



# *Conseil de la Concurrence*

RAPPORT ANNUEL

2 0 0 2

La documentation Française



Par délibération en date du 1<sup>er</sup> avril 2003, le Conseil de la concurrence a adopté le présent rapport, établi en application des dispositions de l'article 25 du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002, 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

A tous égards, l'année 2002 aura été importante pour le Conseil de la concurrence.

C'est en premier lieu, l'année de son quinzième anniversaire. Le succès rencontré par le colloque qu'il a organisé à cette occasion, a manifesté, avec éclat, l'intérêt que cette «jeune» institution suscite tant en France qu'à l'étranger et a témoigné de la réussite de la réforme engagée par l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 qui a, tout à la fois, libéré les prix en France et créé le Conseil de la concurrence, autorité administrative indépendante, chargée de veiller au bon fonctionnement des marchés.

Quinze ans après, un long chemin a été parcouru. La loi sur les nouvelles régulations économiques et son décret d'application du 30 avril 2002 ont sensiblement modernisé le droit de la concurrence et développé les moyens d'action du Conseil, en introduisant notamment les procédures de transaction et de clémence. Dans le même temps, la réforme du statut administratif et budgétaire du Conseil a été menée à son terme. Elle lui a donné une pleine autonomie de gestion, laquelle non seulement correspond à son statut d'autorité administrative indépendante, mais encore lui donnera la réactivité nécessaire pour faire face aux nouveaux défis qu'il aura à affronter. Cette évolution a trouvé son prolongement naturel en ce qui concerne les relations sociales au sein du Conseil, puisque celui-ci s'est doté, au cours de l'année 2002, d'un comité technique paritaire, c'est-à-dire d'un véritable organe de dialogue social.

Ces efforts d'organisation et de modernisation paraissent avoir porté leurs fruits, puisque comme en 2001, le stock des affaires en instance a sensiblement baissé en 2002. Cette évolution, si elle se poursuit, peut laisser espérer un raccourcissement du délai de traitement des dossiers par le Conseil, et donc, un rapprochement du temps juridique et du temps économique. C'est, en tout cas, un encouragement à persévérer dans ces efforts.

Par ailleurs, 2002 a confirmé l'importance prise par les enjeux communautaires et internationaux de concurrence, avec deux événements notables auxquels le Conseil a été associé ou a participé : d'une part, l'adoption en décembre de la réforme du règlement 17 qui marque un nouveau

départ dans les relations entre les autorités nationales de concurrence et la Commission ; d'autre part, le lancement à Naples en septembre du Réseau international de la concurrence (ICN) chargé de promouvoir la convergence entre les droits nationaux et la coopération entre les autorités nationales afin d'améliorer l'efficacité de la mise en oeuvre du droit de la concurrence à l'échelle internationale.

Enfin, 2002 a apporté au Conseil son lot d'affaires particulièrement importantes ou intéressantes. Certaines fort classiques, portant sur des ententes de prix sur des marchés de produits de grande consommation ont mis en évidence, une fois de plus, la contribution au bien-être des consommateurs de la politique de la concurrence qui lutte contre les hausses artificielles de prix.

D'autres dossiers ont permis au Conseil d'aborder des problématiques nouvelles : le recours à l'argument de l'entreprise défaillante en matière de droit des concentrations, la mise en oeuvre, dans le secteur de l'eau, des dispositions de l'article L. 430-9 du code de commerce qui permettent au Conseil lorsqu'il constate l'exploitation abusive d'une position dominante de demander au ministre chargé de l'économie de modifier, compléter ou résilier les accords qui ont permis la concentration de la puissance économique, la définition de la notion «*d'orientation vers les coûts*» qui apparaît de plus en plus fréquemment dans la législation et la jurisprudence, ou encore les conséquences de la position prise par la Cour de cassation en matière de prescription. Conscient de la nouveauté et de l'intérêt de ces sujets, le Conseil leur consacre des développements approfondis.

Car, c'est bien là l'objet de ce rapport annuel : faire toujours mieux connaître et comprendre les missions du Conseil, son activité, et le sens de ses décisions.

# Rapport d'activité

<b>Titre I - Le Conseil de la concurrence</b> .....	13
<b>Chapitre I - Organisation et fonctionnement</b> .....	13
Actualité du collège .....	13
Ressources humaines .....	13
Réforme du statut administratif du Conseil .....	13
Organisation des services .....	14
Budget .....	15
<b>Chapitre II - Activité du Conseil en 2002</b> .....	15
Flux et stock d'affaires .....	16
Affaires nouvelles .....	16
Affaires terminées .....	17
État du stock des affaires en instance .....	18
Activité du collège .....	20
Analyse des saisines .....	20
Affaires traitées .....	22
Résultats par secteurs économiques .....	23
Décisions de sanctions pécuniaires .....	24
Délibérations du Conseil .....	26
<b>Chapitre III - Activités communautaire et internationale</b> .....	26
Activité européenne .....	28
Règlement (CE) n° 1/2003 .....	28
Réforme des concentrations .....	32
Règlement (CE) n° 1400/2002 .....	35

Activités multilatérales . . . . .	36
Coopération au sein des institutions internationales . . . . .	36
Évolution des principaux thèmes fédérateurs . . . . .	39
Renforcement des relations bilatérales . . . . .	41

<b>Titre II - Les recours contre les décisions du Conseil de la concurrence . . . . .</b>	<b>43</b>
---	-----------

<b>Chapitre I - Jurisprudence de la cour d'appel . . . . .</b>	<b>43</b>
--	-----------

<b>Sur la procédure . . . . .</b>	<b>43</b>
Sur la compétence du Conseil . . . . .	43
Sur l'établissement des procès-verbaux . . . . .	44
Sur les procédés utilisés lors de l'enquête . . . . .	45
Sur les opérations de visite et de saisie . . . . .	45
Sur la violation du principe d'instruction à charge et à décharge . . . . .	46
Sur la notification au « <i>ministre intéressé</i> » . . . . .	46
Sur les observations écrites du Conseil de la concurrence . . . . .	46
Sur les demandes de sursis à statuer pour complément d'information . . . . .	47
<b>Sur le fond . . . . .</b>	<b>47</b>
Décisions de confirmation . . . . .	47
Décisions d'annulation ou de réformation . . . . .	49
<b>Sur les sanctions . . . . .</b>	<b>50</b>
Sur la gravité des pratiques . . . . .	50
Sur le dommage à l'économie . . . . .	51
Sur le rôle du maître d'ouvrage dans la concertation . . . . .	51
Sur la prise en compte, des condamnations antérieures de la société absorbée . . . . .	51
<b>Sur les mesures conservatoires . . . . .</b>	<b>51</b>
Les conditions du prononcé d'une mesure conservatoire . . . . .	51
La commercialisation des packs ADSL . . . . .	52
L'affaire du GIE Sport libre . . . . .	52
Sur la nature des mesures conservatoires . . . . .	54
Sur l'application du droit communautaire . . . . .	55

<b>Chapitre II - Jurisprudence de la cour de cassation</b> . . .	56
<b>Arrêts relatifs à des mesures conservatoires</b> . . . . .	56
Arrêt du 12 février 2002 . . . . .	56
Arrêt du 24 septembre 2002 . . . . .	57
<b>Jurisprudence relative à la procédure</b> . . . . .	58
<b>Sur les conséquences de la décision</b> <b>du Tribunal des conflits du 18 octobre 1999</b> . . . . .	58
<b>Sur la prescription</b> . . . . .	59
<b>Sur le pouvoir d'évocation de la cour d'appel</b> . . . . .	59
<b>Sur la compétence du Conseil</b> . . . . .	59
<b>Jurisprudence relative au fond</b> . . . . .	60
Arrêt du 15 janvier 2002 . . . . .	60
Arrêt du 22 octobre 2002 . . . . .	60

# Rapport d'activité

## Le Conseil de la concurrence

### ■ Organisation et fonctionnement

#### Actualité du collège

Au cours de l'année écoulée, plusieurs changements sont intervenus dans la composition du Conseil de la concurrence : M<sup>me</sup> Agnès Mouillard et M. Pierre Bague, respectivement conseiller référendaire et conseiller à la Cour de cassation, ont quitté leur fonction et ont été remplacés par M<sup>me</sup> Françoise Aubert, conseillère à la Cour de cassation et doyenne de la chambre commerciale et M<sup>me</sup> Marie-Madeleine Renard-Payen, conseillère à la Cour de cassation. M<sup>me</sup> Marie-Chantal Boutard-Labarde, professeur à l'université de Paris X a été remplacée par M<sup>me</sup> Martine Behar-Touchais, professeur à l'université de Paris V. Enfin, M<sup>me</sup> Élisabeth Flury-Hérard, nommée au titre des personnalités qualifiées, est devenue membre du Conseil supérieur de l'audiovisuel et a été remplacée par M. Bruno Flichy, ancien président du Crédit du Nord.

#### Ressources humaines

##### Réforme du statut administratif du Conseil

L'année 2001 avait vu la mise en place de la seconde étape visant à consolider l'autonomie de gestion dont dispose le Conseil. 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 étaient en activité au Conseil). La loi de finances pour 2002 a achevé le processus d'inscription complète des emplois du Conseil sur son chapitre



budgétaire propre : le nombre d'emplois inscrit au chapitre 37-05 est passé en deux ans de 42 à 121, progression qui traduit la simple régularisation des emplois effectivement attribués à l'institution, sans création nette de poste.

Le budget 2003 a permis de réaliser une dernière clarification : la totalité des postes de rapporteurs ont été inscrits, dans les documents budgétaires, sous l'intitulé unique d'emplois contractuels. Cette modification conduit, désormais, à recruter et employer tous les rapporteurs, qu'ils soient fonctionnaires, ou non-titulaires issus du secteur privé, sous un statut unique de contractuels permanents de l'État.

Cette situation permet de mettre en conformité les règles de gestion de ces agents avec les dispositions de l'article 3 de la loi du 11 janvier 1984 et du décret du 14 juin 1984 qui prévoient que les rapporteurs et rapporteurs généraux du Conseil de la concurrence sont des contractuels à durée indéterminée.

Seuls échappent à cette règle, les quelques agents mis à disposition du Conseil par l'administration centrale du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie (Minéfi).

L'achèvement de la mise en place de l'autonomie administrative a été l'occasion pour le Conseil de signer une convention de gestion avec la direction du personnel et de la modernisation de l'administration (DPMA) du Minéfi. Cette démarche, qui consiste à décrire précisément dans une convention les différents rôles qui, dans la gestion des personnels, incombent au Conseil et à la DPMA, est assez originale puisque le Conseil de la concurrence est la première autorité administrative indépendante à s'y engager et doit permettre d'optimiser les ressources dont il dispose.

## Organisation des services

Trois nominations sont intervenues en 2002 dans l'organigramme de direction des services. M. Patrick Hubert, rapporteur général depuis 1999 a quitté ses fonctions en mai 2002 et a été remplacé en août 2002 par M. Thierry Dahan, conseiller référendaire à la Cour des comptes.

M<sup>me</sup> Michèle Litvak, secrétaire générale, a été remplacée en juillet 2002 par M<sup>me</sup> Marie-Hélène Mathonnière, précédemment chef du service de communication et de formation, laquelle a été remplacée à ce poste par M<sup>me</sup> Virginie Guin.

Indépendamment de ces nominations individuelles, le Conseil a traduit l'ensemble des réorganisations intervenues depuis deux ans dans un nouvel organigramme qui distingue le collège, les services d'instruction et les services d'appui (administration, communication, international). Conformément aux dispositions de l'article 26 du décret du 30 avril 2002, la Présidente a officialisé, par une décision du 30 décembre 2002, cette nouvelle organisation.

Enfin, le Conseil de la concurrence s'est doté, en 2002, d'un véritable organe de dialogue social. Un décret du 7 décembre 2001 a institué un comité technique paritaire propre au Conseil de la concurrence. Des élections se

sont tenues au mois de juin 2002 et le CTP a pu se réunir à deux reprises, en octobre et décembre 2002, notamment pour examiner les réformes d'organisation de l'institution.

## Budget

Les crédits de fonctionnement du Conseil sont passés de 2,5 M€ en 2001 à 2,9 M€ en 2002, soit une augmentation de 15 %. Cette augmentation exceptionnelle a été accordée pour assurer le financement du colloque international qui s'est déroulé le 13 février 2002. Il s'agissait de la première opération de cette envergure depuis la création du Conseil en 1986. Ce colloque, qui avait pour thème «*l'efficacité de la politique de la concurrence*», a réuni à Paris une centaine de délégations étrangères, ainsi que l'essentiel des organismes et des professionnels qui, en France, s'intéressent au droit de la concurrence. Les travaux du colloque ont été publiés dans la revue *La Gazette du Palais* (n°26-28 et 29-30). Il convient de souligner que la loi de finances rectificative pour 2002 a amputé le budget du Conseil de 0,25 M€ dans le cadre des mesures générales de régulation.

Les crédits de personnel se sont élevés à 5,7 M€ en 2002, soit un doublement par rapport à 2001. Cette très forte progression n'a pas grande signification, puisqu'elle ne fait que traduire la mise en place de l'autonomie de gestion budgétaire, qui conduit à transférer au Conseil des crédits auparavant gérés par la direction du personnel du Minéfi.

Au total, le budget global du Conseil s'élève à 8,6 M€. A titre d'information, on peut mettre ce chiffre en regard du montant des sanctions pécuniaires prononcées par le Conseil qui s'élève en moyenne à 60 M€ par an pour les cinq dernières années, le taux de recouvrement de ces sanctions étant supérieur à 90 %.

## ■ Activité du Conseil en 2002

La présentation des statistiques d'activité du Conseil a été modifiée par rapport à l'année dernière, afin de distinguer plus clairement les indicateurs de flux et de stock de l'institution et les indicateurs d'activité du collège.

En effet, bien qu'ils soient étroitement liés, puisque l'activité du collège détermine largement le flux de traitement des dossiers, ces deux modes de comptage ne se recouvrent pas :

- toutes les affaires ne sont pas terminées par une décision du collège, certaines étant classées par la présidente lorsqu'elle prend acte d'un désistement ;
- certaines délibérations du Conseil ne conduisent pas à terminer une affaire, c'est le cas des sursis à statuer. C'est aussi le cas, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001, dite loi NRE, des décisions ouvrant une procédure de clémence, en application de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

- certaines décisions du Conseil terminent plusieurs affaires, c'est le cas lorsque le collège rejette, dans une même décision, une saisine au fond et la demande de mesures conservatoires qui l'accompagne ; c'est aussi le cas lorsque le Conseil examine des affaires jointes : une même décision peut ainsi clore entre deux et une demi-douzaine de saisines, voire plus.

Il est, dès lors, nécessaire de tenir une comptabilité précise des affaires terminées, indépendamment de la comptabilité des délibérations du collège.

Cette séparation doit permettre de vérifier chaque année, pour les saisines, la relation :

affaires nouvelles – affaires terminées = variation du stock

## Flux et stock d'affaires

### Affaires nouvelles

En 2002, le Conseil a enregistré 108 affaires nouvelles, dont 82 saisines contentieuses et 26 demandes d'avis. Ce chiffre marque une baisse sensible, par rapport aux années précédentes, comme on peut le voir dans le tableau suivant qui retrace l'évolution du nombre des saisines contentieuses et demandes d'avis depuis 1993.

**Tableau 1 : Saisines nouvelles**

	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
<b>Saisines contentieuses</b>	103	114	130	115	93	135	109	109	102	82
<b>Demandes d'avis</b>	23	27	19	27	27	29	27	35	25	26
<b>Total</b>	126	141	149	142	120	164	136	144	127	108

Comme en 2001, on observe surtout une forte diminution des saisines contentieuses, qui se situent à un niveau historiquement bas, puisqu'il faut remonter aux premières années de fonctionnement du Conseil (1987-1990) pour retrouver des chiffres comparables. En revanche, les demandes d'avis restent dans la moyenne des dix dernières années.

Une analyse de longue période montre que le niveau très élevé des saisines contentieuses entre 1994 et 1999 (en moyenne 123 par an sur une période de 6 ans) résulte pour partie de l'inflation des saisines ministérielles et a constitué un phénomène transitoire qui explique très largement l'état actuel du stock des affaires en instance. Entre 1987 et 1993, la moyenne était de 105 par an, et sur les trois années 2000-2002, la moyenne annuelle est revenue à 97.

## Affaires terminées

En 2002, 154 dossiers ont été terminés, soit un nombre assez proche de celui de 2001 et sensiblement plus élevé que celui connu entre 1998 et 2000.

**Tableau 2 : Affaires terminées**

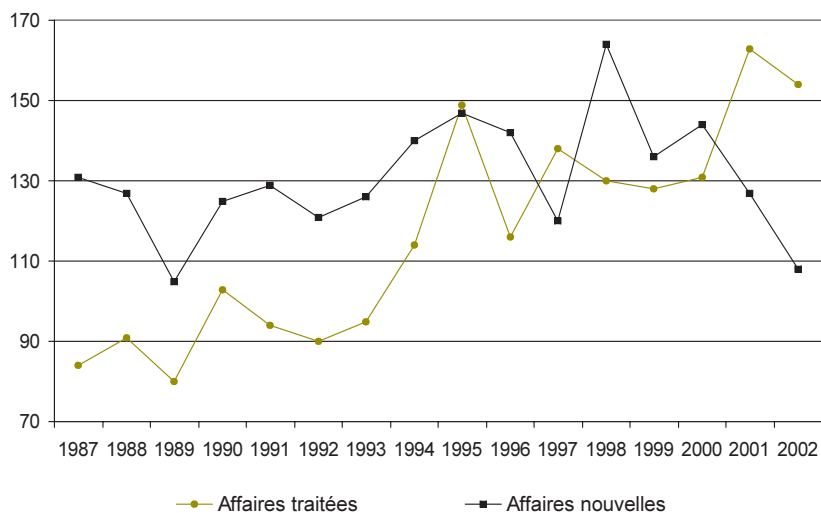
	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
<b>Saisines contentieuses</b>	76	83	130	98	111	108	106	96	138	130
<b>Demandes d'avis</b>	19	31	19	18	27	22	22	35	25	24
<b>Total</b>	95	114	149	116	138	130	128	131	163	154

Le nombre important d'affaires terminées en 2002, bien qu'inférieur à celui, il est vrai exceptionnel de 2001, est sensiblement au-dessus de la moyenne des dix dernières années, qui se situe autour de 133.

Il est d'autant plus notable, qu'il a été obtenu essentiellement grâce à un nombre important de décisions sur les affaires contentieuses, alors que le nombre d'avis rendus se situe plutôt dans la moyenne observée depuis 10 ans.

Sur longue période, comme le montre le graphique ci-après, on observe les progrès de productivité du Conseil depuis 10 ans : le nombre d'affaires traitées, inférieur à 100 jusqu'au début des années 90, s'est stabilisé autour de 130 jusqu'en 2000, puis est devenu supérieur à 150 ces deux dernières années. Cette évolution traduit aussi l'augmentation des moyens, qui ont été obtenus progressivement pendant ces périodes.

Cet effort permet au Conseil de bénéficier à plein du retournement de tendance sur l'inflation des saisines après les niveaux très élevés connus à partir de 1994.



### État du stock des affaires en instance

Comme en 2001, le nombre d'affaires terminées a donc été sensiblement plus élevé que celui des affaires nouvelles, ce qui a entraîné une nouvelle baisse du stock.

**Tableau 3 : Évolution du stock**

	Nombre d'affaires en cours au 31/12/2001	2002		Nombre d'affaires en cours au 31/12/2002
		Affaires nouvelles	Affaires closes	
Saisines au fond	348	58	102	304
Mesures conservatoires	8	24	27	5
Respect d'injonction	4	0	1	3
Avis	21	26	24	23
<b>Total</b>	<b>381</b>	<b>108</b>	<b>154</b>	<b>335</b>

La base de calcul de cet indicateur de stock correspond à l'année 1993, dernière année où l'état du stock au 31 décembre a pu être vérifié par comptage manuel (tableau 4).

**Tableau 4**

	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
<b>Stock au 1er janvier</b>	249	280	307	307	333	315	377	404	417	381
<b>Affaires nouvelles</b>	126	141	149	142	120	192	155	144	127	108
<b>Affaires terminées</b>	95	114	149	116	138	130	128	131	163	154
<b>Variation du stock</b>	+ 31	+ 27	0	+ 26	- 18	+ 62	+ 27	+ 13	- 36	- 46
<b>Stock au 31 décembre</b>	280	307	307	333	315	377	404	417	381	335

Cette reconstitution, encore incomplète, d'une série longue pour cet indicateur de stock, permet de mettre en évidence une inflexion très nette de la situation depuis l'année 2000.

Alors que le Conseil avait connu, à la fin des années 1990, une situation très défavorable avec un nombre de saisines qui excédait largement ses capacités de traitement des dossiers, ce qui avait entraîné une augmentation de + 33 % du stock des affaires en instance entre fin 1997 et fin 2000, les deux derniers exercices, 2001 et 2002, ont été marqués par une décreue du stock.

La situation est toutefois très contrastée suivant le type de dossier. Pour les saisines au fond, le stock représente environ trois ans d'activité, alors que pour les demandes d'avis, le stock ne représente qu'une année d'activité.

Les mesures conservatoires constituent une catégorie à part, puisque le Conseil respecte un délai moyen de traitement de deux mois, si bien qu'il n'y a pas vraiment de stock mais un simple décalage entre flux d'entrée et

flux de sortie arrêté au 31 décembre. Ce décalage est de quelques unités et n'évolue quasiment pas d'une année à l'autre.

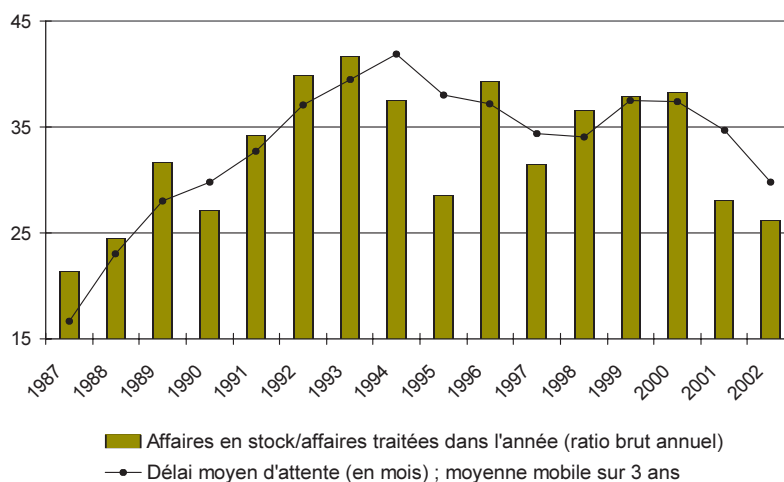
### Indicateur d'évolution du stock

Un moyen classique de mesurer l'encombrement d'une juridiction ou d'une autorité administrative indépendante est de calculer le ratio «*affaires en stock/affaires traitées dans l'année*» qui donne un délai théorique d'écoulement du stock ou délai théorique d'attente pour les nouveaux dossiers. Il s'agit d'un indicateur «*prospectif*» et non d'un indicateur de délai réellement constaté pour les affaires passées. Lorsqu'il se dégrade, il est un signal d'alerte pour une dégradation future des délais. Lorsqu'il s'améliore, il peut annoncer un raccourcissement du délai de traitement des dossiers.

Cet indicateur brut est toutefois très sensible aux variations annuelles d'activité et peut amplifier artificiellement des tendances passagères. Pour donner une indication plus fiable sur l'évolution du délai d'attente attendu, on peut lisser les écarts annuels par un calcul de type «*moyenne mobile*», dans lequel la productivité du Conseil (nombre d'affaires terminées dans l'année) est prise en moyenne mobile sur 3 ans.

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

On note que l'évolution est favorable depuis 2000, même si le délai moyen d'attente de 30 mois reste élevé. Ce délai prévisionnel retrouve néanmoins le niveau de 1990, effaçant enfin la période de grave dégradation du stock connue au début des années 90.



La diminution du stock qui est constatée depuis deux ans ne doit pas cacher la situation préoccupante des dossiers contentieux de fond. Certes, les sorties, dans cette catégorie, ont été nettement supérieures aux entrées

(102 contre 56), mais elles bénéficient de la clôture d'un certain nombre d'affaires regroupant des saisines multiples et de plusieurs décisions de non-lieu sur des affaires prescrites.

Le bon résultat des deux derniers exercices est donc fragile et doit être consolidé par la poursuite résolue du déstockage dans les prochaines années.

Inversement, ce délai d'attente global ne rend pas compte des délais réels respectés par le Conseil pour les demandes de mesures conservatoires qui sont, en général, examinées dans un délai de deux mois.

Le Conseil prépare la publication d'autres indicateurs de résultats, qui donneront un tableau plus précis des évolutions pluriannuelles des durées de traitement des dossiers, pour chaque catégorie de saisine.

## Activité du collège

L'ensemble des statistiques de cette seconde partie porte sur l'analyse qualitative des saisines et des décisions du collège. S'agissant de l'activité proprement dite, la base de référence est constituée par les décisions elles-mêmes, sans considération du nombre de saisines terminées à l'occasion du prononcé de ces décisions.

20

### Analyse des saisines

#### *Nature des saisines contentieuses*

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

**Tableau 5 : Origine des saisines**

	1998	1999	2000	2001	2002
<b>Ministre chargé de l'économie</b>	30	24	20	16	11
<b>Entreprises</b>	61	44	43	41	34
<b>Organisations professionnelles</b>	11	11	11	3	4
<b>Associations de consommateurs</b>	1	1	3	5	4
<b>Collectivités territoriales</b>	1	1	4	2	0
<b>Autres (y compris saisines de particuliers, irrecevables)</b>	2	2	7	8	0
<b>Saisines d'office</b>	3	7	5	6	5
<b>Respect d'injonction</b>	0	0	0	4	0
<b>Total</b>	109	90	93	85	58

Le nombre de saisines contentieuses, qui s'était érodé sur la période 1999 et 2001, connaît une forte chute en 2002, qu'il faut toutefois nuancer au regard de la disparition des saisines de particuliers (- 8) qui ne constituaient pas une part normale de l'activité du Conseil, puisqu'elles aboutissaient, par nature, à des décisions d'irrecevabilité, le saisissant n'ayant pas qualité pour agir.

Hors cette correction, qui constitue plutôt une amélioration, on constate que le nombre des saisines ministérielles baisse de nouveau très sensiblement en 2002, alors que les saisines des entreprises continuent de s'éroder. Ainsi, alors que l'on comptait, au milieu des années 1990, deux saisines d'entreprises pour une saisine ministérielle, la proportion a été, en 2002, de trois saisines d'entreprises pour une saisine ministérielle.

### *Demandes de mesures conservatoires*

**Tableau 6**

	1998	1999	2000	2001	2002
<b>Demandes de mesures conservatoires</b>	28	21	23	17	24

Ces demandes sont relativement stables sur longue période et ont été, en 2002, présentées principalement par des entreprises.

### *Demandes d'avis*

26 demandes d'avis ont été adressées au Conseil :

- six sur le fondement de l'article L. 462-2 du code de commerce, qui prévoit que le Conseil est obligatoirement consulté sur les projets de textes restreignant la concurrence.
- quinze sur le fondement des dispositions de l'article L. 462-1 du code de 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, trois émanaient du ministre chargé de l'économie.
- trois sur le fondement de l'article L. 430-5 du code de 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.
- deux demandes ont été adressées au Conseil par des personnes ou organismes n'ayant pas qualité pour le faire et ont été jugées irrecevables.



## Affaires traitées

### Catégories de décisions

Le nombre total de décisions rendues en 2002 s'est élevé à 107.

Le tableau suivant retrace l'évolution du nombre des décisions contentieuses depuis 1998, avec leur répartition par catégories :

**Tableau 7**

	1998	1999	2000	2001	2002
<b>Affaires instruites au fond :</b>	60	49	53	56	47
- décisions de sanctions (pécuniaires et autres)	34	27	36	30	13
- décisions prononçant un non-lieu	26	22	17	26	34
<b>Mesures conservatoires</b>	17	12	18	8	9
<b>Décisions d'irrecevabilité et de rejet</b>	7	25	19	23	28
<b>Décisions de classement/désistement</b>	21	17	15	20	10
<b>Sursis à statuer</b>	3	6	7	10	6
<b>Autres</b>					7
<b>Total</b>	108	109	112	117	107

Globalement, sur une période de cinq ans, le nombre de décisions est en légère baisse, mais reste supérieur à la centaine. La baisse de 2002 par rapport à 2001 s'explique principalement par une forte diminution des décisions de classement prenant acte des désistements des plaignants, sur lesquels le Conseil n'a pas de prise.

Elle provient également d'une baisse du nombre des décisions de fond, notamment des décisions de sanction. On note toutefois que la baisse du nombre des sanctions pécuniaires infligées n'a pas eu d'influence sur leur montant global, qui est en augmentation de + 25 % par rapport à 2001 (cf. *infra*).

En sens contraire, on remarque un nouvel accroissement des décisions de rejet et d'irrecevabilité. Cette évolution est probablement la conséquence d'une politique de détection précoce et de traitement plus systématique de ce type de dossiers par les services d'instruction depuis 1999. Il n'est pas certain que ce phénomène se prolonge, dès lors que les saisines de particuliers, source importante de décisions d'irrecevabilité, se tarissent.

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 7). En 2002, dix 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 2002, des mesures conservatoires ont été accordées à trois reprises, six autres ont été rejetées.

### Avis

Le Conseil a rendu quinze avis en 2002 qui se répartissent de la manière suivante : quatre portent sur des questions de concentration (article L. 430-5), quatre sur des questions générales de concurrence (L. 462-1), quatre ont trait à des projets de textes législatifs ou réglementaires (L. 462-2 et L.410-2). Deux avis ont été rendus à la demande de l'Autorité de régulation des télécommunications et un à la demande de la Commission de Régulation de l'Électricité. Toutes les demandes d'avis ne conduisent pas le Conseil à rendre un avis et celui-ci a rendu, comme les années précédentes, plusieurs décisions prononçant l'irrecevabilité de demandes d'avis au motif que les personnes ou organismes saisissants n'avaient pas qualité pour saisir le Conseil.

### Résultats par secteurs économiques

Comme l'année précédente, 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 un ordre décroissant. Seuls les secteurs dans lesquels le Conseil est intervenu au moins trois fois ont été retenus.

**Tableau 8**

Secteurs économiques	Nombre de décisions et avis
Postes et télécommunications	14
Construction	11
Transports terrestres	8
Commerce de gros et intermédiaires de commerce	7
Activités récréatives, culturelles et sportives	6
Production et distribution d'électricité, de gaz et de chaleur	5
Services fournis principalement aux entreprises	5
Commerce de détail et réparation d'articles domestiques	5
Santé et action sociale	4
Édition, imprimerie, reproduction	3
Industrie chimique	3
Captage, traitement et distribution d'eau	3

### Décisions de sanctions pécuniaires

#### Montant des sanctions

Le Conseil prononce deux catégories de sanctions : les sanctions pécuniaires et les injonctions/publications des décisions. En 2002, douze décisions ont donné lieu à des sanctions pécuniaires, pour un montant total de 64 838 757 €.

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

**Tableau 9**

	1998	1999	2000	2001	2002
Nombre de décisions prononçant des sanctions pécuniaires	32	13	28	30	12
Nombre d'entreprises ou groupes d'entreprises sanctionnés	76	58	67	116	103
Montant des sanctions	13,73 M€	9,26 M€	14,64 M€ <sup>1</sup> 189 M€ <sup>2</sup>	51,15 M€	64,32 M€
Nombre d'organisations professionnelles sanctionnées	14	8	4	3	8
Montant des sanctions	0,48 M€	0,1 M€	0,06 M€	0,03 M€	0,5 M€
Montant total des sanctions	14,2 M€	9,36 M€	189,1 M€	51,2 M€	64,8 M€

<sup>1</sup> Sans compter le montant des sanctions prononcées par la décision 00-D-28 relative à la situation de la concurrence dans le secteur du crédit immobilier.

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

L'année 2002 se caractérise par une concentration des décisions de sanctions, puisqu'un nombre faible de décisions, 12 seulement, a conduit à sanctionner 103 entreprises et 8 organisations professionnelles, soit un nombre équivalent à celui de 2001, obtenu avec trois fois plus de décisions.

Le montant global des sanctions pécuniaires est également en augmentation de 25 % par rapport à 2001 et atteint un niveau historiquement élevé si l'on fait abstraction de l'affaires des banques en 2000.

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). Ces appréciations devront être nuancées, dans un commentaire futur, au vu des arrêts que rendra la cour d'appel sur les décisions dont elle a été saisie.

**Tableau 10**

	1998	1999	2000	2001	2002
<b>Taux moyen (en M€)</b>	0,18	0,16	0,22 (hors banque) 2,82 (avec banque)	0,44	0,62

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).

### *Pratiques sanctionnées*

Le tableau suivant présente les pratiques sanctionnées par le Conseil en 2002, en fonction d'une typologie communément admise pour les ententes : soumissions concertées, obstacles à l'accès au marché, répartition de marché, ententes de prix. À la différence des ententes, le nombre de dossiers d'abus de position dominante (deux) ne permet pas de procéder à une ventilation.

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

**Tableau 11**

Catégories	Nombre de pratiques
<b>Abus de position dominante</b>	2
<b>Ententes</b>	21
- soumissions concertées	3
- obstacle à l'accès au marché	3
- répartition de marché	3
- ententes de prix	12
- restrictions verticales	0

## Délibérations du Conseil

L'activité globale du Conseil est restée de l'ordre de la centaine de séances en 2002, soit un chiffre très satisfaisant sur longue période qui confirme le haut niveau d'activité de 2000 et 2001. Le tableau suivant retrace le nombre des séances tenues par le Conseil dans ses différentes formations depuis les cinq dernières années.

**Tableau 12**

	1998	1999	2000	2001	2002
<b>Séances</b>	89	83	109	106	100

En 2002, la répartition des séances entre les différentes formations s'est faite de la façon suivante : soixante réunions en sections et quarante en commission permanente.

## ■ Activités communautaire et internationale

26

Tant au plan de l'Union européenne qu'au plan international, une réalité s'impose : de nouvelles modalités de travail s'imposent aux autorités nationales de la concurrence pour faire face aux défis posés par l'internationalisation des marchés nationaux.

Cette internationalisation résulte de plusieurs facteurs. Dans l'Union européenne, le programme d'unification du marché, mis en œuvre dans le courant des années 1990, a contribué à développer les échanges commerciaux entre les pays membres. Même si l'on ne peut parler de marché unique dans tous les secteurs d'activité, la marche vers l'intégration des économies des pays membres de l'Union européenne est spectaculaire. Au plan international, plusieurs facteurs ont, dans les années récentes, contribué à une plus grande intégration des économies nationales. Les cycles successifs de négociations commerciales au plan multilatéral (d'abord dans le cadre du GATT puis dans celui de l'OMC), le vaste mouvement de dérégulation des économies nationales, l'ouverture à la concurrence de secteurs comme les télécommunications, l'énergie, le transport et, enfin la convergence des technologies dans le domaine de la société de l'information ont contribué à rendre plus poreuses les frontières nationales.

L'élargissement géographique des marchés pertinents pose problème pour les autorités de concurrence dont les pouvoirs restent géographiquement limités et qui ont, par voie de conséquence, des difficultés pour traiter des pratiques ou transactions transnationales. Dans les années récentes, un très grand nombre d'initiatives ont visé à trouver des solutions à ce problème.

Au plan européen, l'existence d'un droit supranational se superposant aux droits nationaux des membres de l'Union mis en œuvre par la Commission, lui permet d'exercer un contrôle sur les pratiques et les transactions anti-

concurrentielles transnationales. La solution supranationale n'est cependant pas facilement généralisable au reste du monde car elle suppose une intégration des économies très profonde. Une telle intégration, si elle est possible entre des pays dont les tailles et les puissances économiques sont relativement comparables, serait très difficile à réaliser entre des pays ayant des stades de développement très différents les uns des autres.

Renforcer l'efficacité globale du droit communautaire de la concurrence, tout en permettant à la Commission de concentrer ses moyens sur les seules affaires d'une importance particulière, sont les préoccupations qui sont au cœur du débat qui s'est ouvert sur la modernisation du droit communautaire de la concurrence avec la réforme du règlement 17. Mais la décentralisation de l'application du droit communautaire, souhaitable à bien des égards, suppose la mise en œuvre de moyens de coopération entre les autorités nationales, d'une part, et de moyens de coopération entre ces autorités et la Commission, d'autre part. Cette coopération doit être organisée dans le cadre d'un réseau dont les principes de fonctionnement seront définis dans le courant de 2003.

Au plan international, la solution supranationale ne peut être envisagée, mais la convergence entre les droits nationaux est utile pour assurer la cohérence des décisions d'un pays à l'autre. Une partie très importante de l'activité internationale de ces dernières années et de l'année 2002 a eu pour objet de favoriser la convergence des droits nationaux.

La réflexion des autorités de Bruxelles sur la révision du règlement communautaire concernant le contrôle de la concentration et la mise en œuvre de ce contrôle est clairement influencée par les controverses auxquelles certaines affaires transnationales ont donné lieu dans les années récentes et qui ont opposé la Commission aux autorités américaines de concurrence, ainsi que par le souci de rendre le droit européen plus pertinent. A cet égard, au-delà des textes, la création d'un groupe de travail entre la Commission et les autorités antitrust des États-Unis est à l'évidence de nature à favoriser la convergence des analyses entre les autorités américaines et européennes.

Mais le souci de convergence des droits nationaux s'exprime également dans d'autres enceintes. Pour une large part, c'est l'une des activités importantes du Comité de la concurrence de l'OCDE. De nombreuses recommandations aux autorités de la concurrence, mais également des rapports ou des compte-rendus de table-rondes sur des sujets précis de droit de la concurrence sont les moyens par lesquels cette institution essaie de définir des bonnes pratiques dans le domaine de la conception et de la mise en œuvre du droit de la concurrence. L'exemple le plus frappant, dans les années récentes, d'une telle convergence facilitée par les débats de l'OCDE a été l'adoption, par nombre de pays européens, de mesures de «*clémence*», pour les auteurs de pratiques collectives anticoncurrentielles qui dénoncent leurs propres pratiques et s'engagent à y renoncer. De telles mesures ont été initialement adoptées aux États-Unis et, leur efficacité étant démontrée, promptement adoptées dans d'autres pays.

C'est aussi la promotion de la convergence entre les droits nationaux, principalement dans le domaine du contrôle de la concentration, que vise

l'International Competition Network (ICN), nouvellement créé, en émettant des principes et des recommandations qui, s'ils n'engagent pas les États souverains, reflètent le consensus des praticiens que sont les autorités de concurrence.

Enfin, la CNUCED joue également un rôle particulièrement important, depuis de très nombreuses années, dans le dialogue Nord-Sud pour faire en sorte que la prolifération des droits nationaux de la concurrence se fasse, sinon de façon coordonnée, du moins avec le plus haut degré possible de cohérence, tout en préservant la diversité des situations nationales. A cet égard, l'ensemble de principes et de règles préconisés par les Nations Unies pour la répression des pratiques anticoncurrentielles (élaboré au sein de la CNUCED en 1980) a véritablement été le premier instrument de convergence des droits de la concurrence au plan mondial. Depuis le début de 2002, la CNUCED est en train d'actualiser ces règles.

Même si tous les pays avaient des droits identiques (ce qui n'est pas le cas et ne le sera pas dans un avenir proche, car la convergence des droits entre pays très différents les uns des autres juridiquement, économiquement et socialement, ne peut être totale), il serait nécessaire que les autorités de concurrence s'entraident pour pouvoir, dans les faits, appliquer leur droit national aux pratiques ou transactions transnationales. Ainsi des protocoles de coopération entre autorités nationales sont-ils élaborés au niveau bilatéral, mais aussi au plan régional (par exemple entre les pays du CARICOM dans les Caraïbes, entre les pays andins, entre les pays du MERCOSUR ou ceux de COMESA en Afrique). Une réflexion approfondie est engagée depuis plusieurs années au sein de l'Organisation mondiale du commerce pour savoir si un cadre de coopération multilatéral, complémentaire des accords bilatéraux ou régionaux, devrait être négocié au sein du cycle de négociation de Doha. Pendant l'année 2002, cette réflexion a surtout porté sur les éléments qui pourraient faire partie d'un tel accord. Les ministres du commerce des pays membres de l'OMC doivent décider, lors de la conférence ministérielle de Cancun en septembre 2003, s'il y a lieu d'ouvrir des négociations sur ce sujet.

L'activité européenne et internationale pour 2002 a donc été particulièrement riche.

## Activité européenne

### Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité de Rome

Par l'adoption de ce règlement, applicable au 1<sup>er</sup> mai 2004, qui se substitue à l'ancien règlement 17/62, la Commission a engagé une opération de modernisation du droit de la concurrence en Europe.

## Grands principes

### ● Passage d'un régime d'autorisation à un régime d'exception légale et décentralisation de l'application du droit communautaire

Le règlement fait passer les accords entre entreprises d'un régime d'autorisation préalable (dont la logique veut que les accords soient nuls tant qu'ils n'ont pas été autorisés) à un régime d'exception légale (qui veut que les accords remplissant les conditions légales sont présumés valides dès le début ; le contrôle ne s'exerce qu'*a posteriori* lorsqu'une exception d'illégalité est soulevée par une partie contre cet accord ; c'est le système en vigueur en France pour l'application du droit national des ententes). En vertu de l'article 3 du nouveau règlement, les accords qui ne sont pas contraires à l'article 81§1 ou qui remplissent les conditions mentionnées à l'article 81§3, sont automatiquement réputés licites, et les accords qui sont contraires à l'article 81§1 ou ne remplissent pas les conditions de l'article 81§3 sont réputés illicites.

Cette réforme implique la suppression du système de notification, préalable et obligatoire, et d'autorisation prévu par le règlement 17 et renforce la responsabilité des autorités nationales de concurrence et des juridictions nationales en ce qui concerne l'application des articles 81 et 82. Désormais, non seulement l'article 81§1 et l'article 82 sont d'application directe, mais aussi l'article 81§3. Les autorités nationales de concurrence et les juridictions pourront désormais appliquer les dispositions du paragraphe 3 de l'article 81, aux termes desquelles les ententes qui contribuent au progrès économique peuvent être exemptées, alors que la Commission était jusqu'à la seule habilitée à appliquer cette disposition (compétence exclusive aussi appelée «*monopole de l'exemption*»).

Les entreprises devront elles-mêmes apprécier si leurs accords sont ou non anticoncurrentiels. Elle ne pourront plus se prévaloir d'une autorisation, créatrice de droits. La Commission garde cependant le pouvoir d'adopter d'office des décisions déclaratoires constatant que les prohibitions des articles 81 ou 82 ne s'appliquent pas «*lorsque l'intérêt public communautaire l'exige*», afin d'assurer une application uniforme de la loi au regard de nouveaux types d'accords non encore évalués par la jurisprudence (article 10, considérant 13). Mais les entreprises ne peuvent demander ces décisions déclaratoires, qui ne sont, de toute façon, pas créatrices de droits.

### ● Compétence parallèle des autorités nationales de concurrence et de la Commission pour appliquer le droit communautaire de l'antitrust

Dans ce système de compétence parallèle, les plaignants auront le choix entre plusieurs guichets pour faire appliquer le droit de la concurrence communautaire : la Commission et les autorités nationales. Une communication devrait être rédigée à leur intention pour qu'ils sachent, en cas de pratiques affectant la concurrence dans d'autres États-membres, à quelles autorités de concurrence s'adresser pour que leur plainte soit traitée au mieux.

Les autorités nationales doivent appliquer cumulativement leur droit national et le droit communautaire à des pratiques relevant des articles 81 et 82 du traité (article 3.1), sous certaines réserves, tenant à la primauté du droit



communautaire (article 3.2) : l'application simultanée du droit national et du droit communautaire doit donner des solutions homogènes et concordantes. L'autorité nationale de compétence ne pourra rendre, sur la base de son droit national, une décision contraire à la solution retenue en droit communautaire, sauf la possibilité d'être plus sévère que le droit communautaire en matière de comportements unilatéraux (abus, pratiques restrictives).

### **Fonctionnement du réseau**

#### **● Réseau des autorités de concurrence**

L'article 11 du nouveau règlement dispose que la Commission et les autorités des États-membres appliquent les règles de concurrence en étroite collaboration. Pour assurer la bonne cohérence du nouveau dispositif, les autorités nationales constituent un réseau avec la Commission, dont les modalités de fonctionnement seront déterminées en accord avec les États-membres, selon le considérant 14. Ce réseau a été baptisé «*European Competition Network*» (ou «*ECN*»).

Beaucoup de points laissés en suspens par le règlement vont être réglés par des communications adoptées en concertation avec les autorités de concurrence, puis soumises à consultation des États-membres en comités consultatifs. La première communication, dont l'examen a commencé en 2002, porte sur la coopération au sein du réseau. Elle constitue le premier texte du «*paquet modernisation*» qui doit accompagner la mise en œuvre du nouveau règlement 1/2003 et qui comprend sept projets, dont un règlement d'application du règlement 1/2003 et cinq autres communications portant sur la coopération avec les juridictions, l'application des critères d'exemption de l'article 81§3, la notion d'affectation des échanges intracommunautaires, les avis aux entreprises et le traitement des plaintes.

Les différents points, qui devront être réglés pour l'application du règlement 1/2003, concernent essentiellement l'attribution des cas, la cohérence dans l'application des règles de concurrence et le fonctionnement du comité consultatif.

#### **● Information réciproque sur l'ouverture des procédures communautaires**

Les autorités nationales de concurrence et la Commission doivent s'informer réciproquement sur le réseau, de l'ouverture des procédures sur le fondement des articles 81 et 82 du traité, ainsi que du traitement réservé aux cas concernés. Les règles concernant l'information mutuelle de la Commission et des autorités nationales de concurrence sont les seules obligations de fonctionnement du réseau, les autres règles reposant sur la bonne volonté des autorités nationales.

#### **● Allocation des cas**

La même pratique peut être pendante devant plusieurs autorités de concurrence, que celles-ci se soient saisies d'office, aient été saisies par des

plaignants différents ou les mêmes plaignants. Le règlement semble attribuer une compétence universelle à toutes les autorités nationales et à la Commission, pour appliquer le droit communautaire *antitrust*. La communication en cours de discussion vise à établir des critères pour déterminer l'autorité de concurrence «*la mieux placée pour traiter l'affaire*», la volonté de la Commission étant de privilégier le guichet unique, mais en tenant compte de l'efficacité des poursuites menées par chaque autorité nationale, l'antériorité de la saisine étant un élément naturellement pris en compte.

#### ● **Pouvoirs d'évocation de la Commission**

En vertu de l'alinéa 6 de l'article 11 du règlement, l'ouverture par la Commission d'une procédure en vue de l'adoption d'une décision, prive les autorités de concurrence de leur compétence pour appliquer les articles 81 et 82.

Conformément à l'article 35 du règlement, cet alinéa ne s'applique qu'aux autorités de concurrence (désignées par l'État) qui prennent les décisions de l'article 5 du règlement, à savoir des décisions d'injonction, de mesures provisoires, de transaction et de sanctions.

