué que cette clause excluait toute possibilité pour le distributeur de tenir compte des remises conditionnelles lors de l'établissement de ses prix de vente. Il a donc été pris contact avec la société Mattel, qui s'est engagée à supprimer cette clause de ses conditions de vente pour 2001, mais qui a indiqué qu'elle sera remplacée par une nouvelle disposition.

Une enquête, destinée à recueillir les nouvelles conditions de vente et à vérifier si la société Mattel a mis fin effectivement à ses pratiques de prix imposés, a été engagée.

L'enquête a confirmé que les clauses restreignant la liberté tarifaire des distributeurs et subordonnant la rétrocession de marchandises entre grossistes à l'accord de Mattel ont bien été supprimées de ses conditions de vente.

S'agissant de la clause subordonnant le paiement des remises concernées à l'encaissement de toutes les factures échues sans aucun report d'échéance, la société Mattel a indiqué qu'elle insérerait dans ses conditions de vente pour 2001 une clause disposant que "*les parties conviennent expressément d'un droit à résolution des ristournes, auxquelles la centrale ou le*

*groupement sont en droit de prétendre, en cas d'impayés d'un ou de plusieurs adhérents de la centrale d'achat ou du groupement". L'enquête n'a pas pu mesurer les effets de cette nouvelle clause mais il semble qu'elle ne peut plus être considérée à elle seule comme ayant un objet ou pouvant avoir un effet anticoncurrentiel au sens des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce.*

Enfin, si les enquêteurs ont constaté une quasi-identité de prix des produits entre enseignes, il n'a pas été établi que cet état de fait résulterait du fait que la société Mattel ait continué à imposer des prix de revente.

Dans ces conditions, il apparaît que les injonctions du Conseil de la concurrence ont été satisfaites.

### **99-D-85 du 22 décembre 1999 relative à des pratiques de la société Télévision française 1 (TF1) dans le secteur de la production, de l'édition et de la publicité de vidéogrammes**

Le Conseil de la concurrence a enjoint à la société Télévision française 1, d'une part, de supprimer, dans ses contrats de coproduction audiovisuelle, la clause réservant à l'une de ses filiales l'exclusivité des droits de reproduction sur vidéogrammes et, d'autre part, de cesser de réserver à TF1 Entreprises un régime spécifique en matière de publicité télévisée de vidéogrammes.

Une enquête est en cours afin de vérifier le respect de ces deux injonctions.

### **3. AU TITRE DE 2000, LES VÉRIFICATIONS CONCERNANT QUATRE DÉCISIONS COMPORTANT DES INJONCTIONS DE FAIRE OU DE NE PAS FAIRE N'ÉTAIENT PAS ACHEVÉES LORS DE LA PRÉSENTATION DU PRÉCÉDENT RAPPORT**

### **00-MC-01 du 18 février 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société 9 Télécom réseau**

Le Conseil de la concurrence a enjoint à France Télécom de "*proposer aux opérateurs tiers, dans un délai maximum de huit semaines à compter de la notification de la présente décision, une offre technique et commerciale d'accès à un 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, tant par les prix que par la nature des prestations offertes*". Cette décision a été confirmée par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 30 mars 2000.

A la suite de l'injonction du Conseil de la concurrence, France Télécom a proposé, dans le délai de deux mois imparti, l'offre *ADSL Connect*. Cette offre se décompose en deux sous-offres, *ADSL Connect IP* et *ADSL Connect ATM*, la première est de nature transitoire et précède de 12 mois la seconde.

Toutefois, les offres de détail concurrentes des offres de France Télécom/Wanadoo étant peu développées et certains concurrents ne semblant pas en mesure de développer leur offre commerciale dans des conditions de concurrence loyale, une enquête a été effectuée afin de vérifier si l'offre effectuée par France Télécom satisfait aux exigences posées dans l'injonction du Conseil.

Le rapport d'enquête a été transmis le 18 mai 2001 au rapporteur du Conseil de la concurrence en charge du dossier.

**00-D-10 du 11 avril 2000 relative à des pratiques mises en œuvre au sein du réseau Alain Afflelou sur le marché de l'optique médicale**

Le Conseil de la concurrence a enjoint à la SA Alain Afflelou, dans le délai de deux mois à compter de la notification de la décision :

- de mettre fin à la fixation concertée des prix de vente au consommateur des montures, des contrats lentilles-liberté et des coffrets de lentilles à renouvellement fréquent.
- de demander à ses fournisseurs d'indiquer, sur chaque facture adressée aux franchisés, le montant des remises, rabais et ristournes inconditionnels consentis ;
- d'informer de manière claire ses franchisés du montant total des remises, rabais et ristournes consentis par les fournisseurs qui leur est ou leur sera rétrocédé ;
- de notifier la décision à tous ses franchisés.

Une enquête a été engagée afin de vérifier le respect de ces injonctions. Les investigations ont montré que tous les franchisés avaient reçu copie de la décision et qu'ils étaient bien informés des avantages tarifaires obtenus des fournisseurs.