#### ● **Conséquences des règlements de compétence**

Lorsque plusieurs autorités de concurrence sont saisies d'une même affaire (sur plainte ou sur saisine d'office), «*le fait qu'une autorité traite l'affaire constitue pour les autres un motif suffisant pour suspendre leur procédure ou rejeter la plainte*» (article 13§1). La Commission peut faire de même si elle est saisie parallèlement. Si l'affaire a déjà été traitée par une autre autorité de concurrence, l'autorité la dernière saisie peut rejeter la plainte sur cette base. La recommandation (§24) limite l'application de cet article aux cas dans lesquels la même pratique, concernant les mêmes parties et le même marché, est pendante devant plusieurs autorités. La partie plaignante ou l'entreprise en cause n'a aucun rôle dans ces procédures de dessaisissement ; les renvois peuvent être effectués sans leur accord et ils sont démunis de voies de recours contre ces décisions des autorités de concurrence. Le règlement ne traite par ailleurs pas des conflits de compétence, positifs ou négatifs.

#### **Comités consultatifs**

Le Comité consultatif donne son avis sur l'avant-projet de décision de la Commission, au cours d'une réunion à laquelle sont convoquées les autorités de concurrence des États-membres. Cet avis peut être motivé, à la demande d'un ou plusieurs États-membres. Il est joint au projet de décision. Si le comité consultatif recommande sa publication, la Commission le publie. Dans tous les cas, la Commission «*tient le plus grand compte de l'avis émis par le comité consultatif*» et informe le comité de la façon dont elle l'a pris en compte.

Cette disposition, indispensable pour donner un dynamisme au fonctionnement du réseau, est importante. Les comités consultatifs peuvent aussi servir de forum de discussion :

- à la demande d'un État-membre à propos d'une affaire pour laquelle la Commission entend faire valoir son pouvoir d'évocation ;
- à la demande d'un État, ou d'office par la Commission, sur des affaires traitées par l'autorité de concurrence d'un État-membre (information préalable de l'autorité de l'État concerné) ;
- le comité peut aussi discuter de questions générales du droit communautaire, mais à la seule initiative de la Commission, semble-t-il.

### *Observations et consultations*

Les autorités nationales de concurrence (et la Commission) peuvent présenter des observations écrites devant les juridictions saisies sur la base des articles 81 ou 82 ; elles peuvent également formuler des observations orales avec la permission des juridictions en question (article 15 du règlement). Les autorités nationales peuvent consulter la Commission sur tous les cas impliquant l'application du droit communautaire (article 11§5).

Par ailleurs, les pouvoirs d'enquête de la Commission sont considérablement renforcés, avec notamment l'instauration d'un pouvoir d'inspection au domicile des chefs d'entreprise concernés.

### *Groupes de travail*

Lors de la réunion constitutive du groupe de travail ECN, le 29 octobre 2002, la création de quatre sous-groupes de travail a été décidée. Ces sous-groupes ont pour objet de discuter et clarifier certains points demeurant encore à détailler dans la version finale de la communication et auront en outre à concevoir les modalités concrètes de fonctionnement de la coopération au sein du réseau ECN.

- la DGCCRF co-préside le sous-groupe «*enquêtes communes*» ;
- le Conseil de la concurrence participe au sous-groupe «*attribution des cas*» ;
- le Conseil et la DGCCRF participent conjointement au sous-groupe «*clémence*».

### *L'association des autorités européennes de concurrence (ECA)*

Parallèlement aux travaux menés avec la Commission pour la mise en place de ce réseau, les autorités européennes de concurrence se sont constituées en association (ECA) à laquelle participe également la Commission. Au cours de l'année 2001, cette association s'est réunie à deux reprises, à Athènes et à Stockholm. Au cours de ces réunions, ont été notamment évoqués les problèmes communs rencontrés par les autorités, les possibilités d'échanges et de formation pour les cadres de ces organismes, ou encore des sujets d'étude d'intérêt commun. Un groupe de travail a été constitué qui a étudié, en 2002, la problématique du transport aérien du point de vue du droit de la concurrence.

### *Réforme des concentrations*

La DG COMP a procédé à une vaste consultation sur le Livre vert sur la révision du Règlement 4064/89 du Conseil, adopté le 11 décembre 2001.

Le 11 décembre 2002, le collège des commissaires a adopté la proposition de règlement relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

Par ailleurs, un projet de communication de la Commission sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil sur le contrôle des concentrations et un code des bonnes pratiques sur la conduite des enquêtes sont en ligne jusqu'à la fin mars et ouvertes aux observations des États.

### Projet de règlement

#### ● Test de dominance

Le test actuel prévu à l'article 2 du règlement concerne la création ou le renforcement de la position dominante.

La plupart des experts s'accordent à reconnaître que le test de création ou de renforcement de la position dominante ne recouvre pas les situations d'oligopoles non collusifs. Dans l'arrêt *Airtours*, le TPI a, en effet, limité l'application du test de dominance aux oligopoles collusifs, par le biais de la notion de position dominante collective. Cette notion ne recouvre pas le cas où la coopération, collusion ou coordination entre entreprises, ne résulte pas de contacts explicites ni d'accords établis, mais est le fait de comportements unilatéraux individuels, dictés par la structure du marché et ses caractéristiques. Dans le cas des oligopoles non collusifs, l'accroissement des prix n'est pas le résultat d'une coordination entre les oligopolistes, mais résulte du fait que la concentration diminue la pression concurrentielle à laquelle chaque partie était soumise avant la concentration.

La Commission propose une clarification de l'article 2, en ajoutant un alinéa 2, dont l'objectif affiché est de couvrir explicitement les cas d'oligopoles non collusifs, en élargissant encore la notion de position dominante.

#### ● Répartition des cas

La Commission européenne détient une compétence exclusive pour apprécier les concentrations dites de «*dimension communautaire*», c'est-à-dire, dépassant les seuils de l'article 1 du Règlement 4064/89 sur les concentrations. Or, le Livre vert sur la révision du Règlement 4064/89 du Conseil, adopté le 11 décembre 2001, a relevé que certaines opérations de concentration qui ne remplissent pas les critères relatifs aux seuils de l'article 1 peuvent être d'intérêt communautaire et qu'inversement, toutes les opérations dites de dimension communautaire n'ont pas forcément un «*intérêt communautaire*». L'application des critères peut donc conduire, dans certains cas, à une mauvaise allocation des affaires. Par ailleurs, les notifications multiples sont sources de coûts, de perte de temps et d'incertitude juridique (appréciation des marchés). Enfin, elles ont tendance à augmenter graduellement (perspectives de l'élargissement de la Communauté).

Dans la perspective d'une amélioration du partage des compétences entre la Commission et les autorités de concurrence des États-membres et afin d'éviter les notifications multiples, dans la mesure du possible en faisant prévaloir le principe du guichet unique («*one-stop-shop*»), la Commission

avait déjà essayé en 1996, sans succès, d'étendre sa juridiction aux concentrations ne remplissant pas les critères de chiffres d'affaires de l'article 1, mais devant faire l'objet d'une notification dans au moins trois États-membres (règle dite des «trois plus»). Le Conseil de l'Union avait refusé, estimant préférable de revoir les seuils à la baisse. Le Livre vert soumis à consultation des États-membres reprenait cette disposition. A l'issue de la consultation, la Commission a choisi un autre dispositif pour régler le partage des compétences.

La Commission propose aujourd'hui de ne pas changer les critères quantitatifs de l'article 1, mais de «rationaliser» les mécanismes de renvoi existant entre la Commission et les États-membres, grâce à une modification des articles 9 et 22 du Règlement et en habilitant les parties aux opérations de concentrations à demander à la Commission et aux États-membres les renvois prévus par ces articles, avant même la notification de l'opération. Elle réintroduit à l'article 22 une règle des «trois plus», mais fondée sur le consentement des États-membres. Un État-membre pourrait demander à la Commission d'examiner une concentration qui, bien que n'ayant pas une dimension communautaire, affecte significativement la concurrence à l'intérieur du territoire de cet État-membre et affecte le commerce entre les États-membres. La Commission informerait sans délai les autorités compétentes des autres États-membres de cette requête ; ceux-ci pourraient se joindre à cette requête ; si trois États ou plus effectuent cette demande, la Commission est exclusivement compétente pour apprécier l'affaire et dispose de tous les pouvoirs prévus par le Règlement.

La Commission peut aussi informer les États-membres qu'elle considère qu'une opération, bien que n'ayant pas une dimension communautaire, a des effets transfrontaliers significatifs. Dans ce cas, elle «invite» les États-membres concernés à effectuer une demande de renvoi.

#### ● Autres dispositions du projet de règlement

Les parties pourraient demander des délais supplémentaires, durant la phase 2 d'examen des concentrations, après la proposition de remèdes ou pour permettre un approfondissement de l'enquête dans les cas les plus difficiles.

Les pouvoirs d'enquête de la Commission seraient alignés sur ses pouvoirs en matière d'*antitrust*, à l'exception des pouvoirs de perquisition aux domiciles privés.

Enfin, la publication de l'avis des États-membres lors des comités consultatifs est prévue (cf. art. 19).

#### Autres textes

La notice sur les concentrations horizontales éclaire le raisonnement suivi par la Commission dans l'examen de ces affaires. Le processus de décision de la Commission, critiqué pour son opacité, est revu par un projet de code des bonnes pratiques. Il est prévu notamment d'améliorer les compétences en économie de la Direction générale de la concurrence, par la création d'un

poste de chef économiste, doté d'un service propre, la création d'un «*peer panel review*» durant la phase 2 du contrôle (un panel d'agents de la DG COMP, expérimentés et indépendants de la *Merger task force*, devrait passer au crible le raisonnement de l'équipe de la *Task force* et donner son avis aux stades cruciaux de la procédure). La réforme a aussi pour but d'améliorer les droits de la défense grâce à des réunions de prénotification, à l'accès plus précoce des parties au dossier immédiatement après l'ouverture de la phase 2, à l'accès *ad hoc* des parties, durant l'enquête, aux arguments présentés par les tiers, à des réunions triangulaires réunissant les tiers et les parties à la concentration. Des réunions de bilan ou états des lieux auraient lieu à des moments décisifs de la procédure. Au moins cinq réunions sont envisagées à différents stades :

- au terme de la phase 1 ;
- deux semaines après le passage en phase 2 ;
- avant la communication des griefs ;
- à la suite de la réponse des parties à la notification de griefs ;
- avant la saisine du Comité consultatif.

Il est également prévu de renforcer le rôle des conseillers-auditeurs (*hearing officers*).

### Règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81§3 du traité de Rome à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile

Sont exemptés les accords verticaux d'achat ou de vente de véhicules neufs, de pièces de rechange et de services de réparation et d'entretien, pour lesquels la part de marché du fournisseur ne dépasse pas certains taux :

- 30 % pour les véhicules automobiles non distribués dans des réseaux de distribution sélective et pour les pièces de rechange ;
- 40 % pour les véhicules automobiles distribués dans des réseaux de distribution sélective quantitative ;
- pour les réparateurs lorsque le réseau des réparateurs agréés du fournisseur en cause détient une part de marché ne dépassant pas 30 % ;
- pour les véhicules distribués dans des réseaux de distribution sélective qualitative, sans condition de plafond.

Toutefois, sont toujours écartées de l'exemption, sans condition de seuils, les accords verticaux contenant les restrictions suivantes :

- imposition de prix de vente minimal ou d'un prix de vente fixe ;
- restrictions relatives au territoire ou à la clientèle, sur lequel ou à laquelle, un distributeur ou un réparateur peut vendre les biens ou services contractuels.

Le constructeur automobile doit désormais choisir entre la distribution sélective et la distribution exclusive.

Le «*multimarquisme*» est encouragé car l'exemption ne s'applique pas aux obligations de non concurrence (obligations imposant à l'acheteur d'acquiescer

après du fournisseur plus de 30 % de ses achats totaux) ou aux obligations empêchant les membres d'un système de distribution, de vendre des véhicules ou des pièces de rechange de fournisseurs concurrents ou de fournir des services de réparation et d'entretien pour les véhicules automobiles de fournisseurs concurrents.

De même, ne sont pas exemptés les contrats liant vente et service après-vente : le distributeur peut désormais assurer lui-même ce service ou le sous-traiter à des opérateurs agréées. Les clauses de localisation par lesquelles le constructeur impose au distributeur l'emplacement où il peut établir ses points de vente ou de livraison dans le marché commun sont illicites.

Ce règlement est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2002. Toutefois, les accords déjà en vigueur au 30 septembre et exonérés sur le fondement de l'ancien règlement, continuent à bénéficier de cette exemption jusqu'au 30 septembre 2003. Par ailleurs, l'interdiction des clauses de localisation n'est applicable qu'à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2005.

## Activités multilatérales

En 2002, les activités multilatérales en matière de droit et politique de la concurrence ont poursuivi la tendance observée ces dernières années visant au resserrement des relations entre autorités de concurrence au sein du réseau constitué dans chaque pays pour répondre aux défis de la «*globalisation*». La coopération au sein des organisations internationales se confirme, tandis que se poursuivent, au plan international, les débats sur les divers thèmes fédérateurs du droit de la concurrence.

### Coopération au sein des institutions internationales

#### *Organismes intergouvernementaux*

Trois organisations internationales permettent aux autorités nationales de concurrence de traiter de manière complémentaire des 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). Par ailleurs, l'association internationale des autorités de concurrence (ICN), organisation à caractère non inter-étatique, a été lancée à Naples, à l'automne 2002.

A l'OCDE, organisation réunissant l'ensemble des pays les plus développés, ainsi que quelques observateurs des pays en développement (Brésil, Argentine), le Comité du droit et de la politique de la concurrence est présidé par M. Frédéric Jenny, vice-président du Conseil de la concurrence. Cette organisation constitue un forum d'échanges d'informations sur les développements des politiques de concurrence mises en œuvre par les États-membres de cette organisation ainsi qu'un laboratoire de recherche et de réflexion sur l'application de ces politiques. En 2002, le Comité de la

concurrence ainsi que ses groupes de travail sur la régulation et la coopération internationale ont accentué leurs réflexions sur les aspects internationaux de la politique de la concurrence, confirmant 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 : d'une part, les problèmes soulevés par l'examen des concentrations internationales dans les marchés émergents ou innovants, d'autre part, l'application de la politique de la concurrence aux ententes injustifiables («*hard core cartels*»). Dans ce cadre, des tables-rondes ont été organisées, auxquelles des représentants du monde des affaires ont été conviés. L'examen de la réforme réglementaire s'est poursuivi et a concerné, en 2002, la Turquie et la Finlande. De même, de nombreux programmes relatifs aux activités extérieures de l'OCDE ont été mis en place et ont concerné des pays non-membres. Ces programmes visent à assister le développement des activités des autorités nationales de concurrence de ces pays et en particulier de la Chine. Dans le même esprit, l'OCDE a poursuivi, en 2002, le cycle de «*Forums globaux*» inaugurés en 2001 dans l'ensemble des matières sur lesquelles travaillent chacun de ses grands comités. C'est ainsi que s'est tenu le second Forum global sur la concurrence en février 2002 en vue de permettre de créer un dialogue régulier et une confrontation d'expériences entre pays de l'OCDE et pays non-membres, permettant ainsi de prolonger et d'amplifier les réflexions menées au sein du groupe conjoint sur les Échanges internationaux et la concurrence de cette même Organisation. Ce second Forum global a réuni une quarantaine de pays en développement de quatre continents (au lieu de seize pays seulement en 2001). Cette forte participation a été rendue possible par une étroite coopération entre le Conseil de la concurrence et le secrétariat de l'OCDE, à l'occasion de l'organisation de la journée internationale célébrant le quinzième anniversaire du Conseil de la concurrence.

Dans le cadre de l'ONU, les autorités de concurrence des pays de l'OCDE font l'objet d'une coordination souple, placée sous la présidence d'un chargé de mission du Conseil de la concurrence à l'occasion des sessions annuelles du Groupe intergouvernemental d'experts (GIE) sur la concurrence de la Conférence des Nations unies pour la coopération et le développement (CNUCED). La CNUCED et son secrétariat disposent d'un degré élevé de confiance de la part des pays en développement et c'est la raison pour laquelle le Conseil de la concurrence (tout comme les autorités de concurrence équivalentes des pays les plus importants de l'OCDE) veille à irriguer aussi régulièrement et concrètement que possible de ses expériences les travaux du Groupe de la CNUCED. A l'occasion de la session du GIE de juillet 2002, les réunions formelles ont donné principalement l'occasion aux pays en développement de présenter les modifications et innovations relatives à leurs droits nationaux.

Les débats ont porté sur trois thèmes : le contrôle des concentrations à exercer à la lumière des critères du développement, les relations entre autorités de concurrence et autorités réglementaires, et enfin l'assistance technique et les programmes de travail de formation en matière de concurrence. Ce dernier thème a pris une importance d'autant plus accentuée cette année que l'Agenda Post-Doha a placé les questions de renforcement des capacités



des pays en développement («*capacity building*») au centre des préoccupations de la société internationale, en incluant dans ce renforcement l'expertise sur les «*nouveaux sujets*» dont la concurrence. Un exposé du gestionnaire du programme «*Trainfortrade*» au sein du secrétariat de la CNUCED a reçu un accueil très favorable de la part des pays en développement et de certains pays développés, en raison de la qualité des services désormais offerts par la CNUCED en matière de formation et d'assistance technique dans le domaine 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. Frédéric Jenny, vice-président du Conseil de la concurrence, a tenu trois réunions formelles en 2002. Au cours de ces réunions, le groupe a poursuivi son travail d'inventaire sur la pertinence, pour la politique de la concurrence, des principes fondamentaux de l'OMC, ainsi que des principes de traitement national, de transparence et de traitement de la nation la plus favorisée et 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 qui a décidé, le 14 novembre 2001, d'approfondir et de clarifier la réflexion conduite sur ces différents sujets, en tenant tout spécialement compte des besoins des pays en développement, notamment en matière de flexibilité, en vue de futures négociations sur les thèmes suivants : «*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*».

#### **Constitution des autorités nationales de concurrence en réseau**

Le Réseau international de la concurrence (ICN en anglais) a tenu sa première réunion annuelle à Naples en Italie les 28 et 29 septembre 2002.

Le Réseau international de la concurrence est une organisation non gouvernementale, créée en octobre 2001, réunissant les autorités de concurrence de près de 75 pays et travaillant avec des représentants du secteur privé, des universitaires et des organisations internationales. Le Conseil de la concurrence est membre du réseau et l'un des vice-présidents fait partie de son comité directeur. Les délibérations du réseau, qui sont non contraignantes, sont adoptées par consensus.

L'objet du Réseau international de la concurrence est de promouvoir, au plan pratique, la convergence entre les droits nationaux et la coopération entre les autorités nationales de la concurrence afin d'améliorer l'efficacité de la mise en œuvre du droit de la concurrence au plan international.

Lors de sa réunion de Naples, le Réseau international de la concurrence s'est particulièrement intéressé aux problèmes posés par le contrôle des concentrations transfrontalières et à la faculté pour les autorités de concurrence d'assurer un rôle de conseil auprès des autorités publiques en émettant des avis sur des sujets généraux de concurrence. Le Réseau interna-

tional de concurrence a adopté huit principes directeurs concernant le contrôle des concentrations lors de sa conférence initiale ainsi qu'un ensemble de pratiques recommandées en matière de procédures de notification. Les principes concernent la souveraineté nationale des autorités de concurrence, la transparence du contrôle de la concentration, la coordination entre autorités nationales, la convergence des analyses, la durée des procédures et les problèmes de confidentialité des informations. Les pratiques recommandées concernent la définition et le caractère objectif des seuils de notification, le moment de la notification, etc.

La prochaine réunion du Réseau international de la concurrence (ICN) aura lieu au Mexique en juin 2003. Outre l'approfondissement des thèmes déjà mentionnés, le Réseau étudiera les questions liées à l'assistance technique et au développement des capacités d'analyse pour les pays qui n'ont pas encore une longue expérience dans le domaine de la mise en œuvre du droit de la concurrence.

### Évolution des principaux thèmes fédérateurs du droit et de la politique de la concurrence

Les activités de ces diverses organisations mettent en évidence plusieurs thèmes fédérateurs qui viennent structurer les débats internationaux en matière de concurrence et qui permettent à l'Union européenne et ses États-membres d'avancer une série de propositions concrètes en vue de futures négociations en matière de concurrence à l'OMC.

#### *Contribution du droit et de la politique de la concurrence au développement économique et lutte contre les cartels internationaux*

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 (PVD) et notamment dans les pays les moins avancés ? L'intérêt des PVD pour le sujet de la concurrence à l'OMC a progressivement émergé au cours des deux dernières années, notamment à la suite d'un effort d'explication et de la réduction des prétentions initiales de l'Union européenne (qui n'en est plus à souhaiter la création d'un «*Conseil mondial de la concurrence*» doté de pouvoirs supranationaux sur le modèle de ceux confiés à la Commission européenne) mais aussi d'un renforcement du processus de travail en commun entre les secrétariats de l'OMC et de la CNUCED rejoints par celui de l'OCDE. Les PVD comme les pays développés commencent à identifier assez précisément les dommages causés au développement et aux consommateurs par des pratiques anticoncurrentielles internationales.

Pour ne retenir que la catégorie la mieux identifiée des pratiques anticoncurrentielles, et celle sur laquelle il existe le plus d'informations claires, les enquêtes des autorités de concurrence dans le monde ont mis au jour

trente-neuf cartels durant les années 1990 (dont cinq font encore l'objet d'enquêtes). Ces cartels, étudiés par l'OMC, la CNUCED, l'OCDE et la Banque mondiale, ont produit des effets négatifs sur au moins trente-et-un pays, tandis que vingt-quatre cartels ont opéré, pendant au moins 4 ans, dans des secteurs d'activité des plus diversifiés (aluminium, vitamines, produits pharmaceutiques, gros équipement électrique etc.). L'effet de seize de ces cartels sur les importations de pays en développement dépassent 81,10 milliards d'euros (chiffre minimal). Le dommage net à l'économie peut être estimé à hauteur de 20 à 40 % de la valeur de ces importations, soit 16 à 32 milliards d'euros. Ce montant est à rapprocher du total des aides bilatérales et multilatérales diverses reçues par les PVD durant les années 1990, soit 50 milliards d'euros. Une étude de la Banque mondiale a montré que le calcul du dommage à l'économie provoqué par les seuls cartels clairement identifiés, représente donc au minimum le tiers du volume des aides perçues par les PVD. Pour mémoire, sur la période 1990-1999, le seul cartel des vitamines a prélevé indûment 183 millions de dollars US sur le Brésil, 77,61 sur la Chine, mais 178,48 sur Hong-Kong et 245,22 sur Singapour. Ces chiffres sont à rapprocher des 147,64 millions de dollars prélevés par le même cartel sur le Royaume-Uni et 153,78 sur l'Italie. Une ONG indienne influente dans les milieux politiques et très active au plan international (association de consommateurs) a résumé comme suit une position de plus en plus répandue dans les PVD : *«Que doivent faire les États ? Adopter une loi sur la concurrence ; placer le consommateur au centre de leur objectif ; inclure des organismes représentant de consommateurs dans les conseils dirigeant les autorités de concurrence ; et permettre aux associations de consommateurs de poursuivre des firmes engagées dans des pratiques anticoncurrentielles»*.

### ***Donner un sens aux engagements négociés d'ouverture des marchés notamment dans les pays en développement***

L'accès au marché dans de nombreux pays qui ne disposent pas d'un droit effectif de la concurrence, est entravé par les pratiques anticoncurrentielles d'importateurs ou de distributeurs locaux : monopolisation des importations par quelques entreprises de commerce, relations verticales restrictives de concurrence, par exemple dans le cas du Japon (cf. l'affaire Kodak Fuji), abus de position dominante et cartels mis en œuvre par des entreprises locales visant à exclure les importateurs, etc. De la part des pays tolérant ou favorisant de telles pratiques, des concessions en matière d'élimination des barrières douanières, voire des barrières non tarifaires, sont souvent illusoire, si elles ne s'accompagnent pas d'engagements sur le fonctionnement concurrentiel effectif des marchés permettant un accès réel des importateurs à ces marchés.

Les négociateurs de l'*Uruguay Round* avaient d'ailleurs craint que les concessions en matière d'ouverture des marchés de télécommunications ne restent lettre morte si les monopoles ou entreprises dominantes locales mettaient en œuvre des pratiques anticoncurrentielles visant à protéger leurs marchés. Aussi, des dispositions en matière de concurrence ont-elles été intégrées aux accords GATT, sans toutefois prévoir de mécanismes de

mise en œuvre appropriés pour ces dispositions. Malheureusement, il n'existe rien pour les autres secteurs, en dépit du fait que les mêmes problèmes se posent dans nombre d'entre eux. La réflexion menée à l'OMC en matière de concurrence pourrait faire apparaître l'utilité d'un éventuel accord dans cette enceinte afin d'assurer une réelle mise en œuvre des dispositions relatives à la concurrence dans les accords de libéralisation des services prévus par le GATT.

### ***Dissuader les pays membres de l'OMC d'utiliser le droit de la concurrence comme une arme stratégique pour protéger leurs marchés***

Une prolifération très rapide des droits de la concurrence nationaux peut être observée. Plus de cent pays ont, d'ores et déjà, ce type d'instrument et une vingtaine d'autres sont en train d'élaborer de telles législations (dont la Chine, l'Inde, le Nigéria et un certain nombre de pays latino-américains). Dans certains pays, malheureusement, ce droit est conçu ou appliqué de façon stratégique pour protéger des entreprises locales ou augmenter les coûts d'entrée sur le marché des entreprises étrangères, d'une manière assez similaire à l'application qui peut être faite dans certains pays avec les instruments de défense commerciale (instruments *antidumping* par exemple).

Pour éviter de tels effets, et compte tenu du fait que la prolifération des droits de la concurrence est due pour une large part à la dérégulation, laquelle va se poursuivre, il est important de veiller à ce que les pays membres de l'OMC aient des droits nationaux de concurrence non discriminatoires, transparents et qui respectent les droits de la défense des entreprises.

### **Renforcement des relations bilatérales avec certains pays ou groupes de pays**

En 2002, le Conseil de la concurrence a renforcé significativement ses relations avec certains pays ou groupes de pays.

#### ***Visite d'une délégation en Chine***

Pour la première fois, une délégation du Conseil de la concurrence dirigée par la présidente du Conseil de la concurrence, Mme Marie-Dominique Hagelsteen, s'est rendue en Chine pour y rencontrer les responsables de la préparation du nouveau droit de la concurrence chinois. Cette visite a été complétée par plusieurs missions du vice-président Frédéric Jenny et d'un rapporteur du Conseil en Chine tout au long de l'année 2002. Au terme d'un an d'adhésion de la Chine à l'OMC, le premier bilan que l'on peut dresser est que ce pays a entrepris une très grande partie des démarches juridiques internes rendues indispensables du fait de son statut de membre de l'OMC, même si de nombreux problèmes subsistent, notamment dans les domaines de la distribution et des services financiers.

Au cours de multiples rencontres, les délégations du Conseil de la concurrence ont présenté le système communautaire en matière de concurrence

et son articulation avec les droits nationaux. De plus, les représentants du Conseil ont insisté sur l'importance de lutter contre le système de monopole administratif, qui va à l'encontre de l'intérêt des consommateurs chinois et freine l'efficacité du marché en général. Il est, en effet, indispensable que la Chine recherche la sécurité juridique, par l'instauration d'un principe de transparence et de non-discrimination des mesures administratives.

#### *Visite d'une délégation au Vietnam*

Dans la perspective de son adhésion prochaine à l'OMC, le Vietnam a entrepris de se doter d'une loi sur la concurrence. C'est donc tout naturellement que, dans le cadre de la coopération entre la France et le Vietnam et avec le soutien logistique de la Maison du droit vietnamo-française, institution bilatérale de coopération juridique siégeant à Hanoï, l'expertise du Conseil a été sollicitée.

Les premiers échanges et réunions de travail ont eu lieu à l'automne 2000. Un nouveau séminaire s'est déroulé en mai 2002, sous la direction de M<sup>me</sup> Micheline Pasturel, vice-présidente du Conseil de la concurrence. Le vice-ministre du commerce vietnamien a participé en personne à toutes les réunions qui se sont tenues dans le cadre de ce séminaire.

Le projet de loi vietnamien traite non seulement des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations mais aussi de la concurrence déloyale. Certains points de ce projet ont donné lieu à des discussions approfondies, notamment en ce qui concerne les abus de position dominante et les concentrations. La connaissance des dossiers, dans toutes les matières traitées par la loi, est attribuée, de manière homogène, à l'Autorité de concurrence dont la création est prévue et qui sera dotée de très larges pouvoirs. Les représentants du Conseil de la concurrence ont souligné l'intérêt qui s'attache, tant sur le plan du fonctionnement interne de la concurrence que sur le plan du crédit international des décisions de la future autorité, à ce que l'Autorité de concurrence comprenne quelques experts et jouisse de toute l'indépendance nécessaire au bon accomplissement de sa mission.

#### *Participation à des séminaires de formation en Russie*

Deux rapporteurs du Conseil de la concurrence se sont rendus, à la demande du ministère anti-monopole russe, à des séminaires régionaux organisés à Irkoutsk (Sibérie) et Khabarovsk (Sibérie orientale). Il s'agissait, dans le cadre d'un projet de la Commission européenne, de procéder à des échanges avec les autorités régionales de concurrence afin de faciliter la convergence des droits et des pratiques de la Russie et de l'Union européenne. Ces échanges devraient être poursuivis, notamment par l'accueil de fonctionnaires russes en France.

#### *Relations avec les pays de la Ligue arabe et les pays de l'Afrique*

Le Conseil de la concurrence a eu l'occasion, au cours de l'année 2002, de participer à divers séminaires relatifs à la politique de la concurrence, organisés par l'OMC et la CNUCED, en matière, notamment, de télécommunications.

Plusieurs délégations se sont rendues dans différents pays arabes (Maroc, Égypte, Tunisie, Qatar, Bahrein), au siège de la Ligue arabe, ainsi que dans les pays anglo-saxons ou francophones d'Afrique (Afrique du Sud, Kenya, Zimbabwe, Île Maurice et Gabon) pour exposer le rôle de la concurrence et ses enjeux, dans une perspective de coopération et d'intégration économique régionale. La Ligue arabe est en cours d'adoption de règles et principes en matière de concurrence, susceptibles de renforcer les conditions d'association de certains de ces pays à l'Union européenne dans le cadre du Partenariat euro-méditerranéen.

#### *Accueil de délégations étrangères*

Le Conseil a, enfin, comme les années précédentes, reçu plusieurs délégations étrangères, notamment, de Russie, de Bulgarie, de Roumanie et de Pologne.

## ■ Les recours contre les décisions du Conseil de la concurrence

### ■ Jurisprudence de la cour d'appel

Au cours de l'année 2002, la cour d'appel de Paris a statué sur vingt-sept recours exercés contre les décisions du Conseil et a rendu vingt-trois arrêts statuant au fond. Dans seize cas, la cour a confirmé les décisions du Conseil. Dans trois affaires, elle a partiellement réformé la décision du Conseil : dans un cas, elle a réduit les sanctions prononcées ; dans le deuxième cas, elle a modifié la formulation de la mesure conservatoire prononcée ; dans le troisième cas, elle a confirmé le rejet de la demande de mesures conservatoires mais réformé la décision en ce que celle-ci avait rejeté la saisine, et renvoyé l'affaire devant le Conseil pour instruction de la saisine au fond. La cour a réformé totalement deux décisions et en a annulé deux, dont une partiellement. Elle a prononcé une décision de sursis à statuer et a rendu trois décisions de dessaisissement à la suite du désistement des requérants.

### Sur la procédure

#### *Sur la compétence du Conseil*

Dans un arrêt rendu le 13 novembre 2002, la cour d'appel a rejeté le déclinaire de compétence présenté par le préfet et a sursis à statuer jusqu'à l'expiration du délai imparti au préfet pour saisir le Tribunal des conflits et, le cas échéant, jusqu'à la décision de cette juridiction.

La cour était saisie d'un recours formé contre la décision 02-D-14, par laquelle le Conseil avait condamné le Conseil supérieur de l'ordre des géomètres-experts et plusieurs conseils régionaux de cet ordre pour avoir organisé une entente visant, au moyen notamment d'une note proposant une interprétation fallacieuse d'un texte de loi, à inciter des élus et des maîtres d'ouvrages à confier aux seuls géomètres-experts tous les travaux de topographie, y compris ceux dépourvus d'incidence foncière, pour lesquels ces derniers ne bénéficient pas d'un monopole légal et se trouvent en concurrence avec les géomètres-topographes.

Le Conseil avait retenu sa compétence, qui était contestée, estimant qu'en diffusant à des tiers une note contenant une interprétation erronée d'un texte de loi et restrictive de concurrence (puisqu'elle visait à étendre le monopole des géomètres-experts), le Conseil supérieur de l'Ordre était sorti de sa mission de service public et était intervenu dans le cadre d'une pure activité de services, au sens de l'article L. 410-1 du code de commerce. Ce faisant, le Conseil s'était conformé à la jurisprudence de la Cour de cassation, résultant, notamment, d'un arrêt du 16 mai 2000 (Ordre national des pharmaciens).

Le préfet soutenait que le seul commentaire de dispositions légales, par le représentant d'un Ordre, chargé d'assurer le respect des lois et règlements qui régissent l'exercice de la profession, ne saurait constituer une activité de services par laquelle le Conseil supérieur se serait livré à une pratique étrangère à sa mission de service public.

La cour a jugé que le Conseil n'avait pas outrepassé les limites de sa compétence. Elle a retenu que la note ne se bornait pas à un simple rappel de la législation, mais qu'elle constituait, en réalité, un argumentaire destiné à être diffusé auprès de décideurs publics afin de les contraindre à réserver aux géomètres-experts le monopole de l'ensemble des travaux topographiques. Dès lors, cette note ne constituait pas une décision par laquelle l'ordre assurait, auprès de ses membres, au moyen de prérogatives de puissance publique, la mission de service public qui lui était dévolue par la loi, mais entraînait bien dans le champ d'application de l'article L. 410-1 du code de commerce.

### Sur l'établissement des procès-verbaux

La cour d'appel, dans un arrêt du 9 avril 2002 (Bloc matériaux), a validé le procédé de rédaction d'un procès-verbal d'audition, par itérations successives. A la suite d'une audition, un projet de procès-verbal non signé avait été envoyé pour observations à la personne entendue, laquelle avait demandé que des modifications y soient apportées. Figuraient au dossier du Conseil, non seulement le procès-verbal définitif, mais également le projet de procès-verbal non signé comportant les observations manuscrites de la personne entendue, un bordereau de remise de pièces non mentionné dans le projet de procès-verbal, ainsi qu'une correspondance échangée entre le service d'enquête et l'intéressée. La cour constate que les modalités de rédaction du procès-verbal définitif, qui ont permis de prendre en considération les commentaires de la personne entendue, ne font pas grief aux

requérantes, d'autant que le Conseil ne s'est fondé que sur les seules énonciations du procès-verbal définitif et non sur les documents intermédiaires.

Par ailleurs, dans un arrêt du 7 mai 2002 (Masterfoods), la cour d'appel a réintégré dans la procédure du Conseil de la concurrence, les procès-verbaux d'audition qui avaient été écartés par celui-ci aux motifs, notamment, qu'ils ne comportaient pas la mention de l'objet de l'enquête ni l'indication que cet objet avait été indiqué aux intéressés et qu'ainsi, il n'avait pas été satisfait à l'obligation de loyauté dans la recherche des preuves. La cour estime que *«la mention pré-imprimée sur les procès-verbaux selon laquelle l'objet de l'enquête a été porté à la connaissance de la personne entendue suffit à justifier de l'indication de cet objet jusqu'à preuve contraire, laquelle n'est pas rapportée en l'espèce»*. L'arrêt de la cour d'appel fait suite à l'arrêt de la Cour de cassation du 20 novembre 2001 (Bec frères), survenu postérieurement à la décision du Conseil, dans lequel a été reconnue la valeur probatoire, jusqu'à preuve contraire, de la mention pré-imprimée de l'objet de l'enquête sur les procès-verbaux. Ainsi, lorsque l'objet de l'enquête est indiqué sur le procès-verbal au moyen d'une mention pré-imprimée, c'est donc à la partie qui prétend avoir été abusée qu'il incombe de démontrer que l'administration a usé de manœuvres déloyales dans le recueil des preuves.

### Sur les procédés utilisés lors de l'enquête

Dans l'arrêt précité du 9 avril 2002, la cour d'appel estime que le fait, pour les enquêteurs, de conseiller à une société de demander à son fournisseur la communication de ses tarifs par écrit, alors que cette société aurait utilisé le refus du fournisseur pour étayer ses allégations de pratiques anti-concurrentielles, ne constitue nullement un procédé déloyal d'enquête dès lors que l'article L. 441-6 du code de commerce prévoit que tout producteur doit communiquer ses tarifs et conditions de vente à l'acheteur qui les lui demande.

### Sur les opérations de visite et de saisie

Dans un arrêt du 22 janvier 2002, relatif aux répartiteurs pharmaceutiques, la cour d'appel, répondant au moyen de nullité des opérations de visite et de saisie soulevé par le défendeur en raison de l'absence, sur les lieux, du mandataire social de l'entreprise ou de son représentant, a précisé que l'article L. 450-4 du code de commerce exige la présence de l'occupant des lieux ou de son représentant lors du déroulement des opérations de saisie et perquisition mais *«n'impose nullement la présence d'une personne ayant le pouvoir de diriger, gérer ou le pouvoir d'engager à titre habituel l'entreprise»*.

La cour d'appel a jugé, dans l'arrêt précité du 9 avril 2002 (Bloc matériaux), qu'aucune prescription légale n'exige que les procès-verbaux soient signés par toutes les parties ayant assisté aux opérations de visite et de saisie.



### Sur la violation du principe d'instruction à charge et à décharge

Dans l'arrêt du 22 janvier 2002, relatif aux répartiteurs pharmaceutiques, la cour d'appel rappelle que le rapporteur qui, «aux termes de l'article L. 450-6 du code de commerce, définit les orientations de l'enquête», est «seul compétent pour apprécier l'utilité d'une enquête supplémentaire» ; que non lié par les qualifications proposées par la saisine, il «instruit 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 mis en cause».

### Sur la notification au «ministre intéressé»

Dans l'arrêt du 22 janvier 2002, relatif aux répartiteurs pharmaceutiques, la cour d'appel reprend une jurisprudence déjà adoptée dans un arrêt du 29 juin 2000 (Ligue nationale de football), selon laquelle le ministre intéressé au sens de l'article L. 463-2 du code de commerce, est le ministre qui est intervenu pour «apprécier, favoriser ou condamner les pratiques examinées par le Conseil». En l'espèce, le ministre du travail et des affaires sociales avait adressé un courrier à la Chambre syndicale de la répartition pharmaceutique, dans lequel il avait procédé à un rappel de l'application des dispositions de l'article L. 138-9 du code de la sécurité sociale sur le plafonnement des remises consenties aux laboratoires et aux grossistes-répartiteurs et fait part à son correspondant de son intention de rappeler la réglementation aux professions concernées. La cour estime que, ne s'étant donc pas prononcé, dans ces conditions, sur les pratiques examinées par le Conseil, ce ministre ne pouvait être qualifié de ministre intéressé.

### Sur les observations écrites du Conseil de la concurrence devant la cour d'appel

Dans un arrêt du 9 avril 2002 (SA Geodis Overseas France), la cour d'appel a annulé à la fois la procédure de recours et la décision du Conseil 01-D-63, en raison des observations déposées par ce dernier devant elle. La cour relève que le Conseil a développé, dans ses observations écrites, des éléments nouveaux qui ne figuraient pas dans la décision déférée. Elle ajoute que l'égalité des armes a été rompue dans la mesure où les requérantes se sont trouvées confrontées devant la cour, non seulement au ministre chargé de l'économie, saisissant, mais aussi au Conseil qui, ayant infligé des sanctions, a aggravé, par ses observations, les données retenues dans sa décision. La cour estime que le fait que les requérantes aient pu répliquer aux observations du Conseil ne suffit pas à rétablir l'équilibre entre les parties et que, si elle se bornait à écarter les observations du Conseil, l'éventualité qu'elle ait pu être influencée par celles-ci ne pourrait être écartée avec certitude. Considérant que la procédure de recours est «irréremédiablement viciée» et doit donc être annulée, la cour en déduit que les requérantes se trouvent privées de la faculté d'introduire un nouveau recours contre la décision du Conseil qu'elle estime par conséquent devoir annuler également.

Cet arrêt est demeuré isolé à ce jour et fait l'objet d'un recours en cassation. Le principe du dépôt des observations du Conseil devant la cour est prévu par l'article 9 du décret n° 87-849 du 19 octobre 1987 (et existe pour toutes les autres autorités administratives indépendantes).

En outre, on relèvera que la Cour européenne des droits de l'homme a elle-même estimé, dans un arrêt du 27 janvier 1997 (Nideröst-Huber), que la faculté pour un tribunal cantonal suisse de présenter des observations devant la juridiction d'appel, à savoir le tribunal fédéral, au soutien de sa décision, ne se heurtait pas à l'exigence du procès équitable, dans la mesure où ces observations étaient présentées aux parties au litige dans un délai raisonnable (§22 et 31).

### Sur les demandes de sursis à statuer pour complément d'information

La cour d'appel a jugé, dans un arrêt du 7 mai 2002 (Benetton France Trading) que le Conseil de la concurrence n'était tenu de procéder à un supplément d'information qu'en présence d'indices sérieux de pratiques anticoncurrentielles qui auraient été négligées dans l'instruction de l'affaire.

## Sur le fond

### Décisions de confirmation

Statuant sur le fond, la cour d'appel a confirmé la plupart des décisions du Conseil. Les arrêts de confirmation les plus marquants portent :

#### *Sur les répartitions de parts de marché et l'éviction concertée d'un concurrent*

Dans l'arrêt du 22 janvier 2002, relatif aux répartiteurs pharmaceutiques, la cour d'appel a confirmé l'analyse du Conseil selon laquelle l'accord entre les grossistes-répartiteurs de la région Nord prévoyant une répartition du marché entre eux, avec une tolérance de glissement de parts de marché de 0,10 %, et prévoyant, lorsque les limites de ces fourchettes étaient dépassées, un mécanisme compensatoire de restitution de chiffre d'affaires, constituait une entente anticoncurrentielle (01-D-07). Dans le même arrêt, la cour d'appel approuve le Conseil d'avoir décidé de sanctionner le refus discriminatoire des grossistes répartiteurs de livrer les pharmacies ayant choisi la société ORP comme grossiste-répartiteur, dans les conditions habituelles de livraison (pratiques de refus ou limitations des livraisons, de sur-enchère commerciale au moyen, notamment, de remises et de cadeaux divers). Ces pratiques, qui visaient à empêcher l'implantation d'ORP dans la région Nord et en Seine Maritime (et partant, à l'éliminer du marché) et qui ont pu avoir pour effet de limiter son expansion, sont anticoncurrentielles.

La cour estime qu'*«un accord visant à stabiliser des parts de marché au plan national [a] en lui-même pour objet ou [peut] avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché»*, même si les parts de marché ont évolué en dépit de l'entente.

### Sur les échanges d'informations avant les soumissions aux appels d'offre

Dans un arrêt du 29 janvier 2002 (SA Appia), la cour d'appel confirme l'appréciation du Conseil (01-D-14) sur l'existence d'une entente généralisée entre entreprises à l'occasion d'un appel d'offres relatif à un marché d'enrobés bitumineux, démontrée par l'existence d'un faisceau d'indices, parmi lesquels ont été relevés la similarité des entreprises attributaires pour les marchés de 1989 et de 1994, les similarités dans le montant des soumissions, les échanges d'informations entre soumissionnaires, des répartitions entre entreprises des revenus des travaux effectivement réalisés par rapport à des quotas convenus *a priori*, et enfin, des concertations sur les prix (les prix moyens des offres les moins disantes étant supérieurs de 14 % aux prix moyens des marchés emportés par les mêmes entreprises au cours de la même période).

### Sur les contrats de concession

Dans un arrêt du 29 janvier 2002 (Saturg), la cour d'appel a confirmé l'analyse du Conseil dans sa décision 01-D-16 et a considéré que *«le contrat de concession est un contrat de gré à gré, librement négocié par la collectivité publique avec la personne physique ou morale de son choix ; que, dès lors, l'engagement de pourparlers entre la collectivité publique concédante et un groupement de sociétés pressenti pour être concessionnaire, de même que les réunions entre entreprises membres du groupement afin de préparer une offre destinée à la collectivité publique, ne constituent pas en elles-mêmes des ententes anticoncurrentielles, en l'absence d'éléments de preuve établissant que ces sociétés se sont regroupées pour porter atteinte à la concurrence»*. Par ailleurs, la cour note qu'aucun élément du dossier n'a permis de démontrer que la constitution de ce groupement était anticoncurrentielle en soi, ni qu'elle avait asséché le marché en faisant disparaître la concurrence. Il n'est pas établi, notamment, que la constitution de ce groupement aurait mis l'autorité concédante dans l'impossibilité de demander des propositions alternatives.

### Sur l'effet cumulatif des contrats

Dans un arrêt du 7 mai 2002 (Masterfoods), la cour d'appel a confirmé la décision 00-D-82 du Conseil, dans laquelle celui-ci avait écarté l'application de la théorie de l'effet cumulatif des contrats dans l'appréciation de la pratique consistant, pour les producteurs de glace, à prêter gratuitement des congélateurs aux détaillants, en contrepartie de l'engagement de ces derniers de n'y exposer, en exclusivité, que les glaces desdits producteurs.

Le Conseil avait, en effet, estimé que n'était pas caractérisée la première condition permettant l'application de l'effet cumulatif des contrats, soit une part de marché importante, la part de marché détenue par l'ensemble des fabricants de glace en cause étant, en l'espèce, inférieure à 47 %. La cour d'appel ayant réintégré dans la procédure des procès-verbaux écartés par le Conseil, la part de marché cumulée à prendre en considération était désormais de 65,9 %. La cour a par conséquent été conduite à examiner les autres critères définis habituellement par la jurisprudence communautaire

pour établir l'effet cumulatif (arrêt Délimitis du 28 février 1991). Elle énonce ainsi que *«l'effet restrictif de concurrence résultant d'un ensemble d'accords de distribution doit s'apprécier au regard de la nature et de l'importance des contrats sur le marché en cause, de l'existence de possibilités réelles et concrètes pour un nouveau concurrent de s'infiltrer dans le faisceau des contrats, et des conditions dans lesquelles s'accomplit le jeu de la concurrence sur le marché de référence, à savoir, notamment, le nombre et la taille des producteurs présents sur le marché, le degré de saturation de ce marché, la fidélité de la clientèle aux marques existantes»*. En l'espèce, l'arrêt relève que de nouvelles sociétés sont entrées sur le marché, que les contrats peuvent être résiliés avec un bref préavis de 15 jours, que les meubles sont restitués à hauteur de 20 % chaque année, ce qui témoigne d'une certaine fluidité du marché, que 27 % des distributeurs sont propriétaires de leurs meubles, que 52,3 % d'entre eux ont la faculté de placer plusieurs meubles dans leurs locaux, que le marché ne semble pas arrivé à saturation et enfin que la coexistence de sociétés de tailles diverses permet de maintenir un degré élevé de concurrence. En conclusion, la cour d'appel estime qu'il n'est pas établi que l'effet cumulatif des contrats parallèles de prêt de meubles, assortis d'une clause d'exclusivité de marque, aurait eu, pour la période considérée, des effets anticoncurrentiels.

### Décisions d'annulation ou de réformation

Statuant sur le fond, la cour d'appel de Paris n'a réformé ou annulé totalement que trois décisions du Conseil : la décision 01-D-31 (arrêt du 12 février 2002), la décision 98-D-61 (arrêt du 12 mars 2002 sur renvoi après cassation), la décision 01-D-63 (arrêt du 9 avril 2002). Cette dernière annulation était motivée par le contenu des observations écrites du Conseil, présentées dans le cadre du recours devant la cour (voir *supra*).

#### *Sur les bordereaux des prix unitaires (BPU)*

Dans son arrêt du 12 février 2002, la cour d'appel a réformé la décision du Conseil de la concurrence 01-D-31 du 5 juin 2001. Les pratiques sanctionnées étaient relatives à des échanges d'informations entre entreprises, avant le dépôt de leurs offres, lors de la soumission à des marchés d'électrification rurale et d'éclairage public, passés par le syndicat départemental d'énergie et d'équipement de la Vendée, selon la forme des marchés à bons de commande par appel d'offres restreint. Le syndicat avait organisé, en 1995, les procédures d'appel d'offres pour 40 marchés d'une durée maximale de trois ans et avait établi le bordereau des prix unitaires servant de base aux propositions des soumissionnaires, chaque offerant devant formuler ses propositions sous forme d'un rabais ou d'une majoration par rapport aux prix du bordereau unitaire. Ces échanges d'informations avaient eu lieu lors de réunions de travail, dont l'existence n'était pas contestée, qui visaient à réévaluer les chapitres de l'ancien bordereau de prix unitaire élaboré par le maître d'œuvre en 1991, pour les mêmes marchés qui venaient à expiration en 1995.

Le Conseil avait estimé que ces échanges d'informations nécessaires à cette actualisation, effectués par les entreprises en prévision des renouvel-

lements des marchés en question en 1995, à l'insu du maître d'ouvrage et des autres candidats, portaient nécessairement sur leurs structures de coûts, leurs capacités techniques et sur leurs prix, et avaient eu pour objet et pour effet potentiel de réduire l'indépendance de leurs offres, lors de leurs soumissions aux marchés d'électrification et d'éclairage de 1995.

Les entreprises contestaient devant la cour d'appel le lien de causalité entre le travail réalisé en commun sur le bordereau de prix unitaire de 1991 et la soumission de 1995, qui avait eu lieu sept mois plus tard.

La cour d'appel a accueilli leur moyen : la concertation entre entreprises n'a pu, selon l'arrêt, perturber de manière significative le jeu de la concurrence lors de la passation en 1995 des marchés d'électrification, pour trois raisons :

- les entreprises devaient formuler leurs offres en 1995 sur la base du BPU élaboré par le seul maître d'œuvre et aucun élément de preuve ne démontre qu'elles se seraient entendues sur le montant des rabais et majorations proposés par elles en réponse à la consultation de 1995 ;
- le BPU est élaboré à partir de données connues de tous, sans prise en compte de la situation individuelle de chaque entreprise ; le Conseil n'a pas démontré la corrélation nécessaire entre un échange d'informations sur les coûts de revient des entreprises, la structure de leurs prix ou leurs capacités techniques et la détermination de leurs soumissions en 1995 ;
- le Conseil n'a pas rapporté la preuve d'une entente générale de répartition de marché.

En conclusion, la cour a considéré que la concertation reprochée aux entreprises n'avait pu avoir qu'un effet négligeable sur les propositions qu'elles ont ensuite présentées à la suite du lancement des appels d'offres correspondant aux marchés litigieux.

#### *Sur la définition du marché pertinent*

Dans un arrêt du 12 mars 2002 (SA Routière de l'Est parisien), la cour d'appel a tiré les conséquences d'un arrêt de la Cour de cassation, en date du 22 mai 2001, contestant la définition du marché pertinent retenue par le Conseil. La cour d'appel a jugé, contrairement au Conseil, qu'il existait un marché du traitement des ordures ménagères, sans établir de distinction entre les techniques de traitement, puisque les collectivités demanderesse les considéraient toutes comme substituables pour satisfaire leurs besoins d'élimination des déchets. Le marché ainsi défini étant plus large que le marché retenu par le Conseil, la société mise en cause ne se trouvait plus en situation de position dominante.

## **Sur les sanctions**

### *Sur la gravité des pratiques*

La durée des pratiques, leur amplitude géographique (l'ensemble du territoire national étant, au cas d'espèce, concerné) et leur mise en œuvre par des entreprises bénéficiant d'une exclusivité légale sont des éléments pouvant

être pris en compte pour apprécier leur gravité (arrêt du 22 janvier 2002, relatif aux répartiteurs pharmaceutiques).

### Sur le dommage à l'économie

La cour prend en compte le fait que les médicaments sont des biens de première nécessité (même arrêt).

### Sur le rôle du maître d'ouvrage dans la concertation

La cour d'appel approuve le Conseil en ce qu'il a modéré la sanction encourue par des entreprises membres d'une entente sur les marchés publics, compte tenu du rôle actif du maître d'ouvrage dans la concertation (arrêt du 29 janvier 2002, SA Appia).

### Sur la prise en compte, au titre de la sanction appliquée à l'entreprise absorbante, des condamnations antérieures de la société absorbée

Après avoir constaté la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles par la société Gerland routes, absorbée depuis les faits par la société Appia, le Conseil avait, dans l'appréciation du montant de la sanction prononcée à l'encontre de la société Appia, tenu compte des antécédents de la société absorbée. La société Appia faisait valoir que n'exerçant pas de contrôle sur la société Gerland au moment des faits qui avait valu à cette dernière une condamnation, on ne pouvait aggraver sa peine au titre d'une réitération qui lui serait imputable. La cour qui choisit de réduire, pour d'autres motifs, la sanction prononcée par le Conseil, semble, en revanche, confirmer la solution adoptée par ce dernier : *«Mais considérant que la société Appia... assure la continuité juridique et fonctionnelle de la société Gerland routes par l'effet de la fusion-absorption...»* (arrêt du 29 janvier 2002, SA Appia).

### Sur les mesures conservatoires

#### Les conditions du prononcé d'une mesure conservatoire

Dans un arrêt du 21 mai 2002, rendu sur un recours formé contre la décision 02-MC-04, la cour d'appel a rappelé les principes énoncés par la Cour de cassation dans un arrêt du 18 avril 2000 NumériCâble, selon laquelle le prononcé de mesures conservatoires ne nécessite pas le constat préalable du caractère manifestement illicite des pratiques dénoncées mais seulement du lien de causalité entre ces pratiques et l'atteinte relevée : *«...Les pratiques dénoncées doivent être en relation directe et certaine avec une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante, sans qu'il soit besoin de démontrer, à ce stade, leur caractère manifestement illi-*

*cite*». Cet arrêt confirme, par ailleurs, l'appréciation du Conseil s'agissant de l'atteinte au secteur par les pratiques dénoncées. Il démontre que la cour est vigilante, comme le Conseil, à la situation des marchés innovants ou à la phase décisive de structuration de marchés nouveaux, pendant laquelle il faut éviter que l'opérateur dominant ne prenne une avance qui risque d'être irréversible sur ses concurrents (voir aussi les arrêts de la cour d'appel des 30 mars 2000 (SA France Télécom) et 9 avril 2002 (SA France Télécom) en ce qui concerne la fourniture d'accès à Internet haut débit).

### La commercialisation des packs ADSL

Dans l'arrêt France Télécom du 9 avril 2002, la cour d'appel a rejeté le recours de France Télécom contre la décision du Conseil de la concurrence 02-MC-03 du 27 février 2002.

La cour confirme l'analyse du Conseil sur le fond, s'agissant, d'une part, de la position dominante de France Télécom sur le réseau local de télécommunications et pour la fourniture de l'accès à Internet à haut débit et, d'autre part, de l'abus anticoncurrentiel consistant en une *«discrimination structurelle résultant des conditions opérationnelles de la commercialisation des packs ADSL»* en faveur de sa filiale Wanadoo. En effet, France Télécom, qui bénéficie du réseau de ses 750 agences, a mis en place, à partir de celles-ci, *«un système performant de vérification de l'éligibilité des lignes et de passation des commandes, pour la mise en service des connexions ADSL dans des délais compatibles avec une distribution de masse, service dont ne bénéficie pas, dans les mêmes conditions de fiabilité et de sécurité, et en l'absence d'une implantation territoriale comparable, la société T-Online»*. De fait, Wanadoo bénéficie pour la distribution de son pack ADSL eXtense du support des agences France Télécom, lesquelles orientent systématiquement la demande sur les produits Wanadoo, et est à même de fournir à ses abonnés des services de vérification d'éligibilité de leur ligne à l'ADSL et de passation des commandes, rapides et efficaces, les clients pouvant, dès lors, bénéficier d'une connexion dans un délai de quatre jours. Ses concurrents, en revanche, se voient imposer, pour les mêmes services, *«une procédure lourde et formaliste»* entraînant, outre des refus d'accès injustifiés, des délais de connexion plus longs.

L'atteinte grave et immédiate au secteur est d'autant plus constituée que celui-ci présente des tendances monopolistiques : *«Ces pratiques portent une atteinte grave à la concurrence en ce qu'elles renforcent les tendances monopolistiques des secteurs concernés et permettent à France Télécom de structurer le marché à sa guise»*, dans une période décisive de structuration du marché.

### L'affaire du GIE Sport libre

Dans un arrêt du 4 juin 2002 (GIE Sport libre), la cour d'appel a confirmé la décision 02-MC-06, rendue le 30 avril 2002, en matière de mesures conservatoires, par le Conseil de la concurrence.

Dans cette décision, le Conseil, saisi par la société RMC Info, avait prononcé une mesure conservatoire à l'encontre du GIE Sport libre, afin que ce dernier mette fin à des comportements susceptibles d'entraver l'exploitation par la société RMC Info de ses droits exclusifs de diffusion radiophonique de la coupe du monde de football.

La société RMC Info avait, en effet, conclu, le 4 décembre 2001, avec la société Kirchmédia (détentriche de droits radiophoniques exclusifs sur les matchs de la coupe du monde de football 2002, en vertu d'un accord avec la FIFA), un contrat lui assurant l'exclusivité de ces mêmes droits pour la diffusion radiophonique sur le territoire français. Ce contrat comportait l'obligation de chercher à couvrir toute l'étendue du territoire national. Les zones d'émission de RMC Info étant limitées à environ la moitié de la population française, la station avait cherché à passer avec d'autres radios des accords de sous-licence.

Au nom du pluralisme et du principe de liberté d'information, les principales radios généralistes avaient créé, le 17 décembre 2001, un GIE, dénommé Sport libre, auquel elles avaient confié l'exclusivité de leur politique d'achat de droits sportifs. RMC Info et le GIE n'étaient pas parvenus à négocier un accord de sous-licence. Se trouvant, par ailleurs, dans l'incapacité de négocier individuellement avec les adhérents du GIE (puisque les règles applicables au sein de ce dernier interdisaient toute négociation individuelle aux adhérents), RMC Info demandait au Conseil de la concurrence, compte tenu de l'imminence de la coupe du monde, de prendre des mesures d'urgence à l'encontre du GIE.

Le Conseil de la concurrence a enjoint au GIE Sport libre de suspendre, en ce qui concernait la retransmission radiophonique des matchs de la coupe du monde de football, les clauses de ses statuts et de son règlement intérieur qui limitaient strictement la capacité de ses membres à négocier ou conclure, à titre individuel, tout accord relatif à la retransmission d'événements sportifs.

La cour constate que le GIE regroupe les principales radios, et que ses clauses prévoient l'abandon du droit de négociation individuel de chacun des membres, ce qui peut comporter un effet restrictif de concurrence. Elle souligne que la revendication du droit à l'information n'autorise pas, en l'état de la législation qui n'interdit nullement la concession exclusive d'un droit de retransmission des événements sportifs, à se livrer à une pratique prohibée. Elle considère que le fait que le GIE ait été notifié à la Commission européenne n'empêche pas le Conseil «*de faire usage des pouvoirs conservatoires que lui confère l'article L. 464-1 du code de commerce afin de faire cesser une pratique antérieure à la notification pour laquelle il existe des indices très sérieux d'illégalité*».

Elle relève que le GIE a été vraisemblablement conçu pour empêcher RMC de bénéficier de son contrat d'exclusivité, ce qu'attestent les déclarations publiques de son président, et souligne l'atteinte portée aux intérêts des consommateurs puisque, en raison des pratiques, les auditeurs demeurant dans la partie du territoire français non couverte par RMC, auraient été privés de retransmission des matchs de la coupe



du monde de football. Elle estime la mesure décidée par le Conseil, à la fois strictement proportionnée à ce qui est nécessaire à la cessation du trouble constaté ainsi qu'au rétablissement des conditions de la concurrence, et justifiée par l'urgence.

## Sur la nature des mesures conservatoires

### *Le degré de précision des injonctions prononcées par le Conseil*

Dans sa décision 02-MC-03 du 27 février 2002, le Conseil de la concurrence avait ordonné à France Télécom de mettre à la disposition de l'ensemble des fournisseurs d'accès à Internet, un serveur d'accès Extranet leur permettant d'accéder aux mêmes informations que celles dont disposait Wanadoo Interactive et de commander aux services spécialisés de France Télécom l'opération matérielle de la connexion ADSL, dans les mêmes conditions tarifaires et d'efficacité que celles accordées à Wanadoo Interactive. En outre, afin de pallier le désavantage structurel dont pâtissaient les FAI concurrents de Wanadoo, le Conseil avait exigé que ce dispositif autorise le traitement de masse en ligne. Dans cette attente, la commercialisation des packs était suspendue.

Les parties requérantes soutenaient, en se prévalant d'un arrêt de la cour d'appel du 26 février 2002 concernant l'ART, que les mesures étaient trop vaguement définies et insuffisamment motivées. La cour d'appel juge, dans son arrêt du 9 avril 2002, que les mesures étaient suffisamment motivées par l'analyse de la discrimination structurelle effectuée par le Conseil et par ailleurs, que *«le Conseil n'a pas à se substituer à France Télécom pour définir les éléments techniques de l'accès au serveur»*. La cour vérifie en outre que le délai dans lequel la mesure doit être mise en œuvre n'est pas indéterminé (en l'espèce, un délai de 4 mois avait été imparti à France Télécom).

### *L'orientation vers les coûts*

Le Conseil de la concurrence avait enjoint à la société TDF de communiquer à toute entreprise qui en faisait la demande, une offre de prestations d'accueil concernant, au moins, les sites de diffusion hertzienne installés sur les vingt-neuf premières zones de diffusion définies par le CSA dans sa décision du 24 juillet 2001, détaillée poste par poste, et intégrant des conditions tarifaires établies de manière objective, transparente et non discriminatoire, à un prix en rapport avec les coûts directs et indirects des prestations offertes, y compris une rémunération raisonnable du capital engagé (02-MC-04).

Dans un arrêt du 21 mai 2002, la cour d'appel confirme le pouvoir du Conseil de prendre toute décision en matière de mesures conservatoires *«de nature à prévenir ou à redresser les situations économique déviantes»*, même si ces mesures ne sont pas demandées par les parties, étant rappelé que *«l'énumération des mesures conservatoires figurant à l'article L. 464-1 du code de commerce n'est pas limitative»*.

La cour estime, en revanche, que la mesure excède ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence : *«(...) l'immédiateté et la gravité de l'atteinte*

*à la concurrence (...) n'imposent pas que le principe d'orientation vers les coûts (...) soit appliqué dans toute sa rigueur alors qu'en l'état de l'instruction, la qualification d'infrastructure essentielle des sites de TDF n'est pas avérée».*

La cour note la fragilité du secteur et souligne que l'orientation vers les coûts est de nature à pénaliser l'opérateur historique et à exercer un impact nocif sur la concurrence en décourageant l'investissement. Toutefois, elle insiste sur la nécessaire prise en considération des coûts pour s'assurer qu'ils sont en conformité avec les principes garantissant le libre jeu de la concurrence, *«c'est-à-dire, s'agissant d'une société en position dominante, proportionnels à la valeur du service».*

La cour reprend donc tous les éléments contenus dans l'injonction du Conseil, mais en supprimant la référence au concept d'orientation vers les coûts qu'elle remplace par *«un prix proportionné à la valeur du service»* proposé par TDF.

### Sur l'application du droit communautaire

Dans un arrêt du 26 juin 2002 (SA Pharma-Lab), la cour d'appel a statué sur un recours contre une décision du Conseil, rendue en matière de mesure conservatoire (02-MC-07), par laquelle avait été admise la *«recevabilité»* de la saisine, mais rejetée la demande de mesures conservatoires en l'absence d'atteinte grave et immédiate aux intérêts de l'entreprise, du secteur, de l'économie ou des consommateurs.

La cour rappelle que la voie du recours prévue par l'article L. 464-8 du code de commerce n'est pas ouverte à l'encontre des décisions par lesquelles le Conseil de la concurrence déclare une saisine au fond recevable.

Elle rappelle également le principe selon lequel une pratique anticoncurrentielle relève de l'application des articles 81 et 82 du traité, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter sensiblement les échanges intracommunautaires. Par ailleurs, la cour valide l'application du droit communautaire par le Conseil de la concurrence à des pratiques commises sur le territoire français, bien qu'elles ne produisent pas d'effet sur ce territoire dès lorsqu'elles sont susceptibles d'affecter de manière sensible le commerce entre États-membres.

La cour rappelle encore le principe d'application directe du droit communautaire, consacré en droit national, par l'article L. 470-6 du code de commerce : *«(...) pourvu que leur droit national leur ait conféré les pouvoirs nécessaires à cette fin, les autorités nationales de concurrence sont compétentes pour appliquer les dispositions d'effet direct des articles 81 (§1) et 82 du traité CE en tant que ces dispositions font partie intégrante de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des États-membres ; (...) l'habilitation des autorités françaises à mettre en œuvre les règles de concurrence communautaires résulte des dispositions de l'article L. 470-6 du code de commerce selon lesquelles, pour l'application des articles 81 à 83 du traité CE, le Conseil de la concurrence dispose des pouvoirs qui lui sont reconnus par les articles du livre quatrième du code de commerce, les règles de procédure prévues par ces textes étant applicables».*

Selon la cour d'appel, «*les critères d'appréciation du bien-fondé [des mesures conservatoires] sont ceux définis par le droit communautaire et [...] les dispositions de l'article L. 464-1 du code de commerce doivent, en tant que de besoin, être interprétées à la lumière de celui-ci*». Dans la mesure où la jurisprudence communautaire conditionne l'octroi d'une mesure provisoire à «*l'existence d'une présomption d'infraction raisonnablement forte*», la cour d'appel se démarque de l'analyse du Conseil en considérant que cette présomption ne résulte pas du dossier, s'agissant aussi bien de l'entente entre les laboratoires que de l'abus de position dominante. La cour rejette le recours de la société Pharma-Lab pour ce motif, qu'elle substitue à celui retenu par le Conseil, tenant à l'absence de préjudice.

Dans l'arrêt du 16 juillet 2002 (SA Pharmajet), la cour d'appel statuait sur le recours formé contre la décision du Conseil du 12 juin 2002 (02-MC-09), par laquelle avait été rejetée une demande de mesures conservatoires présentée par la société Pharmajet, grossiste exportateur en pharmacie, qui se plaignait de décisions de cessation de livraisons prises par plusieurs laboratoires. S'agissant des conditions d'octroi des mesures conservatoires, elle rappelle que «*[...] si l'autorité compétente pour prononcer des mesures conservatoires n'est pas tenue de constater une infraction aux règles de la concurrence présentant le même degré de certitude que celui requis pour la décision finale, elle doit néanmoins être convaincue de l'existence d'une présomption de manquement raisonnablement forte*». Dans ce cadre, la cour approuve le Conseil d'avoir tenu pour non établie l'existence d'une entente des laboratoires visant à contrarier l'exercice des activités de l'exportateur et écarte, au vu des pièces du dossier, un éventuel abus de position dominante des laboratoires mis en cause.

## ■ Jurisprudence de la Cour de cassation

En 2002, la Cour de cassation a rendu 8 arrêts sur des pourvois formés contre des arrêts de la cour d'appel de Paris, statuant sur des recours contre des décisions du Conseil.

### Arrêts relatifs à des mesures conservatoires

#### Arrêt du 12 février 2002 (société Scan Coupon)

Dans une décision 99-MC-07 du 13 octobre 1999, le Conseil de la concurrence avait estimé qu'il n'était pas exclu que la société Sogec gestion, opérateur dominant et historique sur le marché du traitement des coupons publicitaires de réduction, ait abusé de sa position dominante au détriment de la société Scan coupon, et avait prononcé des mesures conservatoires à son encontre.

Il était reproché à la société Sogec gestion d'avoir imposé aux annonceurs des contrats d'adhésion comprenant des clauses d'exclusivité de gestion

de l'ensemble des coupons de réduction émis, ne laissant d'autre choix à ces annonceurs que la résiliation totale du contrat. Il lui était reproché également d'avoir imposé des clauses de tacite reconduction, d'avoir mis des obstacles à l'exécution du contrat de Scan coupon avec l'enseigne Casino (en refusant d'envoyer à Scan coupon les coupons qu'elle devait traiter) et enfin, d'avoir installé gratuitement, sur les ordinateurs des distributeurs, son propre logiciel de traitement des coupons.

Le Conseil avait considéré que ces pratiques portaient une atteinte grave et immédiate au secteur concerné en empêchant l'émergence de toute concurrence, et avait enjoint à Sogec, notamment de suspendre l'application de la clause d'exclusivité contenue dans les contrats d'adhésion et de ne plus proposer de contrats comportant de telles clauses.

La cour d'appel, dans un arrêt du 16 décembre 1999, avait réformé la décision du Conseil et rejeté la demande de mesures conservatoires en relevant, d'une part, le caractère limité dans le temps de la clause d'exclusivité litigieuse et le fait que son caractère injustifié n'était pas démontré, d'autre part, l'apparition, sur le marché concerné, de plusieurs prestataires de service, dont Scan coupon, qui ne permettait pas de retenir une atteinte au secteur ou à l'intérêt des consommateurs.

La Cour de cassation casse l'arrêt déféré pour absence de motivation suffisante. Elle retient que la cour d'appel n'a pas démontré en quoi le comportement caractérisé par le Conseil ne serait pas abusif, ni en quoi l'existence d'opérateurs sur le marché contredirait l'analyse du Conseil sur l'atteinte grave au secteur. Elle retient encore que la cour d'appel ne pouvait infirmer l'analyse du Conseil, en s'abstenant, par ailleurs, de se livrer à une analyse concrète du marché (comparaison des parts de marché des opérateurs, analyse de leur capacité à répondre à la demande des fabricants ou distributeurs).

### Arrêt du 24 septembre 2002 (société Phototelem)

L'arrêt du 24 septembre 2002 traite pour l'essentiel de la procédure propre à l'examen des demandes de mesures conservatoires. La Cour de cassation rappelle que *«si, à l'occasion de l'examen de la recevabilité d'une saisine ou d'une demande de mesures conservatoires, un rapporteur (...) use de la faculté que lui confère l'article 15 du décret du 29 décembre 1986 de présenter des observations orales en séance, aucune violation du principe de la contradiction ni du principe de l'égalité des armes ne saurait résulter du défaut de communication préalable et écrite de ces observations aux parties, dès lors qu'elles sont présentées dans le cadre des débats contradictoires et que les parties disposent de la même faculté»*. Elle constate, par ailleurs, qu'aucun texte n'impose au Conseil la transcription des auditions de témoins auxquelles il procède en séance, aucune atteinte aux droits de la défense n'en résultant dès lors que ces auditions sont recueillies contradictoirement au cours des débats et que les parties qui forment un recours peuvent demander à la cour d'appel de les renouveler.

## Jurisprudence relative à la procédure

### Sur les conséquences de la décision du Tribunal des conflits du 18 octobre 1999 - Arrêt du 12 mars 2002

La cour d'appel de Paris avait été saisie d'un recours contre la décision 98-D-34 du 2 juin 1998, par laquelle le Conseil avait sanctionné Air France et Aéroports de Paris (ADP) pour entente anticoncurrentielle, et ADP pour abus de position dominante. Le Conseil avait considéré que le regroupement des activités du groupe Air France, autorisé par la direction générale de l'aviation civile, procédait d'une entente entre le groupe Air France et ADP et que la décision prise par cet établissement de refuser à TAT d'ouvrir à partir d'Orly-ouest de nouvelles liaisons, ainsi que l'obligation faite à TAT d'utiliser le personnel d'ADP pour les services d'assistance en escale, étaient des pratiques constitutives d'abus de position dominante. La cour d'appel avait rejeté le déclinatoire de compétence déposé par le préfet et sursis à statuer dans l'attente de la décision du Tribunal des conflits, saisi par le préfet.

Par une décision du 18 octobre 1999, le Tribunal des conflits avait considéré que les décisions d'ADP de regrouper les activités du groupe Air France à l'aérogare d'Orly-ouest et de refuser à la société TAT d'ouvrir de nouvelles lignes à partir de cet aérogare, se rattachaient à la gestion du domaine public aéroportuaire et à l'usage, par ADP, de prérogatives de puissance publique, et relevaient, par conséquent, de la seule compétence des autorités administratives. Le Tribunal des conflits avait cependant considéré que la pratique d'ADP, consistant à contraindre la compagnie TAT à recourir à ses services d'assistance en escale, était détachable de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif et susceptible de constituer un abus de position dominante et, par conséquent, d'être sanctionnée par le Conseil de la concurrence.

Dans un arrêt du 14 mars 2000 (Aéroports de Paris), la cour d'appel de Paris, avait néanmoins constaté que la décision du Conseil avait été annulée en toutes ses dispositions par la décision rendue par le Tribunal des conflits, tant à l'égard d'Air France que d'ADP. La cour n'avait pas distingué les deux pratiques d'abus de position dominante reprochées à ADP et n'avait pas davantage distingué les sanctions se rapportant à chacune d'elle.

En outre, la cour avait estimé que la décision du Tribunal des conflits emportait annulation de l'ensemble de la procédure d'enquête, ce qui l'empêchait par conséquent, de se substituer au Conseil pour rechercher si l'obligation faite à la TAT d'utiliser les services d'ADP était constitutive ou non d'un abus de position dominante.

La Cour de cassation censure cet arrêt au motif que l'un des deux chefs de sanction au titre de l'abus de position dominante n'avait pas été annulé, et que l'annulation de la procédure était seulement limitée aux pièces relatives à l'entente et à l'une des pratiques constitutives d'un abus de position dominante.

### Sur la prescription - Arrêt du 26 février 2002 (Compagnie nationale des experts)

Dans un arrêt du 26 février 2002 (Compagnie nationale des experts), la Cour de cassation confirme sa jurisprudence antérieure relative à la prescription, telle qu'elle résulte de son arrêt du 17 juillet 2001 (Thomson Multimédia Marketing France), en l'appliquant au cas où le ministre est partie saisissante. Elle censure, par conséquent, un arrêt de la cour d'appel qui avait admis que le délai de prescription devant le Conseil s'était trouvé suspendu à l'égard du ministre, lequel avait été mis dans l'impossibilité d'agir pour faire exécuter un acte interruptif dans la procédure en cours devant le Conseil. La Cour estime qu'en ajoutant ainsi à l'article 27 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 (devenu L. 462-7 du code de commerce), un cas de suspension de la prescription qu'il ne prévoit pas, la cour d'appel a violé ce texte.

### Sur le pouvoir d'évocation de la cour d'appel - Arrêt du 26 février 2002 (Compagnie nationale des experts)

Dans le même arrêt du 26 février 2002, la Cour de cassation confirmant sa jurisprudence antérieure (30 mai 2000, Canal Plus) décide, qu'après avoir annulé la procédure suivie devant le Conseil postérieurement à la notification du rapport et le dépôt des mémoires en réponse, la cour d'appel pouvait, en application des articles 15 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 (devenu l'article L. 464-8 du code de commerce) et 561 du nouveau code de procédure civile, juger l'affaire au fond en se prononçant sur les griefs notifiés et en substituant sa propre décision à celle du Conseil.

### Sur la compétence du Conseil – Arrêt du 19 novembre 2002

Dans un arrêt du 19 novembre 2002, la Cour de cassation avalise l'analyse selon laquelle «*la résiliation par un établissement public d'une convention d'occupation du domaine public à la suite du non paiement de redevances dont le taux est par ailleurs contesté ainsi que le refus opposé à une demande de concession, constituent des décisions par lesquelles une personne publique assure la mission de gestion du domaine public, qui lui est confiée, au moyen de prérogatives de puissance publique*» et que «*les conditions critiquées de fixation du niveau des redevances d'occupation temporaire du domaine public sont indissociables de la gestion de ce domaine*». La Cour confirme ainsi l'arrêt de la cour d'appel qui avait rejeté le recours formé contre la décision du 20 septembre 2000 (00-D-41), par laquelle le Conseil s'était déclaré incompétent pour connaître des pratiques dénoncées par la société Au Lys de France, liées à la fixation des redevances et aux procédures de sélection, mises en œuvre par les Aéroports de Paris lors de l'attribution de concessions situées dans l'aéroport de Roissy-Charles de Gaulle.

Cette décision de la Cour de cassation s'inscrit dans la ligne de son précédent arrêt du 16 mai 2000 (NAVSA) concernant des redevances exigées par la

société Semmaris de la part des entreprises gérant des distributeurs de boissons sur l'emprise du marché d'intérêt national de Rungis.

## Jurisprudence relative au fond

### Arrêt du 15 janvier 2002 (Société Les Meilleures Éditions)

Dans un arrêt du 29 février 2000 (Syndicat général du Livre et de la communication écrite), la cour d'appel avait annulé la décision (99-D-41) par laquelle le Conseil avait condamné quatre syndicats, réunis au sein du comité intersyndical du livre parisien (CILP), pour une pratique concertée visant à exercer diverses pressions sur la société Les Meilleures éditions, afin de l'empêcher de faire imprimer ses journaux à moindre coût dans une imprimerie de labeur. La cour d'appel avait jugé qu'il convenait de rechercher, pour caractériser une entente, *«si l'une au moins des parties à l'entente, peut être considérée comme acteur économique exerçant une activité sur le marché»*. Dans la mesure où le Conseil avait relevé que les syndicats en cause n'exerçaient pas d'activité économique et où la constatation d'une atteinte à la concurrence résultant d'une action ponctuelle de la part de ceux-ci ne pouvait suffire à leur conférer la qualité d'acteurs économiques, la cour a estimé que l'article 7 de l'ordonnance était inapplicable en l'espèce.

60

La société Les Meilleures éditions, demanderesse au pourvoi, soutenait que l'application de l'article 7 n'imposait pas que les pratiques revêtent un caractère habituel ou répétitif.

La Cour de cassation confirme l'analyse de la cour d'appel, au motif que celle-ci ne s'est pas fondée sur le caractère isolé des agissements, mais sur l'absence d'activité économique exercée par les syndicats poursuivis.

A cette occasion, la Cour de cassation réaffirme le principe de l'absence d'immunité syndicale au regard du droit de la concurrence, dès lors qu'une organisation syndicale *«se livrerait à une activité économique, distincte de sa mission première de défense des intérêts de ses adhérents»*.

### Arrêt du 22 octobre 2002 (société Vidal)

Dans un arrêt du 22 octobre 2002, la Cour de cassation a apporté des précisions sur la notion de boycott. Dans une décision du 9 novembre 1999 (99-D-68), le Conseil, saisi par la société Vidal qui s'estimait victime d'un boycott émanant de la Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA), avait prononcé un non-lieu à poursuivre la procédure, estimant qu'il n'était pas établi que la pratique dénoncée (envoi d'une lettre par la FFSA à ses adhérents pour leur demander de ne pas participer à un salon professionnel organisé par la société Vidal) ait eu un objet anticoncurrentiel ou un effet sensible sur la concurrence. Statuant sur le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel qui avait confirmé la décision du Conseil, la Cour de cassation énonce que *«le boycott constitue une action délibérée en vue*

*d'évincer un opérateur du marché»* et décide qu'ayant estimé que les pratiques arguées de boycott par la société Vidal ne pouvaient être ainsi qualifiées dès lors que la volonté d'éviction de la société Vidal par la FFSA n'était pas établie, la cour d'appel a statué à bon droit.



# Études thématiques

<b>L'orientation des prix vers les coûts</b> .....	67
Contexte et finalité des injonctions d'orientation vers les coûts .....	68
Mise en oeuvre des injonctions d'orientation vers les coûts .....	79
Conclusion .....	88
<b>Le régime de la prescription en droit national de la concurrence</b> .....	89
La détermination du point de départ de la prescription ....	90
L'interruption et la suspension de la prescription .....	91
Les effets et la portée de l'acquisition de la prescription ..	96
Conclusion .....	97

# Études thématiques

## ■ L'orientation des prix vers les coûts

Les directives européennes fixant le cadre de l'ouverture à la concurrence du secteur des télécommunications ont fixé comme principe que les tarifs d'interconnexion aux infrastructures de réseau des opérateurs historiques devaient être orientés vers les coûts supportés pour la fourniture de ce service.

L'injonction, faite à une entreprise d'orienter ses tarifs vers ses coûts, déroge au principe de la libre détermination des prix par le jeu de la concurrence, institué par l'article L. 410-2 du code de commerce. De façon générale, les prix s'établissent à un niveau concurrentiel, en fonction non pas des seuls coûts des entreprises mais également de la demande qui leur est adressée. Il n'est donc pas surprenant que la jurisprudence du Conseil de la concurrence en matière d'orientation vers les coûts soit peu abondante.

Dans les années récentes, le Conseil a eu recours à ce type d'injonctions dans le secteur des télécommunications (décision Kosmos 01-MC-07) et dans les secteurs connexes de l'édition d'annuaires, du renseignement téléphonique et du marketing direct (décision 02-D-41). Dans ces deux cas, le Conseil a tenu compte des dispositions réglementaires en vigueur (code des postes et télécommunications). Il a également prononcé une injonction d'orientation vers les coûts dans l'affaire TDF (décision 02-MC-04) qui concernait les infrastructures nécessaires à la mise en place de la télévision numérique terrestre.

La première partie de la présente étude décrit le contexte et la finalité des injonctions d'orientation vers les coûts. Une injonction de ce type n'est pas, en règle générale, un instrument approprié pour remédier à des problèmes de concurrence. En revanche, elle peut permettre de favoriser l'émergence de nouveaux marchés et accompagner utilement le processus de libéralisation de secteurs anciennement sous monopole. La seconde partie aborde les problèmes de mise en œuvre pratique. Les problèmes d'incitation et d'asymétrie d'information, bien connus dans le domaine de la régulation des monopoles publics, sont brièvement passés en revue. Les méthodologies mises au point dans le secteur des télécommunications et précisées dans les textes réglementaires, fournissent une référence utile pour le Conseil de la concurrence.

## Contexte et finalité des injonctions d'orientation vers les coûts

### L'orientation vers les coûts n'est pas, en règle générale, un instrument approprié pour remédier à des problèmes de concurrence

Le principe d'orientation vers les coûts n'est pas inscrit dans la doctrine des infrastructures essentielles. Dans la plupart des cas, le caractère non discriminatoire de l'accès suffit à garantir l'exercice d'une concurrence par les mérites. Cependant, le critère de non-discrimination est parfois inopérant, en particulier dans les cas de forte intégration verticale. Dans ces situations, les tests de ciseau tarifaire, qui consistent à imposer un écart suffisant entre les tarifs d'accès et les prix de détail, permettent de restaurer l'efficacité de court terme. Toutefois, la volonté d'ouvrir les marchés à la concurrence et de favoriser le développement de marchés émergents, qui s'inscrit dans une perspective de long terme, peut justifier d'agir directement sur le tarif d'accès.

### La doctrine des infrastructures essentielles ne fait pas référence au principe d'orientation vers les coûts

Comme le rappelle l'avis 02-A-08 du Conseil, la notion de facilité ou d'infrastructure essentielle est, à l'origine, une création jurisprudentielle des tribunaux américains appliquant les dispositions des sections 1 et 2 du *Sherman Act*. La première application de cette notion remonte à l'affaire *United States vs. Terminal Railroad*. Dans cette affaire, le financier américain Jay Gould avait, en formant une association, notamment avec des sociétés de transport ferroviaire, acquis le contrôle de la totalité des infrastructures nécessaires pour charger ou décharger le fret et permettre le trafic passager des deux côtés du Mississippi aux alentours de Saint-Louis. Le gouvernement fédéral attaqua l'association sur le fondement des dispositions du *Sherman Act* qui prohibent la monopolisation. La Cour suprême des États-Unis, qui se prononça sur cette affaire en 1912, fut cependant sensible aux arguments des parties qui soutenaient que la réunion des infrastructures permettant de traverser le Mississippi à Saint-Louis dans une même entité était de nature à permettre des gains d'efficacité substantiels. Pour permettre l'exercice de la concurrence à l'aval dans le secteur du transport ferroviaire, sans pour autant renoncer aux gains d'efficacité permis par la concentration, la Cour suprême des États-Unis choisit, d'une part, d'obliger l'association à admettre en son sein toute compagnie ferroviaire qui en ferait la demande, aux mêmes conditions que celles qui avaient été consenties aux compagnies ferroviaires déjà membres de l'association. Elle a permis, d'autre part, aux compagnies ferroviaires qui ne souhaitaient pas devenir membres de l'association de pouvoir accéder aux infrastructures à un coût leur assurant qu'elles ne seraient pas désavantagées dans la concurrence par rapport aux compagnies membres de l'association.

Ainsi fut posé, pour la première fois en droit de la concurrence, le principe selon lequel une entreprise en situation de monopole ou de position dominante, qui détient une infrastructure à laquelle les entreprises opérant sur un marché aval (ou amont) doivent nécessairement avoir accès pour

concurrer, sur ce marché, l'entreprise détentrice de l'infrastructure, doit permettre l'accès à cette dernière sur une base équitable et non discriminatoire.

La première application de cette notion par le Conseil de la concurrence remonte à une décision 90-D-22 du 26 juin 1990. La ressource essentielle consistait dans les installations de stockage et d'acheminement aux avions de carburant sur les aéroports de Roissy et d'Orly. Il y a lieu de noter que l'appellation de structure essentielle ou de facilité essentielle ne figure pas dans la décision. La qualification «*d'infrastructure essentielle*» a, pour la première fois, été utilisée par le Conseil dans une décision 96-D-51, Héli-Inter Assistance, confirmée par la cour d'appel dans un arrêt du 9 septembre 1997. Par la suite, la jurisprudence et la doctrine se sont donc attachées à préciser les conditions d'applicabilité du principe limitant la liberté économique du détenteur d'une infrastructure essentielle. A cet égard, les principes dégagés aux États-Unis sont, pour l'essentiel, les mêmes que ceux dégagés dans le droit européen ou le droit français de la concurrence. La limitation de la liberté contractuelle du détenteur d'une infrastructure essentielle s'applique lorsque :

- en premier lieu, l'infrastructure est possédée par une entreprise qui détient un monopole (ou une position dominante) ;
- en deuxième lieu, l'accès à l'infrastructure est strictement nécessaire (ou indispensable) pour exercer une activité concurrente sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel le détenteur de l'infrastructure détient un monopole (ou une position dominante) ;
- en troisième lieu, l'infrastructure ne peut être reproduite dans des conditions économiques raisonnables par les concurrents de l'entreprise qui la gère ;
- en quatrième lieu, l'accès à cette infrastructure est refusé ou autorisé dans des conditions restrictives injustifiées ;
- en cinquième lieu, l'accès à l'infrastructure est possible.

Dans ces circonstances, l'accès doit être garanti dans des conditions transparentes, équitables et non discriminatoires, ce qui n'implique en aucune manière l'application automatique d'un principe d'orientation vers les coûts.

#### ***L'accès non discriminatoire à l'infrastructure essentielle suffit à garantir l'efficacité de court terme***

Les barrières à l'accès à un marché aval qu'une entreprise, détenant une infrastructure essentielle, peut opposer à ses concurrents, peuvent en général être levées en imposant à cette entreprise de pratiquer des tarifs d'accès non discriminatoires.

Ainsi, dans sa décision 00-MC-01, relative à la fourniture par France Télécom d'un service d'accès à haut débit aux opérateurs concurrents, le Conseil n'a, de fait, pas fait référence aux coûts. Il 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 au circuit virtuel permanent pour la four-*

*niture 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*». Dans cette affaire, le Conseil a été saisi par 9 Telecom, opérateur de réseau de télécommunication, qui souhaitait offrir aux fournisseurs d'accès à Internet un service de collecte du trafic généré par leurs abonnements ADSL, concurrent des services proposés par France Télécom. La société 9 Télécom ne pouvant, à l'époque, accéder à la boucle locale et donc desservir directement les abonnés, elle avait demandé à France Télécom d'avoir accès au «*circuit virtuel*», technique qui permet à l'abonné d'être le client du nouvel opérateur pour un service de données à haut débit tout en restant client de France Télécom pour le service téléphonique vocal. France Télécom, en réponse, n'avait offert à cet opérateur que la possibilité de lui acheter en gros l'offre Netissimo pour la revendre au détail, possibilité ne permettant pas à l'opérateur d'élaborer une offre spécifique, éventuellement plus performante techniquement ou plus avantageuse économiquement que celle qu'avait élaborée l'opérateur dominant.

C'est à la suite de l'injonction prononcée par le Conseil dans cette affaire que l'offre ADSL Connect ATM a été rendue disponible par France Télécom en avril 2000. Saisie d'une demande de règlement de différend par la société Liberty Surf (décision 01-253 du 2 mars 2001), l'ART a réaffirmé le principe de non-discrimination : *«Il résulte de tout ce qui précède que l'offre ADSL Connect ATM, qui consiste en la fourniture d'un service d'accès à haut débit, doit être regardée comme entrant dans le champ des dispositions susmentionnées du paragraphe 7 de l'article 16 de la directive 98/10/CE précitées. L'offre ADSL Connect ATM ayant été publiée par France Télécom, elle doit être qualifiée d'accès au sens des dispositions précitées de l'article L. 34-8 du code des postes et télécommunications. Il s'ensuit que France Télécom doit respecter le principe de non-discrimination, tel que défini par les dispositions précitées tant de l'article L. 34-8 que de l'article 16 de la directive 98/10/CE, en offrant les mêmes conditions et la même qualité que pour ses propres services ou pour ceux de ses filiales et associés*».

Cependant, dans le cas de l'offre Connect ATM, l'application du principe de non-discrimination s'avérait particulièrement délicate puisque France Télécom n'utilise pas elle-même la prestation que le Conseil lui a enjoint de fournir. Le principe de non-discrimination s'avère également non opératoire en présence d'une structure très intégrée verticalement. En effet, pour une entreprise intégrée, au sens où le seul objectif poursuivi par l'ensemble de la structure est la maximisation du profit total des activités, le prix de cession interne n'a pas de signification économique et peut être l'objet de manipulation comptable.

Les problèmes posés par l'intégration verticale du détenteur de l'infrastructure ont été illustrés dans la décision 02-D-41, citée ci-dessus, par les conditions de cession de la base annuaire internes au groupe France Télécom : *«Considérant que les termes fixés dans les conventions pour la mise à disposition de la base annuaire prévoient des conditions tarifaires en apparence identiques entre Pages Jaunes et d'autres éditeurs de services*

*d'annuaires ou de renseignement concurrents ; que, pour autant, le coût de l'acquisition de la base annuaire imputé par le pôle service par opérateur pour l'activité de renseignement par téléphone de France Télécom est inférieur au montant facturé à un opérateur concurrent qui souhaiterait exclusivement, comme Sonera, exercer une telle activité ; que cette situation, qui est en contradiction apparente avec l'identité des conditions contractuelles stipulées, est due à la rétrocession de la base annuaire effectuée par Pages Jaunes au profit de France Télécom pour l'exercice de l'activité de renseignement par téléphone ; que le passage par Pages Jaunes apparaît artificiel dans la mesure où la base de données pourrait être cédée directement par la division multimédia de France Télécom». Dans cette affaire, la disproportion était cependant telle que le Conseil a pu conclure que l'injonction de non-discrimination n'avait pas été respectée.*

### **Effet de ciseau et ouverture à la concurrence**

Dans les affaires concernant l'Internet qui vont être évoquées ci-dessous, la prestation amont n'existait pas et le Conseil a précisément demandé sa création. Mais dans la plupart des cas, l'architecture verticale du marché, avec une prestation amont vendue aux concurrents et une prestation aval vendue aux clients finals, est déjà en place. Les cas délicats sont ceux où le détenteur de l'infrastructure amont est également actif en aval et où il est verticalement intégré.

Dans la mesure où il s'agit de permettre aux concurrents d'exercer une concurrence effective sur le marché aval ou connexe dépendant de l'accès à l'infrastructure, il peut suffire de s'assurer qu'ils ne sont pas victimes d'un effet de ciseau (ou *squeeze*) sur ce marché, compte tenu, d'une part, du prix d'accès à cette infrastructure qui leur est facturé, et, d'autre part, des prix de détail pratiqués par le détenteur de l'infrastructure sur le marché amont. Il s'agit donc de vérifier que l'écart entre les prix amont (redevance d'accès payée par les opérateurs alternatifs) et aval (prix payé par les consommateurs finals) est suffisant pour que des concurrents raisonnablement efficaces puissent exercer leur activité. L'avantage des tests de ciseau est de ne faire intervenir ni les coûts amont ni les prix de cession interne de l'opérateur intégré.

Dans une affaire relative à l'offre de France Télécom permettant l'accès à Internet des écoles et des établissements scolaires (décision 98-MC-03 du 19 mai 1998), le Conseil a constaté que le tarif d'interconnexion des concurrents de France Télécom offert par cette entreprise à ses concurrents sur le segment amont (collecte de trafic régional IP) était au moins supérieur de plus de 60 % au forfait global proposé aux établissements scolaires pour la fourniture de l'accès à Internet. Le Conseil a enjoint à la société France Télécom de «*suspendre l'application de son offre concernant l'accès aux écoles et aux établissements scolaires publics et privés sous contrat à Internet, jusqu'à ce que cette société propose aux opérateurs longue distance une offre tarifaire spécifique et non discriminatoire d'interconnexion à son réseau de télécommunications local pour l'accès à Internet des établissements scolaires*». Il peut cependant arriver que la vérification de la présence d'un effet de ciseau ne soit pas aussi évidente que dans le cas précédent (cf. problèmes méthodologiques des tests de ciseau, *infra*).

La situation dans laquelle les concurrents ne peuvent pas exercer leur activité, en aval, peut être due à plusieurs facteurs. Les entreprises en aval peuvent être victimes de tarifs discriminatoires ou prédateurs de la part de l'entreprise intégrée. Mais il se peut également, que les entreprises actives en aval soient moins efficaces que l'opérateur intégré ou encore que le prix sur le marché aval soit très bas, par exemple parce que le marché est en croissance et qu'une «*guerre des prix*» s'y déroule, sans qu'une pratique de prédation puisse être imputée à l'opérateur intégré.

Les effets de ciseau peuvent-ils provenir d'un comportement stratégique du détenteur de l'infrastructure essentielle visant à évincer les concurrents ? Cette question est très discutée dans la littérature économique. Dans de nombreux cas, l'opérateur intégré n'a pas intérêt à évincer des entreprises plus efficaces que lui en aval. En effet, l'opérateur intégré arbitre entre servir lui-même les consommateurs finals et percevoir les redevances d'accès des opérateurs concurrents en aval. Si ces derniers sont plus efficaces que lui en aval (leur coût incrémental pour cette activité est plus faible que le sien), alors, dans le cas d'une concurrence en prix avec biens homogènes sur le marché aval, l'opérateur intégré choisit de percevoir les redevances d'accès. Ce résultat est *a fortiori* valide si les biens sont différenciés (voir par exemple Flochel, 2001).