S'agissant de l'injonction de mettre fin à la fixation concertée des prix de vente au consommateur des montures, il apparaît que la société Alain Afflelou ne fait plus de publicité sur la revente "*au tarif fournisseurs*" des montures et assure la transparence de l'information auprès des franchisés, via les conditions de vente, sur les rabais, remises et ristournes consentis par les fabricants qui leur est ou qui leur sera rétrocédé. Les franchisés ont donc le pouvoir de fixer leurs prix indépendamment du franchiseur. Par ailleurs, le franchiseur a précisé par courrier aux revendeurs membres du réseau que les prix des contrats lentilles liberté et des coffrets de lentilles à renouvellement fréquent devaient être considérés comme des prix maximum, les franchisés étant libres de répercuter, ou de ne pas répercuter, les remises obtenues sur le prix de vente au consommateur final.

**00-D-23 du 31 mai 2000 relative à des pratiques mises en œuvre par le barreau de Bonneville**

Le Conseil de la concurrence a enjoint au Conseil de l'ordre des avocats au barreau de Bonneville, d'une part de supprimer à l'article 24 de son règlement intérieur la disposition selon laquelle la rémunération de l'avocat ne peut être en aucun cas inférieure au coût économique de son intervention et, d'autre part, d'adresser dans un délai de deux mois à compter de sa notification, une copie de la décision à chacun des avocats constituant le barreau de Bonneville.

Une enquête a permis de vérifier que les deux injonctions ont bien été respectées.

**00-D-35 du 26 septembre 2000 relative à des pratiques relevées sur le marché des appareils de nettoyage à vapeur**

Le Conseil a enjoint à la société Hispainox SA 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 français d'une protection territoriale absolue. Une lettre a été adressée à la société

Hispainox SA en Espagne afin qu'elle communique les mesures prises pour faire suite aux injonctions du Conseil et qu'elle transmette une copie des contrats de distribution en vigueur. Aucune réponse n'étant parvenue à ce jour, une lettre de relance a été adressée le 6 mars 2001 à la société Hispainox SA.

Cette société a répondu par lettre du 24 mars 2001 qu'elle n'avait pas de contrat d'exclusivité par écrit en vigueur pour le marché français. Elle a indiqué s'engager, si un contrat devait à l'avenir être rédigé, à n'insérer aucune clause visant à faire bénéficier ses distributeurs français d'une protection territoriale absolue.

**4. AU TITRE DE 2001, LE CONSEIL DE LA CONCURRENCE A PRONONCÉ TREIZE DÉCISIONS COMPORTANT L'INJONCTION DE MODIFIER DES CLAUSES CONTRACTUELLES OU DE METTRE FIN À DES COMPORTEMENTS**

**00-D-52 du 15 janvier 2001 relative à des pratiques en matière d'honoraires mises en œuvre par l'Ordre des avocats au barreau de Nice**

Le Conseil de la concurrence a enjoint à l'Ordre des avocats au barreau de Nice, d'une part de cesser la diffusion de barèmes d'honoraires d'avocats, d'autre part, d'adresser dans un délai de deux mois à compter de sa notification, une copie de la décision à chacun des avocats inscrits au barreau de Nice.

Après une enquête ayant montré que l'Ordre des avocats n'avait pas respecté les injonctions prononcées par le Conseil, une lettre de mise en demeure lui a été adressée le 22 octobre 2001. Une dernière vérification a permis de vérifier que l'avertissement avait été suivi d'effet. On notera cependant que le bâtonnier de l'Ordre d'avocats s'est contenté d'indiquer qu'il tenait la décision du Conseil à disposition de ses membres contre émargement, au lieu d'adresser la copie à chacun des avocats du ressort du barreau.

**00-D-68 du 17 janvier 2001 relative à des pratiques concertées sur des marchés de transport de personnel d'entreprises**

Le Conseil de la concurrence a enjoint à l'association des transporteurs et loueurs d'autocars de la région parisienne de supprimer de ses statuts et de son règlement intérieur les clauses limitant l'autonomie de gestion des entreprises adhérentes, à savoir :

- L'alinéa 2 de l'article 2 de ses statuts.
- L'article 1 de son règlement intérieur.

Une enquête a été réalisée afin de vérifier le suivi de ces injonctions. Elle a montré que la modification des statuts et du règlement intérieur de l'association n'a pas été réalisée. Une lettre a été adressée au président de l'ATLARP le 20 novembre 2001 lui demandant d'adopter, dans les meilleurs délais, une rédaction des statuts de l'association conforme à l'injonction du Conseil.

**00-D-75 du 6 février 2001 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la transmission florale à distance**

Le Conseil de la concurrence a 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.
- de cesser d'interdire aux fleuristes adhérents de mentionner sur une même annonce d'annuaire ou de Minitel l'appartenance simultanée au réseau Interflora et à d'autres réseaux de transmission florale à distance.
- de prendre les mesures nécessaires pour informer clairement les consommateurs du caractère purement indicatif des conditions minima de transaction et de la possibilité pour eux de passer des ordres d'un montant inférieur à ceux mentionnés notamment sur les documents représentant les produits floraux proposés à la vente, sous réserve de l'accord préalable du fleuriste susceptible d'exécuter l'ordre envisagé.