Quelle que soit l'origine d'un éventuel effet de ciseau, on peut tenter d'y remédier en agissant directement sur l'écart de prix, qui est la variable cruciale du point de vue des concurrents. C'est le sens des tarifications à la «*marge perdue*», qui visent à assurer le détenteur de l'infrastructure qu'il récupèrera la marge qu'il perd en ne fournissant pas lui-même la totalité du marché aval. Ainsi, il lui est indifférent de servir lui-même les clients finals ou de percevoir les redevances d'accès des utilisateurs de l'infrastructure (qui sont ses concurrents en aval). Pour cela, il faut que l'écart entre le tarif d'accès et le prix de détail soit égal au coût incrémental de l'opérateur intégré sur le segment compétitif. Autrement dit, la redevance d'accès doit être égale au coût total de la prestation amont pour l'opérateur intégré, ce coût total étant la somme du coût direct de l'accès et du coût d'opportunité (bénéfice perdu par l'opérateur intégré en ne servant pas lui-même les consommateurs finaux). On supprime ainsi toute incitation pour le détenteur de l'infrastructure à évincer des concurrents plus efficaces que lui.

Cependant cette règle, même si elle est compatible avec l'efficacité économique de court terme, a été critiquée car elle ne permet de faire entrer sur le marché aval que les entreprises plus efficaces que l'opérateur intégré, au sens du coût incrémental. Autrement dit, seules pourront entrer, si on applique cette règle dans toute sa rigueur, les entreprises dont le coût est plus faible que le coût incrémental de la branche aval de l'opérateur intégré. Ce coût pouvant être très faible, il se peut qu'en pratique, aucun nouvel entrant n'ait la capacité d'exercer son activité sur le marché aval. Or, on admet en général que la présence d'une pluralité d'opérateurs est socialement optimale à long terme, car elle permet des innovations techniques ou des efforts de gestion, qui se traduiront par des réductions de coût et finiront par profiter aux consommateurs. Les gains futurs peuvent aussi consister en une plus grande variété des produits ou des offres tarifaires. Enfin, la

présence d'une pluralité d'entreprises (même moins efficaces que l'opérateur intégré) peut contribuer à réduire les rentes informationnelles de l'entreprise en place.

Ainsi, la volonté d'ouverture des marchés justifie d'aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour garantir l'efficacité de court terme (à savoir la règle de la marge) et d'agir directement sur le prix d'accès.

### L'orientation vers les coûts permet d'accompagner le processus de libéralisation de certains secteurs et de soutenir la création de nouveaux marchés

Les injonctions d'orientation vers les coûts peuvent être utiles dans un contexte d'ouverture à la concurrence. Elles permettent, en exerçant une pression à la baisse sur les prix, de favoriser l'émergence de nouveaux marchés. Mais cette mesure doit être utilisée de manière transitoire et n'a pas vocation à être généralisée à toutes les infrastructures essentielles.

#### *La libéralisation des industries de réseau*

Après avoir rappelé que «*des conditions équitables, proportionnelles et non discriminatoires d'interconnexion et d'interopérabilité sont des facteurs clés pour favoriser le développement de marchés ouverts et compétitifs*», la directive 97/33/CE considère que «*la fixation des tarifs d'interconnexion est déterminante pour la structure et l'intensité de la concurrence lors du passage à un marché libéralisé et que les organismes puissants sur le marché doivent être en mesure de prouver que leurs redevances d'interconnexion sont déterminées selon des critères objectifs, respectent les principes de transparence et d'orientation en fonction des coûts...*».

De même, la loi du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications prévoit, dans son article L. 34-8, que les exploitants de réseaux ouverts au public figurant sur la liste des opérateurs puissants, sont tenus de publier une offre tarifaire d'interconnexion, préalablement approuvée par l'ART. Cet article précise dans son troisième alinéa que les tarifs d'interconnexion rémunèrent l'usage effectif du réseau de transport et de desserte, et reflètent les coûts du service rendu. Le Conseil a confirmé, dans son avis 01-A-01 du 16 mars 2001, portant sur la tarification par France Télécom des communications téléphoniques au départ des réseaux tiers, que l'orientation vers les coûts de l'accès aux infrastructures essentielle de FT est compatible avec le droit de la concurrence.

Plusieurs caractéristiques du secteur des télécommunications justifient le recours privilégié à l'orientation vers les coûts des tarifs d'interconnexion, en particulier, l'intégration verticale des opérateurs nationaux et leur présence sur l'ensemble des marchés aval, qui facilite les subventions croisées entre activités et rend peu significatifs les tests de non-discrimination, en dépit de la séparation comptable des activités. Mais surtout, l'orientation vers les coûts permet, dans un contexte d'ouverture à la concurrence d'un secteur, d'atteindre des objectifs de régulation qui vont au-delà de la simple



instauration de conditions de concurrence efficaces sur les marchés concernés. Le principal objectif poursuivi par le régulateur est, en effet, l'entrée sur les marchés de nouveaux opérateurs, malgré les barrières à l'entrée qui protègent l'opérateur historique, comme l'ancienneté de son réseau, en partie amorti, la capillarité de ce réseau, les économies d'échelle dont il bénéficie du fait de son ancienneté, et les réticences des clients au changement d'opérateur. L'orientation vers les coûts permet de faire bénéficier les opérateurs entrants des économies d'échelle de l'opérateur historique, bien qu'ils n'aient pas encore atteint une taille critique. De plus, certains des marchés aval concernés (Internet, téléphone mobile) sont des marchés émergents dont les perspectives de développement dépendent de la possibilité d'une baisse rapide des prix de détail. Plus généralement, le coût des services de télécommunications est un élément clé de la compétitivité d'une économie. Or, l'orientation vers les coûts des tarifs amont favorise la baisse des prix en évitant que le client final paie une double marge, sur le service final et sur le service intermédiaire.

Dans le cadre de l'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence, l'article 4 de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité prévoit que *«les tarifs d'utilisation du réseau public de transport et des réseaux publics de distribution applicables aux utilisateurs sont calculés de manière non discriminatoire à partir de l'ensemble des coûts de ces réseaux»*. L'article 2 du décret du 26 avril 2001, relatif aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution de l'électricité, dispose que *«les tarifs d'utilisation des réseaux publics sont calculés à partir de l'ensemble des coûts de ces réseaux, tels qu'ils résultent de l'analyse des coûts techniques, de la comptabilité générale des opérateurs»*. Dans le cadre de son activité consultative, le Conseil de la concurrence a eu l'occasion de rappeler les conditions d'application du principe d'orientation vers les coûts aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité (avis 02-A-05 du 18 avril 2002).

### *Le cas des tarifs d'accès et l'affaire Kosmos*

L'interconnexion se distingue de l'accès par la réciprocité des prestations : l'opérateur interconnecté envoie du trafic et en reçoit. Avant la modification introduite par l'ordonnance du 25 juillet 2001, l'article L. 34-8 du code des postes et des télécommunications ne prévoyait pas que l'accès au réseau des utilisateurs et fournisseurs de services de télécommunications autres que le service téléphonique au public, ainsi que des services de communication audiovisuelle, donne lieu à une rémunération reflétant les coûts du service rendu. Seuls les principes d'objectivité, de transparence et de non-discrimination étaient retenus. Ces dispositions s'appliquaient, notamment, à la fourniture de services d'accès à haut débit.

L'ordonnance du 25 juillet 2001 a introduit la référence aux coûts pour ce type d'accès. L'alinéa IV de l'article L. 34-8 prévoit désormais que les exploitants de réseaux ouverts au public figurant sur la liste des opérateurs puissants font droit aux demandes d'interconnexion des titulaires d'une autorisation délivrée en application des articles L. 33-1 et L. 34-1 dans des

conditions objectives, non discriminatoires et transparentes. Ces exploitants assurent, dans les mêmes conditions, un accès à leur réseau aux utilisateurs et fournisseurs de services de télécommunications, autres que le service téléphonique au public, ainsi qu'aux services de communication audiovisuelle, autres que les services de radiodiffusion sonore ou de télévision diffusés par voie hertzienne terrestre ou par satellite, ou distribués par câble. Cet alinéa conclut que la fourniture des accès mentionnés au présent alinéa, par un exploitant figurant sur la liste des opérateurs exerçant une influence significative sur un marché pertinent des télécommunications, donne lieu à une rémunération reflétant les coûts du service rendu.

Cette modification a également eu pour effet de faire bénéficier de cette disposition l'accès des fournisseurs de services téléphoniques au titre de l'article L. 34-2, qui n'est pas non plus considéré comme une prestation d'interconnexion et ne bénéficie donc pas des tarifs publiés dans le catalogue d'interconnexion. Le Conseil en a tiré les conséquences dans sa décision 01-MC-07 du 21 décembre 2001. Après avoir constaté, d'une part, que les tests d'effet de ciseau tarifaire présentés par l'ART, dans son avis, montraient qu'un fournisseur de services de cartes à code, tel que la société Kosmos, ne pouvait aligner ses tarifs sur ceux de France Télécom sans subir de pertes, et, d'autre part, que les tarifs équivalents publiés au catalogue d'interconnexion étaient inférieurs à ceux proposés à Kosmos, le Conseil a enjoint à 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»*.

#### ***Le secteur des annuaires et renseignements téléphoniques est également soumis à des dispositifs de régulation***

La cour d'appel, dans un arrêt du 29 juin 1999, reprenant dans des termes similaires l'injonction prononcée par le Conseil dans sa décision 98-D-60 du 29 septembre 1998, avait enjoint à la société France Télécom de proposer ces données *«dans des conditions transparentes, objectives et non discriminatoires à un prix orienté vers les coûts liés aux opérations techniques nécessaires pour répondre à cette demande»*.

Dans l'affaire précitée opposant la société Filetech, spécialisée dans le marketing direct, à la société France Télécom sur le marché des fichiers destinés à la réalisation d'opérations de marketing direct, bien que n'ayant pas explicitement employé le terme *«d'infrastructure essentielle»*, la cour d'appel a conclu *«qu'il ressort de l'ensemble de ces constatations que la liste des abonnés au téléphone constitue pour les opérateurs intervenant sur le marché des fichiers de prospection une ressource à laquelle aucune autre base de données ne peut être substituée»*, que ces opérateurs avaient besoin de cette base et que *«France Télécom, qui était titulaire au cours de la période examinée d'un monopole légal sur le marché des télécommunications entre points fixes, était le seul opérateur en mesure de commer-*

*cialiser la liste des abonnés au téléphone, tenue à jour et expurgée des noms de ceux de ces abonnés figurant sur les listes orange et safran». Ces caractéristiques, qui sont celles d'une infrastructure essentielle détenue par une entreprise en situation de monopole, ont justifié l'injonction faite à la société France Télécom en ces termes :*

- *«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 des 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» ;*

*«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 cette 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».*

La Cour de cassation, dans l'arrêt de rejet qu'elle a rendu sur le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel, s'est appuyée sur le code des postes et télécommunications (arrêt n° 2030 du 4 décembre 2001 - pourvoi n° 99-16.642) *«Mais attendu que l'arrêt a retenu à la charge de la société France Télécom un abus de position dominante ayant consisté à entraver, notamment par des pratiques de prix excessifs et discriminatoires, l'accès à la liste des abonnés au service téléphonique expurgée de ceux inscrits en liste orange, ressource essentielle pour toutes les entreprises de marketing, et relevé que la liste orange ne pouvant, par nature, pas être divulguée, France Télécom ne pouvait que proposer des listes d'abonnés expurgées de ceux inscrits sur cette liste ou proposer une prestation de mise en conformité des fichiers externes avec la liste orange ; qu'en cet état, et dès lors qu'en vertu de l'article L. 35-4 du code des postes et télécommunications, la société France Télécom est tenue, jusqu'à la mise en service de l'organisme prévu par ce texte, de mettre à la disposition de 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 à un prix reflétant les coûts, la cour d'appel a pu prononcer l'injonction visée au moyen qui, seule, était de nature à mettre un terme aux pratiques condamnées».*

La Cour de cassation se réfère à l'article L. 35-4 du code des postes et télécommunications qui dispose que *«France Télécom édite un annuaire universel sous forme imprimée et électronique et fournit un service universel de renseignements.»* Mais c'est l'article L. 33-4 de ce code qui mentionne le principe d'orientation vers les coûts : *«Sur toute demande présentée en vue d'éditer un annuaire universel ou de fournir un service universel de renseignements, même limitée à une zone géographique déterminée, les opérateurs sont tenus de communiquer, dans des conditions non discrimi-*

natoires et à un tarif reflétant les coûts du service rendu, la liste de tous les abonnés ou utilisateurs auxquels ils ont affecté, directement ou par l'intermédiaire d'un distributeur, un ou plusieurs numéros du plan national de numérotation prévu à l'article L. 34-10.».

### **L'émergence d'un nouveau marché : l'exemple de la télévision numérique terrestre**

Dans le cadre de la mise en place des infrastructures nécessaires à la télévision numérique terrestre, le Conseil de la concurrence a enjoint «à la société TDF de communiquer à toute entreprise qui en fait la demande une offre de prestations d'accueil concernant, au moins, les sites de diffusion hertzienne installés sur les 29 premières zones de diffusion définies par le CSA dans sa décision du 24 juillet 2001, détaillée poste par poste, et intégrant des conditions tarifaires établies de manière objective, transparente et non discriminatoire, à un prix en rapport avec les coûts directs et indirects des prestations offertes, y compris une rémunération raisonnable du capital engagé» (décision 02-MC-04 du 11 avril 2002). Cette décision illustre la volonté du régulateur de faire prévaloir des prix d'accès relativement bas pour assurer l'ouverture effective du marché dans des délais raisonnables.

Dans la décision 02-MC-04 du 11 avril 2002, le Conseil a considéré, dans un premier temps, que la question de la reproductibilité des sites pylônes détenus par TDF ne se posait pas site par site mais pour l'ensemble du réseau et «qu'il ne peut donc être exclu, à ce stade de l'instruction, que les sites de TDF situés dans les 29 zones définies par le CSA, dans son appel à candidatures du 24 juillet 2001, constituent une infrastructure essentielle à laquelle TDF serait tenu de proposer l'accès à des conditions transparentes, non discriminatoires et orientées vers les coûts». Il a ensuite constaté qu'il n'était pas non plus exclu, à ce stade de l'instruction, que les offres faites à Antalis ne répondent pas à l'exigence de transparence nécessaire à l'exercice d'une concurrence effective et soient abusivement élevées, Antalis ayant fourni des estimations montrant que ces offres étaient de 2 à 11 fois supérieures au coût réel du service. En revanche, les éléments du dossier ne lui ont pas paru étayer de façon suffisamment probante l'accusation d'Antalis selon laquelle TDF lui appliquerait des charges d'accès supérieures à celles qu'elle se facturerait à elle-même. Il a, au vu de l'ensemble de ces considérations, enjoint à la société TDF de «communiquer à toute entreprise... une offre de prestation d'accueil concernant, au moins, les sites de diffusion hertzienne..., détaillée poste par poste et intégrant des conditions tarifaires établies de manière objective, transparente et non discriminatoires, à un prix en rapport avec les coûts directs et indirects des prestations offertes, y compris une rémunération raisonnable du capital engagé».

La cour d'appel, dans son arrêt du 21 mai 2002, a réformé cette décision, en considérant, «sur le principe d'orientation vers les coûts, que les mesures doivent être limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence ; que si l'immédiateté et la gravité de la pratique de l'atteinte à la concurrence commandent que TDF corrige son offre pour la rendre compatible avec le droit de la concurrence, elle n'impose pas que le principe d'orientation vers les coûts lui soit appliqué dans toute sa rigueur alors qu'en

*l'état de l'instruction, la qualification d'infrastructure essentielle des sites de TDF n'est pas avérée». La cour d'appel a reformulé l'injonction d'une façon différente, exigeant que les tarifs soient établis «à un prix proportionné à la valeur du service qu'elle [TDF] propose».*

En ces termes, l'injonction renvoie à la jurisprudence européenne selon laquelle une pratique de prix abusifs à l'égard de particuliers ou de professionnels, dans le cadre d'un monopole, peut être établie, s'il existe une disproportion manifeste entre ce prix et la valeur du service correspondant (CJCE, 13 novembre 1975, General Motors, 26/75). La jurisprudence ultérieure a précisé que cette «disproportion manifeste» pouvait s'apprécier par comparaison avec les coûts de revient ou avec les prix de produits équivalents. Ainsi, la décision 00-D-27 du 13 juin 2000 (prison du Val d'Oise), «*Considérant que, selon la jurisprudence de la CJCE, une pratique de prix abusifs à l'égard de particuliers ou de professionnels, dans le cadre d'un monopole, peut être établie, s'il y existe une disproportion manifeste entre ce prix et la valeur du service correspondant (CJCE General Motors 13 novembre 1975 et CJCE 11 novembre 1986 British Leyland), ou si une telle anomalie manifeste apparaît à la suite d'une comparaison effectuée sur une base homogène dans le cadre d'une analyse des composants du prix pratiqué (CJCE 14 février 1978 UBC et CJCE 13 juillet 1989 Tournier) ; une telle pratique n'existera pas si la disproportion constatée comporte une justification (CJCE 8 juin 1971 Deutsche Grammophon et CJCE 13 juillet 1989 Tournier)*».

### **Les tarifs de détail et le service universel**

La question de l'éventuelle orientation vers les coûts des tarifs sur les marchés de détail doit être abordée avec une grande prudence, car l'objectif d'ouverture à la concurrence doit être concilié avec la volonté de garantir au consommateur des prix abordables dans le cadre du service universel.

La directive 98/10/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 1998, concernant l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel, justifie cependant l'orientation vers les coûts des tarifs de détail des opérateurs puissants par le souci de garantir aux consommateurs l'accès aux services de téléphonie vocale à un prix abordable, alors que les conditions d'une concurrence effective sur le marché ne sont pas réunies.

L'article L. 34-1-1, inséré par Ordonnance n° 2001-670 du 25 juillet 2001 article 18 *Journal officiel* du 28 juillet 2001, dispose : «*Sans préjudice des dispositions de l'article L. 35-2, les opérateurs inscrits sur la liste établie en application du a du 7° de l'article L. 36-7, fixent les tarifs du service téléphonique au public de manière à ce qu'ils reflètent les coûts correspondants. Ces tarifs sont indépendants de la nature de l'utilisation qui est faite du service par les utilisateurs. Ils sont suffisamment détaillés pour que l'utilisateur ne soit pas obligé de payer des compléments de services qui ne sont pas nécessaires à la fourniture du service demandé. Les opérateurs portent ces tarifs et leurs modifications à la connaissance du public au moins huit jours avant la date de leur mise en application*».

Néanmoins, le Conseil soulignait dans l'avis 01-A-01 le fait qu'une application trop stricte du concept d'orientation vers les coûts, qui ne laisserait, par exemple, comme marge à France Télécom qu'une rémunération du capital, à un taux fixé chaque année par l'ART, risquerait de contraindre artificiellement la marge des opérateurs entrants et de décourager les nouvelles entrées. Il concluait : «*La possibilité doit être laissée à France Télécom d'intégrer dans ses tarifs de détail une marge commerciale raisonnable. Il va de soi que le caractère raisonnable de cette marge ne peut s'apprécier que par rapport au niveau des coûts réellement supportés par France Télécom, soit la charge de terminaison d'appel et les coûts d'acheminement de l'appel du poste fixe jusqu'au point d'interconnexion avec le réseau mobile*». De façon plus générale, le Conseil notait que, si France Télécom n'est pas tenue d'orienter mécaniquement ses tarifs de détail vers les coûts, la prise en compte de ces derniers constitue une précaution indispensable pour s'assurer de la conformité de ses tarifs au droit de la concurrence, notamment afin de s'assurer qu'ils ne revêtent pas un caractère prédateur et n'exposent pas les concurrents à un effet de ciseau tarifaire.

## Mise en œuvre des injonctions d'orientation vers les coûts

La mise en œuvre des injonctions d'orientation vers les coûts renvoie au même type de problèmes d'incitation et d'asymétrie d'information que ceux rencontrés dans le domaine de la régulation des monopoles publics. Les avancées méthodologiques réalisées dans le secteur des télécommunications fournissent un guide utile pour le Conseil de la concurrence.

### La mise en œuvre de l'orientation vers les coûts pose de délicats problèmes méthodologiques

La mise en œuvre pratique du principe d'orientation vers les coûts pose plusieurs questions de méthode : L'orientation vers les coûts doit-elle être stricte, les tarifs d'accès équivalant strictement aux charges précisément évaluées, ou doit-elle laisser place à une marge «*raisonnable*» ? Quels sont les coûts pertinents à prendre en compte ? Le taux de rémunération du capital doit-il cependant tenir compte du risque encouru par l'actionnaire ? Doit-on aller jusqu'à prendre en compte la charge de la dette ?

Ces questions traduisent la difficulté que le régulateur rencontre pour donner des incitations efficaces aux différents acteurs concernés (gestionnaire de l'infrastructure, investisseurs, utilisateurs, entrants potentiels) dans un contexte d'information asymétrique. Il faut cependant souligner que la plupart de ces problèmes ne sont pas propres aux situations dans lesquelles l'orientation vers les coûts est jugée appropriée, mais sont communs à tous les modes de tarification des infrastructures de réseaux, ainsi qu'aux analyses concurrentielles faisant référence aux coûts (prédation, ciseau tarifaire).

### *La gestion des incitations dans un contexte d'information asymétrique*

La plupart des questions pratiques de mise en œuvre de l'orientation vers les coûts concernent la répartition des coûts fixes dans le temps, entre utilisateurs et entre activités. Ces questions exigent de faire des choix et des arbitrages délicats, qui ont une influence sur les incitations du détenteur de l'infrastructure à investir pour réduire ses coûts, sur les décisions d'entrée des concurrents potentiels, ainsi que sur la décision des opérateurs présents d'utiliser l'infrastructure existante ou de construire une infrastructure alternative.

Lorsque les infrastructures en cause ont une durée de vie relativement longue, supportent plusieurs activités ou sont utilisées par plusieurs utilisateurs, les problèmes de répartition des coûts fixes dans le temps, entre activités ou entre utilisateurs, sont particulièrement complexes. L'importance des coûts fixes dans les industries de réseau leur donne encore plus d'acuité.

L'entreprise qui détient l'infrastructure, répartit les coûts fixes dans le temps, entre utilisateurs et entre activités en fonction des objectifs de rentabilité et de développement. De son point de vue, la seule référence aux coûts, qui soit économiquement rationnelle, est celle qui englobe l'ensemble des activités et des utilisateurs et qui couvre la période de temps sur laquelle elle doit assurer la rentabilité des investissements. Les subventions croisées ne sont pas interdites en soi en droit de la concurrence. Elles peuvent être bénéfiques dans certains cas, notamment pour le financement de la recherche.

Du point de vue de l'autorité de concurrence ou du régulateur, ces choix ne doivent pas avoir pour effet d'empêcher l'accès à l'infrastructure et aux marchés qui en dépendent. Ce serait le cas, par exemple, en cas d'allocation anticoncurrentielle des coûts fixes, ceux-ci étant répartis de telle façon qu'une activité ouverte à la concurrence serait subventionnée par une activité exercée en situation de monopole.

A partir du moment où le régulateur interfère dans ce type de choix, il doit aussi avoir pour objectif de ne pas obérer la rentabilité et les perspectives de développement de l'entreprise, et donc s'assurer que les modes de répartition imposés ne découragent pas les investissements futurs. Ce point a été souligné par le Conseil dans son avis 02-A-05 du 18 avril 2002 relatif aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité : *«Le Conseil observe qu'une mauvaise rémunération des gestionnaires de réseaux pourrait être de nature à entraver les investissements des réseaux et donc à freiner le développement de la concurrence. S'agissant de monopoles investis par le II de l'article 2 de la loi du 10 février 2000 des missions de service public de développement et d'exploitation des réseaux, afin de permettre la desserte rationnelle du territoire national, l'interconnexion avec les pays voisins et le raccordement et l'accès des utilisateurs dans des conditions non discriminatoires à leurs infrastructures, les gestionnaires de réseaux pourraient être empêchés d'accomplir ces missions par la non couverture de leurs charges et être amenés à refuser l'accès aux réseaux dans des conditions qui inciteraient à les soupçonner d'abus de position dominante.»*



L'avis 02-A-08 du Conseil rappelait également que *«le droit de propriété étant l'un des fondements nécessaires au fonctionnement de l'économie de marché et au développement dynamique de nos sociétés, l'expropriation implicite que représente pour le détenteur d'une facilité essentielle, l'obligation de permettre à ses concurrents (en aval ou en amont) d'accéder à la facilité qu'il détient, est étroitement encadrée, afin d'éviter que l'intervention de l'autorité de concurrence n'ait pour effet de décourager l'investissement dans de telles infrastructures et de nuire à l'efficacité économique»*. Autrement dit, les autorités doivent arbitrer entre l'avantage de court terme que représente une baisse de prix pour les consommateurs et la nécessité de préserver les incitations suffisantes à l'investissement en vue de moderniser les installations et de réaliser des gains de productivité.

L'obligation d'orienter ses tarifs vers les coûts peut également réduire l'incitation du détenteur de l'infrastructure essentielle à réduire ses coûts. Ce problème d'efficacité vaut également pour le coût d'usage du capital, dans l'hypothèse où les décisions d'investissement de l'entreprise sont soumises à de l'aléa moral (la firme a la possibilité, moyennant un effort inobservable pour le régulateur, de réduire les coûts de ses investissements ou d'augmenter leur efficacité).

Le niveau de la demande, qui intervient dans le dimensionnement de l'infrastructure, doit être pris en compte dans la tarification. Le calcul de tarifs ou de coûts unitaires nécessite une évaluation précise, qui peut poser des problèmes particulièrement complexes lorsque la demande s'exprime en minutes d'interconnexion ou en capacité. S'agissant du partage des coûts fixes entre utilisateurs, on sait qu'il peut être efficace de faire supporter une part plus importante de coûts fixes aux catégories d'utilisateurs dont l'élasticité-prix de la demande est la plus faible (tarification à la Ramsey-Boiteux), ce qui peut contredire le principe de non-discrimination.

### *Les autres modes de tarification d'accès posent des problèmes analogues*

Les tarifications de type *«price cap»* consistent à imposer à l'opérateur historique un plafond globalisé pour l'ensemble de ses tarifs d'accès, à charge pour lui de moduler en fonction de ses informations sur ses coûts et sur la demande. Cependant, comme le notait une étude (*«Ouverture à la concurrence et évaluation des coûts dans le secteur des télécommunications»*, Les entretiens de l'autorité, 27 mai 1999) de l'ART, *«pour être réellement incitatif, le contrat tarifaire doit fixer des objectifs qui contraignent effectivement l'opérateur à effectuer des gains de productivité plus rapides qu'il ne l'aurait fait spontanément sans contrat. [...] En définitive, il n'est pas facile pour le régulateur de prévoir ce que seront les gains de productivité spontanés de l'opérateur et il est probable que cette asymétrie d'information conduise l'opérateur à proposer un contrat peu contraignant pour lui»*.

L'ART observait, de plus, que l'introduction de clauses de révision en fonction des bénéfices réalisés pendant l'année écoulée ne permet pas de résoudre le problème. L'opérateur peut, en effet, anticiper cette future expropriation des bénéfices provenant des gains de productivité, ce qui limite d'autant l'incitation à fournir les efforts correspondants. Au total, les



contrats *«price cap»* ne sont sans doute pas la meilleure réponse à l'arbitrage auquel fait face le régulateur : donner des incitations pour atteindre l'efficacité d'une part, réduire les rentes informationnelles d'autre part.

### ***La mise en œuvre des tests de ciseau tarifaire, ou de prédation, nécessite d'évaluer les coûts pertinents***

Les tests de ciseau, qui comparent le tarif d'accès au prix de détail, posent également des problèmes méthodologiques sur le type de coût à prendre en compte. Il s'agit, en effet, de vérifier si l'écart entre les deux prix est suffisant pour permettre à des opérateurs tiers d'exercer leur activité. Cette approche dispense de connaître les coûts du détenteur de l'infrastructure (coûts *«amont»*), mais ne supprime pas toutes les asymétries d'information, puisqu'elle nécessite tout de même la connaissance des coûts incrémentaux relatifs à l'activité exercée en aval.

En pratique, il importe, d'ailleurs, de choisir une référence pour ces coûts avals : faut-il prendre en compte les coûts de la branche aval de l'opérateur intégré, ou ceux des concurrents (présents ou potentiels) ou encore ceux d'un opérateur *«raisonnablement efficace»* ? Pour calculer les coûts pertinents en aval, quelle structure de consommation ou d'activité doit-on prendre en compte, celle de l'opérateur intégré, celle des concurrents ou une structure moyenne ? Des questions voisines se posent pour les tarifs utilisés dans les tests. En particulier, doit-on, pour tenir compte de l'avantage de l'opérateur historique, pénaliser ce dernier en appliquant un coefficient réducteur à ses prix (ce qui rend le test de ciseau plus sévère à son égard) ?

Il n'existe pas de réponse universelle à ces questions. Les choix dépendent, dans chaque cas d'espèce, de l'appréciation portée sur d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles et sur l'évolution souhaitable du marché à moyen et long terme.

### ***La mise en œuvre de l'orientation vers les coûts s'appuie sur les textes réglementaires dans le secteur des télécommunications***

Dans le cadre du processus d'ouverture à la concurrence du secteur des télécommunications, et, plus récemment, du secteur de l'électricité, les questions posées ci-dessus ont fait l'objet d'une réflexion approfondie et les choix méthodologiques retenus ont été en grande partie précisés dans un cadre réglementaire. En ce qui concerne les autres marchés pour lesquels une injonction d'orientation vers les coûts est jugée nécessaire, les réponses apportées pour le secteur des télécommunications fournissent au Conseil un guide d'analyse utile.

#### ***Le rappel du dispositif réglementaire***

Les conditions de la mise en œuvre de l'obligation d'orientation vers les coûts imposée par la loi aux opérateurs exerçant une influence significative (au sens de l'article L. 36-7 du code des postes et télécommunications) sur un marché pertinent des télécommunications ont été inscrites dans le cadre

réglementaire. Les articles D. 99-12 à D. 99-22 du code des postes et télécommunications fixent, en particulier, les obligations d'ordre comptable qui pèsent sur ces opérateurs et les pouvoirs d'audit de l'ART, de façon à réduire les problèmes d'asymétrie d'information. Le système d'allocation et de déversement de coûts et des recettes de France Télécom fait notamment l'objet d'un audit, sur la base d'un cahier des charges défini par l'ART et financé par France Télécom.

L'article D. 99-17 décrit les principes sur lesquels doivent reposer les tarifs d'interconnexion :

1. Les coûts pris en compte doivent être pertinents, c'est-à-dire liés par une forme de causalité, directe ou indirecte, au service rendu d'interconnexion ;
2. Les coûts pris en compte doivent tendre à accroître l'efficacité économique à long terme, c'est-à-dire que les coûts considérés doivent prendre en compte les investissements de renouvellement de réseau, fondés sur la base des meilleures technologies industriellement disponibles et tendant à un dimensionnement optimal du réseau, dans l'hypothèse du maintien de la qualité de service ;
3. Les tarifs incluent une contribution équitable, conformément au principe de proportionnalité, aux coûts qui sont communs à la fois aux services d'interconnexion et aux autres services, dans le respect des principes de pertinence des coûts énoncés à l'article D. 99-18 et de l'équilibre économique de l'opérateur ;
4. Les tarifs incluent une rémunération normale des capitaux employés pour les investissements utilisés ;
5. Les tarifs peuvent faire l'objet d'une modulation horaire pour tenir compte de la congestion de la capacité de transmission et de commutation du réseau général de l'opérateur ;
6. Les tarifs unitaires applicables pour un service d'interconnexion sont indépendants du volume ou de la capacité des éléments du réseau général utilisée par ce service.

L'article D. 99-18 prévoit que sont exclus des coûts spécifiques à l'interconnexion, les coûts commerciaux (publicité, marketing, administration des ventes hors interconnexion, facturation et recouvrement hors interconnexion) et les coûts d'accès de la boucle locale. Sont également exclus des coûts communs pertinents, les coûts de la recherche générale et de l'enseignement supérieur des télécommunications.

L'article D. 99-19 dispose qu'à partir des tarifs 1997, tant que l'ART n'aura pas arrêté une autre méthode en application de l'article D. 99-20, les tarifs d'interconnexion sont fondés sur les coûts moyens comptables prévisionnels pertinents. L'article D. 99-20 précise qu'*«après concertation au sein du comité de l'interconnexion et consultation publique, l'Autorité de régulation des télécommunications définira une méthode tendant vers une meilleure efficacité à long terme des coûts pris en compte que celle résultant de la méthode initiale énoncée à l'article D. 99-19 tout en respectant les principes énoncés à l'article D. 99-17. A cette fin, elle s'appuie sur la comparaison*

*des résultats de modèles technico-économiques et de modèles fondés sur la comptabilité de l'opérateur en maintenant la référence aux comparaisons internationales disponibles».*

Cette nouvelle méthode a été arrêtée avec l'adoption par l'ART, le 5 novembre 2002, de la décision 02-1027 portant sur l'adoption des coûts moyens incrémentaux de long terme comme coûts de référence pour les tarifs d'interconnexion de France Télécom. Dans cette décision, l'ART justifie ainsi ce processus : *«En 2001, l'Autorité a entrepris des travaux en vue de l'adoption dès 2002 des coûts moyens incrémentaux de long terme ou CMILT, comme coûts de référence de l'interconnexion. Ce changement se justifie à la fois par des raisons de meilleure efficacité économique mais aussi par souci de cohérence avec le dégroupage de la boucle locale, où ces coûts sont déjà utilisés. Le processus suivi a été conforme aux dispositions de l'article D.99-20, associant le secteur à la fois à la définition de la méthode et à l'élaboration d'un modèle technico-économique. Dans le cadre de cette concertation, l'Autorité a défini une méthodologie semblable à celle suivie dans de nombreux pays européens, reposant sur la comparaison entre deux modèles, l'un dit 'bottom-up' développé avec le secteur, l'autre dit 'top-down' basé sur un modèle de l'opérateur historique».*

Cette décision donne la définition suivante des coûts moyens incrémentaux de long terme :

84

- *«Il s'agit de coûts incrémentaux moyens. Leur calcul revient à se placer à un niveau de production donné, à définir un incrément de production et à estimer le coût moyen lié à cet incrément et uniquement à cet incrément. Les tarifs d'interconnexion doivent intégrer, outre les coûts calculés sur la base de CMILT, une contribution équitable aux coûts communs afin de respecter la contrainte budgétaire de l'opérateur ;*
- *les CMILT sont calculés dans une perspective de long terme : à cet horizon, tous les coûts sont considérés comme variables, c'est-à-dire que l'opérateur peut optimiser tous ses postes de coûts au regard du niveau de production considéré. De plus, l'approche se veut prospective et l'opérateur est considéré comme efficient, c'est-à-dire qu'il utilise la meilleure technologie disponible.*

*Les CMILT doivent répondre à un principe d'efficience et peuvent être estimés sur la base de deux types de modèles technico-économiques :*

- *top-down c'est-à-dire fondé sur des coûts de remplacement établis à partir de la comptabilité analytique et de prévisions d'évolution du réseau de France Télécom, et sur un réseau correctement dimensionné au regard du trafic ;*
- *bottom-up c'est-à-dire basé sur un réseau optimisé sous certaines contraintes intégrant les meilleures pratiques du marché. Ce modèle est construit en concertation avec le secteur.»*

L'article D. 99-22 prévoit que le taux de rémunération du capital employé est fixé par l'ART en tenant compte du coût moyen pondéré des capitaux de l'opérateur et de celui que supporterait un investisseur dans les activités de réseaux de télécommunications en France. Il a, par exemple, été fixé à 12,1 % pour 2001.

Un décret du 12 septembre 2000 a également précisé les coûts de référence pour l'accès à la boucle locale, qui sont les coûts moyens incrémentaux de long terme pour les éléments de réseaux (article D. 99-24). Deux décisions de l'Autorité (00-1171 et 00-1176 du 31 octobre 2000) ont adopté des lignes directrices relatives à la vérification de l'orientation des tarifs vers les coûts dans le cadre de l'accès à la boucle locale.

Cet encadrement réglementaire s'appuie sur les recommandations du rapport Champsaur en faveur des coûts moyens incrémentaux de long terme (CMILT). Les coûts incrémentaux se définissent par les coûts supplémentaires induits pour la production d'un autre bien, par rapport à un portefeuille de biens déjà existant, alors que le coût marginal est le coût de la production d'une unité supplémentaire d'un bien par rapport aux autres unités déjà produites. Les coûts incrémentaux, dont on rappellera qu'ils ne prennent en compte que les coûts fixes directement liés au service demandé, et non une contribution à l'ensemble des coûts fixes, sont particulièrement adaptés aux caractéristiques du secteur des télécommunications et aux objectifs poursuivis dans le cadre de la régulation. En effet, la prépondérance des coûts fixes, la rapidité du progrès technique, la multiplicité des services qui peuvent être supportés sur le réseau général et la diversification des activités de l'opérateur historique plaident en faveur du non partage de l'ensemble des coûts fixes. Par ailleurs, le choix des CMILT, qui valorisent les investissements par des méthodes économiques (remplacement selon la meilleure technologie disponible) et non comptables, favorise l'usage des équipements existants et évite les duplications inefficaces, en faisant bénéficier les opérateurs entrants des économies d'échelle dont seul l'opérateur en place peut profiter, du fait de l'ancienneté de ses activités. Ainsi les nouveaux entrants se trouvent placés dans des conditions proches de celles dont bénéficie l'opérateur historique, sans nécessité d'avoir atteint une taille critique <sup>(1)</sup>.

### *Les modalités de l'intervention du Conseil s'inspirent de ces dispositions*

Le Conseil, lorsqu'il doit prendre en compte les coûts de l'accès aux infrastructures de France Télécom, s'appuie largement sur les règles méthodologiques définies par l'ART et sur les avis rendus par celle-ci selon les dispositions prévues par l'article L. 36-10 du code des postes et télécommunications.

Pour les affaires sortant du champ d'application du dispositif réglementaire décrit ci-dessus, le Conseil considère que les principes dégagés dans ce cadre constituent une référence utile. L'absence de systématisation de la collecte des informations relatives aux coûts donne toutefois, pour les cas concernés, beaucoup d'acuité aux problèmes d'asymétrie d'informations.

#### ● **Le calcul des coûts pertinents dans un test de ciseau**

Le cadre méthodologique défini ci-dessus laisse cependant encore place à de nombreuses questions, relatives, notamment, aux évaluations et aux prévisions concernant la demande. Ainsi, dans l'affaire Kosmos, citée ci-dessus, le Conseil constate : «... que le test de prédation relatif au 'Ticket

Universel' communiqué par l'ART dans son avis montre que les tarifs des communications locales facturés aux clients sont légèrement inférieurs aux coûts qui seraient supportés par France Télécom pour la fourniture de ce service ; ... que France Télécom fournit dans ses observations des données alternatives relatives à la répartition du trafic en fonction des destinations, aux durées moyennes totales et efficaces des communications ainsi qu'à la proportion des appels émis depuis les publiphones, supposées correspondre au trafic réellement observé sur ce produit pour l'année 2001 qui remettent en cause les résultats obtenus par l'ART».

#### ● La mise à disposition de la base annuaire de France Télécom

Le Conseil a répondu à un certain nombre de questions posées par les coûts de référence, pour une prestation non directement liée à l'utilisation des infrastructures de réseau de France Télécom, dans le cadre d'une saisine pour non-respect de l'injonction prononcée par la cour d'appel, le 29 juin 1999, dans l'affaire Filetech. Il a notamment abordé à cette occasion les questions suivantes : le caractère strict de l'orientation vers les coûts, le choix entre coûts incrémentaux et coûts marginaux et la rémunération du capital engagé.

Le Conseil avait été saisi par les sociétés Sonera et Scoot France, exerçant une activité de renseignement et de publication d'annuaires, qui soutenaient que France Télécom n'avait pas respecté l'injonction qui lui avait été faite de fournir une 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 avec la liste orange, dans des conditions transparentes, objectives et non discriminatoires à un prix orienté vers les coûts liés aux opérations techniques nécessaires pour répondre à cette demande.

Dans la décision 02-D-41 du 26 juin 2002, le Conseil a relevé que France Télécom n'avait pas respecté l'injonction relative à la non-orientation vers les coûts des prix de consultation de la base annuaire *via* les services offerts par la société Intelmatique. Il a également constaté le caractère discriminatoire des prix de cession des données annuaires indiqués en ligne L. 12 du catalogue de prix de l'opérateur public pour les utilisateurs souhaitant exercer un service de renseignement mais ne souhaitant pas exercer une activité d'édition d'annuaires imprimés. En revanche, il a sursis à statuer sur le respect de l'injonction relative à l'orientation vers les coûts des tarifs de l'activité de gestionnaire de fichier, en estimant qu'il n'avait pas les éléments nécessaires pour se prononcer.

Dans cette affaire, le Conseil s'est inspiré de «*la pratique constante de l'ART en semblable matière*» pour énoncer que les coûts pertinents pour apprécier le respect des injonctions d'orientation vers les coûts de la cour d'appel sont les coûts incrémentaux, en considérant que France Télécom ne peut fonctionner, pour les besoins de son activité de service téléphonique, sans établir un fichier commercial de ses abonnés, dont l'annuaire n'est qu'un produit dérivé. Il a défini, dans le cas d'espèce, le coût incrémental comme étant celui des opérations supplémentaires nécessaires pour établir l'annuaire (le fichier commercial étant supposé réalisé), le tout selon

la technologie la plus efficace et avec un juste calcul de la charge en capital aux coûts d'aujourd'hui (et non aux coûts historiques). Les coûts fixes communs, qui ne dépendent pas de la seule fourniture de la liste consolidée et qui seraient de toute manière supportés si France Télécom ne fournissait pas cette prestation, ont été exclus de ces coûts incrémentaux.

En revanche, le Conseil n'a pas retenu la position des parties plaignantes, qui soutenaient que seuls les coûts marginaux de mise à disposition supportés par France Télécom lors de la mise à disposition de sa base annuaire devaient être retenus. Selon ces parties, ces coûts marginaux s'entendaient comme les seuls frais techniques engagés à chaque commande pour l'ouverture du dossier, la sélection des adresses et l'édition du fichier sur un support (disquette, CD-Rom, bande magnétique), y compris l'amortissement du matériel informatique et logiciels nécessaires pour ces opérations. Le Conseil n'a pas non plus souscrit à la thèse selon laquelle les coûts devaient s'entendre nets des recettes tirées de l'annuaire universel.

France Télécom, d'une part, persistait « à considérer que des coûts communs devraient être répartis entre la base annuaire et la gestion commerciale de la clientèle selon des critères pertinents », et d'autre part, soutenait que les éléments de coûts qu'elle avait fournis ne concernaient que les opérations liées au traitement de sa base annuaire, et étaient totalement indépendants des opérations concernant son propre fichier de facturation clientèle. France Télécom remettait également en cause l'analyse selon laquelle l'annuaire constituait un produit dérivé du fichier commercial de ses abonnés en soutenant que : *« La caractéristique principale du système d'information annuaire tient au fait qu'il est spécifique au traitement des données annuaires et qu'il a été depuis très longtemps, déployé et mis en oeuvre dans le seul but de réunir les données nécessaires à la confection des annuaires de France Télécom. On aurait pu imaginer que la base des données annuaire puisse être issue d'autres fichiers France Télécom (fichier client, fichier facturation). Or pour des raisons éditoriales, pour des raisons de faisabilité technique, pour des raisons de qualité, et pour des raisons d'ordre organisationnelle notamment, ce n'est pas la réalité ».*

Sur ces différents points, le Conseil a considéré qu'il n'avait pas les éléments nécessaires afin de déterminer quelles étaient les modalités de constitution de l'annuaire et les coûts y afférents et a renvoyé l'affaire pour un complément d'instruction.

S'agissant de l'examen du respect de l'injonction d'orientation vers les coûts des tarifs de consultation en ligne de l'annuaire proposés par Intelmatique, les éléments réunis par l'instruction mettaient en évidence une marge d'exploitation substantielle pour l'activité de consultation en ligne de l'annuaire pour les années 1999 (46 %) et 2000 (30 %). Le Conseil a rappelé que l'appréciation de l'orientation des tarifs de consultation en ligne vers les coûts doit, certes, tenir compte d'une rémunération raisonnable des capitaux engagés. Mais il a constaté que le *ratio* bénéfices/capitaux engagés de la société Intelmatique ne pouvait être que supérieur à 21 % pour l'année 1999 et à 15 % pour l'année 2000. Il a estimé, en rapprochant ces taux de ceux proposés par l'ART pour les activités de service universel de France Télécom (10,9 % pour 1999 et 9,9 % pour 2000), que ces taux apparaissaient supérieurs à un taux de rémunération raisonnable des capitaux engagés.

En répondant aux observations de France Télécom, le Conseil a également eu l'occasion d'observer que le respect du principe d'orientation des tarifs vers les coûts est indépendant de la recherche d'éventuels effets de ciseau tarifaire dont pourraient être victimes les concurrents de l'opérateur. Il a, enfin, estimé que les comparaisons effectuées avec les tarifs pour des services européens équivalents ne sauraient faire obstacle à l'application du principe d'orientation vers les coûts retenu par l'injonction prononcée par la cour d'appel de Paris.

L'ensemble de ses considérations lui ont permis de conclure que les tarifs de consultation en ligne des données de la base annuaire, pour les années 1999 et 2000, ne sont pas orientés vers les coûts des opérations techniques nécessaires pour offrir ce service.

#### ● L'accès aux pylônes de TDF

La question des coûts pertinents à prendre en compte se posait également dans la saisine de la société Antalis concernant la distribution par TDF de services techniques de la télévision numérique terrestre. Antalis, s'appuyant sur les résultats d'une étude réalisée par un cabinet de consultants, soutenait que les propositions tarifaires de TDF étaient de 2 à 11 fois supérieures au coût réel du service, selon que les coûts pertinents pris en compte étaient les coûts totaux ou les coûts marginaux. TDF faisait valoir que la méthode des coûts marginaux ne se justifiait pas, la télévision numérique devant, à brève échéance, remplacer la télévision hertzienne. Elle comparait également ses offres avec des offres faites par d'autres diffuseurs, nationaux et étrangers. Dans le cadre de l'examen d'une demande de mesures conservatoires, le Conseil ne s'est pas prononcé sur le juste niveau des coûts, mais a fondé l'injonction prononcée à titre conservatoire, notamment sur les écarts significatifs entre coûts estimés et tarification pratiquée, relevés également par le CSA.

## Conclusion

L'obligation faite à une entreprise d'orienter ses tarifs vers ses coûts peut parfois permettre aux autorités de concurrence de s'assurer que l'accès à une infrastructure essentielle détenue par cette entreprise sera offert, dans des conditions équitables et non discriminatoires. Mais surtout, elle constitue l'un des moyens privilégiés d'ouvrir à la concurrence des industries de réseaux, et de favoriser un niveau de prix bas sur les marchés aval, en faisant bénéficier les nouveaux entrants des avantages de coûts des opérateurs historiques. Les problèmes de méthode que pose la vérification du respect des injonctions sont nombreux, mais ils sont communs à toutes les analyses concurrentielles qui font référence aux coûts et le Conseil peut s'appuyer sur les travaux menés par les régulateurs sectoriels. Les choix faits en matière de coûts de référence, ne sont cependant valables que pour une activité et une situation concurrentielle donnée. Ils ne peuvent être transposés tels quels à d'autres contextes mais peuvent cependant guider l'analyse.



(1) - Entretiens de l'ART - Colloque du 27 mai 1999 «ouverture à la concurrence et évaluation des coûts dans le secteur des télécommunications».



## ■ Le régime de la prescription en droit national de la concurrence

Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, la prescription a été une des questions procédurales les plus discutées devant le Conseil de la concurrence et devant ses instances de contrôle, la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation. Entre les années 1995 et 2001, les solutions jurisprudentielles en la matière ont été nombreuses, parfois contradictoires. La présente étude se propose de dresser un tableau des questions qui ont déjà été tranchées et des principes fondant les solutions retenues.

L'institution d'un régime de prescription répond à un souci de sécurité juridique. En fixant un délai au-delà duquel le titulaire d'un droit, demeuré passif jusque là, ne peut plus l'exercer, la prescription contribue à la consolidation des situations acquises et favorise ainsi la paix sociale. En effet, notamment en matière pénale, la prescription repose sur l'idée que le temps passé ayant fait oublier à la société le trouble causé par l'infraction, ou en ayant atténué l'intensité, il n'est plus nécessaire ni opportun d'en poursuivre l'auteur. L'idée procède aussi d'un pragmatisme évident : avec le temps, les preuves sont difficiles, voire impossibles, à recueillir et les sanctions ne sont plus ni l'écho d'un besoin social ni un mode efficace de punition de l'auteur de l'infraction.

Le droit de la concurrence, en ce qu'il est un droit punitif, a intégré ces principes indispensables dans le cadre de la vie économique, dont la nature même est de se trouver en perpétuelle évolution.

L'ordonnance de 1986 a ainsi posé, en son article 53, devenu l'article L. 462-7 du code de commerce, le principe selon lequel *«le Conseil de la concurrence ne peut être saisi de faits remontant à plus de trois ans, s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction»*.

Dans le cadre d'observations présentées à la cour d'appel de Paris à l'occasion d'un recours formé contre une de ses décisions, le Conseil avait précisé qu'il considérait que *«(...) l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 n'a pas entendu créer un régime de prescription postérieurement à sa saisine laquelle interrompt valablement la prescription ayant couru antérieurement (...)*» (CA 1<sup>er</sup> décembre 1995, L'Entreprise industrielle (Marché de fourniture du barrage de Saint-Egrève), *BOCCRF* n° 3, 28 février 1996).

Par un arrêt du 1<sup>er</sup> décembre 1995 (L'Entreprise industrielle), la cour d'appel de Paris a censuré cette interprétation, en posant pour principe que l'article 27 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 *«(...) établit un délai de prescription et définit la nature des actes ayant pour effet de l'interrompre»* et que *«toute prescription dont l'acquisition a pour conséquence de rendre irrecevable une action ou d'interdire la sanction d'un fait, recommence à courir après qu'elle a été interrompue, sous réserve d'une éventuelle cause (...) de suspension de son cours (...)*». Il en résulte que la prescription extinctive de trois ans s'applique tant à la période antérieure qu'à la période



postérieure à la saisine du Conseil de la concurrence. Cette analyse a ultérieurement été validée par la Cour de cassation, dans un arrêt du 8 juillet 1997<sup>1</sup> rendu sur le pourvoi formé contre l'arrêt du 1<sup>er</sup> décembre 1995.

La question de la suspension du délai de la prescription s'est posée à son tour. Par un arrêt du 9 mars 1999 (CA Paris, 9 mars 1999, Société Concurrence, *BOCCRF* n° 5, 20 mars 1999), la cour d'appel, faisant droit au recours d'une entreprise dont la saisine avait abouti à une décision de non-lieu prononcée par le Conseil sur le fondement de la prescription, a estimé que le cours de la prescription était suspendu à l'égard de la partie saisissante, «mise dans l'impossibilité d'agir pour faire exécuter un acte interruptif». Dans un arrêt du 12 octobre 1999 (CA Paris, 12 octobre 1999, Compagnie nationale des experts d'art, *BOCCRF* n° 18, 30 octobre 1999), la cour d'appel a appliqué le même raisonnement à la saisine du ministre de l'économie. Dans la mesure où les dispositions de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, applicables à l'époque, ne prévoyaient aucune possibilité pour les saisissants, entreprises ou ministre de l'économie, d'intervenir dans le cours de la procédure, pour faire accomplir des actes d'instruction du dossier, la suspension était, pour ainsi dire, d'application automatique. Cette jurisprudence aboutissait, en pratique, à ce que la prescription ne puisse plus s'accomplir après la saisine du Conseil, sauf dans le cas où ce dernier se saisissait d'office.

La chambre commerciale de la Cour de cassation a, par deux arrêts en date des 17 juillet 2001<sup>2</sup> et 26 février 2002<sup>3</sup>, censuré cette analyse. Elle a, en effet, retenu «(...) qu'en statuant ainsi, en ajoutant au texte susvisé (article 27 de l'ordonnance) un cas de suspension de la prescription qu'il ne prévoit pas, la cour d'appel l'a violé».

A la suite de ces deux derniers arrêts, les questions de prescription ont connu un regain d'actualité devant le Conseil. Elles seront examinées en ce qui concerne, tout d'abord, le point de départ du délai de prescription, puis l'interruption ou la suspension de ce délai pour conduire, enfin, à l'étude de la portée et des effets de l'acquisition de la prescription.

## La détermination du point de départ de la prescription

La détermination du point de départ de la prescription des pratiques anticoncurrentielles est une donnée variable qui dépend de la manière dont les faits se sont déroulés dans le temps.

Sur ce point, la mission de protection d'un ordre public économique, dont est investi le Conseil de la concurrence, ainsi que le caractère punitif des mesures qu'il prononce, ont conduit ce dernier à analyser les faits dont il était saisi en s'inspirant des principes appliqués par la jurisprudence pénale pour qualifier les actes soumis à son examen. Ainsi que le Conseil l'a énoncé dans une décision 02-D-09, les pratiques anticoncurrentielles peuvent revêtir un caractère instantané ou continu. Le principe retenu est que, comme en droit pénal, le délai de prescription commence à courir dès que les faits constitutifs d'une pratique anticoncurrentielle sont consommés.

### Les pratiques instantanées

Les pratiques anticoncurrentielles à caractère instantané sont des pratiques qui se réalisent en un trait de temps. Ces pratiques sont juridiquement consommées dès la commission des faits qui les constituent. Le point de départ de la prescription se situe le lendemain du jour où l'acte a été accompli<sup>4</sup>.

Tels peuvent être qualifiés, par exemple, un refus de vente opposé par une entreprise en position dominante ou une entente dans le cadre d'une soumission à un appel d'offre. Dans ces cas de figure, l'infraction est consommée le jour où intervient le refus de vente ou le jour du dépôt des offres. Le délai de prescription commencera à courir à compter du lendemain de ce jour.

Par ailleurs, certains agissements prohibés par les dispositions des articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 du code de commerce, accomplis de façon instantanée, peuvent continuer à engendrer des pratiques anticoncurrentielles.

Une telle situation a été traitée par la cour d'appel, dans un arrêt en date du 29 janvier 2002, Société Saturg, par lequel elle a précisé que « (...) si un accord de volontés intervenu en période prescrite a continué d'être appliqué durant la période de trois années précédant la saisine du Conseil, les effets anticoncurrentiels qui en sont résultés en temps non prescrit peuvent être sanctionnés ».

Relèvent de la même analyse les agissements qualifiables au regard des articles L. 420-1 ou L. 420-2 du code de commerce commis en période non prescrite, par une filiale commune constituée en période prescrite<sup>5</sup>.

### Les pratiques continues ou successives

Les pratiques anticoncurrentielles revêtent le caractère de pratiques continues lorsque l'état délictuel se prolonge dans le temps par la réitération constante ou la persistance de la volonté coupable de l'auteur après l'acte initial. Il s'agit ainsi de pratiques caractérisées par la continuité de la volonté anticoncurrentielle sans qu'un acte matériel ait nécessairement à renouveler la manifestation dans le temps, de telle sorte que le calcul du point de départ de la prescription ne commencera à courir qu'à compter de la cessation des pratiques<sup>6</sup>.

Telles peuvent être qualifiées, par exemple, la diffusion d'un tarif ou d'un barème de prix imposés dont la durée est indéterminée, ou encore la diffusion de statuts d'organismes professionnels anticoncurrentiels ou, enfin, la mise en œuvre de subventions croisées par une entreprise en position dominante sur un marché<sup>7</sup>.

### L'interruption et la suspension de la prescription

Aux termes de l'article L. 462-7 du code de commerce, la prescription des faits susceptibles d'être qualifiés de pratiques anticoncurrentielles au sens

des articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 du code de commerce peut être interrompue par tout acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction. Il existe déjà, à l'heure actuelle, une jurisprudence assez fournie permettant de distinguer les actes interruptifs de ceux qui ne le sont pas et de déterminer la portée et les effets de l'interruption. Par ailleurs, il convient de s'interroger sur le point de savoir si, dans le silence des textes et compte tenu des arrêts rendus par la chambre commerciale de la Cour de cassation les 17 juillet 2001 et 26 février 2002 (déjà cités) la prescription peut, conformément au droit commun, être suspendue en droit de la concurrence.

### Les actes interruptifs de prescription

Dans sa décision 02-D-42 du 28 juin 2002, le Conseil, rappelant qu'en vertu de l'article L. 462-7 du code de commerce la prescription peut être interrompue par tout acte tendant à la «*recherche, [la] constatation ou [la] sanction*» des faits dont il est saisi, a précisé qu'«*il entre dans [sa] mission de dire, sous le contrôle de la cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation, quels sont les actes qui répondent à cette définition*». Pour décider qu'un acte revêt ou non un caractère interruptif, le Conseil de la concurrence, dans le silence des textes, s'inspire, comme il le fait pour la détermination du point de départ de la prescription, des règles de la procédure pénale et de la jurisprudence qui s'est construite sur la base de ces règles. Dans la décision 02-D-42 précitée, le Conseil a précisé que si les pratiques anticoncurrentielles ne sont soumises par aucune disposition aux règles de la prescription de l'action publique, la détermination des actes de recherche et de constatation susceptibles d'interrompre la prescription peut, en raison de la similitude de cette notion avec celle d'actes d'instruction ou de poursuite figurant à l'article 7 du code de procédure pénale, c'est-à-dire, selon la jurisprudence de la chambre criminelle, d'actes «*ayant pour objet de constater des infractions et d'en découvrir les auteurs*», s'effectuer par voie de rapprochement avec cette jurisprudence et s'inspirer des principes dégagés par elle.

Un certain nombre d'actes ont, au fil des décisions, été reconnus comme revêtant un caractère interruptif de prescription. Tel est le cas :

#### *En ce qui concerne les actes antérieurs à la saisine du Conseil :*

- d'une lettre demandant à la Commission de la concurrence de se saisir d'office<sup>8</sup> ;
- de la lettre adressée à une partie par le chef de service de la DGCCRF et marquant le point de départ de l'enquête administrative<sup>9</sup> ;
- du pourvoi en cassation formé contre une ordonnance autorisant des visites et saisies rendue par le président d'un TGI et de l'arrêt de cassation rendu par la Cour sur le pourvoi formé contre cette ordonnance, au motif que les opérations de visites et saisie sont des actes de recherche et de constatation des faits susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles et que «*les décisions rendues sur les contestations élevées incidemment à l'encontre de ces actes, antérieurs ou non à la saisine du Conseil, qui peuvent conduire à leur annulation et retirer ainsi à la poursuite les éléments matériels de preuve sur lesquels elle s'appuie (...)*»<sup>10</sup> ;

- de la lettre adressée par le chef du service régional de la concurrence à son supérieur hiérarchique, qui avait déclenché une enquête administrative à la suite de laquelle le ministre avait saisi le Conseil de la concurrence<sup>11</sup> ;
- de la réception d'une lettre de convocation d'une partie à une audition par l'enquêteur<sup>12</sup> ;
- des procès-verbaux établis par les enquêteurs, quel que soit leur objet<sup>13</sup> :
  - procès-verbaux constatant les faits<sup>14</sup> ;
  - procès-verbaux d'audition de personnes, qu'elles soient ou non responsables d'entreprises<sup>15</sup> ;
  - procès-verbaux de saisie de documents<sup>16</sup> ;
  - procès-verbaux d'inventaire de documents communiqués<sup>17</sup>.

#### *En ce qui concerne la saisine du Conseil :*

La saisine du Conseil de la concurrence par une entreprise ou par le ministre de l'économie interrompt le cours de la prescription<sup>18</sup>. La saisine d'office du Conseil de la concurrence produit le même effet<sup>19</sup>.

En cas de pluralité de saisines visant les mêmes faits, le Conseil de la concurrence considère que c'est à partir de la plus ancienne que doit se compter le délai de la prescription<sup>20</sup> et la date à laquelle la lettre de saisine arrive au Conseil constitue le point de départ du délai. La cour d'appel n'a pas eu encore à se prononcer sur ce point.

Lorsque l'enquête diligentée dans le cadre d'une saisine révèle des faits de même nature que ceux dénoncés mais non précisément exposés, le Conseil a considéré que la prescription des faits révélés par l'enquête avait été interrompue par la saisine<sup>21</sup>.

Dans une décision 02-D-60, le Conseil a considéré qu'une demande d'enquête adressée à la DGCCRF à la suite d'une saisine, ultérieurement retirée par son auteur, avait néanmoins produit un effet interruptif, dans la mesure où cette demande d'enquête n'avait pas perdu le fondement qu'elle puisait dans la dénonciation des faits effectuée par la saisine initiale ; il en a déduit que cette demande avait pu, à bon droit, être versée au dossier ouvert sur la saisine d'office décidée après le retrait de la saisine initiale<sup>22</sup>.

#### *En ce qui concerne les actes postérieurs à la saisine du Conseil :*

Après la saisine du Conseil, un nouveau délai de prescription de trois ans prend son cours et pourra, à son tour, être interrompu par des actes d'enquête, d'instruction et de poursuite effectués dans le cadre de la procédure par le rapporteur en charge de l'affaire ou par les enquêteurs mandatés par ce dernier. Ainsi en a-t-il été décidé à propos des actes suivants :

- procès-verbaux d'enquête<sup>23</sup> ;
- procès-verbaux de communication de documents dressés par la DGCCRF sur le fondement de l'article L. 450-3 du code de commerce<sup>24</sup> ;
- lettre de convocation aux fins d'audition (la date retenue comme interruptive étant celle de l'envoi)<sup>25</sup> ;
- audition d'une personne tendant à la recherche des faits incriminés<sup>26</sup>, même s'il ne s'agit pas d'un responsable de l'entreprise en cause<sup>27</sup> ;

- demande de renseignements ou de communication de pièces émanant du rapporteur<sup>28</sup> ;
- demande de renseignements sur la situation juridique et financière de l'entreprise, émanant du rapporteur<sup>29</sup> ;
- demande d'enquête adressée par le rapporteur à la DGCCRF, même si les parties ont retiré leur saisine, dès lors que le Conseil s'est saisi d'office et que la demande a été versée au dossier de la saisine d'office<sup>30</sup> ;
- notification des griefs<sup>31</sup> ;
- notification de griefs complémentaires<sup>32</sup> ;
- décision de secret des affaires prise par le président du Conseil de la concurrence<sup>33</sup> ;
- séance du Conseil de la concurrence, si elle aboutit à une décision<sup>34</sup> ;

En revanche, le Conseil n'a pas encore eu à se prononcer sur le caractère interruptif ou non de prescription du dépôt d'un rapport d'expertise<sup>35</sup>, de la notification du rapport du rapporteur, de la notification d'une proposition de non-lieu<sup>36</sup>, de la notification des décisions du Conseil de la concurrence. On peut, cependant, présumer, par analogie avec les positions adoptées par la jurisprudence pénale, que ces actes devraient *a priori* revêtir un caractère interruptif.

### Les actes non interruptifs de prescription

Il a, en revanche, été jugé que certains actes, de par leur nature ou leurs modalités de mise en œuvre, ne peuvent revêtir un caractère interruptif de prescription. Il en est ainsi :

- des mesures d'ordre interne au Conseil, telle la désignation du rapporteur en charge de l'instruction du dossier<sup>37</sup> ;
- de la correspondance adressée par une entreprise mise en cause, en réponse à une demande préalable du rapporteur non matérialisée et qui ne figurait donc pas au dossier<sup>38</sup> ;
- de la séance du Conseil de la concurrence n'ayant abouti à aucune décision<sup>39</sup> ;
- de la transmission par le Conseil de pièces de procédure à la demande d'une juridiction<sup>40</sup> ;
- par analogie avec la jurisprudence pénale, des actes émanant d'un enquêteur, matériellement ou territorialement incompétent<sup>41</sup> ainsi que de tout acte tendant à la recherche, la poursuite ou la sanction d'une pratique, déclaré irrégulier<sup>42</sup> ;

### Les effets et la portée de l'interruption de la prescription

Ainsi que l'énonce un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 22 janvier 1920, l'interruption de la prescription a pour effet de faire disparaître toute la période écoulee antérieurement à sa survenance, de telle sorte qu'un nouveau délai de trois ans recommence à courir à compter de l'acte interruptif.

Dans sa décision 02-D-42 du 28 juin 2002, le Conseil a apporté une réponse détaillée au moyen selon lequel l'effet interruptif de certains actes pourrait

être limité aux parties concernées par ces actes. Il a ainsi rappelé, par un raisonnement inspiré du droit pénal, qu'en vertu de l'article 7 du code de procédure pénale, l'effet interruptif d'un acte d'instruction ou de poursuite se produit *«même à l'égard des personnes qui ne seraient pas impliquées dans cet acte»* et que la jurisprudence pénale fait de ce texte une large application en décidant, notamment, que l'effet interruptif de prescription d'un acte d'instruction ou de poursuite se produit à l'égard de tous les auteurs, coauteurs ou complices de l'infraction<sup>43</sup> et encore, qu'une plainte avec constitution de partie civile faisant état d'une opération complexe interrompt la prescription à l'égard de toutes les infractions, même non expressément qualifiées dans cette plainte, qui ont été commises à l'occasion de cette opération<sup>44</sup>.

Dans la même décision, le Conseil a rappelé la jurisprudence élaborée en droit de la concurrence, en particulier l'arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 23 janvier 1998, SARL Traditions et perspectives, précisant qu'un *«procès verbal, établi dans le délai de prescription de trois ans, constitue un acte de constatation interrompant la prescription à l'égard de toutes les parties, qu'elles aient ou non été entendues à cette occasion puisque le Conseil est saisi in rem»*, ou encore, l'arrêt du 9 mars 1999, SA Seco Desquenne et Giral Construction, par lequel la cour d'appel a décidé que *«(...) le Conseil étant saisi des pratiques d'entente dans leur ensemble et non marché par marché, l'interruption de la prescription produit un effet à l'égard de toutes les parties qui y sont impliquées, y compris à l'égard de celles qui n'ont pas été entendues dans le délai [de trois ans] (...)»* et, enfin, l'arrêt du 28 janvier 1997, société Hadès, par lequel la cour d'appel a considéré que *«(...) la saisine du Conseil s'opérant 'in rem', celui-ci s'est déclaré valablement saisi de l'ensemble des faits commis depuis le 10 janvier 1988 et a, à juste titre, rejeté l'exception de prescription soulevée (...)»*.

Dans les décisions qui précèdent, le principe selon lequel le Conseil est saisi *in rem* de l'ensemble des pratiques avait été invoqué pour fonder l'effet interruptif, à l'égard de toutes les parties mises en cause, d'un acte concernant une seule partie. Dans une décision 02-D-67 du 7 novembre 2002, le Conseil de la concurrence a étendu le même raisonnement au cas où l'acte interruptif de prescription n'a concerné qu'une partie des pratiques incriminées : *«Considérant que le Conseil est saisi 'in rem' des comportements susceptibles d'être imputés aux entreprises dans leur ensemble et pour l'ensemble de la période couverte par cette saisine ; que, dès lors qu'il est établi qu'un acte tendant à la recherche à la constatation ou à la sanction de ces comportements, même s'il ne concerne qu'une des entreprises incriminées ou une partie seulement des faits commis pendant la période visée par la saisine, est intervenu avant le terme du délai légal de trois ans suivant le dernier acte interruptif, la prescription se trouve interrompue par l'effet de cet acte à l'égard de toutes les entreprises concernées et pour l'ensemble des faits dénoncés»*.

Cette analyse ne peut trouver application que pour autant que les pratiques en cause sont de même nature. Ainsi, dans sa décision 02-D-42 du 28 juin 2002, le Conseil a considéré que des actes interruptifs intervenus à l'égard de pratiques d'entente sur les prix, ne pouvaient interrompre la prescription

à l'égard de pratiques de traitement discriminatoire faisant l'objet de saisines distinctes, ultérieurement jointes dans le cadre de la procédure<sup>45</sup>.

### La suspension de la prescription

Il est prévu, en droit commun, que, dans certaines circonstances, le délai de prescription se trouve suspendu et qu'il ne recommence à courir que lorsque la cause de suspension a disparu, la partie déjà écoulée du délai étant prise en compte dans la computation de celui-ci.

La suspension de la prescription, qui s'applique tant en matière de procédure pénale qu'en matière de procédure civile, découle du principe selon lequel la prescription ne s'accomplit pas à l'encontre de celui qui ne peut valablement agir («*contra non valentem agere non currit praescriptio*»). A côté des causes légales de suspension de la prescription (suspension en cas de guerre ou d'occupation du territoire<sup>46</sup>), les jurisprudences pénale et civile ont admis d'autres causes de suspension, par exemple, lorsqu'il existe un obstacle de droit<sup>47</sup> au déroulement normal de la procédure, comme peuvent l'être l'examen d'une question préjudicielle ou l'exigence d'une autorisation préalable<sup>48</sup>, dans certains cas, à l'exercice de l'action publique.

L'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 ne contenait pas de disposition spécifique relative à la suspension de la prescription, si ce n'est la suspension des procédures devant les juridictions qui consultent le Conseil de la concurrence pour avis (art. L. 462-3 du code de commerce). Ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus, la chambre commerciale de la Cour de cassation, par deux arrêts rendus les 17 juillet 2001 et 26 février 2002, a censuré la cour d'appel de Paris pour avoir, en ajoutant à l'article 27 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 un cas de suspension qu'il ne prévoit pas, violé cette dernière disposition.

Il serait souhaitable d'examiner l'opportunité de modifier l'article L. 462-7 du code de commerce par l'introduction d'une disposition précisant dans quels cas le cours de la prescription peut être suspendu.

## Les effets et la portée de l'acquisition de la prescription

### À l'égard des faits dont est saisi le Conseil de la concurrence

L'acquisition de la prescription a pour conséquence d'interdire la poursuite de l'instruction des faits objet de la saisine et le prononcé d'une sanction. Toutefois la décision appelée à tirer les conséquences de cette acquisition sera d'une nature différente selon le point d'avancement de la procédure. Ainsi, les effets de l'écoulement du délai de la prescription sont prévus, en premier lieu, par les dispositions de l'article L. 462-8, alinéa premier, du code de commerce selon lesquelles le Conseil peut déclarer la saisine irrecevable si les faits constitutifs de la pratique sont antérieurs de plus de trois ans au premier acte interruptif (enquête de la DGCCRF ou saisine) ; en revanche, si l'acquisition de la prescription intervient postérieurement à la saisine, le Conseil ne pourra plus constater une irrecevabilité qui n'était pas constituée au jour où il a reçu cette saisine ; il ne peut, en pareille hypo-

thèse, que relever qu'aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence n'est établie et prononcer, en application de l'article L. 464-6 du code de commerce, un non-lieu à poursuivre la procédure.

Dans tous les cas, l'accomplissement de la prescription interdit que les faits concernés soient sanctionnés et la jonction d'une saisine concernant des faits prescrits à une saisine de faits connexes dans le cadre de laquelle des actes interruptifs ont été accomplis en temps voulu, ne saurait avoir pour effet de remettre en cause rétroactivement la prescription acquise dans le premier dossier<sup>49</sup>.

Toutefois, ainsi que l'ont précisé, à plusieurs reprises, la Cour de cassation et la cour d'appel de Paris, si des faits prescrits ne peuvent donner lieu à qualification et à sanction, ils peuvent, néanmoins, être relatés et rappelés à seule fin d'éclairer des faits non prescrits et susceptibles d'être sanctionnés, à la condition qu'il n'en soit pas tiré de conséquences quant à la gravité de ces derniers<sup>50</sup>.

### À l'égard des parties à la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence

La prescription d'une pratique anticoncurrentielle revêt un caractère absolu. Cela signifie qu'elle est opposable à tous et à tout moment de la procédure<sup>51</sup>. Il est possible de présumer qu'en droit de la concurrence comme en droit pénal, les parties ne peuvent, en raison de ce caractère absolu, renoncer au bénéfice de la prescription et que cette dernière doit être relevée d'office par le Conseil de la concurrence et les juridictions de contrôle.

## Conclusion

On ne saurait, surtout à une période où la réforme du règlement 17<sup>52</sup> étend le champ de compétence des autorités nationales de concurrence, aborder la question de la prescription sans relever qu'il existe, entre le droit national et le droit communautaire de la concurrence, d'importantes différences de régime.

Le paragraphe 1 de l'article 1 du règlement 2988/74 du 26 novembre 1974<sup>53</sup> précisait, en effet, que *«le pouvoir de la Commission de prononcer des amendes ou sanctions (...) est soumis à un délai de prescription (...) de cinq ans (...)»*. Cette disposition a été interprétée comme interdisant à la Commission de prononcer des sanctions une fois le délai de prescription écoulé, mais nullement de qualifier les pratiques en cause. Cette distinction est considérable, non seulement d'un point de vue conceptuel, mais aussi, au regard de la possibilité qu'elle ouvre aux entreprises victimes de pratiques anticoncurrentielles d'obtenir réparation des dommages qu'ont pu leur causer de telles pratiques en se prévalant devant les juridictions compétentes de l'analyse qui en a été donnée par la décision de la Commission.

Par ailleurs, le troisième paragraphe de l'article 2 du même règlement précisait que si la prescription peut être interrompue, le délai dans lequel la Commission doit statuer ne peut excéder le double du délai de prescription, c'est-à-dire dix ans.



Ces dispositions et les principes découlant de leur interprétation ont été intégrés dans l'article 25 du règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

Ces différences pourraient poser un certain nombre d'interrogations lorsque le Conseil de la concurrence aura à statuer sur des pratiques qualifiables au regard des dispositions du droit communautaire de la concurrence, mais prescrites au regard du droit national, ou qui ont fait l'objet d'actes interruptifs réguliers mais qui sont antérieures de plus de dix années à la décision du Conseil. Les réponses apportées à ces questions ouvriront alors un nouvel épisode dans l'histoire de la prescription en droit de la concurrence.

*Un certain nombre de décisions citées ont fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris : 02-D-09 ; 02-D-42 ; 02-D-60 ; 02-D-48.*



- 1 - Cour de cassation, chambre commerciale, 8 juillet 1997, *BOCCRF* n° 24, 31 décembre 1997.
- 2 - Cour de cassation, chambre commerciale, 17 juillet 2001, *BOCCRF* n° 13, 23 août 2001.
- 3 - Cour de cassation, chambre commerciale, 26 février 2002, Bull. civ. N° 2, n° 42.
- 4 - Conseil de la concurrence, décision 02-D-09 du 20 février 2002. Cette décision fait l'objet d'un recours, toujours pendant au moment de la rédaction de la présente étude.
- 5 - Conseil de la concurrence, décision 02-D-09 du 20 février 2002.
- 6 - Cour de cassation, chambre criminelle, 28 mars 1996, bull. crim. n° 142.
- 7 - Conseil de la concurrence, décision 02-D-63 du 8 octobre 2002.
- 8 - Cour d'appel de Paris, 27 septembre 1990, *BOCCRF* n° 22, 11 octobre 1990.
- 9 - Conseil de la concurrence, décision 92-D-37 du 2 juin 1992.
- 10 - Conseil de la concurrence, décisions 02-D-02 du 29 janvier 2002 et 02-D-42 du 28 juin 2002. De façon générale, la chambre criminelle de la Cour de cassation considère que les voies de recours interrompent par elles-mêmes le cours de la prescription (Cour de cassation, chambre criminelle, 25 janvier 1993, Bull. crim. n° 39).
- 11 - Conseil de la concurrence, décision 92-D-37 du 2 juin 1992.
- 12 - Cour d'appel de Paris, 12 octobre 1999, Compagnie nationale des experts d'art, *BOCCRF* n° 18, 30 octobre 1999 : «*C'est la convocation manifestant la volonté de poursuivre du moins celle d'instruire, qui interrompt la prescription ; les dispositions du Nouveau code de procédure civile n'étant pas applicable, c'est la date de réception des convocations qui est la seule susceptible d'interrompre la prescription*». Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation dans un arrêt du 26 février 2002 (Bull. civ. N° 2, n° 487), mais sans que cette motivation soit contestée.
- 13 - Cour d'appel de Paris, 30 mai 1991, Administrateurs de Paris, *BOCCRF* n° 11, 27 juin 1995.
- 14 - Cour d'appel de Paris, 30 mai 1991, Administrateurs de Paris, *BOCCRF* n° 11, 27 juin 1995.
- 15 - Conseil de la concurrence, décision 92-D-39 du 16 juin 1992.
- 16 - Conseil de la concurrence, décision 88-D-25 du 14 juin 1988.
- 17 - Conseil de la concurrence, décision 91-D-33 du 9 juillet 1991.
- 18 - Conseil de la concurrence, décision 88-D-25 du 14 juin 1988, v. rapport pour 1988 p. 18 ; cour d'appel de Paris, 11 septembre 2001, barreau de Nice, *BOCCRF* n° 15, 23 octobre 2001.
- 19 - Conseil de la concurrence, décision 90-D-08 du 23 janvier 1990, v. rapport pour 1990 p. 29, confirmée par la cour d'appel de Paris, 20 septembre 1990, *BOCCRF* n° 21, 26 septembre 1990 et 13 décembre 2001, SA Gamm Vert, *BOCCRF* 31 janvier 2002.
- 20 - Conseil de la concurrence, décision 92-D-36 du 19 mai 1992.
- 21 - Conseil de la concurrence, décision 94-D-05 du 18 janvier 1994, analyse confirmée par la cour d'appel de Paris, 3 février 1995, Asia Motor, *BOCCRF* n° 2, 18 février 1995.
- 22 - Conseil de la concurrence, décision 02-D-60 du 27 septembre 2002. Dans cette affaire, le Conseil s'étant saisi d'office le 16 septembre 1997, après le retrait de saisine, les par-

ties soutenaient que les faits antérieurs au 16 septembre 1994 étaient prescrits. Le Conseil a cependant considéré «*qu'entre la date de la saisine du Conseil de la concurrence par les sociétés (...) et le retrait de cette saisine, une demande d'enquête, portant sur les pratiques (...), a été adressée à la DGCCRF le 21 janvier 1997 ; que cet acte n'a pas perdu le fondement qu'il puisait dans la dénonciation des faits, qu'il a pu être versé au dossier de la saisine d'office et qu'il a, dès lors, un effet interruptif de la prescription ; qu'il s'ensuit que doivent être pris en compte, dans le cadre de la saisine d'office, les faits remontant jusqu'au 21 janvier 1994*», c'est-à-dire trois ans avant la demande d'enquête du rapporteur.

Cette décision fait l'objet d'un recours pendant, au moment de la rédaction de la présente étude.

- 23 - Conseil de la concurrence, décision 97-D-20 du 25 mars 1997.
- 24 - Conseil de la concurrence, décision 93-D-47 du 3 novembre 1993.
- 25 - Cour d'appel de Paris, 13 décembre 2001, Apprin Aglos, *BOCCRF* n° 2, 31 janvier 2002. Il existe cependant une jurisprudence contraire de la cour d'appel, dans laquelle elle a retenu la date de la réception de la lettre de convocation à une audition effectuée par le rapporteur comme date d'interruption de la prescription (cour d'appel de Paris, 12 octobre 1999, Compagnie nationale des experts d'Art, *BOCCRF* n° 18, 30 octobre 1999).
- 26 - Cour d'appel de Paris, 5 juillet 1994, Entreprise Bronzo, *BOCCRF* n° 12, 29 juillet 1994.
- 27 - Conseil de la concurrence, décision 92-D-39 du 16 juin 1992.
- 28 - Conseil de la concurrence, décision 02-D-48 du 29 juillet 2002 (marchés de VRD à Cambrai, Valenciennes et Avesnes sur Helpe).
- 29 - Cour d'appel de Paris, 15 juin 1999, Solatrag, *BOCCRF* n° 2, 18 février 2000.
- 30 - Conseil de la concurrence, décision 02-D-60 du 27 septembre 2002.
- 31 - Conseil de la concurrence, décision 96-D-64 du 20 novembre 1996 et cour d'appel de Paris, 21 novembre 1997, Tuyaux Bonna, *BOCCRF* n° 20, 29 novembre 1997.
- 32 - Cour d'appel de Paris, 15 juin 1999, Solatrag, *BOCCRF* n° 2, 18 février 2000.
- 33 - Cour d'appel de Paris, 13 décembre 2001, GammVert, *BOCCRF* n° 2, 31 janvier 2002.
- 34 - Conseil de la concurrence, 02-D-42 du 28 juin 2002.
- 35 - Cour de cassation, chambre criminelle, 7 juin 1934, Bull. crim. n° 109 et 11 janvier 1940, Bull. crim. n° 5.
- 36 - Cour de cassation, chambre criminelle, 11 janvier 2000, Bull. crim. n° 12 (concernant l'avis de fin d'instruction rendu par le juge d'instruction) ; 27 janvier 1870, Bull. crim. n° 21 et 12 avril 1873, Bull. crim. n° 98 (concernant les ordonnances de non-lieu rendu par le juge d'instruction) ; 11 octobre 1961, Bull. crim. n° 394 (concernant les réquisitoires du procureur de la République et les ordonnances du juge d'instruction).
- 37 - Cour de cassation, chambre commerciale, 8 juillet 1997, *BOCCRF* n° 24, 31 décembre 1997 ; cour d'appel de Paris, 1<sup>er</sup> décembre 1995, L'Entreprise Industrielle, *BOCCRF* n° 3, 28 février 1996 ; Conseil de la concurrence, décision 02-D-49 du 4 septembre 2002.
- 38 - Conseil de la concurrence, décision 02-D-45 du 18 juillet 2002.
- 39 - Conseil de la concurrence, décision 02-D-42 du 28 juin 2002.
- 40 - Conseil de la concurrence, décision 02-D-42 du 28 juin 2002.
- 41 - Cour de cassation, chambres réunies, 27 février 1865, Bull. crim. n° 51 ; chambre criminelle, 19 avril 1958, Bull. crim. n° 323 ; 15 mars 1961, Bull. crim. n° 163 ; 26 juillet 1965, Bull. crim. n° 191.
- 42 - Cour de cassation, chambre criminelle, 6 janvier 1965, Bull. crim. n° 4 ; 4 novembre 1986, Bull. crim. n° 321.
- 43 - Cour de cassation, chambre criminelle, 11 juillet 1972, Bull. crim. n° 235 ; 20 février 1985, Bull. crim. n° 83 ; 5 juillet 1993, Bull. crim. n° 239.
- 44 - Cour de cassation, chambre criminelle, 20 octobre 1993, Bull. crim. n° 303.
- 45 - Cette décision fait l'objet d'un recours.
- 46 - Article 1 de la loi du 29 mars 1942, modifié par la loi du 12 mai 1950.
- 47 - Cour de cassation, chambre criminelle, 3 mai 1993, Bull. crim. n° 162.
- 48 - Cour de cassation, chambre criminelle, 28 mars 2000, Bull. crim. n° 139.
- 49 - Conseil de la concurrence décision 02-D-42 du 28 juin 2002.
- 50 - Cour de cassation, chambre commerciale, 30 mai 1995, Société Juin international, *BOCCRF* n° 12, 25 août 1995 ; cour d'appel de Paris, 11 octobre 1989, Bureau Véritas, *BOCCRF* n° 20, 18 octobre 1989 ; cour d'appel de Paris, 8 juillet 1992, Société Carrières Gontero, *BOCCRF* n° 15, 15 août 1992 et cour d'appel de Paris, 29 janvier 2002, Tramway de Grenoble, *BOCCRF* n° 5, 27 mars 2002 ; Conseil de la concurrence, décision 93-D-39, 5 octobre 1993.
- 51 - Conseil de la concurrence, décision 88-D-25 du 14 juin 1988.
- 52 - Règlement 17/62 d'application des articles 85 et 86 du traité de Rome.
- 53 - Règlement n° 2988/74 du Conseil, du 26 novembre 1974, relatif à la prescription en matière de poursuite et d'exécution dans les domaines du droit des transports, et de la concurrence de la Communauté économique européenne.

# Analyse de la jurisprudence

Avertissement .....	107
Titre I - Avis et décisions les plus notables .....	108
<b>Principaux avis rendus en 2002</b> .....	108
<b>Avis rendus sur différentes questions de concurrence</b> .....	108
Gestion du potentiel viticole : le marché de la cession des droits de plantation et de replantation .....	109
Ouverture d'un monopole public : fixation des tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité .....	112
«Facilités essentielles» : exemple de la distribution dans le secteur de la presse .....	115
<b>Avis rendus en matière de concentration</b> .....	118
Acquisition de certains actifs de la société Moulinex par la société SEB .....	118
<b>Décisions contentieuses notables</b> .....	123
<b>Ententes</b> .....	123
Décision 02-D-14 du 28 février 2002 .....	123
Décision 02-D-36 du 14 juin 2002 .....	127
Décision 02-D-42 du 28 juin 2002 .....	130
Décision 02-D-59 du 25 septembre 2002 .....	134

<b>Abus de position dominante</b> .....	136
Décision 02-D-18 du 13 mars 2002 .....	136
Décision 02-D-33 du 10 juin 2002 .....	140
Décision 02-D-44 du 11 juillet 2002 .....	142
<b>Demande de mesures conservatoires</b> .....	145
Décision 02-MC-03 du 27 février 2002 et décision n° 02-D-46 du 19 juillet 2002 .....	145
Décision 02-MC-04 du 11 avril 2002 .....	149
Décision 02-MC-06 du 30 avril 2002 .....	151
Décisions 02-MC-07 du 15 mai 2002 et 02-MC-09 du 12 juin 2002 .....	154

<b>Titre II - La jurisprudence</b> .....	157
--	-----

<b>Questions de compétence, de procédure et de preuve</b> .....	157
---	-----

<b>Champ de compétence du Conseil de la concurrence</b> .....	157
Applicabilité de l'article L. 410-1 du code du commerce .....	157
Pratiques relevant de la compétence exclusive d'autres juridictions .....	159
Application du droit communautaire .....	159
<b>Prescription</b> .....	160
Pratiques continues .....	160
Actes interruptifs .....	160
<b>Déroulement de la procédure</b> .....	162
Enquêtes administratives .....	162
Saisine du Conseil de la concurrence .....	163
Examen des mesures conservatoires .....	164
Instruction .....	170
<b>Preuve des pratiques anticoncurrentielles</b> .....	171
Preuves admissibles .....	171
Valeur probatoire des indices .....	171
<b>Qualification des pratiques</b> .....	172
Concertation dans le cadre d'appels d'offres publics ou privés ..	172
Ententes horizontales, répartition de marchés ou entrave à l'entrée sur le marché .....	173
En matière de distribution .....	175
Abus de position dominante visant à entraver l'entrée sur le marché d'un concurrent .....	176
Effet sensible des pratiques .....	177
<b>Imputabilité des pratiques</b> .....	178
Imputabilité entre société mère et filiale .....	178
Imputabilité en cas de transformation de l'entreprise .....	179

<b>Les marchés pertinents</b> .....	181
<b>Le marché pertinent de produit ou de service</b> .....	181
Le contenu de l'offre .....	181
La demande .....	183
La substituabilité des produits ou services .....	184
<b>Le marché géographique</b> .....	185
Dimension européenne .....	185
Dimension nationale .....	185
Dimension régionale ou locale .....	186
<b>Les ententes illicites</b> .....	186
<b>La forme des ententes prohibées</b> .....	188
Les ententes horizontales .....	188
Les groupements d'entreprises .....	188
Les entreprises communes .....	189
Les ententes verticales .....	190
<b>Les participants aux ententes</b> .....	191
La nature des participants .....	191
Le rôle des organisations et associations professionnelles .....	191
<b>Les ententes anticoncurrentielles</b> .....	193
Concertations ou ententes à l'occasion d'appels d'offres publics ou privés .....	193
Ententes et échanges d'informations sur les prix et marges .....	196
Entraves à l'accès au marché .....	198
Répartition de marché .....	201
Restrictions verticales .....	201
Autres restrictions verticales .....	209
<b>Positions dominantes, situations de dépendance économique et abus anticoncurrentiels</b> .....	210
<b>Les abus de position dominante</b> .....	210
L'appréciation de la position dominante .....	211
Qualification des pratiques imputables à une entreprise en position dominante .....	215
<b>Les abus de dépendance économique</b> .....	225
La notion de dépendance économique .....	226
La notion d'abus de dépendance économique prohibé .....	226

<b>Les conditions d'application de l'article L. 420-4-1 du code de commerce</b> .....	227
Les pratiques résultant d'un texte .....	227
Les pratiques contribuant au progrès économique .....	227
<b>Les pratiques de prix abusivement bas</b> .....	228
<b>La politique du Conseil en matière de sanctions</b> .....	232
<b>L'aspect correctif : les injonctions</b> .....	232
Injonction de s'abstenir de certaines pratiques .....	232
Injonction de prendre certaines mesures .....	233
Examen du respect des injonctions .....	233
<b>L'aspect dissuasif : les sanctions pécuniaires et la publication des décisions</b> .....	237
Application des nouveaux plafonds de sanction prévus par la loi dite NRE du 15 mai 2001 .....	237
Motivations des sanctions pécuniaires .....	237
Publication des décisions .....	245
Transmission au ministre de l'économie .....	247
Transmission du dossier au procureur de la République .....	248
<b>Les avis rendus en matière de concentration</b> .....	249
<b>Contrôlabilité de l'opération</b> .....	250
Avis rendus sur le fondement des dispositions applicables avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 ....	250
Avis rendu sur le fondement des dispositions applicables après l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 ....	251
<b>La délimitation des marchés pertinents</b> .....	252
Les marchés de produits .....	252
La dimension géographique des marchés .....	254
<b>Bilan concurrentiel</b> .....	255
La création ou le renforcement d'une position dominante .....	255
Les risques spécifiques liés au cumul de plusieurs marques notoires ou à la juxtaposition de positions fortes sur une gamme de produits .....	257
L'affaiblissement du jeu concurrentiel lié à la réduction du nombre d'acteurs .....	257
Effets verticaux .....	258
Contribution au progrès économique .....	259
L'exception de l'entreprise défailante .....	259
<b>Les décisions du ministre</b> .....	260

## Avertissement

La présentation de la jurisprudence du Conseil de la concurrence qui suit, a été rédigée alors que certaines décisions faisaient l'objet d'un recours toujours pendant devant la cour d'appel de Paris.

Le lecteur trouvera en annexe du présent rapport, un tableau listant les décisions de 2002 ayant fait l'objet d'un recours, et indiquant pour les arrêts rendus à la date de la rédaction de cette présentation, quelle a été la position adoptée par la cour d'appel de Paris.

Par ailleurs, l'analyse qui suit ne prétend pas à l'exhaustivité. Le choix des décisions et le contenu de l'analyse sont faits sous la responsabilité du Conseil. Les utilisateurs sont invités à se reporter aux décisions et arrêts originaux pour apprécier de façon exacte le contexte et la portée des points de droit qui sont présentés. Les développements qui suivent ont pour vocation première de mettre en évidence les points de droit nouveaux tranchés par le Conseil au cours de l'année écoulée. Ils permettent également de faciliter la recherche des confirmations significatives de jurisprudences plus anciennes et, s'agissant des questions qui supposent, dossier par dossier, une pondération par les circonstances propres à l'affaire considérée, 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.



# Analyse de la jurisprudence

## Avis et décisions les plus notables

108

Seront ici présentés les décisions et avis méritant d'être signalés dans leur ensemble, soit pour l'importance en termes économique ou juridique des questions qui auront été traitées, soit en raison de la réponse nouvelle qu'ils peuvent apporter à un point particulier.

### ■ Principaux avis rendus en 2002

#### Avis rendus sur différentes questions de concurrence

Plusieurs avis rendus par le Conseil en 2002, sur le fondement des dispositions du livre IV du code de commerce, méritent un développement particulier.

Deux avis ont été rendus sur le fondement de l'article L. 462-2 du code de commerce, en vertu duquel le Conseil est obligatoirement consulté sur tout projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau ayant directement pour effet de soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives, d'établir des droits exclusifs dans certaines zones ou d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente. Le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a ainsi saisi le Conseil d'un projet de décret mis au point par le ministère de l'agriculture, ayant pour objet d'adapter le dispositif national en matière de régime de plantations aux nouvelles règles fixées par le règlement (CE) n° 1493/1999 du 17 mai 1999, portant organisation commune du marché viticole et entré en vigueur au 1<sup>er</sup> août 2000 (avis 02-A-03 du 25 mars 2002). Un autre avis, relatif à un projet de décret portant application des dispositions de l'article 27 du code de l'industrie cinématogra-



phique, a été rendu en 2002 sur la même base (avis 02-A-02 du 13 mars 2002).

Deux autres avis ont été rendus conformément aux dispositions de l'article L. 410-2 du code de commerce selon lesquelles, dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison de dispositions législatives ou réglementaires, un décret en Conseil d'État peut réglementer les prix après consultation du Conseil de la concurrence. Le Conseil a ainsi été consulté sur un projet de décret fixant les tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité (avis 02-A-05 du 18 avril 2002).

D'autres avis ont été rendus sur le fondement de l'article L. 462-1 qui prévoit que le Conseil peut donner son avis à la demande des collectivités territoriales, des organisations professionnelles et syndicales, des organisations de consommateurs agréées, des chambres d'agriculture, des chambres de métier ou des chambres de commerce et d'industrie, en ce qui concerne les intérêts dont elles ont la charge. Dans le cas d'espèce, l'Association pour la promotion de la distribution de la presse (APDP) a saisi le Conseil d'une demande d'avis relative au réseau de dépositaires de presse couvrant l'ensemble du territoire (avis 02-A-08 du 22 mai 2002). Le Conseil a également été saisi de questions posées par le syndicat de l'Union nationale des professionnels de la formation des automobilistes (UNPFA) concernant les pratiques de la société Engineering Printel Systems (EPS) (avis 02-A-11 du 2 septembre 2002), et de deux demandes d'avis du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, dont l'une portait sur un contrat cadre relatif à la situation du marché de la pêche et de la nectarine (avis 02-A-12 du 1<sup>er</sup> octobre 2002).

Trois avis ont été rendus sur la base d'autres textes. Le premier, à la demande de la Commission de régulation de l'électricité, sur le fondement de l'article 25 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, portant sur des propositions des opérateurs du secteur électrique relatives aux principes de séparation comptable entre activités de production, transport, distribution d'électricité et autres activités annexés à leurs comptes pour 2001 (avis 02-A-06 du 4 mai 2002). Les deux autres étaient relatifs à des demandes d'avis présentées par l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 36-7 (7°) du code des postes et télécommunications (avis 02-A-10 du 10 juillet 2002 et 02-A-14 du 13 décembre 2002).