Une enquête a été demandée afin de vérifier le respect de ces trois injonctions. Les résultats ne sont pas connus à ce jour.

#### **00-D-77 du 21 mars 2001 relative à la situation de la concurrence dans le secteur des taxis à Montbéliard**

Le Conseil de la concurrence a enjoint au GIE Association taxis services de supprimer, d'une part, les dispositions qui interdisent la publicité personnelle et l'utilisation d'un téléphone personnel, qui figurent aux articles 5 modifié et 7 du contrat de GIE et à l'article 17 du règlement intérieur, et d'autre part, la disposition figurant à l'article 8 du règlement intérieur qui interdit la pratique du doublage.

Une enquête a été réalisée et a montré que les clauses litigieuses avaient été effectivement supprimées des statuts du GIE.

#### **00-D-79 du 21 mars 2001 relative à la situation de la concurrence dans le secteur des taxis à Belfort**

Le Conseil de la concurrence a enjoint à l'Association des radio taxis belfortains de supprimer, en tant que de besoin, de ses statuts les articles 6 (alinéa 4), 21, 23 et 17.

Lors de l'enquête de suivi de cette injonction, il est apparu que subsistait encore dans les statuts (article 20) une disposition selon laquelle la publicité personnelle, sous formes de cartes de visite, était interdite aux taxis membres de l'association. Le président de l'Association s'est engagé à faire retirer cette clause lors de son assemblée générale du mois d'octobre 2001. Une lettre lui a été adressée le 5 décembre 2001 pour lui demander d'adresser un exemplaire à jour des statuts de l'Association ainsi que la preuve de leur dépôt en préfecture.

#### **00-D-82 du 26 février 2001 relative à des pratiques relevées dans le secteur des glaces et crèmes glacées industrielles sur le marché de l'impulsion**

Le Conseil de la concurrence a enjoint à la société France glace Findus, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la décision, de réduire à un an au plus la durée d'application de la clause de non-concurrence figurant dans les contrats de concession qu'elle a conclu ou qu'elle concluera avec ses distributeurs.

Par courrier du 28 juin 2001, il a été demandé à cette société les éléments relatifs au respect de cette injonction.

Par lettre du 4 juillet 2001, la société Nestlé Grand Froid a transmis un exemplaire du contrat-type qu'elle entend utiliser à l'avenir en cas de désignation de nouveaux concessionnaires et qui comprend, à l'article 8-2, la modification demandée par le Conseil de la concurrence. Cette société a par ailleurs fourni l'ensemble des courriers adressés à chacun de ses concessionnaires par lesquels elle les a informés de la modification de la durée de la clause de non-concurrence contenue dans leurs contrats. Il apparaît donc que l'injonction du Conseil de la concurrence a été respectée.

### **00-D-84 du 8 février 2001 relative aux identifications professionnelles délivrées par la Fédération nationale des travaux publics (FNPT)**

Le Conseil de la concurrence a enjoint à la Fédération nationale des travaux publics de modifier, dans la charte de l'identification professionnelle et dans le règlement intérieur, les clauses qui limitent l'accès aux identifications aux seules entreprises opérant en France, qui ne permettent pas la prise en compte de travaux réalisés à l'étranger ou sous contrôle de maîtres d'ouvrage et maîtres d'œuvre étrangers, qui ne permettent pas de prendre en compte le matériel loué et qui excluent *a priori* les certificats de certains maîtres d'ouvrage et maîtres d'œuvre.

La FNTP, suite au courrier qui lui a été adressé le 20 avril, a procédé aux modifications des clauses jugées anticoncurrentielles par la décision du Conseil de la concurrence. Ainsi l'examen des nouvelles dispositions de la charte et du règlement intérieur montre que :

- s'agissant de l'obligation de détenir la carte professionnelle délivrée par la FNPT : l'article 3 de la charte et l'article 1 du règlement intérieur ne contiennent plus aucune référence à l'obligation de posséder la carte professionnelle délivrée par la FNTP pour accéder aux identifications. Il est désormais stipulé que le certificat d'identification est délivré "*aux entreprises qui en font la demande (charte) ou aux entreprises qui réalisent des travaux publics à jour de leurs cotisations légales et réglementaires auprès des caisses de congés payés ou auprès de tout autre organisme à objet équivalent (règlement intérieur)*".
- s'agissant de la prise en compte des seuls travaux réalisés sur le territoire français ou sous le contrôle de maîtres d'ouvrage ou maîtres d'œuvre français : l'article 4 de la charte ne fait plus aucune référence aux "*travaux correspondant à la nomenclature des activités travaux publics réalisés au cours des cinq dernières années sur le territoire français ou sous le contrôle de maîtres d'œuvre ou maîtres d'ouvrage français*". Par ailleurs on note que le comité supérieur de l'identification professionnelle comporte désormais un membre supplémentaire issu d'une Commission spécifique, la commission Europe. Le règlement intérieur prévoit également la création d'un site internet diffusant la nomenclature des activités et les documents FNTP. On peut donc en déduire que l'accès à l'information des entreprises situées dans les autres États membres de l'union européenne ne sera plus entravé.
- s'agissant de la prise en compte de certificats émanant de seuls maîtres d'ouvrage publics : il n'existe pas dans la charte et le règlement intérieur de distinction entre les certificats émanant de maîtres d'ouvrages publics et ceux émanant de maîtres d'ouvrage privés. La charte permet de prendre en compte des certificats émanant de "*maîtres d'ouvrage ou de maîtres d'œuvre compétents et indépendants de l'entreprise*".