### **Gestion du potentiel viticole : le marché de la cession des droits de plantation et de replantation (02-A-03)**

#### **Contexte**

Le Conseil était saisi d'une demande d'avis portant sur un projet de décret prévoyant la création d'une réserve nationale des droits de plantation chargée d'attribuer ces droits aux viticulteurs. Il avait déjà été saisi d'un projet similaire en 2000 et avait souligné, dans un avis 00-A-22 du 4 octobre

2000, les problèmes posés au regard du droit de la concurrence par les dispositions envisagées, notamment en ce qu'elles instaurent, au profit de la réserve nationale créée, un monopole de gestion des transferts de droits de replantation.

La définition des règles applicables à la gestion des superficies et des productions agricoles relève désormais, dans une large mesure, de dispositions communautaires visant à rendre plus efficace le secteur agricole dans le cadre d'une organisation commune du marché. Néanmoins l'État, en édictant des règles d'application ou par le truchement d'organismes publics, conserve un rôle important de mise en œuvre de la «*législation*» communautaire.

Le nouveau règlement n° 1493/1999 du 17 mai 1999 prévoit les dispositions suivantes :

- maintien du principe de l'interdiction de plantation de vignes avec variétés classées comme variétés à raisins de cuve jusqu'au 31 juillet 2010, excepté lorsqu'il s'agit d'un droit de plantation nouvelle, d'un droit de replantation consécutif à un arrachage ou d'un droit de plantation prélevé sur une réserve ;
- les droits de replantation sont octroyés par les États-membres aux producteurs qui ont procédé ou se sont engagés à procéder dans un délai déterminé à l'arrachage d'une superficie plantée en vignes. Ces droits peuvent être transférés (sous conditions) en tout ou en partie à une autre exploitation à l'intérieur d'un même État-membre ;
- les droits de replantation doivent être utilisés avant la fin de la cinquième (ou, par dérogation, de la huitième) campagne suivant la fin de celle au cours de laquelle l'arrachage a été effectué. Les droits non utilisés à la fin de cette période sont attribués à une réserve que les États doivent normalement créer et qui se voient attribuer d'office :
  - les droits de plantation nouvelle tels que prévus aux articles 3 et 6 du règlement ;
  - les droits de plantation et de replantation qui n'ont pas été utilisés dans les délais prescrits ;
  - les droits de replantation attribués à la réserve par les producteurs titulaires de tels droits moyennant, le cas échéant, une contrepartie financière.

C'est dans ce contexte que s'insère la législation française, législation de mise en œuvre des règles communautaires. L'article L. 641-16 du code rural prévoit qu'un arrêté fixe les contingents de plantations nouvelles, de transfert de droits de replantation, de replantation interne aux exploitations et de surgreffage, et définit les critères de répartition de ces contingents. En outre, les autorisations de plantations nouvelles, de transfert de droits de replantation, de replantations internes aux exploitations et de surgreffage sont délivrées par arrêté sur proposition de l'Institut national des appellations d'origine, après avis des syndicats de défense intéressés. Les articles 35 et 35 bis du décret du 30 septembre 1953 complètent le dispositif en définissant les conditions dans lesquelles les transferts de droits de propriété peuvent être autorisés et les critères pouvant être pris en compte.

Ainsi, les producteurs qui, après avoir procédé à un arrachage de vigne sans avoir perçu de prime spécifique, ne souhaitent pas utiliser personnel-

lement les droits de replantation ainsi acquis, peuvent les proposer à la vente à des producteurs viticoles désireux d'accroître la surface de leur vignoble. En effet, la nature patrimoniale et immobilière du droit de replantation en fait un bien cessible dans le cadre de l'usage normal du droit de propriété, d'autant que la législation et la réglementation applicables, si elles encadrent les modalités de cession de ces droits, n'interdisent nullement de telles transactions sur le territoire national.

La rencontre des offres et des demandes de droits de replantation de vignes a donné naissance à un marché, certes modeste mais spécifique, sur lequel interviennent aussi bien des particuliers que des intermédiaires indépendants (courtiers spécialisés dans le négoce des droits de replantation) ou des bourses d'échange mises en place par les organisations viticoles, dont le fonctionnement est soumis aux règles fixées par les articles L. 410 et suivants du code de commerce. Le Conseil avait déjà reconnu l'existence d'un tel marché dans son avis du 20 octobre 1998. Le ministère de l'agriculture estime que les droits susceptibles de faire l'objet de transactions, après déduction de ceux utilisés directement par leur détenteur et de ceux laissés en déshérence, représentent une superficie globale de 10 000 hectares environ. Or, toujours selon le ministère de l'agriculture, les besoins exprimés s'élevaient, approximativement à 20 000 hectares, ne serait-ce que du fait de la nécessité de renouveler les plants de vignes atteints par le vieillissement (2 % des plants doivent ainsi être, mécaniquement, renouvelés chaque année).

### *Orientation de l'avis*

L'une des innovations majeures du dispositif réside dans la création d'une réserve nationale des droits de plantation chargée d'attribuer ces droits aux viticulteurs. Le monopole de l'intervention sur le marché de ces droits, prévu par le précédent projet, est retiré.

Les articles 2 et 3 du projet reprennent les dispositions de l'article 5 du règlement communautaire du 17 mai 1999 concernant les droits attribués d'office à la réserve et la possibilité, pour les producteurs titulaires de droits de replantation, de les attribuer à cette réserve, moyennant une contrepartie financière de source nationale. Les droits de replantation peuvent être obtenus soit auprès de la réserve, soit par transfert de ces droits en provenance d'une autre exploitation conformément au règlement communautaire susmentionné.

Le Conseil a approuvé ces dispositions, dans la mesure où elles préservent la liberté des titulaires de ces droits de choisir le cessionnaire de leur choix. Il a, en outre, noté que la mise en place de ce marché, malgré sa dimension modeste, permettra aux responsables de la gestion administrative du secteur de disposer de signaux propres à en améliorer l'efficacité.

Il s'est, en revanche, interrogé sur les dispositions de l'article 4, alinéa 3, du projet : «*Selon des conditions à déterminer par arrêté conjoint des ministres chargés de l'agriculture et du budget, la moyenne pondérée des contreparties financières obtenues par la réserve lors de la cession de droits de replantation aux détenteurs d'une autorisation de plantation ne peut être inférieure à la moyenne pondérée des contreparties financières accordées par la réserve,*

*lors de l'acquisition de droits de replantation auprès des titulaires de droits». Il a, en effet, observé que, lorsqu'il n'est pas en situation d'imposer de monopole sur un marché, un opérateur économique n'est pas en mesure de fixer le prix de vente ou d'achat des produits ou prestations qui y sont échangés, et que, si l'objectif poursuivi visait seulement à imposer à l'ONIVINS une gestion financière équilibrée, il conviendrait de préciser clairement que les gestionnaires de la réserve sont astreints à cette obligation sans faire référence à la notion de prix.*

L'article 8 du projet prévoit que : *«Les critères, contingents et autorisations de plantation de vignes aptes à produire des vins de qualité produits dans une région déterminée sont arrêtés selon la procédure définie par l'article L. 641-6 du code rural. Les critères d'attribution de ces autorisations de plantation incluent des critères nationaux de recevabilité ou de priorité».* Le Conseil a admis qu'en vertu de certains objectifs communautaires, il puisse exister des critères de répartition et d'attribution des autorisations d'acquisition de droits de plantation. Mais il a recommandé, en l'absence de précisions sur ces critères, que, lors de l'élaboration des arrêtés interministériels prévus par le projet, le nombre et la nature des critères retenus ne créent pas de restrictions et notamment de limitation de l'accès au marché excédant ce qui est nécessaire au respect de la réglementation communautaire.

## **Ouverture d'un monopole public : fixation des tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité (02-A-05)**

### *Contexte*

La loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité a partiellement ouvert, en France, le marché de la production d'électricité à la concurrence, en autorisant les gros consommateurs d'électricité, dits «*clients éligibles*», consommant plus de 16 gigawattheures, en vertu du décret n° 2000-456 du 29 mai 2000, à choisir leur fournisseur d'électricité. Les réseaux de transport et de distribution demeurent des monopoles publics dont les conditions techniques et économiques d'accès jouent donc un rôle déterminant pour l'entrée sur le marché de concurrents de l'opérateur historique et pour l'effectivité de la concurrence. En vertu de l'article 23 de la loi, un droit d'accès aux réseaux publics de transport et de distribution est garanti, et l'article 4 de la loi prévoit que ce droit est réglementé par les pouvoirs publics.

Les grands principes de la tarification des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité ont été fixés par le décret n° 2001-365 du 26 avril 2001 relatif aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité (paru au *JO* du 28 avril 2001), les premiers tarifs devant être fixés dans un deuxième décret. Le décret-cadre pose le principe d'un tarif binôme, comportant une composante fonction de la puissance souscrite et une composante fonction de l'énergie injectée ou prélevée (article 4). Ce tarif est calculé à partir de l'ensemble des coûts des réseaux

tels qu'ils résultent de l'analyse des coûts techniques et de la comptabilité générale des opérateurs (article 2). L'article 8 dispose que «*les premiers tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité sont fixés par décret en Conseil d'État, sur proposition de la Commission de régulation de l'électricité et après avis du Conseil de la concurrence*».

C'est en application de cet article, que le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence, sur le fondement de l'article L. 410-2 du code de commerce, d'une demande d'avis portant sur un projet de décret fixant les tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité, élaboré à partir de la proposition tarifaire de la Commission de régulation de l'électricité (CRE) du 10 janvier 2002.

Le Conseil avait déjà rendu plusieurs avis dans le cadre de l'ouverture à la concurrence du marché de l'électricité (97-A-09 du 26 mars 1997, 98-A-05 du 28 avril 1998, 00-A-21 du 6 septembre 2000), auxquels l'avis du 18 avril 2002 renvoie en tant que de besoin.

#### *Orientation de l'avis*

Le Conseil a commencé l'analyse concurrentielle de ce projet de décret en rappelant les principes au regard desquels son analyse devait être menée, ceux-ci résultant essentiellement de la qualification d'infrastructure essentielle des réseaux de transport et de distribution de l'électricité gérés en monopole par l'opérateur historique, compte tenu de la difficulté économique et technique de duplication de leurs lignes par d'autres opérateurs.

- Un tarif globalement trop élevé peut créer au profit du monopole une rente qui s'analyse en un transfert de richesse des utilisateurs du réseau vers le gestionnaire de ce réseau. Surtout, ce tarif trop élevé pourrait n'être que la traduction d'une offre insuffisante et entraîner une perte de surplus collectif. C'est ce danger qui doit être évité par l'orientation globale des tarifs vers les coûts.
- Un deuxième danger est constitué par des tarifs qui seraient discriminatoires, c'est-à-dire qui aboutiraient à ce que certains clients paient sensiblement plus que les coûts qu'ils font supporter au réseau alors que d'autres paient sensiblement moins. Une telle situation s'analyse comme une série de transferts entre utilisateurs du réseau qui peut avoir divers effets sur le fonctionnement des marchés : effets de seuil entre entreprises concurrentes sur des marchés et traitées différemment, équivalence de subventions accordées à des entreprises sous-performantes ou, au contraire, gêne occasionnée à des entreprises économiquement efficaces. La solution idéale pour faire face à ce deuxième danger serait donc que le prix d'accès au réseau payé par chaque utilisateur soit égal au coût qu'il fait supporter au réseau.
- Le troisième danger à éviter tient à ce que, parmi les utilisateurs des réseaux, se trouvent des producteurs et des distributeurs appartenant à la même entreprise que le réseau de transport. Le risque encouru est alors que les coûts de production EDF soient reportés sur le réseau et répercutés sur l'ensemble de ses utilisateurs, y compris ceux qui n'achètent pas d'électricité à EDF.

- Enfin, un problème spécifique provient de ce qu'«EDF production» dessert à la fois des clients captifs et des clients qui ont le choix de leur production. Les tarifs du réseau ne doivent pas servir à conduire indirectement les clients captifs à subventionner les tarifs proposés par «EDF production» aux clients non captifs.

En ce qui concerne les dispositions spécifiques mises en place dans le projet, le Conseil fait les observations suivantes :

- Sur le principe du contrôle tarifaire : le Conseil est favorable à l'application de l'article L. 410-2 aux prix d'utilisation des réseaux publics de transport de l'électricité.
- Sur la structure du tarif : le Conseil rappelle qu'un tarif de type «*timbre poste*», tel qu'il a été adopté dans le décret-cadre, c'est-à-dire indépendant de la distance réelle suivie par le flux d'électricité sur le réseau, conduit inévitablement certains utilisateurs à payer plus ou moins que les coûts réels engendrés par son utilisation du réseau. Dans ces conditions, il estime que la possibilité de dérogations exceptionnelles à la tarification forfaitaire ne devrait pas être exclue, dans la mesure où il serait prouvé que l'écart entre le coût réel imposé au réseau et le coût forfaitisé dépasse une certaine valeur absolue. Il fait également remarquer que l'application d'une tarification au timbre-poste peut, en outre, remettre en cause les conditions favorables octroyées, sous l'empire du monopole, aux opérateurs qui se sont raccordés aux réseaux à proximité des centres de production, pour économiser les coûts de réseaux. Dans l'hypothèse où un régime dérogatoire ne se justifierait pas, il peut être envisageable, dans un tel cas, qu'une tarification particulière permette de ménager une période de transition, à condition que cette période soit limitée dans le temps et qu'une cible soit fixée dès l'origine. De la même façon, le Conseil a préconisé que la mise à disposition de formules tarifaires alternatives, pour certaines catégories de clients particulièrement lésées par l'absence de différenciation saisonnière du tarif forfaitaire, soit fondée sur des critères objectifs, telles les différences technologiques entre les réseaux de transport et de distribution, ou soit clairement présentée comme une solution transitoire.
- La tarification forfaitaire de type «*timbre poste*» pose également des problèmes particuliers pour la SNCF et pour les gestionnaires de réseaux de distribution. Le Conseil a estimé que l'étude de ces cas particuliers illustre une difficulté qui tient au caractère doublement artificiel du tarif par rapport à une tarification idéale au «*coût réel*». D'une part, la tarification «*timbre poste*» est, en elle-même, de nature forfaitaire, d'autre part, le tarif prévoit de nombreux correctifs de caractère catégoriel, c'est-à-dire qui ne sont pas évalués utilisateur par utilisateur (écrêtement, foisonnement, concavité, saisonnalité différenciée selon les types de réseau, tarifs alternatifs). Pertinents dans certains cas particuliers qui ont permis de les calculer, ils peuvent, appliqués à d'autres utilisateurs, engendrer de fortes distorsions. La combinaison des multiples correctifs et du principe forfaitaire du «*timbre poste*» risque de devenir de plus en plus complexe à gérer s'il faut qu'elle soit elle-même amendée pour tenir compte des effets pervers qu'elle engendre. Le Conseil en conclut que cette constatation est une incitation supplémentaire à faire progresser la

réflexion sur la tarification nodale, c'est-à-dire une tarification qui repose-rait sur le coût supporté par le réseau du fait de chaque utilisation individualisée.

- Sur le niveau des tarifs : le Conseil a rappelé que le choix des coûts de référence pour l'application du principe d'orientation vers les coûts devrait prendre en compte le risque qu'une mauvaise rémunération des gestionnaires de réseaux soit de nature à entraver les investissements des réseaux et à freiner le développement de la concurrence. Il a observé qu'un certain nombre d'opérateurs avaient insisté sur la possible non couverture des charges par les tarifs, les écarts entre les recettes attendues et les coûts tenant, selon eux, à la non imputation ou la mauvaise imputation de certaines charges dans la dissociation comptable et à l'existence d'un certain nombre de postes dont l'évaluation est difficile. Les formules tarifaires alternatives offertes à certains clients font peser une incertitude de plus sur la couverture des coûts. Quant au risque de subventions croisées de nature à permettre à EDF de perturber le marché concurrentiel, le Conseil rappelle que la séparation comptable entre le RTE et «EDF production» permet de l'éviter même si le niveau des recettes se révèle *ex post* sensiblement supérieur aux coûts.
- En ce qui concerne les clients, le Conseil a considéré comme limité, en l'état des précisions apportées par la CRE, le risque de «trappes tarifaires», c'est-à-dire de situations dans lesquelles le nouveau tarif conduirait à un tarif de transport très élevé. Celui-ci, une fois ajouté au prix de la fourniture d'électricité sur le marché, porterait le coût total pour les clients à un niveau supérieur à ce qui leur est facturé avec le barème actuel d'EDF, dit «intégré» parce qu'il intègre le transport et la fourniture d'électricité. Ces situations seraient de nature à dissuader les clients «éligibles» de s'adresser à d'autres producteurs qu'EDF pour la fourniture d'électricité.
- Sur l'imputabilité du tarif : le projet de décret applique le tarif aux clients éligibles et aux gestionnaires de réseaux publics de distribution qui règlent un tarif «au soutirage». La CRE a choisi, dans un premier temps, de ne pas imposer de tarifs d'injection aux producteurs au titre du recouvrement des coûts des réseaux. Le Conseil a souligné, dans son avis, que ce choix n'était pas indifférent sur le plan de la concurrence puisqu'elle avantage les exportations et fait payer aux consommateurs français le coût du transport d'une électricité qu'ils ne consomment pas.

### «Facilités essentielles» : exemple de la distribution dans le secteur de la presse (02-A-08)

#### Contexte

Le régime juridique de la presse est régi par la loi n° 47-535 du 2 avril 1947, relative au statut des entreprises de groupage et de distribution des journaux et publications périodiques, dite «loi Bichet», qui pose trois principes fondamentaux : liberté de distribution pour l'éditeur, impartialité de la distribution et égalité économique entre les différents titres.

A l'heure actuelle, il existe trois sociétés de messagerie qui assurent la distribution de la presse :



- Les Nouvelles messageries de la presse parisienne (NMPP) : le capital de cette société créée en 1947 est détenu à 51 % par cinq coopératives d'éditeurs (parts A) et à 49 % par la Librairie Hachette (parts B), qui a la qualité d'opérateur.
- La Société auxiliaire pour l'exploitation des messageries transport-presse (SAEM «*Transport Presse*») est une société à responsabilité limitée constituée de sociétés coopératives et de la société anonyme Sopredis (dont Matra Hachette détient 87,3 % des parts).
- Les Messageries Lyonnaises de presse (MLP) sont actuellement la seule coopérative à vocation nationale remplissant directement le rôle de messagerie pour le compte de ses adhérents, soit 495 petits éditeurs.

Le réseau de distribution est, quant à lui, composé des dépositaires centraux de presse et des diffuseurs, ces derniers assurant la vente au public.

Le réseau dit de niveau 2 est un réseau unique constitué de dépositaires qui distribuent la presse, confiée par les trois messageries et par certains éditeurs, notamment de la Presse quotidienne régionale (PQR), aux diffuseurs de presse. Les dépositaires ne sont pas en concurrence entre eux et bénéficient d'une exclusivité de distribution de la presse sur une zone géographique donnée. En province, on dénombre trois grandes catégories de dépôts qui sont les agences de la Société d'agences et de diffusion (SAD), les dépôts gérés et les dépositaires centraux. Quant à la région parisienne, le rôle de dépositaire est assuré, pour les NMPP, par Paris diffusion presse (PDP), entité autonome et pour les MLP, par l'agence MLP Paris qui assure la distribution de ses titres sur les mêmes points que PDP.

Par l'intermédiaire des SAD, des dépôts gérés et de PDP, les NMPP réalisent 46,1 % du chiffre d'affaires des dépositaires pour la vente au numéro, assurant ainsi la maîtrise d'une part importante du réseau des dépositaires.

Pour pouvoir suivre la distribution de la presse, les dépositaires utilisent le logiciel Presse 2000, conçu par les NMPP qui accordent une licence d'utilisation sous réserve du paiement d'une redevance. Certaines fonctionnalités essentielles de Presse 2000, dénommées «*tronc commun*», sont partagées par les NMPP, SAEM transport presse et les MLP.

Parallèlement à ce système, les MLP ont mis au point leur propre système informatique assurant la transmission des informations chez le dépositaire. Celles-ci sont ressaisies manuellement par le dépositaire, sur disquette, pour être utilisées par Presse 2000.

La demande d'avis de l'association pour la promotion de la presse (APDP) portait sur la question de savoir si le réseau de dépositaires et de diffuseurs de presse, ainsi que le logiciel de suivi de la distribution par les dépositaires, Presse 2000, développé par les NMPP, pouvaient être qualifiés de facilité essentielle, au sens de la jurisprudence du Conseil.

### *Orientation de l'avis*

Le Conseil a rappelé que la notion de facilité ou infrastructure essentielle est, à l'origine, une création jurisprudentielle des tribunaux américains



appliquant les dispositions des sections 1 et 2 du *Sherman Act*, la première application de cette notion remontant à l'affaire *United States vs. Terminal Railroad*, même si la Cour suprême des États-Unis n'avait pas, à l'époque, utilisé le terme d'infrastructure essentielle qui sera défini, pour la première fois, en 1977.

La Commission européenne a, pour la première fois, envisagé l'applicabilité de la doctrine des facilités (ou infrastructures) essentielles dans sa décision *Sea Container contre Sealink* (décision 94/19/CE de la Commission du 21 décembre 1993). La notion d'infrastructure essentielle a également inspiré, dans le secteur des télécommunications, les principes de base devant garantir l'accès au réseau de l'opérateur national par les nouveaux entrants. Les résolutions ou projets de directive pris au niveau européen pour la libéralisation de ce secteur prévoient que les exploitants des structures essentielles doivent faire droit aux demandes raisonnables d'accès à ces structures présentées par leurs concurrents sur les marchés de services aval. De plus, les conditions financières offertes pour l'accès à la structure essentielle par son exploitant devront être non discriminatoires par rapport aux conditions qu'il s'applique à lui-même, pour sa propre production de services concurrents, et devront être proportionnées au service fourni, orientées vers les coûts, transparentes et relever de critères objectifs.

Le Conseil a ensuite rappelé qu'il avait utilisé pour la première fois la qualification «*d'infrastructure essentielle*» dans une décision 96-D-51, *Héli-Inter Assistance* et que, en confirmant cette décision dans un arrêt du 9 septembre 1997, la cour d'appel de Paris avait contribué à préciser les critères de cette notion en ces termes : «*Considérant que les ressources essentielles désignent des installations ou des équipements indispensables pour assurer la liaison avec les clients et/ou permettre à des concurrents d'exercer leurs activités et qu'il serait impossible de reproduire par des moyens raisonnables [...] Considérant que lorsque l'exploitant monopoliste est en même temps le concurrent potentiel d'une entreprise offrant un service exigeant le recours à cette facilité, cet exploitant peut restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur le marché aval du service en abusant de sa position dominante ou de la situation de dépendance économique dans laquelle se trouve son concurrent à son égard en établissant un prix d'accès à cette facilité injustifié, non proportionné à la nature et à l'importance des services demandés, non transparent et non orienté vers les coûts encourus relevant de critères objectifs*».

Le Conseil a ensuite fait remarquer que, s'il pouvait être justement objecté que les contraintes ainsi opposées aux entreprises détenant une facilité essentielle portent atteinte au droit de contracter librement et au droit de propriété, elles sont justifiées par le fait que certains contrats (par exemple une entente anticoncurrentielle ou un contrat commercial constituant un abus de position dominante) peuvent avoir un effet destructeur du mécanisme de la concurrence sur un marché, c'est-à-dire un effet indésirable pour la collectivité dans son ensemble. En deuxième lieu, il a précisé que, le droit de propriété étant l'un des fondements nécessaires au fonctionnement de l'économie de marché et au développement dynamique de nos sociétés, l'expropriation implicite que représente pour le détenteur d'une

facilité essentielle, l'obligation de permettre à ses concurrents (à l'aval ou à l'amont) d'accéder à la facilité qu'il détient, est étroitement encadrée, afin d'éviter que l'intervention de l'autorité de concurrence n'ait pour effet de décourager l'investissement dans de telles infrastructures et de nuire à l'efficacité économique.

Le Conseil a ensuite précisé les principes d'application de la limitation de la liberté contractuelle du détenteur d'une infrastructure essentielle :

- en premier lieu, l'infrastructure est possédée par une entreprise qui détient un monopole (ou une position dominante) ;
- en deuxième lieu, l'accès à l'infrastructure est strictement nécessaire (ou indispensable) pour exercer une activité concurrente sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel le détenteur de l'infrastructure détient un monopole (ou une position dominante) ;
- en troisième lieu, l'infrastructure ne peut être reproduite dans des conditions économiques raisonnables par les concurrents de l'entreprise qui la gère ;
- en quatrième lieu, l'accès à cette infrastructure est refusé ou autorisé dans des conditions restrictives injustifiées ;
- en cinquième lieu, l'accès à l'infrastructure est possible.

En ce qui concerne l'application de ces principes au réseau de distribution de la presse, le Conseil a précisé que rien ne s'oppose, *a priori*, à ce qu'un élément autre qu'une infrastructure physique (par exemple un droit de propriété intellectuelle) puisse être considéré comme une infrastructure essentielle à condition qu'il soit établi que l'usage de cet élément (en l'espèce un programme informatique) est strictement nécessaire pour exercer l'activité économique en cause et qu'une entreprise, concurrente de celle qui a mis au point le logiciel, ne pourrait pas développer un logiciel concurrent du premier. De la même façon, un réseau de distributeurs ou de diffuseurs pourrait, dans certaines circonstances, constituer une «*facilité essentielle*».

## Avis rendus en matière de concentration

Le Conseil a rendu quatre avis en matière de concentration en 2002. Seul l'avis relatif à l'acquisition de certains actifs de la société Moulinex par la société SEB est détaillé ci-dessous (se reporter également à l'analyse jurisprudentielle des avis concentration à la fin de cette même partie).

### Acquisition de certains actifs de la société Moulinex par la société SEB (02-A-07)

#### *Opération*

Dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire du groupe Moulinex ouverte par le tribunal de commerce de Nanterre, par jugement du 7 septembre 2001, un plan de cession a été arrêté, par jugement du 22 octobre 2001, au profit de la société SEB, pour un montant de 15 millions d'euros. Cette décision a été assortie d'une clause d'inaliénabilité des actifs pendant une période de deux ans après l'entrée en jouissance,

fixée au 29 octobre 2001, et d'une interdiction de tout licenciement économique des salariés repris. Au total, le plan de cession prévoyait la reprise de la totalité des actifs incorporels et de huit sites industriels dont quatre en France, deux sites en Espagne, un site au Mexique et un site en Egypte. Au plan commercial, SEB conserve quatre des vingt-six filiales commerciales dans le monde (France, Allemagne, Espagne, États-Unis). En ce qui concerne les emplois, sur 5 000 personnes environ, 1 856 sont reprises en France, soit 45 % de l'effectif. De plus, SEB a conclu un contrat d'approvisionnement de deux ans avec CGME, sous-traitant de Moulinex pour la fabrication des moteurs électriques, devant permettre le maintien de 600 emplois.

### *Examen par la Commission européenne*

Dès le 25 septembre 2001, la Commission européenne a été informée par la société SEB de son projet de reprise du groupe Moulinex. Le 28 septembre 2001, elle a accordé à SEB une dérogation au caractère suspensif de sa saisine. Elle a reçu notification du projet le 13 novembre 2001 et a accepté, le 8 janvier 2002, de renvoyer aux autorités françaises compétentes l'analyse des effets de l'opération sur certains marchés français des appareils de petit électroménager. Concernant les treize autres marchés européens affectés, la Commission a autorisé l'opération le 8 janvier 2002, sous réserve d'engagements.

Dans sa décision, la Commission retient une définition des marchés de produits selon la fonction de l'appareil. Elle distingue ainsi treize marchés : les friteuses, les mini-fours, les grille-pains, les appareils à sandwich et les gaufriers, les appareils pour repas informels, les barbecues et grils d'intérieur, les cuiseurs de riz et les cuiseurs à vapeur, les cafetières électriques, les bouilloires électriques, les machines expresso, les mélangeurs et préparateurs culinaires, les fers à repasser /stations vapeur, les appareils de soin personnel.

En ce qui concerne la dimension géographique des marchés, la Commission opte pour une définition nationale des marchés en cause, en s'appuyant sur les facteurs suivants : des parts de marchés très hétérogènes, une pénétration des marques différente selon la zone géographique, une politique d'approvisionnement nationale, des niveaux de prix variables selon les différents pays, des structures logistiques et de distribution nationales.

Sur les marchés examinés, la Commission constate un renforcement substantiel des parts de marché de la nouvelle entité au Portugal, en Grèce, en Belgique et aux Pays-Bas, et une augmentation des parts de marché moindre en Allemagne, en Autriche, au Danemark, en Suède et en Norvège. Le nombre de marchés affectés varie selon les pays : dix au Portugal, de un à six dans les autres pays. La Commission a autorisé l'opération sous réserve que SEB s'engage à accorder une licence exclusive de fabrication des produits de la marque Moulinex pendant cinq ans, pour l'ensemble des treize catégories de produits du petit électroménager, pour les neuf états précités. Cet engagement est assorti d'une interdiction de vendre sur ces marchés pendant trois ans supplémentaires.

### *Bilan concurrentiel fait par le Conseil*

Le Conseil a noté, de façon liminaire, que la mise en œuvre par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie des dispositions de l'article L. 430-5 pourrait entrer en conflit avec la décision juridictionnelle prise par le tribunal de commerce de Nanterre, en vertu de la législation relative au redressement judiciaire. Il a constaté que, si les buts d'ordre public économique poursuivis par les dispositions du code de commerce relatives aux plans de cessions ne coïncident pas nécessairement avec ceux poursuivis par ses articles L. 430-1 à L. 430-7 relatifs au contrôle des concentrations le ministère public a, toutefois, la possibilité de présenter devant le tribunal de commerce des observations sur les avantages et les inconvénients des différentes solutions en discussion au regard de leur impact, tant sur le maintien de l'activité de l'entreprise que sur la concurrence sur les marchés concernés. De telles considérations sont susceptibles d'être prises en compte par le tribunal dans le choix de la solution la plus appropriée. En l'espèce, le ministère public avait, lors de l'audience du tribunal de commerce de Nanterre, soutenu le projet de SEB, sans émettre de réserves quant à ses risques éventuels pour la concurrence.

En ce qui concerne la délimitation des marchés, le Conseil a considéré qu'aucun élément d'appréciation particulier à la situation des marchés en France ne justifiait une remise en cause de l'analyse faite par la Commission, tant en ce qui concerne les marchés de produits que leur périmètre géographique.

Le Conseil a constaté que l'opération n'affectait pas sensiblement la structure du marché pour deux catégories d'appareils, les cuiseurs vapeur/cuiseurs riz et les aspirateurs. L'opération permettait, en revanche au nouvel ensemble d'acquérir une part de marché importante pour trois catégories de produits : les grille-pain (50-60 %), les cafetières (50-60 %) et les appareils de préparation culinaire (60-70 %). Elle renforçait sensiblement (plus de 10 %) la part déjà importante antérieurement détenue par SEB sur deux marchés de produits : les mini-fours (60-70 %) et les bouilloires (70-80 %). Enfin, elle modifiait peu la structure du marché en renforçant légèrement (moins de 10 %) la part déjà importante de SEB sur cinq marchés de produits : les friteuses (60-70 %), les machines expresso (40-50 %), les appareils de repas informels (80-90 %), les barbecues et grills (70-80 %) et les fers vapeur (50-60 %). Sur ces différents marchés, après l'opération, le deuxième offreur en termes de parts de marché est Kenwood pour les friteuses (moins de 10 %) et pour les mini-fours (10-20 %), Philips pour les grille-pain (10-20 %), les cafetières (10-20 %), les fers vapeur (10-20 %) et les bouilloires (10-20 %), Magimix pour les machines expresso (20-30 %), Braun pour les préparateurs culinaires (10-20 %), Séverin pour les repas informels (moins de 10 %) et les barbecues/grills (10-20 %).

Le Conseil a, cependant, rappelé que la part de marché n'est que l'un des facteurs susceptibles de conférer à une entreprise une position dominante, c'est-à-dire le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause, en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs.

Parmi les autres facteurs à prendre en considération, il a, d'abord, examiné la position des concurrents du nouveau groupe et a constaté que les autres marques principales commercialisées sur le marché français sont adossées à de grands groupes d'envergure internationale, tels Philips, Gillette-Braun, De Longhi/Kenwood, Bosch/Siemens, de taille et de réputation au moins équivalentes à celles de SEB/Moulinex, qui disposent des moyens, tant financiers que techniques, de développer des gammes de produits nouvelles dans l'hypothèse où ils envisageraient de le faire. Ces groupes détiennent des marques notoires, soit sur les marchés du petit électroménager, soit sur des marchés connexes, et sont en mesure de consentir des efforts importants en matière d'investissements publicitaires pour développer la renommée de leurs marques. Le Conseil a également observé que ces groupes disposent sur le nouvel ensemble d'un avantage concurrentiel en termes de coûts de production, lié à la localisation géographique de leur production. En d'autres termes, il a considéré que, en ce qui les concerne, l'entrée sur les marchés français ne posait pas de difficultés, ce qui, de plus était confirmé par les évolutions récentes constatées sur ces marchés.

L'analyse de la concurrence potentielle a également montré que, pour les produits d'entrée de gamme, ou à faible contenu technologique, aucun obstacle ne s'opposait au développement des importations de produits dits «sans marque» d'Asie du sud-est, comme l'indiquait le fait que, selon les distributeurs, l'accroissement des importations en provenance des pays asiatiques est l'une des principales causes de la baisse des prix constatée dans le secteur du petit électroménager. Le Conseil a également estimé que ce potentiel pouvait également permettre le développement des marques de distributeurs. Les faibles écarts de prix avec les produits de marque sur l'entrée de gamme expliquent que, pour le moment, les efforts des distributeurs n'ont pas porté sur ce secteur mais l'absence d'obstacles à l'entrée sur ces marchés est de nature à renforcer le pouvoir de négociation des distributeurs.

A cet égard, le Conseil a rappelé que la forte concentration de la grande distribution en France et la puissance d'achat qu'elle confère aux enseignes donnent aux distributeurs un fort pouvoir de négociation vis-à-vis des fournisseurs. Dans le cas d'espèce, les distributeurs interrogés invoquaient leur liberté de choix face aux marques et leur volonté de diversifier leurs sources d'approvisionnement face au renforcement des parts de marché d'un fournisseur. Les déclarations des fabricants confirmaient que certains d'entre eux avaient été contactés et référencés par les distributeurs en réaction au regroupement SEB/Moulinex.

Les concurrents de SEB et le commissaire de gouvernement, faisaient valoir que non seulement l'opération conférait au nouveau groupe des parts de marché importantes, mais que ces positions étaient renforcées sur une gamme diversifiée de produits, et que le groupe SEB détiendrait un portefeuille de marques notoires de nature à battre en brèche la puissance d'achat des distributeurs. Le Conseil n'a pas suivi cette analyse. Il a constaté, en effet, que l'opération permettait au groupe SEB d'ajouter les marques Moulinex et Krups à celles qu'il détenait déjà (SEB, Tefal, Rowenta et Calor) et de constituer ainsi un portefeuille de marques notoires, inégalé par ses concurrents. Mais il a également observé que la présence dans ce secteur

d'autres marques à forte notoriété, contrebalance la valeur des marques détenues par le groupe SEB. De plus, le fait que la reprise de la marque Moulinex n'ait suscité que deux manifestations d'intérêt devant le tribunal de commerce et que les licences exclusives d'utilisation de la marque Moulinex, que SEB s'est engagé, auprès de la Commission européenne à accorder à des tiers, n'aient pas encore trouvé preneur, relativise, de l'avis du Conseil, le caractère incontournable de la marque Moulinex. Ce caractère incontournable des marques dans ce secteur n'était, de plus, pas confirmé par certains des concurrents et des distributeurs, les propos de ces derniers trouvant un soutien par les efforts de diversification de leurs approvisionnements, décrits plus haut. En ce qui concerne la diversité de la gamme de produits, le Conseil a constaté qu'il existait pour ces produits des remises de volume, mais aucune remise liée au nombre de modèles achetés chez un même fabricant.

#### *Argument de l'entreprise défaillante*

Bien que le Conseil n'ait pas considéré que l'opération porte atteinte à la concurrence, il a, cependant, tenu à porter à l'attention du ministre le fait que l'entreprise acquise était défaillante et que le plan de reprise du repreneur était la seule offre sérieuse. En effet, aucune des autres offres déposées devant le tribunal de commerce n'a été considérée par celui-ci comme une alternative crédible à l'offre de SEB. D'une part, certaines d'entre elles ont été analysées comme de simples manifestations d'intérêt, ne pouvant être retenues, compte tenu des conditions posées par l'article L. 621-83 du code de commerce selon lequel la cession a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés, et d'apurer le passif. Or, les offres présentées par Philips, Electrolux, Arcelik, Babyliss, Saeco, Sunbeam, Taurus, TTI, ne portaient que sur certains actifs du groupe sans reprise d'emplois ni apurement du passif. De surcroît, ces différentes propositions n'ont pas évolué après leur dépôt, bien que les administrateurs judiciaires aient fait valoir leur non-conformité à l'article L. 621-83 et aient reporté à plusieurs reprises la date limite de dépôt des offres afin de laisser aux candidats intéressés un délai suffisant pour modifier ou finaliser leurs offres de reprise. D'autre part, les offres de reprise totale ou partielle des actifs de Moulinex (Euroland et Société Participation Industrielle) n'ont pas été considérées comme une solution substituable à celle de SEB, faute de garanties financières suffisantes pour justifier de leur faisabilité, et faute de levée, à la date de l'audience, des conditions suspensives dont elles étaient assorties. Cette analyse a été confirmée par la cour d'appel de Versailles. Le jugement du tribunal de commerce de Nanterre conclut que [l'offre] *«présentée par la société SEB reste donc en réalité la seule subsistant (...). Que, si elle ne porte que sur une partie des sites, elle a le mérite de sauvegarder malgré tout plus du tiers des contrats de travail»*.

Le Conseil constate, de plus, que la progression des parts de marché de SEB, attendue après l'opération, serait vraisemblablement comparable à celle qui aurait été constatée en cas de disparition de Moulinex : *«Or, le transfert des parts de marché constaté entre Moulinex et SEB, alors que la cession n'était pas encore effective, laisse penser que, en cas de retrait du*

*marché des produits Moulinex, comme cela a été le cas pendant quelques mois, les parts de marché détenues par le groupe SEB n'auraient pas été très différentes de celles résultant de l'opération».*

Les conditions auxquelles il est ainsi référé sont celles définies par la jurisprudence communautaire (arrêt de la CJCE du 31 mars 1998 Kali + Saltz) pour considérer que la concentration n'est pas la cause de l'atteinte à la concurrence constatée, et que l'opération est donc neutre quant à son impact sur la concurrence. S'agissant des transferts de parts de marché, la Cour de justice a considéré que : *«En fait, l'introduction de ce critère vise à assurer que l'existence d'un lien de causalité entre la concentration et la détérioration de la structure concurrentielle du marché ne peut être exclue qu'au cas où la détérioration de la structure concurrentielle du marché, faisant suite à l'opération de concentration, se produirait pareillement même en l'absence de cette opération. Dès lors, le critère de l'absorption des parts de marché, bien qu'il ne soit pas considéré par la Commission elle-même comme suffisant à lui seul pour exclure le caractère préjudiciable de l'opération de concentration pour le jeu de la concurrence, concourt à assurer la neutralité de cette opération par rapport à la dégradation de la structure concurrentielle du marché, ce qui est conforme à la notion de causalité figurant à l'article 2, paragraphe 2, du règlement».*

On notera, que dans l'examen de l'acquisition par la société ASD de la société ORP, deux répartiteurs pharmaceutiques, le Conseil a également attiré l'attention du ministre sur le fait que ORP était défaillante et que sa disparition aurait été aussi préjudiciable au fonctionnement de la concurrence que sa reprise par Alliance Santé (02-A-15).

## ■ Décisions contentieuses notables

### Ententes

#### **Décision 02-D-14 du 28 février 2002 relative à la situation de la concurrence dans le secteur d'activité des géomètres-experts et des géomètres-topographes**

Par cette décision, le Conseil de la concurrence a statué sur des pratiques particulièrement graves de pression, mises en œuvre par le conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts ainsi que par plusieurs conseils régionaux et tendant à étendre le monopole légal accordé aux géomètres-experts pour l'accomplissement des travaux topographiques qui fixent les limites des biens fonciers aux travaux topographiques sans incidence foncière, pour lesquels les géomètres-experts se trouvent en concurrence avec les géomètres-topographes.

Dans les faits, il était reproché au conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts d'avoir élaboré et diffusé une note incitant les représentants des instances régionales à entreprendre des démarches visant à convaincre les maîtres d'ouvrage de réserver aux géomètres-experts le monopole des



travaux topographiques, y compris ceux dépourvus d'incidence foncière pour lesquels les géomètres topographes étaient compétents. De plus, il était fait grief au conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts ainsi qu'à un certain nombre de conseils régionaux ou chambres syndicales de l'ordre des géomètres-experts d'être intervenus directement auprès des conseils généraux pour réserver les marchés de prestations topographiques et foncières aux géomètres-experts.

### *Compétence du Conseil de la concurrence*

Le conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts faisait valoir que la note relative aux conditions de dévolution des travaux topographiques à incidence foncière diffusée en juillet 1995 était prise dans le cadre de son pouvoir réglementaire et ne relevait donc pas des activités de production, distribution, services qui relèvent de la compétence du Conseil.

Conformément à l'appréciation concrète opérée dans des espèces similaires (parmi la jurisprudence fournie, il est possible de citer les décisions 97-D-18 du 18 mars 1997 et 97-D-26 du 22 avril 1997 relatives à des pratiques relevées dans le secteur du portage de médicaments à domicile), le Conseil a observé que la diffusion de la note susvisée, étrangère aux prérogatives de puissance publique confiées à l'Ordre, constituait bien une activité de services au sens de l'article L. 410-1 du code de commerce et qu'il était donc compétent pour en connaître.

124

Le préfet de la région Île-de-France a déposé un déclinatoire de compétence dans le cadre du recours formé entre cette décision, estimant que le commentaire de dispositions légales ne constituait pas une activité de services au sens de l'article L. 410-1 du code du Commerce. Par un arrêt du 13 novembre 2002, la cour d'appel de Paris a rejeté ce déclinatoire et a sursis à statuer dans l'attente d'une éventuelle décision du Tribunal des conflits.

### *Pratiques reprochées au conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts*

Le Conseil de la concurrence a considéré qu'en fournissant aux membres du comité directeur et aux présidents des chambres départementales, une circulaire ayant pour objet d'inciter les maîtres d'ouvrage à réserver aux géomètres-experts le monopole des travaux topographiques, afin d'écartier les candidatures ou les offres de topographes pour des travaux ou des lots que ces derniers auraient été à même de réaliser, le conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts avait mis en œuvre une entente anticoncurrentielle contrevenant aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce.

Il a relevé à cet égard que les pressions, exercées par les géomètres-experts afin d'être les seuls admis à soumissionner ou les seuls à être retenus dans le cas de travaux mixtes et d'être ainsi protégés de la concurrence des topographes, avaient d'autant plus de poids auprès des maîtres d'ouvrage que ces professionnels disposent, par ailleurs, d'un monopole légal sur «*les études et travaux topographiques qui fixent les limites des biens fonciers*» ; qu'ainsi, les collectivités qui dépendent d'eux pour les opérations impli-



quant un transfert de propriété ou une modification du statut des biens fonciers, ne pouvaient ignorer les sollicitations ou les menaces de contentieux émanant de leurs organes collectifs ;

### *Pressions du Conseil supérieur et des conseils régionaux de l'Ordre des géomètres-experts de Lyon, Montpellier, Marseille et Strasbourg*

Le Conseil de la concurrence a constaté que le conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts était lui-même intervenu auprès de la communauté urbaine de Bordeaux en lui présentant la circulaire précitée afin de démontrer à cette collectivité que le marché de prestations foncières, topographiques et géomatiques qu'elle envisageait devait être attribué à un géomètre-expert inscrit au conseil de l'Ordre.

Le Conseil de la concurrence a, par ailleurs, relevé que le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Lyon avait conduit une politique systématique d'intimidation des maîtres d'ouvrage qui envisageaient d'admettre des offres dans lesquelles des topographes pouvaient réaliser seuls ou en groupement avec des géomètres-experts des travaux topographiques sans incidence foncière.

Il était aussi établi que le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Montpellier s'était livré à des pressions sur la DDE des Pyrénées-Orientales et sur la SNCF, pressions ayant pour objet et pouvant avoir eu pour effet de limiter la concurrence entre les géomètres-experts et les topographes et de tromper les maîtres d'ouvrage sur le champ ouvert à la concurrence entre ces deux professions.

De même, le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Marseille avait recommandé aux maîtres d'ouvrage certains professionnels au détriment de ceux exerçant dans d'autres départements, pratiques ayant eu pour objet et pour effet de restreindre le jeu de la concurrence entre les géomètres-experts sur le marché de la Corse.

Enfin, le Conseil de la concurrence a constaté que le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Strasbourg n'avait pas procédé à la désignation d'un maître de stage permettant à un géomètre-expert de participer aux appels d'offres lancés par le conseil général de la Moselle, pratique ayant eu pour objet et pour effet de restreindre le jeu de la concurrence sur les marchés comportant des travaux cadastraux passés par les conseils généraux de Moselle, du Haut-Rhin et la communauté urbaine de Strasbourg.

Le Conseil de la concurrence a conclu de tout ce qui précède que l'ensemble de ces pratiques étaient contraires aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce et devaient être sanctionnées.

### *Dispositif de sanctions*

Les pratiques mises en œuvre par le conseil supérieur de l'Ordre présentaient un caractère de gravité particulière, étant donné l'autorité morale dont bénéficie cette instance. Le Conseil a, en effet, considéré que le conseil supérieur de l'Ordre avait utilisé cette autorité pour asseoir les res-

trictions à l'accès au marché visant les géomètres topographes, pour répartir les marchés au bénéfice des experts géomètres locaux, et pour tromper l'acheteur public sur l'étendue du monopole des géomètres-experts et, partant, sur la possibilité qu'avait ce dernier de faire jouer la concurrence entre géomètres et topographes.

Le Conseil a infligé une sanction pécuniaire de 150 000 euros au conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts et a ordonné la publication de sa décision dans une revue professionnelle.

Une sanction de 100 000 euros a été prononcée contre le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Lyon.

Enfin, des sanctions de 50 000 euros, 75 000 euros et 60 000 euros ont été infligées respectivement aux conseils régionaux de l'Ordre des géomètres-experts de Montpellier, de Marseille et de Strasbourg.

En outre, au regard de la part personnelle et déterminante prise par les présidents des conseils régionaux de l'Ordre des géomètres-experts de Lyon et Marseille aux manœuvres visant, pour ces deux organismes, à tromper les maîtres d'ouvrage sur l'étendue de la concurrence et, pour le second d'entre eux, à obtenir le changement d'attributaire du marché passé en 1996 par la collectivité de Corse, le Conseil de la concurrence a décidé de faire application du second alinéa de l'article L. 462-6 du code de commerce et de transmettre le dossier aux parquets compétents.

### *Aspects procéduraux*

Cette décision tranche une importante question de procédure portant sur le respect du principe d'impartialité.