*exécutante, certificats détaillés et chiffrés spécifiant, suivant les cas, les volume, tonnage, longueur, diamètre, pression, capacité, débit ou puissance, moyens ou tout autre". Cette novation correspond aux exigences du Conseil qui estimait "qu'il n'apparaît pas impossible de sélectionner les signataires de certificats sur la base de critères objectifs tenant à leur capacité technique définie a priori ou encore d'accepter qu'au delà d'une liste de signataires prédéfinie, l'entreprise candidate puisse faire accepter un certificat en démontrant, au cas par cas, le sérieux de son signataire".*

- la nécessité d'être propriétaire ou d'avoir acquis en crédit-bail le matériel nécessaire aux travaux : la charte prévoit toujours dans son article premier que l'entreprise est appelée à justifier sa capacité par des références à des moyens en hommes et matériels. Le règlement intérieur ne prévoit, pour l'application de ce principe, aucune référence aux moyens propres à l'entreprise en matériel. Seule demeure la référence aux moyens humains: le détail des effectifs totaux de l'entreprise qui relèvent de l'activité travaux publics. L'obligation de posséder en propre ou par crédit-bail les matériels pour pouvoir demander une identification professionnelle n'existe donc plus.

Il convient donc de considérer que la FNTP a respecté l'injonction du Conseil.

#### **01-MC-01 du 11 mai 2001 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par les sociétés Multivision et Télévision par satellite**

Le Conseil de la concurrence a enjoint aux sociétés Canal plus et Kiosque, ainsi qu'à toute société venant à leurs droits du fait de la fusion avec les sociétés Vivendi et Universal, de s'abstenir de procéder, directement ou indirectement, à l'acquisition de droits de diffusion télévisuelle exclusifs de films cinématographiques d'expression française récents pour le paiement à la séance, et ce sans aucune exception, jusqu'à l'intervention de la décision sur le fond.

Une enquête est en cours pour vérifier que les sociétés Canal plus et Kiosque ont mis fin à leurs pratiques d'achat de droits de diffusion télévisuelle exclusifs de films cinématographiques d'expression française récents pour le paiement à la séance.

#### **01-D-30 du 22 mai 2001 relative à la qualification AP-MIS délivrée aux entreprises assurant l'installation et la maintenance de systèmes de détection incendie**

Le Conseil de la concurrence a enjoint au Centre national de prévention protection (CNPP) de :

- supprimer du règlement de qualification AP-MIS, et notamment dans la clause 1-1, les dispositions qui imposent aux entreprises qui postulent à cette qualification d'être en mesure d'effectuer, à la fois, l'installation et la maintenance des systèmes de détection incendie ;
- remplacer le système des prérequis prévu par l'article 1-2 du règlement par une procédure de contrôle de la spécialisation et de la compétence des entreprises postulantes qui ne soit pas de nature à restreindre le jeu de la concurrence, au delà de ce qui est strictement nécessaire pour atteindre l'objectif de qualité et de sécurité des installations ;
- supprimer les dispositions du règlement autorisant une entreprise qualifiée à délivrer une déclaration de conformité, même si elle n'est pas titulaire de la commande du

maître d'ouvrage, dès lors qu'elle justifie d'un marché de sous-traitance portant sur certaines opérations.

Une lettre a été adressée au président du CNPP le 12 juillet 2001 lui demandant d'adresser le règlement de qualification et le règlement autorisant une entreprise qualifiée à délivrer une déclaration de conformité, modifiés conformément à l'injonction du Conseil de la concurrence et d'indiquer les mesures adoptées pour remplacer le système des prérequis dans des conditions qui ne soient pas de nature à restreindre la concurrence au delà du strict nécessaire pour atteindre l'objectif de qualité et de sécurité des installations.

Le CNPP a adressé copie des règlements distincts de certification d'installation et de maintenance des systèmes de détection incendie et des centralisateurs de mise en sécurité incendie modifiés conformément aux injonctions du Conseil de la concurrence et validés par le Comité de certification du CNPP et le Comité particulier en charge de l'application. Aucune disposition de ces règlements ne rend obligatoire le fait de détenir l'une de ces certifications pour pouvoir obtenir l'autre.

Le système des prérequis a été remplacé dans chacun des deux règlements par une période de certification, d'une durée maximale de deux ans, au cours de laquelle les installations réalisées ou maintenues par les entreprises seront auditées et contrôlées.

En ce qui concerne la délivrance des déclarations de conformité, les nouveaux règlements prévoient que les installations faisant des prestations certifiées sont déclarées à l'organisme certificateur suivant des exigences définies précisément.

Il apparaît donc que les injonctions ont bien été respectées.