Les organismes mis en cause exposaient qu'après s'être saisi d'office de la situation de la concurrence dans le secteur d'activité des géomètres-experts et topographes sur l'ensemble du territoire national, le Conseil avait été saisi d'une demande d'avis portant sur la restriction d'exercice de l'activité professionnelle de ces derniers dans le domaine des études topographiques et des documents cadastraux. L'avis ayant été rendu avant l'issue de la procédure contentieuse, les défendeurs invoquaient l'existence d'une atteinte au principe d'impartialité, en se prévalant, notamment, des jurisprudences Procola (CEDH 28 septembre 1995) et Habib Bank Limited (CE 20 octobre 2000). Selon eux, le Conseil allait, dans sa décision contentieuse, se prononcer sur des éléments dont il avait eu à connaître dans la procédure consultative antérieure, et ce, sur la base de principes déjà posés dans l'avis rendu, lequel préjugait donc de la décision à venir. Par ailleurs, était contesté sur ce même fondement le fait que le même rapporteur ait instruit la demande d'avis et l'affaire contentieuse.

Pour écarter ces moyens, le Conseil a rappelé, en premier lieu, que l'avis du 13 juin 2000 s'était prononcé sur *«les conséquences, sur le plan de la concurrence, du régime juridique applicable aux travaux topographiques et aux documents cadastraux»*, notamment, au regard des dispositions du décret du 31 mai 1996 et qu'il n'avait fait état d'aucun fait précis. Il a estimé, en deuxième lieu, qu'aucune analogie ne pouvait être retenue entre les

jurisprudences citées par les parties et l'espèce, dans la mesure où les circonstances de fait étaient différentes, notamment en ce que les personnes qui avaient siégé lors de la séance au cours de laquelle le Conseil avait décidé de se saisir d'office, n'avaient pas siégé dans la formation qui avait rendu la décision et que les griefs n'avaient pas été formulés par le Conseil, mais sous la seule responsabilité de la rapporteure. Enfin, s'agissant de cette dernière, le Conseil a rappelé qu'elle n'était pas membre du Conseil et ne participait pas au délibéré.

### Décision 02-D-36 du 14 juin 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des lunettes d'optique sur le marché de l'agglomération lyonnaise

Cette décision est importante par l'ampleur et la gravité des pratiques en jeu consistant pour un nombre relativement important d'entreprises intervenant sur le marché de la distribution des produits d'optique de l'agglomération lyonnaise, à se mettre d'accord entre elles pour, selon leurs propres termes, organiser le boycott de leurs fournisseurs, en vue de contraindre ceux-ci, soit à cesser d'approvisionner l'un de leurs concurrents, soit à obliger ce dernier à renoncer à sa politique de bas prix. En outre, la décision apporte des précisions sur la façon dont doit s'articuler l'analyse d'un contrat de distribution sélective ou exclusive au regard des dernières réformes communautaires en la matière, c'est-à-dire le règlement 2790/1999 précité, mais aussi la communication de la Commission 2001/C 368/07 concernant les accords d'importance mineure, dite *de minimis*.

En l'espèce, un magasin d'optique à l enseigne Optical Center s'était installé dans le centre ville de Lyon, en annonçant, à grands renforts de publicité, des remises de 20 à 40 % sur des produits d'optique, y compris des produits de marques prestigieuses. Face à cette stratégie commerciale, une quarantaine d'opticiens professionnels, établis sur l'agglomération lyonnaise, s'étaient réunis à plusieurs reprises afin de décider une campagne collective de boycott des fournisseurs des marques référencées chez Optical Center. Ces réunions avaient été suivies de différents courriers ou conversations téléphoniques par lesquels les opticiens avaient menacé les fournisseurs d'interruption des relations commerciales tant qu'ils approvisionneraient leur concurrent. Par ailleurs, certains opticiens avaient effectivement mis en œuvre des mesures de rétorsion commerciale à l'encontre de ces mêmes fournisseurs en vue de les amener à cesser leurs relations avec Optical Center. Enfin, l'un des fournisseurs, cédant aux pressions des opticiens, s'était joint à leur mouvement : après avoir mis en œuvre un certain nombre de pressions, il avait fini par rompre ses relations avec la société Optical Center.

Enfin, le Conseil a examiné certaines clauses des contrats de distribution sélective de nature à limiter la liberté commerciale du distributeur tant en matière de revente qu'en matière de publicité.

### *Pressions communes des distributeurs sur les fournisseurs afin de limiter l'accès au marché à distributeur concurrent*

S'agissant des réunions entre opticiens, le Conseil a tout d'abord relevé qu'il était établi que leur objet n'était pas seulement d'échanger des informations et des points de vue entre participants, mais bien, d'une part, de s'entendre sur les mesures de représailles à exercer contre les fournisseurs du magasin Optical Center qui continuaient à livrer ce dernier et, d'autre part, de distribuer des modèles type de formulation de pressions à exercer à leur encontre. Par ailleurs, si le nombre et l'identité exacts des participants n'étaient pas connus, il n'en demeurerait pas moins que quatre d'entre eux apparaissaient comme les instigateurs de ces réunions dont ils avaient assuré l'organisation, l'animation et le suivi, de telle sorte qu'ils devaient être considérés comme étant à l'origine d'une action concertée ayant pour objet d'empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur le marché des lunettes de marque de l'agglomération lyonnaise, prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce.

Ensuite, le Conseil a analysé la réalité de l'exécution des mesures décidées en concertation et notamment les courriers envoyés par trente-six entreprises d'optique ayant participé directement ou non aux réunions. Il a constaté que ces courriers reprenaient intégralement ou presque, les propositions de rédaction distribuées lors de la première réunion. Outre les aveux d'un certain nombre de distributeurs, le Conseil a retenu, pour les autres, l'existence d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants établissant que ces entreprises avaient bien mis en œuvre l'action décidée en concertation, tendant à limiter le libre exercice de la concurrence en faisant obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché.

En dernier lieu, le Conseil a procédé à la même analyse concernant les fournisseurs pour retenir l'existence d'une pratique concertée consistant à faire pression sur les fournisseurs dans le cadre d'une campagne collective de boycott des fournisseurs décidée lors de la première réunion.

### *Mesures de représailles prises par certains distributeurs à l'encontre des fournisseurs*

Le Conseil a estimé que les différentes mesures de rétorsion prises par dix-sept opticiens (annulation de commandes en cours, non-présentation des produits en vitrine ou en magasin, cessation de toute nouvelle commande, ralentissement du rythme de réapprovisionnement ou limitation en quantité des nouvelles commandes et recherche de nouveaux fournisseurs) s'inséraient dans la stratégie de pressions concertées sur les fournisseurs adoptée lors de la réunion susmentionnée et relevaient en conséquence, elles aussi, de l'article L. 420-1 du code de commerce.

Il a ajouté que ni l'illicéité alléguée des pratiques d'Optical Center ni le non-respect par cette société des clauses du contrat de distribution sélective, invoqué par les fournisseurs, ne pouvaient rendre licites les pratiques de pressions concertées mises en œuvre par les opticiens lyonnais.

### *Mesures mises en œuvre par le fournisseur L'Amy France à l'encontre d'Optical Center*

Sur ce point, le Conseil a tout d'abord souligné que lorsque la société L'Amy France avait agréé Optical Center en tant que distributeur de lunettes de marque, elle ne pouvait ignorer les pratiques commerciales habituelles de cette enseigne. Il a, par conséquent, considéré que le fait d'imposer au magasin Optical Center de Lyon, postérieurement aux réunions et courriers précités, l'exclusion des publicités des marques Nina Ricci, Lacoste, puis Chevignon et le fait de rompre unilatéralement les contrats qui la liaient à Optical Center, étaient - alors que la société L'Amy France avait, de diverses manières, exprimé son soutien aux opticiens lyonnais - constitutifs de la mise en œuvre des pressions décidées par ces derniers.

### *Examen des contrats de distribution sélective*

Dans le cadre de cette même décision, le Conseil a précisé sa position sur l'application de la communication de la Commission 2001/C 368/07 concernant les accords d'importance mineure, dite *de minimis* lorsqu'il examine des pratiques au regard de l'article 81 du traité de Rome. Cette communication précise que les accords entre entreprises non concurrentes ne restreignent pas sensiblement la concurrence au sens de l'article 81-1 du traité lorsque la part de marché affectée par l'accord est inférieure à 15 %, sauf si les accords contiennent des «*restrictions flagrantes*» de concurrence.

Aucune des entreprises mises en cause dans le dossier ne détenait plus de 15 % de parts de marché. Le Conseil n'a donc examiné, au regard de l'article 81-1 du traité, que les contrats contenant des restrictions flagrantes (ceux dont une clause restreignait la capacité de livraison croisée entre les distributeurs des réseaux). Ceux-ci ont donc été examinés au regard des articles 81 du traité et L. 420-1 du code de commerce, les autres l'étant seulement au regard de l'article L. 420-1.

S'agissant des contrats analysés dans le cadre du droit communautaire, le Conseil a relevé qu'ils étaient antérieurs à l'entrée en vigueur du règlement 2790/1999 sur les restrictions verticales. Dans la mesure où ce règlement ne comporte aucune disposition précisant qu'il s'applique avec effet rétroactif, les contrats en cause ne pouvaient bénéficier ni de l'exemption catégorielle prévue dans le règlement, ni de l'exemption prévue par les dispositions de l'article 81§3 du traité, puisque le Conseil n'a pas compétence pour l'accorder. Les clauses considérées comme étant anticoncurrentielles ont donc été sanctionnées.

### *Dispositif de sanctions*

La pratique consistant, pour un nombre relativement important d'entreprises intervenant sur le marché des produits destinés au consommateur final, à se mettre d'accord entre elles pour, selon leurs propres termes, organiser le boycott de leurs fournisseurs, en vue de contraindre ceux-ci soit à cesser d'approvisionner un de leurs concurrents, soit à obliger ce dernier à renoncer

à sa politique de bas prix, revêt une gravité particulière, même si ce mouvement a eu une durée limitée. De même, il est particulièrement grave pour un fournisseur de s'associer à ce mouvement en cessant toute relation commerciale avec l'entreprise de distribution visée.

Toutefois, étant donné que le mouvement concerté des opticiens lyonnais n'a réussi à rallier qu'un seul fournisseur tandis que les autres ont résisté aux pressions et ont continué d'approvisionner normalement le magasin Optical Center, le Conseil a considéré que le dommage à l'économie avait été limité. En conséquence et en fonction des éléments individuels propres à chaque entreprise, les sanctions prononcées ont été fixées à des montants chiffrés entre 2 250 euros pour la plus faible et jusqu'à 800 000 euros pour la plus élevée.

S'agissant des clauses anticoncurrentielles contenues dans certains des contrats de distribution sélective, le Conseil a prononcé diverses injonctions conduisant à les modifier de sorte que la nouvelle rédaction soit licite au regard des règles de concurrence.

Enfin, le Conseil a décidé d'ordonner la publication d'une partie de la décision dans un quotidien régional ainsi que dans une revue professionnelle destinée aux opticiens afin d'informer les consommateurs de l'agglomération lyonnaise et d'éviter le renouvellement de telles pratiques et ce, aux frais des quatre entreprises ayant initié cette action concertée.

### **Décision 02-D-42 du 28 juin 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des appareils électroménagers et d'électronique grand public**

La décision 02-D-42 du 28 juin 2002, relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des appareils électroménagers et d'électronique grand public, a constitué l'aboutissement de plusieurs années d'enquête et de procédure diligentées dans le cadre de neuf saisines introduites devant le Conseil de la concurrence par les sociétés du groupe Chapelle, Jean Chapelle, Semavem et Concurrence.

Cette décision est importante, tant en ce qui concerne les points de procédure (et notamment de prescription) qui y sont abordés que l'envergure des saisines traitées et des pratiques sanctionnées ainsi que des sanctions prononcées, qui, au total s'élèvent à 34 160 000 euros.

#### ***Sur la procédure***

L'ancienneté des saisines dont l'une remontait au 13 mars 1989 et la plus récente au 18 mai 1992, avait engendré un certain nombre de problèmes relatifs à la prescription. En premier lieu, le Conseil a repris la position déjà adoptée dans sa décision 02-D-02, selon laquelle des pourvois en cassation introduits contre des ordonnances judiciaires autorisant les visites et saisies ont un effet interruptif de prescription. A cet égard, il a précisé les raisons pour lesquelles il estime que la détermination des actes de recherche et de constatation susceptibles d'interrompre la prescription établie par l'article

L. 462-7 du code de commerce peut s'effectuer par voie de rapprochement avec la jurisprudence élaborée autour de l'article 7 du code de procédure pénale et s'inspirer des principes dégagés par cette jurisprudence.

Par ailleurs, le Conseil a précisé qu'une séance tenue par lui, au cours de laquelle a été discutée la recevabilité d'une saisine, sans que cette discussion ait abouti à une décision, ne peut constituer un acte tendant à la recherche, la constatation ou la sanction des faits.

Enfin, il a apporté une précision importante et nouvelle dans sa jurisprudence s'agissant de l'étendue des effets d'un acte interruptif. Dans la mesure où le Conseil est saisi *in rem*, les actes intervenus dans le cadre de l'instruction d'une saisine visant un certain type de pratiques, ou un certain marché, interrompent la prescription pour l'ensemble des entreprises auteurs de telles pratiques éventuellement mises en cause ; mais, en revanche, de tels actes ne sauraient interrompre la prescription à l'égard d'entreprises auteurs de pratiques d'un autre type, qui ne faisaient pas l'objet de ces actes d'instruction. Ainsi, des actes interruptifs de prescription accomplis à l'égard de pratiques de traitement discriminatoire ne sauraient interrompre le cours de la prescription concernant des pratiques d'entente sur les prix. A cet égard, le Conseil a aussi précisé que la jonction de saisines prescrites avec des saisines dans le cadre desquelles des actes interruptifs de prescription sont intervenus ne saurait avoir pour effet de remettre en cause rétroactivement la prescription intervenue à l'égard des premières saisines.

Le Conseil a ensuite répondu à un moyen lui contestant, faute de s'être saisi d'office, le pouvoir de sanctionner des pratiques postérieures aux dates des saisines. Il a confirmé, sur ce point, qu'il ne pouvait examiner que les faits circonscrits par la saisine, notamment, dans le temps (CA Paris 17 juin 1992), mais a retenu que la question ne se posait pas en l'espèce, puisque les pratiques relevées étaient *«[...] des pratiques continues caractérisées par des accords de volonté noués, à une date antérieure aux saisines qui se sont poursuivis dans les mêmes conditions après elles [...]»*.

Par ailleurs, la décision a rappelé qu'en raison de la finalité même de la protection du secret des affaires assurée par la procédure instituée par l'article L. 463-4 du code de commerce, cette procédure n'est pas contradictoire et que dès lors, le recours contre une décision rejetant une demande de secret des affaires ne peut intervenir, conformément à l'article 19 du décret du 19 octobre 1987, qu'avec la décision du Conseil sur le fond.

Enfin, le Conseil a examiné plusieurs moyens contestant que les actes de la procédure aient été adressés à l'entité à laquelle devaient, effectivement, être imputées les pratiques relevées. Après avoir rappelé le contenu, en droit de la concurrence, de la notion d'entreprise, il a examiné, au cas par cas, contre quelle entité devaient être retenues les pratiques mises en œuvre dans le cadre de grands groupes de distribution ou par des distributeurs indépendants, mais liés entre eux par une enseigne commune et/ou une politique de référencement, d'achat et de vente commune (le lecteur est invité, à cet égard, à se reporter à la partie procédure de cette même partie).

### Sur le fond

Les pratiques qualifiées et sanctionnées par cette décision ont consisté en des ententes portant sur les prix offerts aux consommateurs : l'une, généralisée, entre Akai France et plusieurs de ses distributeurs Darty, le groupe FNAC, le groupe Conforama, Euromarché et le groupe Connexion, et l'autre, bilatérale, entre la société Thomson Consumers Electronics Marketing France, devenue Thomson Multimédia Sales Europe et la société Camif.

S'agissant de la première pratique, des milliers de relevés de prix effectués dans plusieurs magasins et sur tout le territoire national avaient permis de constater, notamment, que les prix de nombreuses références d'appareils étaient identiques ou très proches, que ces prix allaient en décroissant dans le temps au rythme de l'obsolescence technique ou commerciale et que chaque diminution de prix, quasi-simultanée pour l'ensemble des distributeurs, conduisait ceux-ci à adopter un nouveau prix de vente au détail.

Le Conseil a rappelé que de telles observations peuvent logiquement être expliquées de trois façons : par une entente horizontale directe sur les prix entre distributeurs, ou encore par une série d'ententes verticales entre chaque fournisseur et chacun de ses distributeurs autour d'un prix de revente déterminé par ce distributeur ou, enfin, par un parallélisme de comportement qui viendrait d'une réaction identique des distributeurs à la diffusion de «*prix conseillés*» ou de «*martingales*» par le distributeur, parallélisme de comportement uniquement guidé par la concurrence qui règnerait dans ce secteur et qui ferait converger les prix vers des montants identiques.

Après avoir rappelé qu'une entente entre un fournisseur et ses distributeurs n'est établie, en droit de la concurrence, qu'à la condition que soit rapportée la preuve d'une concertation et d'un accord de volonté entre eux, le Conseil a énoncé les indices susceptibles d'être retenus à ce sujet :

- l'existence d'éléments permettant de penser que des prix de vente au détail ont été évoqués au cours de négociations commerciales entre ces fournisseurs et ces distributeurs ;
- le fait que ces prix, ainsi déterminés, auraient effectivement été pratiqués par ces distributeurs, traduirait l'existence d'un accord de volontés et donc d'une entente ;
- l'existence d'éléments démontrant qu'un système de contrôle des prix aurait été mis en place, un tel système étant en général nécessaire au fonctionnement durable d'une entente sur les prix.

Pour chacun des distributeurs sanctionnés, le Conseil a ainsi relevé que les prix de vente, déterminés lors des négociations commerciales avec la société Akai France ont été, le plus souvent, effectivement pratiqués dans les magasins du distributeur en cause et contrôlés par la société Akai. Il a considéré qu'était donc établi l'accord de volontés des deux parties sur une entente de prix au détail, ce qui constitue une infraction aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce.

Par ailleurs, le Conseil a rappelé que la stabilité d'une entente anticoncurrentielle sur les prix dépend de l'existence d'un système de surveillance qui



garantit à chacun des acteurs que ses concurrents respecteront la «*règle*» définie en commun. A cet égard, le Conseil a relevé que la société Akai France avait chargé sa force de vente de relever les prix pratiqués par certains magasins. Ce contrôle était renforcé par la diffusion par les distributeurs de catalogues ou de publicités nationales ou locales, et par la clause de remboursement aux consommateurs de la différence de prix si un même produit leur était offert moins cher par un distributeur voisin : ce mécanisme permettant de faire repérer par les consommateurs eux-mêmes, ceux des distributeurs qui ne respectent pas la concertation et pratiquent des prix inférieurs aux prix convenus.

L'entente relevée entre la société Thomson Consumers Electronics Marketing France, devenue Thomson Multimédia Sales Europe, et la société Camif procédait d'un mécanisme identique. En effet, les pièces du dossier ont permis de constater que sur quarante-six prix de vente au détail figurant dans des catalogues de la Camif pour des références qui avaient fait l'objet de négociations commerciales avec le groupe Thomson plus de cinq mois auparavant (délai nécessaire à l'édition du catalogue), les prix pratiqués étaient soit identiques aux prix évoqués lors des négociations, soit très proches. Le Conseil a estimé que cette concentration anormale caractérisait l'application effective des prix déterminés lors des négociations commerciales et que dès lors, l'accord de volontés des deux parties sur une entente de prix de vente au détail était établi.

En ce qui concerne les effets de ces comportements, la décision a relevé que l'uniformité des prix de détail pratiqués en concertation entre les fournisseurs et les distributeurs avait des effets sur les marges dégagées par les uns et par les autres, le niveau des prix de vente au détail étant déterminé de telle sorte que ces marges atteignent un niveau jugé comme suffisamment rémunérateur pour les deux parties.

### Sur les sanctions

Répondant au moyen selon lequel les pratiques n'avaient pas porté atteinte à l'économie, dans la mesure où il était établi que les prix moyens de différentes catégories de produits «*bruns*» avaient évolué à la baisse, le Conseil a rappelé que l'évolution, à la hausse ou à la baisse, des prix moyens dans un secteur dépend de plusieurs facteurs. Le progrès technologique, les effets d'échelle ou de gamme, les changements dans les comportements de consommation sont à même de provoquer des baisses de prix qui sont susceptibles de l'emporter sur l'effet haussier résultant des pratiques anticoncurrentielles mises au jour, sans que cela ne réduise l'atteinte aux consommateurs et aux marchés qui résultent de ces pratiques.

S'agissant de la gravité, le Conseil a relevé, d'une part, que les pratiques en cause tendaient à figer les positions acquises par les distributeurs entre eux et à priver les consommateurs d'acquérir des appareils des marques considérées aux prix plus avantageux qui auraient résulté du libre jeu de la concurrence et, d'autre part, l'importance des sociétés ayant mis en œuvre lesdites pratiques. A cet égard, le Conseil a, d'ailleurs, estimé que le dommage causé à l'économie dépassait le simple enjeu des marques de produits

ou de distribution en cause, dans la mesure où de telles pratiques peuvent avoir pour effet, d'une part, de donner à penser aux autres fournisseurs et distributeurs que ce type de comportement est général et, d'autre part, d'inciter les uns et les autres à les adopter.

### Décision 02-D-59 du 25 septembre 2002 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des transports routiers de voyageurs dans le département de l'Ain

Cette décision du Conseil a une valeur emblématique en ce qui concerne les pratiques anticoncurrentielles qui peuvent être mises en œuvre dans le cadre de la passation de délégations de service public. Dans ce dossier, le conseil général de l'Ain avait décidé de remettre en concurrence l'ensemble des transports scolaires organisés dans le département en mettant en œuvre, pour la première fois, les dispositions de la loi du 29 janvier 1993, dite «*loi Sapin*». Le Conseil a, notamment, sanctionné plusieurs sociétés de transport de voyageurs du département de l'Ain qui avaient procédé à des échanges d'informations avant le dépôt des offres afin de se répartir le marché.

#### *Échange d'informations lors de la passation de délégations de service public*

134

Il était, dans cette affaire, établi que plusieurs réunions avaient été organisées, par secteurs géographiques, entre les transporteurs concernés, et ce juste après le dépôt des candidatures et avant la date limite du dépôt des offres. Un certain nombre de déclarations démontraient que l'objet de ces réunions avait été de maintenir le *statu quo* des exploitations des lots et que les transporteurs avaient convenu de ne pas se concurrencer.

S'agissant des effets de ces concertations, le Conseil a relevé qu'à l'issue de la procédure de délégation de service public, seuls trois lots avaient changé de délégataire et que, dans les secteurs géographiques où des réunions avaient été organisées, les transporteurs s'étant concertés avaient obtenu une part significative des lots, voire leur totalité.

Le Conseil a qualifié cette pratique d'entente anticoncurrentielle et a sanctionné les entreprises dont la participation aux réunions était établie. A cet égard, il a précisé que si la réalité des caractéristiques des marchés pouvait expliquer que peu d'entreprises aient formulé des offres pour des marchés dont elles n'étaient pas précédemment attributaires, il ne résultait pas moins de l'ensemble du dossier que les transporteurs avaient, conjointement, convenu de ne pas se concurrencer. L'assurance que les intéressés pouvaient nourrir, à l'issue des réunions auxquelles ils avaient participé, de retrouver les lots qu'ils exploitaient déjà, ne les avait pas incités à présenter des offres concurrentielles, d'une part, sur leur propre lot et, d'autre part, sur d'autres lots pour compenser la perte éventuelle de leurs lots.

Plusieurs transporteurs mis en cause arguaient de l'absence d'effet anticoncurrentiel des pratiques, avançant qu'il n'avait pas été constaté d'augmentation substantielle des prix à l'issue de l'attribution, et que certains

des lots avaient, d'ailleurs, été attribués à des prix inférieurs à ceux pratiqués avant la mise en concurrence. Le Conseil a rejeté ces moyens en rappelant que, dans le cadre des dispositions de la «*loi Sapin*» du 28 janvier 1993, le prix initialement proposé était déterminant pour choisir le candidat avec lequel le délégant allait négocier, et que, dans la mesure où les pratiques reprochées avaient supprimé l'indépendance des offres et faussé le jeu de la concurrence, il était indifférent qu'elles n'aient pas engendré une hausse substantielle des prix ou que certains lots aient été attribués à des montants inférieurs à ceux pratiqués avant la mise en concurrence.

### *Dispositif de sanctions*

Le Conseil a examiné la gravité des pratiques dénoncées en tenant compte, non seulement, du fait que, par elles-mêmes, ces pratiques revêtaient une gravité particulière en tant que constituant des ententes horizontales entre soumissionnaires concurrents à des marchés publics ayant pour objet et pour effet de fausser le jeu de la concurrence par les prix et d'aboutir à une répartition des marchés, mais aussi, du fait qu'il s'agissait de la première application de la nouvelle procédure d'attribution des délégations de service public prévues par la loi Sapin dont l'objectif est d'assurer un plein exercice de la concurrence.

Le dommage à l'économie résultant de ces pratiques a été évalué en tenant compte du fait que 81,9 % du montant global des délégations de service public avait été attribué aux entreprises organisatrices ou participantes aux réunions entre transporteurs. Le Conseil en a déduit qu'une partie substantielle du marché avait été affectée lors des pratiques de concertation.

En conséquence, le Conseil a prononcé des sanctions pécuniaires à l'encontre de l'Union professionnelle des transporteurs routiers de l'Ain, organisatrice de l'entente et des réunions, ainsi que de dix entreprises de transport de voyageurs dans le département de l'Ain. Leur montant total s'élève à 884 010 euros.

### *Aspects procéduraux*

Par cette décision, le Conseil a confirmé sa compétence pour connaître du comportement d'entreprises candidates à l'attribution de lots dans le cadre de délégations de service public de transport et a rappelé les conséquences procédurales d'une longueur excessive de la procédure.

En premier lieu, le Conseil a rappelé une jurisprudence désormais bien établie selon laquelle s'il n'est pas compétent pour se prononcer sur la régularité des procédures de dévolution de délégations de service public ou de marchés publics organisées par une personne publique, il est, en revanche, compétent pour apprécier les pratiques dénoncées qui, de toute évidence, ne constituent pas des actes administratifs et ne concernent nullement la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique.

Dans le même cadre, la compétence du Conseil était contestée au motif que les prix des prestations en cause étaient déterminés par la collectivité départementale elle-même et, qu'en conséquence, il ne pouvait y avoir de

concurrence entre les transporteurs soumis à des tarifs de service public. Le Conseil a rejeté ce moyen en rappelant que les pratiques visées ne concernaient ni la légalité, ni encore l'opportunité des tarifs fixés à l'issue des négociations conduites par le conseil général avec les sociétés ayant déposé des offres, mais visaient seulement le comportement coordonné d'entreprises en situation de se faire concurrence par leurs mérites et par le montant de leurs offres, qui seront ensuite négociées avec le conseil général.

En second lieu, le Conseil a rappelé, qu'à supposer excessive en l'espèce la durée de la procédure, la sanction qui s'attacherait à l'obligation, pour lui, de se prononcer dans un délai raisonnable ne serait pas le prononcé d'un non-lieu, mais la réparation du préjudice résultant éventuellement de cette durée excessive. La sanction de la nullité ne serait encourue que s'il était établi que la longueur excessive de la procédure avait fait obstacle à l'exercice normal des droits de la défense, ce qui n'était, en l'espèce, pas établi.

## Abus de position dominante

136

### Décision 02-D-18 du 13 mars 2002 relative aux pratiques de l'État et de l'Association pour les fouilles archéologiques nationales lors de la passation du marché des fouilles archéologiques préventives du chantier de la modification de la route départementale Le Canet-Perpignan

La décision «AFAN» est intéressante en ce que, d'une part, elle examine le comportement de l'État au regard du droit de la concurrence et, d'autre part, en ce qu'elle montre les difficultés d'appréhender certaines pratiques mises en œuvre par des personnes publiques.

La loi du 27 septembre 1941 prévoit que les fouilles archéologiques peuvent être conduites par l'État ou par des particuliers surveillés par l'État, sous réserve que l'opérateur des fouilles dispose au préalable d'une autorisation spécifique délivrée, aux termes du décret n° 94-422 du 27 mai 1994, par le préfet de région après consultation de la commission inter-régionale de la recherche archéologique (CIRA). Parmi les opérateurs de fouilles, l'Association pour les fouilles archéologiques nationales (AFAN), créée en 1973 à l'initiative des ministères de la culture et des finances (et devenue l'Institut national de recherches archéologiques préventives le 1<sup>er</sup> février 2002), dispose d'un quasi-monopole pour procéder aux fouilles, mais il existe d'autres opérateurs de fouilles en France et à l'étranger.

En l'espèce, le conseil général des Pyrénées-Orientales souhaitait réaménager la liaison routière Perpignan / Canet en Roussillon, lorsque l'étude préliminaire du projet a mis en évidence la présence de vestiges archéologiques sur le site «Vilarnau / Mas Mirafior». Aussitôt, le conseil général a été invité par la Direction régionale des affaires culturelles, conformément à l'avis de la CIRA, à procéder à des fouilles archéologiques préventives, ces der-

nières devant être réalisées par l'AFAN en comptant un budget prévisionnel précis.

Contraint, malgré diverses tentatives, de retenir l'AFAN pour procéder aux fouilles, le conseil général des Pyrénées-Orientales a saisi le Conseil de la concurrence en dénonçant l'existence de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par l'État et l'AFAN, lors de la dévolution du marché des fouilles archéologiques préventives du chantier de modification de la route départementale Le Canet-Perpignan.

Cette décision comporte un certain nombre de points de procédure peu courants. Sur le fond, parmi les cinq griefs avancés, trois méritent un examen plus approfondi.

#### *Sur l'existence de circonstance d'interruption de l'instance devant le Conseil de la concurrence*

L'affaire en cause présentait une première difficulté de procédure résultant de ce que, postérieurement à la séance, un décret du 16 janvier 2002 avait mis en application les dispositions de la loi n° 2001-44 du 17 janvier 2001, qui avait modifié l'organisation réglementaire des fouilles archéologiques en confiant le monopole des fouilles archéologiques préventives à un établissement public administratif, l'Institut national de recherches archéologiques préventives, auquel ont été dévolus les biens, droits et obligations de l'association pour les fouilles archéologiques (AFAN), seule mise en cause dans le cadre de la procédure. Sur ce point, le Conseil a rappelé un principe général de procédure, selon lequel si l'instance en cours devant le Conseil est interrompue lorsqu'un changement survient dans la situation d'une entreprise mise en cause entraîne la perte par celle-ci de sa capacité à répondre à des pratiques anticoncurrentielles faisant l'objet de poursuite, et si cette interruption se poursuit jusqu'à l'intervention ou la mise en cause de l'entreprise apte, le cas échéant, à répondre des pratiques imputées à l'entreprise dont elle assure la continuité, l'interruption ne se produit pas lorsque l'événement qui en est la cause survient après l'ouverture des débats, laquelle a pour effet de cristalliser la situation procédurale des parties.

En application de ce principe, le Conseil a donc rejeté le moyen présenté par l'AFAN selon lequel le décret du 16 janvier 2002 portant dévolution des biens, droits et obligations de l'association AFAN au 1<sup>er</sup> février 2002 à l'Institut national de recherches archéologiques préventives, devrait avoir pour effet d'interrompre la procédure ; les débats ayant eu lieu le 23 janvier 2002, le Conseil a estimé que la situation procédurale des parties se trouvait cristallisée à cette date.

#### *Sur l'imputabilité des pratiques faisant l'objet des griefs*

Le Conseil de la concurrence s'est ensuite prononcé sur le point de savoir si l'AFAN pouvait se voir appliquer les règles du droit de la concurrence.

Après un examen approfondi des statuts de l'AFAN et de la convention-cadre conclue entre cette dernière et l'État le 1<sup>er</sup> juillet 1992, le Conseil est parvenu à la conclusion que cette association ne disposait d'aucune auto-

nomie de décision vis-à-vis des services de l'État en ce qui concerne l'initiative et la conduite des fouilles archéologiques préventives, la définition des prestations fournies aux clients, la fixation de ses prix et tarifs et la gestion de son personnel.

Dès lors, le Conseil a constaté que l'AFAN constituait une «*association-relais*» par le biais de laquelle l'État intervient directement comme opérateur économique sur le secteur des fouilles archéologiques préventives. Il a, en conséquence, considéré que les pratiques relevées au cours de l'instruction devaient être imputées directement à l'État, représenté par le ministre de la culture, et non à l'association.

### *Sur la compétence du Conseil de la concurrence pour connaître de certains griefs*

Les pratiques dénoncées en l'espèce par le conseil général des Pyrénées-Orientales consistaient, notamment, dans le refus de l'État de se soumettre à la procédure de mise en concurrence prévue par le code des marchés publics, d'une part, et dans l'utilisation par l'État de ses prérogatives de puissance publique, pour imposer au département le recours à l'AFAN pour la conduite des fouilles archéologiques préventives, au détriment de la liberté de choix du maître d'ouvrage, d'autre part.

Le Conseil a tranché la question de sa compétence pour connaître des pratiques en cause en appliquant les principes posés par l'arrêt du tribunal des conflits ADP (du 18 octobre 1999), selon lequel 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 oeuvre 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, ne relèvent pas de la compétence du Conseil de la concurrence.

Le Conseil a relevé que les circulaires par lesquelles le ministre de la culture avait prescrit aux préfets et directeurs régionaux des affaires culturelles le choix de l'AFAN dans la réalisation de fouilles préventives, sans se référer aux procédures mises en place par le code des marchés publics, présentaient un caractère réglementaire et procédaient de la mise en oeuvre de prérogatives de puissance publique échappant, dès lors, en application des principes énoncés par l'arrêt précité à sa compétence. La même analyse a été faite sur le comportement des commission interrégionales de la recherche archéologique, dont les avis apparaissaient indissociables de la décision préfectorale d'autorisation préalable prévue par un décret du 27 mai 1994.

### *Sur le caractère abusif des clauses du marché proposé par l'État au département des Pyrénées-Orientales et l'impossibilité de les renégocier (3<sup>ème</sup> grief)*

Le conseil général des Pyrénées-Orientales reprochait aussi à l'AFAN d'avoir proposé un contrat de travaux comportant des clauses ayant un caractère abusif, notamment en raison de l'impossibilité pour le conseil général de renégocier les différents postes du marché, le montant du devis, la durée

de l'intervention, le contrôle des prestations et certaines clauses spécifiques du contrat.

Le Conseil de la concurrence s'est donc interrogé sur le point de savoir si l'AFAN était à l'origine d'une pratique de prix abusif au regard de la jurisprudence nationale et communautaire.

Il a rappelé, à cet égard, la solution adoptée dans la décision 00-D-27 du 13 juin 2000, selon laquelle un abus de position dominante peut être constitué lorsqu'une entreprise, en position dominante, impose à son client de lui acheter un volume de prestations injustifié, que ce dernier ne serait pas en mesure de discuter, ou bien, fixe son prix à un niveau manifestement excessif.

Cette position procède des principes énoncés par la Cour de justice des Communautés européennes dans les arrêts *General Motors*, du 13 novembre 1975, *British Leyland* du 11 novembre 1986 et *Tournier* du 13 juillet 1989, qui ont précisé qu'une pratique de prix abusif, dans le cadre d'un monopole pouvait être établie, s'il existait une disproportion manifeste entre ce prix et la valeur du service correspondant, ou si une telle anomalie apparaissait à la suite d'une comparaison effectuée sur une base homogène dans le cadre d'une analyse des composantes du prix pratiqué. En revanche, une telle pratique ne serait pas constituée si la disproportion constatée comportait une justification (arrêt CJCE 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon* et 13 juillet 1989, *Tournier* précité).

Dans ce cadre, le Conseil a constaté que le prix pratiqué par l'AFAN correspondait à un barème spécifique établi à l'échelon national actualisé et révisé sur la base de l'indice de l'ingénierie et impliquant que les devis soient établis par référence à un cahier des charges défini par le conservateur régional de l'archéologie. Il ressortait, en outre, d'une déclaration figurant au dossier que ce barème, arrêté par le comité financier de l'AFAN, était établi *«de façon à pouvoir traiter de manière homogène les opérations d'archéologie préventive sur l'ensemble du territoire tout en permettant d'atteindre l'équilibre de gestion»*.

Dans une seconde étape, il était possible de comparer les propositions formulées par l'AFAN avec celles présentées par une association espagnole, qui étaient inférieures de 40 %.

Cependant, cette comparaison s'est avérée impossible dans la mesure où la commission interrégionale de la recherche archéologique du sud-est, chargée de fournir un avis sur les qualités scientifiques des responsables des équipes qui s'étaient proposées pour exécuter le marché n'avait rendu aucun avis sur le responsable de l'équipe espagnole, concurrente de l'AFAN.

Dès lors, il n'était pas possible de savoir si la différence de prix des deux propositions traduisait le caractère anormalement élevé du prix de l'AFAN, l'inadéquation des prestations, ou s'expliquait par l'insuffisance scientifique du projet espagnol.

Enfin, la présence au dossier d'un courrier invitant le conseil général à discuter le projet de l'AFAN et d'une réunion n'ayant pas *«permis d'avancer*

vers une solution acceptable», démontrait que des tentatives de négociations avaient eu lieu, même si celles-ci n'avaient pas abouti.

Le Conseil a donc conclu à l'absence d'éléments permettant d'établir un abus de l'exploitation de la position dominante de l'AFAN.

### Décision 02-D-33 du 10 juin 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur du traitement des coupons de réduction

Dans sa décision 02-D-33 du 10 juin 2002, le Conseil de la concurrence a sanctionné de la manière la plus lourde qui soit, dans le cadre d'une procédure simplifiée, la société Sogec Gestion pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché du traitement des coupons de réduction en fermant presque totalement le marché, contre le gré de ses propres clients, de manière à conserver son quasi-monopole (97,91 % de part de marché en 2000) sur un marché pourtant en pleine expansion.

Il était, notamment, fait grief à la société Sogec Gestion d'exploiter de manière abusive sa position dominante sur le marché en imposant à ses clients une clause d'exclusivité, dans certains cas, en contrepartie de ristournes financières rétroactives, en développant un logiciel propriétaire considéré comme une marque, en refusant d'adopter un code générique permettant l'intervention sur le marché d'autres sociétés de couponnage et, plus généralement, en refusant de participer à un système d'échange généralisé de coupons, alors même qu'aucune contrainte technique n'y faisait obstacle.

140

#### Définition du marché pertinent : le marché du traitement des coupons publicitaires de réduction

Le Conseil a constaté que parmi les nombreuses techniques de marketing, la technique des coupons de réduction présentait des spécificités *«d'une part, en ce qu'elle incite les consommateurs à acheter un produit non par la valorisation de l'image de ce dernier, mais en lui offrant un avantage financier direct, d'autre part, en ce qu'elle offre aux fabricants qui y recourent, une source d'information supplémentaire sur les goûts et les comportements des consommateurs»*.

Le Conseil en a déduit qu'il existait un marché pertinent du traitement des coupons publicitaires de réduction, comprenant l'ensemble des opérations de tri, d'envoi aux fabricants et de contrôle incombant aux détaillants ou aux grossistes, ainsi que celles de réception, de comptage, de remboursement et de contrôle incombant aux émetteurs de coupons. Il a, en revanche, au motif de la similitude des techniques mises en œuvre au niveau de l'offreur, rejeté le moyen selon lequel il existerait deux segments de marché, l'un correspondant aux coupons émis par les fabricants, l'autre correspondant à ceux émis par les distributeurs.

Sur ce marché pertinent, le Conseil a relevé la position dominante de Sogec Gestion qui détenait entre 1998 et 2000 plus de 97 % de part de marché.



### Pratiques sanctionnées

#### ● Sur la clause d'exclusivité imposée par Sogec à ses clients

Le Conseil a procédé à une analyse approfondie des relations entretenues par Sogec Gestion avec ses clients, associant dans son analyse des considérations strictement juridiques, les effets des clauses d'exclusivité figurant dans les contrats, et des éléments d'ordre factuel tels que la crainte des détenteurs de marque de rompre les relations avec la société assurant le traitement des coupons du fait des répercussions commerciales d'un éventuel incident technique, le recours systématique au jeu de la clause de tacite reconduction, ou encore le recours à des ristournes rétroactives et non contractuelles en contrepartie du renouvellement du contrat.

Cette appréciation *in concreto* rejoint celle que le Conseil avait déjà effectuée dans une affaire relative au secteur du mobilier urbain (décision du 7 juillet 1998) en relevant que le jeu cumulé des clauses de tacite reconduction des contrats et des conditions de dénonciation rendant difficile l'exercice de ce droit par les collectivités, avait pour effet de prolonger artificiellement la durée d'une relation contractuelle et de permettre aux sociétés d'éviter toute mise en concurrence.

Ces éléments, constitutifs de relations d'exclusivité sans justification technique ou commerciale réelle et objective, conjugués avec la rétention des codes d'identification des produits comme moyen de pression sur les clients ainsi qu'avec l'interdiction du double codage, ont été qualifiés d'abus de position dominante, notamment en ce qu'ils constituent une entrave considérable à l'entrée sur le marché de nouveaux opérateurs et à leur développement.

#### ● Sur la fourniture gratuite d'équipements ne reconnaissant que le code Sogec et le refus de participer à un système généralisé d'échange

Le Conseil a également relevé que les pratiques ayant consisté, pour Sogec Gestion, à proposer de fournir gratuitement des appareils de lecture de coupons intégrés au logiciel des caisses enregistreuses ne reconnaissant pas les autres coupons et à refuser de participer à un système d'échange généralisé de coupons entre concurrents étaient également constitutives d'un abus de position dominante, dans la mesure où elles constituaient une entrave à l'évolution structurelle du marché.

Plus généralement, ces pratiques renvoient à une position jurisprudentielle bien établie du Conseil, mettant les clauses d'exclusivité en perspective avec la position de l'opérateur sur le marché. Dès 1985, la Commission de la concurrence avait estimé qu'à défaut d'un équilibre structurel suffisant entre des réseaux de transmission florale, la concurrence entre eux ne pouvait intervenir qu'en l'absence de clause d'exclusivité dans la mesure où une telle disposition limiterait indûment l'exercice de la concurrence par les autres opérateurs (avis du 12 décembre 1985).

### Dispositif de sanction

Compte tenu de la gravité de la pratique et de ses effets sur le secteur économique concerné, le Conseil de la concurrence s'est attaché à sanction-

ner de la manière la plus lourde la société Sogec Gestion en lui infligeant une sanction pécuniaire de 76 244,51 euros, soit le montant maximal pouvant être prononcé dans le cadre d'une procédure simplifiée et en lui enjoignant de suspendre sans délai et de supprimer toute clause d'exclusivité dans ses contrats pendant une durée de 5 ans, de cesser de pratiquer la rétention des codes en cas de mention d'une autre banque de coupons et de ne plus refuser l'apposition de codes appartenant à des prestataires concurrents.

### **Décision 02-D-44 du 11 juillet 2002 relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement**

Cette décision présente plusieurs aspects intéressants, touchant pour l'essentiel à la caractérisation d'une position dominante collective et à l'inauguration du contrôle *a posteriori* des concentrations. Dans cette affaire, le Conseil de la concurrence s'est attaché, dans le cadre de sa fonction régulatrice, à agir sur la structure du marché, afin de corriger à leur source les dysfonctionnements observés.

Il avait été fait grief à la Compagnie générale des eaux (CGE) et à la Lyonnaise des eaux (SLDE), d'avoir limité l'intensité de la concurrence en renonçant à répondre systématiquement à des appels d'offres en concurrence avec les entreprises communes qu'elles avaient constituées conjointement.

142

#### **Définition du marché pertinent**

Le Conseil de la concurrence a retenu comme marché pertinent le marché national de la gestion déléguée du service de distribution d'eau et le marché national de la gestion déléguée de l'assainissement. Rejetant les arguments des défenderesses, il a justifié la dimension nationale du marché en tenant compte du fait que les trois plus grandes entreprises présentes sur les marchés de la distribution d'eau et d'assainissement intervenaient sur l'ensemble du territoire national et répondaient aux appels à concurrence directement ou par l'intermédiaire de filiales, dans des conditions analogues sur tout le territoire, sans opérer de distinction selon la taille de la collectivité. Par ailleurs, le Conseil a exclu que, tout au moins pour la période des faits constatés, les opérateurs publics puissent être considérés comme étant en position de concurrencer les opérateurs privés sur ces marchés. Il a rappelé, sur ce point, les principes énoncés par la Commission de la concurrence dans un avis du 28 octobre 1980 ainsi que par lui-même dans un avis 94-A-16 et a constaté que si, dans certains cas, des opérateurs publics étaient intervenus sur les marchés, ces interventions étaient demeurrées ponctuelles et exceptionnelles.

#### **Détermination du droit applicable**

Le fait que les pratiques en cause procèdent, tout au moins en partie, de la création de filiales communes conduisait à s'interroger sur le point de savoir

si ces pratiques relevaient du droit des concentrations ou des dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles. Sur ce point, le Conseil a rappelé que l'application cumulative des règles relatives aux concentrations et aux pratiques anticoncurrentielles est exclue par la jurisprudence (Cour de cassation, chambre commerciale, 26 novembre 1996, Syndicat des distributeurs indépendants). Il a considéré qu'au regard des principes d'analyse énoncés par la jurisprudence communautaire et nationale, la création des filiales communes ainsi que leur survie relevaient du droit des concentrations. Cependant, cette circonstance ne faisait pas obstacle à l'application des dispositions prohibant les pratiques anticoncurrentielles aux comportements détachables de cette création ou de cette survie, comme pouvaient l'être les pratiques notifiées au titre de l'entente ou de l'abus de position dominante collective.

#### *Position dominante collective*

Rappelant les conditions posées par le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes pour établir l'existence d'une position dominante collective (TPICE 10 mars 1992, Soc Italiana Vero Spa et autres), le Conseil a procédé à une appréciation *in concreto*. Il a ainsi relevé que la CGE et la SLDE détenaient à l'époque des faits 85 % des parts de marché, situation caractérisant un oligopole restreint, et que ces deux entreprises étaient liées par des liens structurels avérés, résultant de la création des entreprises communes. Il a également constaté que la CGE et la SLDE adoptaient des comportements parallèles et prévisibles dans les zones où elles possèdent des entreprises communes et a observé que toute décision de l'une ou l'autre de répondre à un appel d'offre dans le but d'évincer une entreprise commune pouvait faire l'objet de mesures de rétorsion. Enfin, le Conseil a relevé que le bien commercialisé, à savoir l'eau, était homogène, sa demande peu élastique à son prix, et le marché peu sujet à l'entrée de concurrents étant donné le caractère faiblement contestable du marché.

Le Conseil en a donc conclu que les deux sociétés défenderesses détenaient, à l'époque des faits, une position dominante collective sur le marché national de la gestion déléguée du service de distribution d'eau et sur le marché national de la gestion déléguée de l'assainissement.

#### *Exploitation abusive de la position dominante collective*

Le Conseil a considéré qu'en renonçant très largement à répondre aux appels d'offres en cas de soumission de leurs entreprises communes, alors même que chacune des deux sociétés était en mesure, compte tenu de ses capacités financières et techniques propres, de répondre seule à la demande des collectivités concernées, les entreprises en cause avaient sensiblement limité l'intensité de la concurrence. Il a relevé, sur ce point, qu'en raison du degré de concentration élevé du marché, les entreprises ne pouvaient ignorer l'atteinte sensible que leur comportement portait à la concurrence et donc leur objet anticoncurrentiel. L'effet anticoncurrentiel a été caractérisé par le nombre limité d'offreurs actifs dans les zones d'influence des entreprises communes.