#### **01-D-32 du 27 juin 2001 relative à la saisine de M. Henri Faraud contre des pratiques mises en œuvre dans le secteur des taxis à Saint-Laurent-du-Var**

Le Conseil de la concurrence a enjoint à l'Institut Arnault Tzanck de ne pas se fonder sur la convention passé avec le Groupement des taxis laurentins (GTL), s'agissant de la gestion des courses dites "visiteurs", pour refuser aux artisans taxi, membres ou non du groupement, d'effectuer de la publicité personnelle au sein de l'établissement.

Une enquête a été effectuée. Le rapport d'enquête indique que les pratiques sanctionnées ont bien été abandonnées : le contrat d'exclusivité entre l'Institut Arnault Tzanck et le GTL n'existe plus ; ainsi les clients désirant prendre un taxi sont désormais orientés vers la borne d'appel se trouvant à l'entrée de l'Institut et sur laquelle figurent les coordonnées du GTL et celles de taxis qui n'en sont pas membres et qui peuvent désormais, s'ils le souhaitent, faire de la publicité.

L'injonction prononcée par le Conseil a donc bien été respectée.

#### **01-D-55 du 21 septembre 2001 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché du remboursement complémentaire à l'assurance maladie**

Le Conseil de la concurrence a enjoint à la Fédération nationale de la mutualité française de porter à la connaissance de tous les mutualistes relevant d'une mutuelle adhérente, par tout moyen approprié, avant le 31 décembre 2001, le fait que les clauses de non-concurrence et les

clauses tarifaires contenues dans l'annexe II du Pacte d'Union ont été abrogées ; il a demandé à ce que cette information reproduise par ailleurs la mention suivante : "*En conséquence, chaque mutuelle est libre de prospecter des personnes adhérant déjà à une autre mutuelle et de fixer le montant des cotisations et des taux de remboursement*".

Une enquête est en cours pour vérifier le respect de l'injonction par la Fédération nationale de la mutualité française. Les résultats ne sont pas encore connus à ce jour.

**01-MC-06 du 19 décembre 2001 relative aux saisines et aux demandes de mesures conservatoires présentées par les sociétés Télé 2 et Cégétel**

Le Conseil de la concurrence a enjoint à la société France Télécom :

- de suspendre la commercialisation des offres "*Forfait local*", "*MaLigne locale*", "*Ligne Pro Locale*" et "*Ligne Tchatche*" auprès de nouveaux abonnés, tant que ces offres couplent des prestations offertes en concurrence et des prestations offertes en monopole, comme la fourniture de l'abonnement à la ligne téléphonique ou l'accès aux numéros internet payants pour l'appelant de type 0860 et certains numéros de type 0836 ;
- pour l'avenir, de modifier ses offres tarifaires afin de séparer ces différentes catégories de prestations, aucune offre groupant des prestations ouvertes à la concurrence et des prestations offertes en monopole ne pouvant être proposée jusqu'à la mise en place effective des conditions de concurrence permettant aux opérateurs tiers de proposer, s'ils le souhaitent, des offres alternatives ;
- pour les contrats en cours, de proposer à ses clients, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision, de nouvelles offres découplées. Ces nouvelles propositions doivent être accompagnées d'une information sur la situation nouvelle créée par la décision de l'autorité de régulation des télécommunications n° 01-691 du 18 juillet 2001, homologuée par le secrétaire d'état à l'industrie le 27 septembre 2001 ouvrant à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2002 les communications locales à la sélection des transporteurs ainsi que sur l'obligation dans laquelle se trouve France Télécom de ne pas proposer, au sein d'une même offre, des prestations en concurrence, ce qui est désormais le cas des communications locales, et des prestations en quasi-monopole, ce qui est toujours le cas de l'abonnement, de l'accès aux numéros internet payants pour l'appelant de type 0860 et de certains numéros de type 0836 ;
- de suspendre la pratique consistant à présenter "*Option Plus*" comme incompatible avec la présélection des opérateurs alternatifs, et d'informer, avant le 31 janvier 2002, tous les clients ayant souscrit à cette offre, de ce qu'elle n'est pas compatible avec la présélection d'opérateurs alternatifs.

Un courrier a été adressé à la société France Télécom le 5 février 2002 demandant la transmission dans les meilleurs délais des éléments qui permettent de vérifier le respect des injonctions prononcées par le Conseil.

**01-MC-07 du 21 décembre 2001 relative à une saisine et une demande de mesures conservatoires présentées par la société Kosmos**

Le Conseil de la concurrence a enjoint à la société France Télécom d'orienter vers les coûts qu'elle supporte pour la fourniture de ce service, les tarifs qu'elle pratique sur ses prestations

de collecte de trafic téléphonique émanant de son réseau téléphonique commuté public fixe en France métropolitaine et à destination des numéros spéciaux de ses clients fournisseurs de services de télécommunications au titre de l'article L. 34-2 du code des postes et télécommunications, tels Kosmos, pour leurs services de cartes à code au public.

Une enquête est en cours pour vérifier le respect de cette injonction.

### **III. L'exécution des sanctions pécuniaires**

En application de l'article L. 464-4 du code de commerce, les sanctions pécuniaires prononcées par le Conseil de la concurrence sont recouvrées comme créances de l'État étrangères à l'impôt et au domaine. Ce recouvrement est confié à la Trésorerie générale des créances spéciales du trésor, sise à Châtelleraut.

Depuis la création de cette instance, mes services procèdent, dès réception de la décision du Conseil de la concurrence comportant des sanctions pécuniaires, à l'assignation du recouvrement auprès de la TGCST. Le montant de cette assignation est modifié lorsque la cour d'appel de Paris annule, réduit ou aggrave les dites sanctions.

La TGCST m'a communiqué, au 31 décembre 2001, l'état des opérations de prise en charge et de recouvrement accomplies en exécution des décisions du Conseil.

S'agissant des sanctions prises en charge les années antérieures, leur montant net est de 2,05 millions d'euros ; elles sont apurées à hauteur de 1,79 millions d'euros, soit un taux de recouvrement de 87,3 %.

Les sanctions prises en charge lors de l'exercice 2001 représentent, au 31 décembre 2001, un montant total de 50,29 millions d'euros. Les recettes pour l'année 2001 s'élèvent, à cette date, à 45,75 millions d'euros. Le taux d'apurement ressortant du rapport de ces montants est de 90,97 %.

Pour le ministre et par délégation.

*Le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*

Jérôme Gallot

## **Cinquième partie : Textes**

### **Arrêtés portant nomination d'un commissaire du Gouvernement auprès du Conseil de la concurrence**

Par arrêté du ministre de l'économie et des finances en date du 17 mars 1997, M. Jérôme Gallot, directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, a été désigné pour exercer les fonctions de commissaire du Gouvernement auprès du Conseil de la concurrence.

En cas d'empêchement de M. Jérôme Gallot, directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, les fonctions du commissaire de Gouvernement sont exercées par :

- M. Noël Diricq, chef de service à la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (arrêté du 30 octobre 1997) ;
- Mme Caroline Montalcino, sous-directrice à la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (arrêté du 20 novembre 1998) ;
- M. Luc Valade, chef de service à la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (arrêté du 23 novembre 2000).

# Composition du Conseil de la concurrence à partir du 15 novembre 2001

## **1. Membres ou anciens membres du Conseil d'État, de la Cour des comptes, de la Cour de cassation ou des autres juridictions administratives ou judiciaires**

Mme Marie-Dominique Hagelsteen, conseiller d'État, présidente,

M. Philippe Nasse, conseiller maître à la Cour des comptes, vice-président,

Mme Micheline Pasturel, conseiller honoraire à la Cour de cassation, vice-présidente,

M. Pierre Bargue, conseiller à la Cour de cassation, membre,

M. Bruno Lasserre, conseiller d'État, membre,

Mme Agnès Mouillard, conseiller référendaire à la Cour de cassation, membre,

M. André Gauron, conseiller maître à la Cour des comptes, membre,

M. Bernard Piot, vice-président honoraire du tribunal de commerce de Paris, membre.

## **2. Personnalités choisies en raison de leur compétence en matière économique ou en matière de concurrence et de consommation**

M. Frédéric Jenny, professeur d'économie, vice-président,

Mme Marie-Chantal Boutard-Labarde, professeur à l'université Paris-X, membre,

Mme Reine-Claude Mader-Saussaye, secrétaire général de la Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie, membre,

Mme Anne Perrot, professeur de sciences économiques à l'université de Paris, membre.

## **3. Personnalités exerçant ou ayant exercé leurs activités dans les secteurs de la production, de la distribution, de l'artisanat, des services ou des professions libérales**

M. Jean-Pierre Bidaud, président honoraire de la chambre des métiers de la Haute-Vienne, membre,

Mme Elisabeth Flüry-Herard, directeur général de l'Institut pour le financement du cinéma et des industries culturelles, membre,

M. Jacques Ripotot, président de Francap distribution, membre,

M. Georges Robin, président de l'Institut de liaison et d'études des industries de consommation, membre,

M. Christian Charrière-Bournazel, avocat à la cour d'appel de Paris, membre.

# Composition du Conseil de la concurrence à partir du 15 novembre 2001

## **1. Membres ou anciens membres du Conseil d'État, de la Cour des comptes, de la Cour de cassation ou des autres juridictions administratives ou judiciaires**

Mme Marie-Dominique Hagelsteen, conseiller d'État, présidente,

M. Philippe Nasse, conseiller maître à la Cour des comptes, vice-président,

Mme Micheline Pasturel, conseiller honoraire à la Cour de cassation, vice-présidente,

M. Pierre Bargue, conseiller à la Cour de cassation, membre,

M. Bruno Lasserre, conseiller d'État, membre,

Mme Agnès Mouillard, conseiller référendaire à la Cour de cassation, membre,

M. André Gauron, conseiller maître à la Cour des comptes, membre,

M. Bernard Piot, vice-président honoraire du tribunal de commerce de Paris, membre.

## **2. Personnalités choisies en raison de leur compétence en matière économique ou en matière de concurrence et de consommation**

M. Frédéric Jenny, professeur d'économie, vice-président,

Mme Marie-Chantal Boutard-Labarde, professeur à l'université Paris-X, membre,

Mme Reine-Claude Mader-Saussaye, secrétaire général de la Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie, membre,

Mme Anne Perrot, professeur de sciences économiques à l'université de Paris, membre.

## **3. Personnalités exerçant ou ayant exercé leurs activités dans les secteurs de la production, de la distribution, de l'artisanat, des services ou des professions libérales**

M. Jean-Pierre Bidaud, président honoraire de la chambre des métiers de la Haute-Vienne, membre,

Mme Elisabeth Flüry-Herard, directeur général de l'Institut pour le financement du cinéma et des industries culturelles, membre,

M. Jacques Ripotot, président de Francap distribution, membre,

M. Georges Robin, président de l'Institut de liaison et d'études des industries de consommation, membre,

M. Christian Charrière-Bournazel, avocat à la cour d'appel de Paris, membre.

# Règlement intérieur du Conseil de la concurrence en vigueur au 31 décembre 2001

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, modifié par la loi n° 87-499 du 6 juillet 1987 transférant le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence à la juridiction judiciaire ;

Vu le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, et notamment son article 8,

## Chapitre I - Organisation des services du Conseil

### Article 1

La direction générale des services du Conseil est assurée par le président ou, en cas d'empêchement, par un vice-président délégué.

Le rapporteur général contrôle l'activité des services qui comprennent :

- Le bureau de la procédure ;
- Le bureau de la documentation ;
- Le bureau de la gestion administrative ;
- Le bureau du budget et de la comptabilité.

### Article 2

Le bureau de la procédure est chargé :

a) Du service du courrier ;

b) De la constitution et du suivi des dossiers à toutes les phases de la procédure ; à ce titre il procède aux notifications, contrôle le respect des délais ainsi que la régularité matérielle des documents versés aux débats et veille au bon déroulement de la consultation des dossiers par les parties ;

c) Du secrétariat des séances du Conseil, dont il prépare l'organisation ; à cet effet, il adresse les convocations, diffuse les décisions et les avis du Conseil et procède à la relecture avant publication au *Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (BOCCRF)*. Le chef du bureau de la procédure est secrétaire du Conseil.

### **Article 3**

Le bureau de la documentation rassemble les documents d'information se rapportant à l'activité du Conseil et les diffuse en son sein. Il effectue les recherches qui lui sont demandées par les membres du Conseil et les rapporteurs.

Il procède au classement des archives. La bibliothèque et les relations avec les banques de données auxquelles le Conseil est abonné sont placées sous sa responsabilité.

### **Article 4**

Le bureau de la gestion administrative assure la gestion du personnel, la coordination dactylographique, le fonctionnement du service intérieur chargé de l'accueil du public, de l'entretien du matériel et des locaux ainsi que de leur surveillance.

Lui sont rattachés le centre informatique et statistique ainsi que l'atelier de reprographie.

### **Article 5**

Le bureau du budget et de la comptabilité prépare et exécute le budget, prépare les marchés et veille à leur exécution, assure la tenue de la comptabilité et gère les régies de recettes et d'avances.

## **Chapitre II - Conditions de fonctionnement du Conseil**

"**Article 6.-** La saisine et les pièces annexes sont adressées au Conseil en quatre exemplaires :

"- soit par lettre recommandée avec accusé de réception ;

"- soit par dépôt au bureau de la procédure, contre reçu, 11, rue de l'Echelle, 75001 Paris.

"Les saisines sont inscrites sur un registre d'ordre et marquées d'un timbre indiquant leur date d'arrivée. Il en est de même des pièces adressées au Conseil au cours de l'instruction.

"La saisine, dont l'objet doit être clairement précisé, comporte la mention des dispositions sur lesquelles la partie saisissante entend fonder sa demande. Elle indique, si le demandeur est une personne physique, ses nom, prénoms, professions et domicile ; si le demandeur est une personne morale, sa dénomination, sa forme, son siège social et l'organe qui la représente.

"Lorsque le demandeur est une entreprise, la saisine mentionne le chiffre d'affaires des trois derniers exercices ; elle est accompagnée des bilans et comptes de résultat correspondants.

"L'auteur de la saisine doit préciser l'adresse à laquelle les notifications et les convocations devront lui être envoyées et aviser, sans délai, le conseil de la concurrence de tout changement d'adresse par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

"Les personnes citées dans la procédure sont tenues de fournir au rapporteur qui leur en fait la demande, selon qu'elles sont des personnes physiques ou des personnes morales, les informations mentionnées au troisième alinéa et, lorsqu'il s'agit d'une entreprise, au

quatrième alinéa du présent article. Elles sont également tenues de se conformer aux dispositions du cinquième alinéa ci-dessus".

## **Article 7**

Le bureau de la procédure adresse copie au commissaire du Gouvernement de toutes les saisines autres que celles émanant du ministre.

Le bureau de la procédure est ouvert au public du lundi au vendredi de 9 heures à 12 heures et de 14 heures à 17 heures ; la consultation des dossiers est autorisée de 14 heures à 17 heures. Ces horaires peuvent être modifiés par décision du président.

Les demandes de photocopies précisent les pièces qui en sont l'objet. Elles sont adressées au bureau de la procédure et , dans la mesure où elles sont compatibles avec les moyens matériels du Conseil, elles sont satisfaites dans les meilleurs délais, conformément aux dispositions de l'arrêté du 29 mai 1980 (*Journal officiel* du 3 juin 1980).

## **Article**

**8**

(Abrogé par décision du 28 mars 2000)

## **Article 9**

Les mémoires et les observations écrites des parties sont adressées au Conseil (bureau de la procédure), suivant les modalités prévues à l'article 6 du présent règlement, en quinze exemplaires auxquels il convient d'ajouter les copies destinées aux parties en cause. En cas de nécessité, les parties sont invitées à produire des copies supplémentaires.

Tout document produit devant le Conseil doit être rédigé en langue française, à défaut, être accompagné d'une traduction.

## **Article 10**

Le calendrier des séances et l'ordre du jour de chaque séance sont arrêtés par le président.

Le calendrier est communiqué aux membres du Conseil, au commissaire du Gouvernement, au ministre chargé de l'économie ainsi qu'aux rapporteurs.

L'ordre du jour est adressé, avec les convocations aux membres du Conseil, aux parties et au commissaire du gouvernement. Il est également transmis aux rapporteurs inscrits à la séance.

## **Article 11**

Pour l'application des dispositions du premier alinéa de l'article 25 de l'ordonnance susvisée, les parties qui souhaitent assister à une séance doivent aviser de leur intention le secrétaire du Conseil huit jours au moins avant la date fixée et indiquer leur nom et qualité. Si elles souhaitent, en outre, formuler des observations au cours de la séance, leur demande, assortie de leurs nom et qualité, doit parvenir au Conseil dans le même délai.

Après avoir pris contact avec les parties, le secrétaire du Conseil les avise des modalités d'organisation de la séance.

## **Article 12**

En cas d'empêchement du rapporteur chargé de l'instruction, le président désigne un rapporteur qui présente le rapport en séance.

## **Article 13**

Le président de la formation veille au bon déroulement de la séance, qu'il peut, le cas échéant, suspendre.

## **Article 14**

L'ordre des interventions orales en séance est le suivant : le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement, enfin lorsqu'elles sont présentes en application de l'article 25 de l'ordonnance susvisée, les parties, dans les conditions fixées conformément à l'article 11 du présent règlement.

Toutefois, lorsque le Conseil est appelé à faire application de l'article 12 ou de l'article 19 de l'ordonnance et qu'il n'a pas été procédé à la désignation d'un rapporteur, la parole est donnée en premier lieu à l'auteur de la demande.

## **Article 15**

Le secrétaire du Conseil rédige et signe avec le président le procès-verbal chronologique des séances, qui mentionne le nom des personnes présentes.

## **Article 16**

Chaque décision ou avis fait l'objet d'une minute établie en un seul exemplaire et conservée avec le procès-verbal de la séance sous la responsabilité du secrétaire du Conseil. Elle est pourvue d'un numéro de code chronologique correspondant à la nature de l'affaire.

## **Article 17**

Les ampliations des décisions et des avis sont certifiées conformes par le rapporteur général.

Adopté par le Conseil de la concurrence siégeant en formation plénière le 29 mars 1988.

Pour le Conseil de la concurrence :

*Le président*

P. LAURENT

# **Décisions du 26 novembre 2001 portant affectation des membres du Conseil de la concurrence**

## **Décision du 26 novembre 2001 portant affectation des membres du Conseil de la concurrence**

Par décision de la présidente du Conseil de la concurrence en date du 26 novembre 2001, le Conseil de la concurrence comprend cinq sections composées comme suit :

### **Section I**

M. Nasse, vice-président, M. Bague, M. Bidaud, M. Charrière-Bournazel, M. Lasserre, Mme Mader, Mme Mouillard, Mme Perrot, M. Piot, membres.

### **Section II**

M. Jenny, vice-président, M. Bague, Mme Boutard-Labarde, Mme Flüry-Herard, M. Gauron, M. Lasserre, M. Robin, membres.

### **Section III A**

Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, MM. Jenny et Nasse, vice-présidents, M. Bidaud, Mme Boutard-Labarde, Mme Flüry-Herard, M. Gauron, Mme Mouillard, M. Ripotot, membres.

### **Section III B**

Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, MM. Jenny et Nasse, vice-présidents, M. Bague, M. Charrière-Bournazel, M. Lasserre, Mme Mader, Mme Perrot, M. Piot, M. Robin, membres.

### **Section IV**

Mme Pasturel, vice-présidente, Mme Boutard-Labarde, M. Gauron, Mme Mader, M. Gauron, Mme Perrot, M. Piot, M. Ripotot, membres.

## **Décision du 26 novembre 2001 portant affectation d'un membre du Conseil de la concurrence**

Par décision de la présidente du Conseil de la concurrence en date du 26 novembre 2001, M. Gauron (André), membre du Conseil de la concurrence, est affectée à la section II et à la section IV de ce Conseil.