### Dispositif de sanctions

Le Conseil a estimé non justifié d'infliger des sanctions pécuniaires à la CGE et à la SLDE au motif de l'absence d'opposition des autorités de la concurrence lors de la création des entreprises communes entre ces deux sociétés, ces créations ayant parfois résulté des exigences des collectivités territoriales. Par ailleurs, le Conseil a pris en compte le fait que les deux sociétés avaient procédé au décroisement d'une partie de leurs entreprises communes.

En revanche, il a été, pour la première fois, fait application de l'article L. 430-9 du code de commerce, aux termes duquel le Conseil peut, en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, demander au ministre chargé de l'économie d'enjoindre à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause de modifier, compléter ou résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de puissance économique ayant permis les abus.

Le Conseil a tenu à préciser dans cette décision, qu'une telle injonction (du ministre), prenant la forme d'un arrêté motivé, constituerait une mesure de police distincte d'une sanction, et qui, dans le silence des textes, était applicable aux opérations antérieures à l'entrée en vigueur de la disposition.

Dans ce contexte, et *«afin d'éviter que ne se reproduisent les abus de position dominante analysés [...]»*, le Conseil a demandé au ministre chargé de l'économie d'enjoindre aux sociétés Compagnie générale des eaux et Lyonnaise des eaux de *«modifier, compléter ou résilier, dans un délai déterminé, tous accords et actes ayant conduit ces entreprises à associer leurs moyens dans le cadre des filiales communes créées conjointement dans le secteur de l'eau potable et de l'assainissement»*.

### Sur la procédure

Le Conseil a rejeté plusieurs moyens fondés sur la violation du principe d'impartialité et tenant à l'absence de motivation de la saisine d'office, à l'existence d'un précédent avis du Conseil sur les pratiques tarifaires observées dans le secteur de l'eau. Sur ces différents points, le Conseil a, tout d'abord, rappelé qu'aucune disposition ne lui imposait de motiver une décision de saisine d'office, cette dernière ne constituant pas une décision administrative individuelle. Il a ensuite considéré que l'existence d'un avis rendu par lui, ne comportant aucune analyse ou appréciation sur des faits précis et circonstanciés, et notamment ceux de l'espèce, ne pouvait constituer une atteinte au principe d'impartialité. Enfin, il a estimé que la transmission par la Présidente du Conseil de la notification de griefs et du rapport définitif, dont l'authentification par le rapporteur ne prêtait pas à discussion, ne constituait pas une atteinte au principe de séparation des fonctions d'instruction et de décision.

## Demande de mesures conservatoires

### Décision 02-MC-03 du 27 février 2002 et décision n° 02-D-46 du 19 juillet 2002 relative à l'application de l'article 3 de la décision n° 02-MC-03 du 27 février 2002

L'affaire T-Online constitue sans doute l'une des plus importantes de l'année 2002, tant par son intérêt sur le fond que par la portée des injonctions faites à France Télécom. Dans cette affaire, la société T-Online, fournisseur d'accès sous la marque Club-Internet, avait saisi le Conseil de la concurrence, le 28 novembre 2001, afin d'obtenir le prononcé de mesures conservatoires à l'encontre de France Télécom qui, selon la saisissante, favorisait sa filiale Wanadoo Interactive par rapport aux autres fournisseurs d'accès Internet (FAI) dans la fourniture de l'accès à la technologie ADSL.

Le Conseil a fait droit à cette demande le 27 février 2002 en imposant à France Télécom des mesures conservatoires ayant pour finalité de rétablir l'égalité entre les FAI par la mise en place d'un serveur Extranet et de faire respecter le principe de non-discrimination lors de la fourniture du service de vérification de l'éligibilité à l'ADSL de la ligne téléphonique du client et de passation de commandes. Dans l'attente de la mise en œuvre de ces mesures, le Conseil a enjoint à France Télécom de suspendre la commercialisation des packs ADSL de la société Wanadoo interactive dans ses agences commerciales. Il était, enfin, prévu que dans un délai de quatre mois au plus tard, la société France Télécom devrait rendre compte des dispositions prises pour se conformer à la première injonction. Ce compte-rendu a effectivement été produit par la société France Télécom, ce qui a donné lieu à la décision 02-D-46 du 19 juillet 2002.

### *Détermination du marché pertinent*

En premier lieu, le Conseil s'est attaché à examiner s'il existait un marché de l'accès à Internet par l'ADSL. Dans ce cadre, il a été constaté que ni les réseaux câblés ni les boucles locales radio ne peuvent constituer des substituts acceptables à la technologie ADSL, visant à offrir à l'utilisateur un accès permanent à haut débit d'une capacité de 10 à 15 fois supérieure à celui d'un accès classique, une telle performance étant obtenue par la numérisation des lignes téléphoniques de cuivre au moyen de filtres électroniques.

S'agissant de la position de France Télécom et de Wanadoo, le Conseil a relevé qu'au moment de la saisine, la société Wanadoo occupait près de 60 % du marché français de l'accès à Internet haut débit, dont 90 % de l'accès ADSL.

Techniquement, la fourniture d'un accès à Internet haut débit nécessite, pour l'utilisateur, de souscrire un abonnement, d'une part, au service auprès d'un fournisseur d'accès à Internet et, d'autre part, à une offre de connexion rapide de technologie ADSL, laquelle n'est possible que sous réserve de l'aptitude de la ligne téléphonique à supporter cette technologie.

Faute d'une présence significative d'opérateurs alternatifs, France Télécom était, à l'époque des faits, seule à offrir aux fournisseurs d'accès la prestation qui leur est nécessaire pour proposer à leurs clients des offres ADSL.

Au regard de ces éléments, le Conseil a considéré qu'il ne pouvait être exclu que le groupe France Télécom détienne une position dominante sur le réseau local de télécommunications et pour la fourniture de l'accès à Internet haut débit.

### *Pratiques alléguées*

La société Wanadoo Interactive commercialise depuis 2001 une offre de services ADSL sous la forme d'un «*pack eXtense*» comprenant un kit d'installation de la connexion ADSL, un modem et un abonnement. Elle a bénéficié, dès le lancement de son offre, de la distribution de son pack par les 750 agences commerciales de la société France Télécom, celles-ci orientant systématiquement les clients vers l'achat du «*pack eXtense*». Ces agences ont la possibilité, grâce aux informations techniques qu'elles détiennent, de vérifier, de façon immédiate, l'éligibilité de la ligne téléphonique à l'ADSL et d'obtenir, dans un délai de quatre jours, la mise en œuvre des connexions ADSL.

La société saisissante observait que, selon les termes du contrat la liant à France Télécom, l'activation de la connexion ADSL requérait au total un délai minimum de dix jours. Il était également avancé que France Télécom aurait indiqué à Club-Internet que des lignes n'étaient pas raccordables, alors même que, dans les faits, elles étaient éligibles au service ADSL.

En outre, la société Wanadoo avait annoncé sa volonté de commercialiser son «*pack eXtense*» par l'intermédiaire de la grande distribution. Dans ce cadre, France Télécom avait formulé une offre consistant en un pack unique donnant au client le libre choix de son fournisseur d'accès, sur la base d'un tarif prédéterminé et en contrepartie d'une rémunération préétablie du point de vente.

Au regard de ces éléments, le Conseil a relevé qu'il ne pouvait être exclu que, d'une part, la mise en place par France Télécom d'outils permettant la continuité des opérations de vérification de l'éligibilité et de passation de commandes pour la mise en service des connexions ADSL à partir de ses agences commerciales, dont ne pouvaient bénéficier, dans de mêmes conditions, les concurrents de sa filiale qui ne disposent pas de la même implantation territoriale et, d'autre part, les délais dans lesquels France Télécom proposait aux concurrents de Wanadoo Interactive une connexion ADSL, créent une discrimination structurelle entre les opérateurs.

Par ailleurs, la proposition de partenariat offerte aux fournisseurs d'accès afin de commercialiser dans les enseignes de la grande distribution des packs communs pouvait «*constituer une pratique ayant pour objet ou pour effet de limiter la concurrence pour la fourniture de services Internet à haut débit, susceptible d'entrer dans le champ d'application des dispositions du livre IV du code de commerce*», dans la mesure, notamment où «*par la fixation de ces conditions, la société France Télécom impose aux fournisseurs*

*d'accès à Internet un prix minimum du service à leurs clients et un niveau de rémunération commun des enseignes».*

### **Mesures conservatoires**

Le Conseil a, tout d'abord, considéré que la commercialisation par les agences commerciales de France Télécom des «*packs eXtense*» de la société Wanadoo Interactive était assurée dans des conditions qui contribuent à la continuité du processus d'information et de la prise de commande. Cette situation permettait des délais de connexion qui ne pouvaient être égalés par les fournisseurs d'accès concurrents. Il a relevé que si, après n'avoir fourni aux concurrents de Wanadoo qu'un service dégradé en qualité et en rapidité (s'agissant de l'information relative à l'éligibilité des lignes de leurs clients, du choix des modems compatibles avec les équipements de France Télécom et de l'exécution matérielle de leur branchement), France Télécom projetait, à partir de février 2002, de fournir à ces fournisseurs d'accès un service comparable à celui qu'il rend à Wanadoo, ce service nécessitait, pour permettre un traitement de masse, de disposer d'un réseau d'agences, ce qui ne saurait être le cas des compétiteurs. Une discrimination structurelle entre les opérateurs au profit de Wanadoo apparaissait donc clairement.

Ces pratiques s'inscrivaient dans un contexte temporel particulier où la diffusion rapide de l'ADSL, devait, en peu de mois, déterminer la structure des parts de marché des divers compétiteurs, alors que le marché était en très forte croissance ; il était donc indispensable que les principes d'une saine concurrence par les mérites régissent le marché considéré et soient respectés.

Dans ce contexte, les pratiques consistant pour France Télécom, d'une part, à octroyer à sa filiale Wanadoo Interactive un avantage structurel tenant à la meilleure connaissance de son infrastructure de réseau (ce qui permettait au groupe d'acquérir, puis de préserver une avance décisive sur ses concurrents) et d'autre part, à ne pas fournir de système de vérification de l'éligibilité des lignes et de passation de commandes de connexions en ligne aux concurrents de cette dernière, risquaient de conduire à la constitution d'un quasi-monopole pour la fourniture d'accès à Internet haut débit, notamment sur le marché résidentiel. Par ailleurs, le Conseil a considéré que la pratique de partenariat avec les fournisseurs d'accès dans le cadre de la grande distribution aggravait encore les risques susmentionnés, en limitant la liberté de fixation de leurs prix par les fournisseurs d'accès.

Le Conseil a décidé, en conséquence, que ces pratiques, qui présentaient le risque que la concurrence soit durablement faussée dans un contexte de forte croissance de l'Internet haut débit, revêtaient un caractère de gravité et d'immédiateté de nature à porter atteinte au secteur intéressé et à l'intérêt des consommateurs, justifiant que soit prononcée une injonction consistant, pour France Télécom, à mettre à la disposition de l'ensemble des fournisseurs d'accès, un serveur donnant l'accès aux mêmes informations sur l'éligibilité des lignes téléphoniques à l'ADSL et sur les caractéristiques techniques des modems compatibles avec ces lignes, que celles dont dispose Wanadoo Interactive, et permettant à ces fournisseurs d'accès de



commander aux services spécialisés de France Télécom l'opération matérielle de la connexion dans les mêmes conditions d'efficacité que celles accordées à Wanadoo Interactive, selon les mêmes conditions tarifaires, mais selon les caractéristiques techniques autorisant le traitement de masse en ligne (article 1<sup>er</sup>).

Dans l'attente de la mise en place de ce système, il a été enjoint à France Télécom de suspendre la commercialisation dans ses agences des packs ADSL de Wanadoo, tout en prévoyant que cette suspension pourra être levée dès que deux contrats au moins auront été signés entre France Télécom et des fournisseurs d'accès à Internet autres que Wanadoo pour l'utilisation de ce système, et à l'issue d'une période d'essai d'un mois (article 2).

L'article 3 de la décision précisait que *«dans un délai de quatre mois au plus tard à compter de la notification de la présente décision, il sera rendu compte au Conseil par les parties des dispositions prises par France Télécom pour se conformer à l'injonction définie à l'article 1<sup>er</sup>»*. Cette façon de procéder, qui constitue une innovation procédurale, a permis de ne pas entraver pendant une durée trop longue la liberté commerciale de France Télécom tout en assurant le respect des principes de la concurrence par les mérites sur le marché en cause.

Enfin, il a été enjoint à France Télécom de suspendre toute offre de partenariat avec des fournisseurs d'accès destinée à être commercialisée en grande distribution (article 4).

#### *Constatation a posteriori du respect des mesures conservatoires*

Par sa décision du 19 juillet 2002, le Conseil a statué sur l'exécution par France Télécom des injonctions ci-dessus mentionnées.

En effet, le recours contre la décision de mesures conservatoires ayant été rejeté par la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 9 avril 2002, la société France Télécom a, deux mois plus tard, adressé au Conseil le compte rendu de l'exécution de la mesure enjoignant en lui demandant de constater qu'elle avait bien rempli ses obligations et de lever la mesure conservatoire.

Le Conseil a constaté, d'une part, que France Télécom avait mis en place un dispositif gratuit permettant à la fois la vérification de la disponibilité ADSL de la ligne du client et la commande de connexion ADSL, largement disponible, avec un service d'accueil pour prendre en compte les incidents constatés par les FAI, et que l'ensemble de ces améliorations répondait à l'exigence de continuité du processus d'information et de prise de commande ordonnée par lui. D'autre part, le Conseil a pris acte de ce que trois fournisseurs d'accès avaient contracté avec France Télécom et que, dès lors, les conditions posées par la décision de mesures conservatoires avaient été respectées. La levée de la suspension de la commercialisation des packs ADSL Wanadoo Interactive a donc été prononcée (02-D-46).



### Décision 02-MC-04 du 11 avril 2002 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Antalis

Cette décision est intéressante en ce qu'elle concerne un marché émergent, le marché français de la distribution de services techniques de la télévision numérique terrestre (TNT) et l'offre d'accès à une installation susceptible d'être qualifiée d'installation essentielle.

La société Antalis, dans le cadre de l'ouverture des marchés à la télévision numérique terrestre (TNT), proposait aux éditeurs de programmes de télévision d'assurer les opérations techniques nécessaires à la transmission et à la diffusion auprès du public de leurs services. Pour ce faire, Antalis avait engagé des négociations avec la société TDF pour utiliser ses sites de diffusion sur lesquels elle demandait des prestations d'hébergement.

Confrontée à des difficultés importantes dans le cadre de ces négociations, la société Antalis avait saisi le Conseil de la concurrence des pratiques mises en œuvre par TDF qui, selon elle, étaient constitutives d'un abus de position dominante sur les marchés de la diffusion hertzienne ainsi que de la situation de dépendance économique dans laquelle elle se trouvait pour l'accès aux infrastructures essentielles que constitueraient les sites de diffusion de TDF.

Il était, en particulier, fait grief à TDF de refuser de communiquer les informations portant sur le service d'hébergement sur site, de proposer des tarifs excessifs, non orientés vers les coûts effectivement supportés par elle pour la fourniture du service d'hébergement, et discriminatoires par rapport aux éléments que TDF intègre dans le prix des prestations qu'elle propose elle-même aux éditeurs de programmes de télévision.

#### *Marché pertinent et position de TDF*

Les marchés pertinents en matière de diffusion télévisuelle ont déjà été étudiés à de nombreuses reprises par le Conseil et les principes dégagés par sa jurisprudence ont été rappelés. En l'état de l'instruction et compte tenu du contexte réglementaire, le Conseil a estimé que les services rendus par la télévision numérique hertzienne étaient différents de ceux rendus par la télévision hertzienne analogique, puisque la numérisation permettait un élargissement de l'offre de programmes, une amélioration de la qualité d'image et de son, un accès à certains services interactifs et la réception des programmes de télévision sur des récepteurs portables et mobiles. Compte tenu de ces considérations et des différences de procédure d'attribution de la ressource radioélectrique, le Conseil a considéré qu'il n'était pas exclu que le marché pertinent soit celui de la distribution de services techniques de la télévision numérique terrestre.

TDF exerce, en application de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, le monopole de la diffusion et de la transmission des programmes des chaînes du service public par tous procédés analogiques de télécommunication. Par ailleurs, si d'autres opérateurs peuvent assurer la diffusion et la transmission des chaînes nationales privées, celles-ci font généralement appel à TDF pour assurer ces prestations. Il est donc apparu au Conseil qu'il n'était pas

exclu que TDF soit en situation de position dominante sur les marchés français de la diffusion hertzienne analogique des chaînes de télévision, marchés connexes de celui de la distribution de services techniques de la télévision numérique terrestre sur lequel elle pourrait être en concurrence avec Antalis.

Dans ce contexte, le Conseil a relevé qu'en tant que diffuseur technique, TDF exerçait tous les métiers d'une entreprise gestionnaire de sites et qu'elle était à même de fournir tous les services nécessaires à la mise en œuvre de la télévision numérique terrestre. Il a précisé que l'offre d'accueil d'équipements de diffusion sur des sites élaborée par TDF sous la dénomination «DiGiSiTV» devait permettre à des diffuseurs techniques entrant sur le marché, tels Antalis, de fournir dans des délais compatibles avec le calendrier fixé par le CSA un service de diffusion numérique des signaux audiovisuels.

#### *Entraves à l'accès au marché*

- **Sur le caractère incomplet et imprécis des informations transmises par TDF à Antalis**

Au regard des éléments du dossier, le Conseil a considéré qu'il n'était pas exclu que TDF ait apporté des réponses incomplètes et imprécises aux demandes d'Antalis concernant ses conditions techniques et économiques d'hébergement sur ses sites.

- **Sur le caractère abusif, non orienté vers les coûts et discriminatoire des propositions tarifaires de TDF**

Antalis faisait valoir que les sites de diffusion sur lesquels elle avait demandé une prestation d'hébergement à TDF, constituaient une infrastructure essentielle, dans la mesure où ils étaient indispensables à son activité et impossibles à reproduire à des conditions économiquement et techniquement raisonnables dans les délais impartis par le législateur.

A cet égard, le Conseil a rappelé qu'au regard des conditions et exigences de l'appel à candidatures à la diffusion technique de la télévision numérique terrestre engagé par le CSA, la question de la reproductibilité ne se posait pas site par site, mais pour l'ensemble du réseau. Dans de telles circonstances, le Conseil a estimé qu'il ne pouvait être exclu, sous réserve d'une instruction, que les sites de TDF constituent une infrastructure essentielle, à laquelle TDF serait tenue de proposer l'accès à des conditions transparentes, non-discriminatoires et orientées vers les coûts.

Il a considéré, notamment au regard de l'avis rendu par le CSA, qu'il n'était pas exclu que les offres faites à Antalis ne répondent pas à l'impératif de transparence et que le niveau de l'offre tarifaire dénoncée soit abusivement élevé, pratiques contraires à l'article L. 420-2 du code de commerce.

### **Prononcé de mesures conservatoires**

Le Conseil a rappelé l'imminence des échéances fixées par le CSA relatives aux candidatures en vue d'autorisations pour la télévision numérique terrestre, qu'elles concernent l'édition de programmes ou l'usage de la ressource radioélectrique. Il a observé, dans ce contexte, que l'équilibre économique du secteur de la télévision numérique terrestre dépendait de manière cruciale de l'existence d'une concurrence effective à tous les niveaux et pourrait être compromis si l'un des métiers concernés était exercé par une entreprise en mesure de capter une rente de nature monopolistique et d'exclure par ses pratiques l'arrivée de nouveaux entrants sur le marché en cause, ou de rendre impossible économiquement l'accès à des infrastructures essentielles qu'elle détiendrait. Par ailleurs, en ce qui concerne la diffusion technique des programmes, il était essentiel que les éditeurs disposent d'offres concurrentes, transparentes et comparables entre elles, ce que ne garantissaient pas les propositions tarifaires faites par TDF à Antalis.

Dans cette optique, le Conseil a enjoint à la société TDF de communiquer à toute entreprise qui en ferait la demande, une offre de prestations d'accueil détaillée par postes de prestations et intégrant des conditions tarifaires établies de manière objective, transparente et non discriminatoire, à un prix en rapport avec les coûts directs et indirects des prestations offertes, y compris une rémunération raisonnable du capital engagé.

Dans un arrêt du 21 mai 2002, la cour d'appel a estimé que s'agissant de l'orientation vers les coûts, la mesure excédait ce qui était nécessaire pour faire face à l'urgence : *«L'imédiateté et la gravité de l'atteinte à la concurrence [...] n'imposent pas que le principe d'orientation vers les coûts lui soit appliqué dans toute sa rigueur alors qu'en l'état de l'instruction, la qualification d'infrastructure essentielle des sites de TDF n'est pas avérée»*. La cour a donc réformé la décision du Conseil en reprenant les éléments contenus dans l'injonction mais en supprimant le concept d'orientation vers les coûts qu'elle a remplacé par *«un prix proportionné à la valeur du service [...]»*.

### **Décision 02-MC-06 du 30 avril 2002 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société RMC Info**

La société RMC Info avait obtenu contractuellement l'exclusivité des droits de retransmission radiophonique en France des matchs de Coupe du Monde de Football 2002, sous réserve de conclure des accords de sous-licence avec d'autres opérateurs radio pour couvrir l'ensemble de la population sur le territoire national, sa surface de diffusion ne couvrant que 33 % du territoire. A la suite de l'obtention de cette exclusivité, les principales radios généralistes françaises ont créé un GIE intitulé *«Sport Libre»* auquel elles ont confié l'exclusivité de leur politique d'achat de droits sportifs. Ce dernier a alors refusé de conclure avec RMC Info un accord de sous-licence, ce qui plaçait cette dernière dans l'impossibilité de négocier individuellement avec les membres du GIE en raison des clauses statutaires de celui-

ci. Par ailleurs, l'éventuelle adhésion du SIRTI (Syndicat Interprofessionnel des radios et télévisions indépendantes) au GIE ont rendu très difficile les négociations entre RMC Info et les radios locales indépendantes.

En raison de l'imminence de la Coupe du Monde de Football 2002, RMC Info, soutenant que ces pratiques avaient un caractère anticoncurrentiel, a saisi le Conseil de la concurrence à l'encontre du GIE «*Sport Libre*» et du SIRTI et a présenté une demande de mesures conservatoires, dans l'attente d'une décision au fond.

### *Sur l'application du droit la concurrence et la compétence du Conseil de la concurrence*

En premier lieu, le Conseil a rappelé le principe selon lequel si le droit de la concurrence s'applique aux entreprises, il peut aussi s'appliquer à des organisations professionnelles réunissant des entreprises. En effet, selon une jurisprudence constante, ces dernières peuvent être le support d'une entente entre les entreprises adhérentes. Par conséquent, le Conseil a rejeté l'argument du SIRTI, selon lequel il ne pourrait être attrait devant le Conseil de la concurrence et devrait être mis hors de cause en l'espèce.

En second lieu, le Conseil de la concurrence a précisé, en réponse aux arguments du GIE «*Sport Libre*», qu'il ne lui appartenait de se prononcer ni sur l'existence même des droits d'exclusivité dont se prévalait RMC Info, ni sur l'opportunité que de tels droits soient commercialisés, ni enfin, sur la frontière entre les droits de propriété intellectuelle des organisateurs d'évènements et le droit à l'information, dans la mesure où ces questions relèvent d'un domaine juridique autre que celui du droit de la concurrence. Toutefois, se référant à l'avis rendu par le CSA, le Conseil a indiqué que «*l'acquisition de droits exclusifs de retransmission radiophonique d'évènements sportifs n'est interdite par aucune disposition législative ni réglementaire en vigueur*».

### *Sur le GIE*

S'agissant de la constitution du GIE «*Sport Libre*», le Conseil a rappelé sa politique jurisprudentielle afférente aux centrales d'achat, selon laquelle si la création de centrales par des entreprises en concurrentes sur le même marché, peut poser des problèmes de concurrence, le bilan concurrentiel ou économique de telles créations peut néanmoins être positif.

Cette analyse avait d'ailleurs été celle de la Commission européenne dans l'affaire UER (Union européenne de Radio-télévision), dans le cadre de laquelle cette dernière avait considéré que la mise en commun opérée par l'UER des politiques d'achat de droits télévisuels exclusifs sur des évènements sportifs, par des chaînes habituellement concurrentes, était restrictive de concurrence, mais pouvait bénéficier de l'exemption prévue au paragraphe 3 de l'article 81 du traité de Rome, en raison du progrès technique et économique résultant de la transmission d'un plus grand nombre de manifestations par un plus grand nombre de radio-diffuseurs, notamment, les plus petits d'entre eux.

Sans préjuger de l'application au cas d'espèce de cette analyse, le Conseil a estimé que, sous réserve d'une instruction au fond, un certain nombre de caractéristiques du GIE pourraient «*poser des difficultés*» au regard du droit de la concurrence.

A cet égard, le Conseil a, tout d'abord, constaté que la date et le contexte de création du GIE pouvaient laisser penser que l'objectif recherché était d'exercer une pression sur RMC Info ou de l'empêcher de réaliser une diffusion des retransmissions des matchs de la coupe du monde sur l'ensemble du territoire national. Par ailleurs, il s'est interrogé sur le point de savoir si, du fait de la portée extensive de l'accord (notamment l'adhésion des principales radios généralistes et l'objet du GIE portant sur l'ensemble des manifestations sportives), il subsistait une concurrence suffisante sur le marché des droits sportifs radiophoniques. Enfin, le Conseil a relevé que l'interdiction contractuelle empêchant les membres du GIE de négocier individuellement des droits sur des événements sportifs ne pouvait être levée qu'au terme d'une procédure de retrait particulièrement malaisée (préavis de deux mois, interdiction d'une nouvelle adhésion, paiement d'une pénalité financière et perte de tous les droits acquis).

Aussi, au regard de l'ensemble de ces éléments, le Conseil a estimé qu'il n'était pas exclu que la création du GIE puisse être constitutive d'une entente anticoncurrentielle non susceptible d'être exemptée au nom du progrès économique.

#### *Sur les autres pratiques*

De manière annexe, le Conseil a relevé qu'il n'était pas non plus exclu que les pratiques qualifiées de «*dénigrement*» par le saisissant puissent être assimilées à des éléments d'une politique visant à empêcher RMC Info de réaliser ses objectifs commerciaux. De plus, dans la mesure où les propos en cause émanaient d'organisations rassemblant plusieurs entreprises, il n'était pas exclu qu'ils puissent être qualifiés d'entente anticoncurrentielle.

#### *Sur les demandes de mesures conservatoires*

Selon RMC Info, les pratiques dénoncées portaient une atteinte grave et immédiate à la société en ce qu'elles remettaient en cause le bénéfice qu'elle aurait pu tirer de son contrat d'exclusivité, tant en terme d'audience, qu'en termes financiers. De plus, les pratiques portaient, selon elle, une atteinte grave et immédiate au marché et à l'intérêt des consommateurs, dans la mesure où une bonne partie de la population française serait privée de retransmission radiophonique de la coupe du monde de football. Elle ajoutait que les affrontements publics et judiciaires entre professionnels ayant un impact négatif, non seulement sur la victime, mais aussi sur l'image de la profession, une atteinte grave et immédiate était portée au secteur. Enfin, l'urgence résultait, selon la saisine, de ce que les accords avec les annonceurs relatifs à la vente d'espaces publicitaires pour la coupe du monde 2002 devaient être négociés très rapidement.

De l'ensemble de ces moyens, le Conseil n'a retenu que l'atteinte grave et immédiate à l'intérêt des consommateurs. En effet, il a constaté que l'obli-

gation dans laquelle se trouvait RMC Info de négocier avec le seul GIE, hostile à la cession des droits exclusifs, engendrait le risque que certains auditeurs ne puissent bénéficier de la retransmission des matchs.

En raison du délai restreint séparant la décision du début de la coupe du monde, le Conseil a estimé qu'il existait un risque grave et immédiat qu'il soit porté atteinte à l'intérêt des consommateurs-auditeurs. En conséquence, il a enjoint au GIE de suspendre, en ce qui concerne l'acquisition des droits radiophoniques pour les matchs de la coupe du monde de football 2002, les clauses de son contrat constitutif et de son règlement intérieur visant à limiter la liberté de ses membres de négocier et/ou de conclure à titre individuel tout accord de sous-licence.

### **Décisions 02-MC-07 du 15 mai 2002 relative à une saisine présentée par la société Pharma-Lab et 02-MC-09 du 12 juin 2002 relative à une saisine présentée par la société Pharmajet**

Ces deux décisions portent chacune sur une demande de mesures conservatoires aux fins de faire cesser des pratiques similaires, dénoncées par deux grossistes exportateurs, les sociétés Pharma-Lab et Pharmajet, qui achetaient des produits pharmaceutiques à des laboratoires situés en France pour les revendre ensuite dans d'autres pays de l'Union européenne où les prix des médicaments ne sont pas ou sont moins réglementés.

154

Ces deux sociétés soutenaient que les décisions prises par les laboratoires Pfizer et GlaxoSmithKline pour la première, Glaxo-Wellcome, MSD, Pfizer et Lilly France pour la seconde, consistant à cesser les livraisons de plusieurs produits pharmaceutiques, procédaient d'une politique visant à restreindre le commerce parallèle des médicaments et à cloisonner les marchés des États-membres, dans la première espèce, et participaient d'une «*entente sur fond d'abus de position dominante*» mise en place entre fabricants, dans la seconde espèce.

Ces décisions présentent un intérêt en ce qu'elles confirment la position précédemment adoptée par le Conseil s'agissant des modalités de mise en oeuvre du droit communautaire de la concurrence sur le territoire national, et par ailleurs, en ce qu'elles comportent une analyse très concrète pour évaluer l'atteinte grave et immédiate à l'économie générale, au secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs, ou à l'entreprise plaignante.

### ***Mise en oeuvre du droit communautaire sur le territoire national par le Conseil de la concurrence***

Dans ces deux affaires, trois problèmes se posaient concernant la mise en oeuvre du droit communautaire par le Conseil de la concurrence : la compétence du Conseil pour apprécier des pratiques mises en oeuvre par des laboratoires français mais n'ayant pas d'effet anticoncurrentiel sur le territoire national, l'éventuelle contrariété entre les décisions du Conseil et la position des autorités communautaires, et l'applicabilité des articles 81 et 82 du traité de Rome.

- **Sur la compétence du Conseil de la concurrence**

Les sociétés GlaxoSmithKline, MSD et Lilly France soutenaient respectivement qu'en l'absence d'effets sur le territoire national des pratiques alléguées, le Conseil n'était pas compétent pour appliquer les articles 81 et 82 du traité de Rome. Le Conseil a donc rappelé sa décision 00-MC-14 du 23 octobre 2000 dans laquelle il avait déjà reconnu sa compétence *«pour appliquer [les articles 81 et 82 du traité de Rome] à des pratiques qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États-membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, même si ces pratiques n'ont pas d'effet sur le territoire français»*. Le Conseil a donc réaffirmé la position qui était déjà la sienne dans la décision 97-D-68 relative à des pratiques relevées dans le secteur des films radiographiques et des films destinés aux arts graphiques industriels.

Le Conseil a, d'ailleurs, précisé son analyse à cet égard en ajoutant que s'agissant de pratiques émanant de laboratoires installés en France dont il est allégué qu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de limiter les exportations parallèles vers les territoires d'autres États-membres de l'Union, les autorités de la concurrence de ces autres États, à supposer qu'elles soient saisies, ne disposent pas de pouvoirs d'enquête en dehors de leur territoire et, en particulier en France, leur permettant de mener à bien les investigations nécessaires à la mise en évidence de l'existence de ces pratiques. Par ailleurs, ces autorités, ne peuvent, en l'état des droits nationaux et du droit européen, obtenir l'aide de la Commission européenne ou celle des autorités de la concurrence du pays dans lequel les pratiques ont été initiées. Ainsi, sauf à ce que la Commission européenne ouvre une procédure, il incombe au Conseil, seule autorité nationale de l'Union disposant en l'espèce des pouvoirs d'enquête nécessaires, d'examiner la licéité des pratiques en cause au regard des articles 81 et 82 du traité de Rome.

- **Sur l'éventuelle contrariété entre les décisions du Conseil de la concurrence et la position des autorités communautaires**

Dans les deux affaires, le Conseil a rejeté les arguments des parties défenderesses selon lesquels le Conseil devrait surseoir à statuer ou renvoyer la procédure devant les autorités communautaires. Il a, en effet, considéré qu'en l'absence d'éléments permettant d'établir l'existence d'un contentieux engagé devant les autorités communautaires, il n'existait aucun obstacle à ce qu'il examine les demandes de mesures d'urgence. Le Conseil a précisé à cet égard dans l'affaire Pharmajet qu'une demande de renseignements faite par la Commission à certains laboratoires concernés ne constituait pas l'engagement d'une procédure par la Commission.

- **Sur l'applicabilité des articles 81 et 82 du traité de Rome aux pratiques dénoncées**

Le Conseil a considéré dans les deux décisions que les pratiques alléguées par les sociétés Pharma-Lab et Pharmajet pourraient avoir pour effet de perturber l'activité des exportations parallèles de médicaments et affecter le

commerce entre États-membres de telle sorte qu'elles pourraient tomber sous le coup des prohibitions énoncées par les articles 81 et 82 du traité de Rome.

Concernant l'examen de la potentialité de qualification des pratiques dénoncées par Pharma-Lab comme étant anticoncurrentielles, le Conseil a renvoyé à l'appréciation portée dans sa décision 00-MC-14 du 23 octobre 2000, dans laquelle il n'excluait pas que *«la société Pharma-Lab soit victime de discriminations de la part de ces laboratoires, ayant pour objet ou pour effet de limiter la concurrence sur le marché commun et d'entraver le commerce entre États-membres [...] ni que les laboratoires en cause détiennent une position dominante sur le marché du ou des médicaments qu'ils refusent de livrer ou dont ils contingentent les livraisons pour lequel, ou pour lesquels, il n'existerait pas de produit substituable»*.

S'agissant de l'examen de la potentialité de qualification des pratiques dénoncées par Pharmajet, le Conseil a rejeté l'hypothèse qu'une entente anticoncurrentielle entre les laboratoires et un ou plusieurs de leurs grossistes puisse être qualifiée. Il a adopté, à cet égard, une analyse identique à celle du Tribunal de première instance des Communautés européennes dans son arrêt du 26 octobre 2000 (Bayer AG/Commission des Communautés européennes) et estimé qu'en l'absence d'éléments suggérant l'existence d'un accord de volontés entre les laboratoires GlaxoSmithKline, MS, Pfizer et Lilly et/ou un ou plusieurs de leurs grossistes, aucun des éléments fournis n'était de nature à laisser supposer l'existence d'une entente mise en oeuvre par les laboratoires entre eux. En revanche, de même que dans la décision précédente Pharma-Lab, le Conseil a considéré qu'il ne pouvait être exclu que les laboratoires en cause détiennent une position dominante sur le marché du ou des médicaments qu'ils refusent de livrer ou dont ils contingentent les livraisons ou pour lesquels il n'existerait pas de produits substituables ni que *«la société Pharmajet soit victime victime d'un abus de position dominante de l'un ou l'autre de ces laboratoires ayant pour objet ou pour effet de limiter la concurrence sur le marché commun et d'entraver le commerce entre États-membres en violation de l'article 82 du traité de Rome»*.

Par conséquent, le Conseil a considéré qu'il ne pouvait être exclu que les pratiques alléguées entrent dans le champ d'application de l'article 82 du traité de Rome et a procédé à l'examen des demandes de mesures conservatoires.

***Evaluation in concreto de l'atteinte grave et immédiate à l'économie générale, au secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante***

Les sociétés Pharma-Lab et Pharmajet prétendaient respectivement que les refus de vente dénoncés portaient une atteinte à l'économie du secteur de l'exportation de médicaments et plus généralement, à la concurrence et aux échanges intracommunautaires dans la mesure où une catégorie entière d'opérateurs se voyait soumise à ces pratiques.

Dans les deux espèces, le Conseil a relevé que les spécificités propres des marchés concernés justifiaient une analyse *in concreto* de l'atteinte invo-



quée. Dans ce cadre, il a examiné les différentes réglementations européennes pour constater que les pratiques alléguées n'affectaient pas gravement l'économie en général, le secteur intéressé et l'intérêt des consommateurs. Il a relevé à cet égard, en premier lieu, que nombre de ces réglementations imposent aux laboratoires des obligations d'approvisionnement, de telle sorte que cet approvisionnement est assuré même en l'absence d'importations parallèles. En deuxième lieu, il a observé que de nombreux États-membres encadrent la liberté de fixation des prix et en troisième lieu, que les consommateurs étaient d'autant moins sensibles aux prix que les médicaments prescrits médicalement faisaient l'objet d'un remboursement au patient. Enfin, le Conseil a rappelé que si certains établissements de santé pouvaient trouver un intérêt financier à se fournir auprès des importateurs parallèles, il était également possible que, compte tenu de leurs volumes d'achats, ces demandeurs aient davantage intérêt à s'adresser directement aux laboratoires.

S'agissant de l'atteinte portée aux intérêts des sociétés plaignantes, le Conseil a rappelé que l'existence d'un manque à gagner est, à lui seul, insuffisant pour constituer une atteinte grave et immédiate justifiant l'adoption de mesures d'urgence et, qu'à supposer qu'il soit établi que les baisses de marge et de chiffre d'affaires alléguées étaient dues aux comportements des laboratoires mis en cause, celles-ci étaient insuffisantes pour caractériser une atteinte grave.

Par ailleurs, sur ce dernier point, le Conseil a relevé qu'aucun élément du dossier ne permettait d'établir que les plaignantes ne pourraient compenser la perte de chiffre d'affaires qu'elles subissent avec les laboratoires en cause par le développement de relations commerciales avec d'autres produits et d'autres laboratoires.

Les demandes de mesures conservatoires ont donc été rejetées.

## La jurisprudence

### ■ Questions de compétence, de procédure et de preuve

#### Champ de compétence du Conseil de la concurrence

##### Applicabilité de l'article L. 410-1 du code de commerce (ancien article 53 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986)

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 acti-

*vités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public».*

Dans une décision 02-D-14, le Conseil a retenu sa compétence pour apprécier les pratiques du conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts consistant dans la diffusion à des tiers d'une note contenant une interprétation erronée d'un texte de loi, restrictive de concurrence et qui visait à élargir le monopole des géomètres-experts. Le Conseil a estimé que l'Ordre était intervenu, à cet égard, *«dans une activité de services, au sens de l'article L. 410-1 du code de commerce, sur laquelle les géomètres-experts sont en concurrence avec les géomètres-topographes».*

Les activités économiques exercées par des personnes publiques 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 à la compétence du Conseil, au profit des juridictions administratives. Il en est de même des pratiques qui sont indissociables de ces décisions.

158

Dans une décision 02-D-18, le Conseil s'est déclaré incompétent pour apprécier des pratiques imputables à l'État, consistant dans le refus de se soumettre à la procédure de mise en concurrence prévue par le code des marchés publics et le fait d'imposer à un département le recours à l'AFAN pour la conduite de travaux de fouilles archéologiques préventives. Le Conseil a relevé, notamment, que le refus de mise en concurrence résultait de circulaires réglementaires émanant du ministre de la culture et qu'ainsi, il s'agissait d'une décision par laquelle l'État avait assuré la mission de service public qui lui incombe au moyen de prérogatives de puissance publique (Voir l'analyse développée dans Avis et Décisions les plus notables).

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. Relèvent de cette catégorie, les décisions par lesquelles une collectivité publique décide de recourir à une concession et choisit les entreprises auxquelles elle confie cette concession ou les décisions d'autorisation ou de refus d'occupation du domaine public. En application de ces principes, le Conseil s'est déclaré incompétent pour connaître d'un refus d'autoriser l'occupation du domaine public portuaire (02-D-15), ou de la conclusion d'une convention d'occupation du domaine public fluvial, qui se rattache à la gestion du domaine public et met en œuvre des prérogatives de puissance publique (02-D-72).

De même, les décisions par lesquelles la chambre de commerce et d'industrie de la Réunion, chargée de la gestion du domaine public aéroportuaire de Saint-Denis-Gillot, *«interdirait l'accès au marché de la location de voitures*

*sans chauffeurs et la possibilité de se livrer à un certain nombre d'activités commerciales dans le périmètre de l'aéroport, y compris en refusant la mise en place d'une signalisation à l'intérieur de l'aéroport, relèvent de la compétence de la juridiction administrative» (02-D-73).*

Dans la décision 02-D-15 citée ci-dessus, le Conseil a confirmé sa jurisprudence sur la portée de son contrôle sur les tarifs publics, définie dans une décision 01-D-78 du 6 décembre 2001. En vertu de cette jurisprudence, lorsque la fixation des tarifs résulte directement d'actes réglementaires, ou de contrats de concession ou d'occupation du domaine public, le Conseil est incompétent pour en connaître. Il en va de même, lorsque les tarifs concernent une prestation de service public (ou située dans le prolongement d'une mission de service public) et si la fixation de ces tarifs révèle l'exercice d'une prérogative de puissance publique (par exemple, lorsque ces tarifs sont fixés unilatéralement, par arrêté ministériel et qu'ils ne peuvent faire l'objet d'aucune négociation et peuvent être modifiés unilatéralement par l'administration à tout moment, y compris en cours de contrat). En l'espèce, le Conseil a relevé, d'une part, que les tarifs d'utilisation des outillages publics appliqués par le port autonome du Havre à une société utilisatrice, ne sont pas fixés dans le contrat d'occupation du domaine public et, d'autre part, que les redevances résultent de négociations et *«ne diffèrent en rien de celles qui peuvent se rencontrer lorsque deux opérateurs privés nouent des relations contractuelles pour l'utilisation temporaire d'une machine ou d'une installation»*. Le Conseil s'est donc reconnu compétent pour examiner les pratiques que pouvaient révéler les tarifs en cause.

La délivrance d'attestations de conformité de véhicules d'occasion par une société, agissant par délégation de l'État, constitue bien une activité économique sur un marché au sens de l'article L. 410-1 du code de commerce, cette délivrance intervenant à la demande des propriétaires des véhicules, moyennant une rémunération librement fixée par le constructeur, et sans l'exercice de prérogatives de puissance publique (02-D-31).

Les pratiques résultant de l'application de conventions nationales, signées entre les syndicats de médecins et les caisses d'assurance maladie et approuvées par l'autorité ministérielle, ont un caractère réglementaire et relèvent donc de la compétence des juridictions administratives (02-D-52).

### Pratiques relevant de la compétence exclusive d'autres juridictions

Le Conseil n'a pas examiné, en 2002, d'affaires présentant une telle problématique.

### Application du droit communautaire

Une pratique anticoncurrentielle relève de l'application des articles 81 et 82 du traité, si elle est susceptible d'affecter sensiblement les échanges intra-communautaires. Le Conseil de la concurrence est compétent pour appliquer le droit communautaire à des pratiques commises en France, ne pro-

duisant pas d'effet sur le territoire français mais affectant le commerce entre États-membres (décisions 02-MC-07 et 02-MC-09). Les laboratoires en cause étant installés sur le territoire français, le Conseil a relevé que, mise à part la Commission européenne, il était, en l'état des réglementations, la seule autorité disposant des pouvoirs d'enquête nécessaires pour établir l'existence des pratiques et y mettre un terme (Voir l'analyse développée dans Avis et Décisions les plus notables).

## Prescription

Dans un arrêt du 17 juillet 2001 (Société Thomson Multimedia marketing France), la Cour de cassation a rejeté le principe de la suspension de la prescription au profit de la partie saisissante, au double motif que l'article L. 462-7 du code de commerce ne prévoit pas la possibilité d'une 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. Dans une décision 02-D-06, le Conseil a considéré, comme il l'avait fait dans une décision 01-D-83, 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»*. Cette position du Conseil a, ultérieurement, été confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du 26 février 2002 (Compagnie nationale des experts).

160

## Pratiques continues

Dans une décision 02-D-09, le Conseil a rappelé que *«si pour les infractions à caractère instantané le point de départ de la prescription est le lendemain de l'acte constitutif de l'infraction, en revanche la prescription des infractions à caractère continu ne commence à courir que le lendemain du jour auquel le comportement infractionnel a cessé»*. Dans l'espèce, la pratique en cause, consistant dans la création d'une filiale commune a été considérée comme une infraction continue permanente.

L'accord conclu entre France Télécom et la Ficome, concernant les travaux d'adaptation des installations existantes à la numérotation téléphonique à dix chiffres, ne saurait être assimilé à une pratique continue par nature. En revanche, le fait, pour les filiales de France Télécom, d'utiliser le logo et l'enseigne de leur société mère et de bénéficier directement ou indirectement des services de personnels en relevant, sont susceptibles de présenter un caractère continu (02-D-63).

## Actes interruptifs

Le Conseil a jugé, dans deux décisions (02-D-02 et 02-D-42), que les décisions rendues sur les contestations élevées à l'encontre de la validité des

opérations de visite et de saisie, actes de recherche et de constatation des pratiques anticoncurrentielles, constituaient des actes interruptifs de prescription. L'ordonnance rendue par le président du tribunal de grande instance, saisi d'une contestation de ces opérations, et l'arrêt rendu par la Cour de cassation statuant sur le pourvoi formé contre cette ordonnance, sont donc interruptifs de prescription.

Le Conseil a, plus généralement, souligné que *«la procédure suivie en matière de concurrence, qui vise à protéger l'ordre public économique et revêt à l'égard des entreprises en cause un caractère punitif, peut être, en ce qui concerne les actes de recherche et de constatation des infractions, rapprochée de la procédure pénale et s'inspirer des principes applicables à cette dernière»*. Par analogie avec la jurisprudence pénale, le Conseil a estimé qu'un acte d'appel ou un pourvoi était interruptif de prescription.

Dans les mêmes décisions, le Conseil a rappelé que *«si l'acquisition de la prescription constitue une exception péremptoire et d'ordre public, qui doit être relevée d'office, il appartient, en revanche, à la partie poursuivante de soulever le moyen relatif à l'interruption de la prescription»*.

Dans la décision 02-D-42, le Conseil a précisé que *«les pourvois en cassation formés à l'encontre des ordonnances d'autorisation de visite et de saisie et les arrêts de la Cour de cassation rendus sur ces pourvois ont interrompu la prescription à l'égard de toutes les entreprises en cause, y compris de celles qui n'avaient pas formé de recours, et pour tous les faits compris dans la poursuite, y compris ceux qui n'étaient pas concernés par les actes interruptifs»*.

Une correspondance qui émane de l'une des entreprises en cause, et par laquelle celle-ci, se référant aux entretiens avec le rapporteur, lui confirme qu'elle ne se prévaudra pas du secret des affaires, ne constitue pas un acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction des pratiques soumises au Conseil et n'interrompt donc pas la prescription (02-D-45).

Une demande écrite de communication de pièces signée du rapporteur constitue un acte d'enquête. La réponse à cette demande par la direction départementale de la concurrence, par courrier daté portant la mention *«votre courrier F 906 signé Philippe Komaha»* interrompt la prescription, même si le double de la demande du rapporteur figurant au dossier ne porte pas de date, cette demande étant nécessairement antérieure à la réponse de l'administration (02-D-48).

Le Conseil étant saisi *in rem* des comportements susceptibles d'être imputés aux entreprises dans leur ensemble et pour l'ensemble de la période couverte par cette saisine, un acte interruptif de prescription, *«même s'il ne concerne qu'une des entreprises incriminées ou une partie seulement des faits commis pendant la période visée par la saisine»*, interrompt la prescription à l'égard de toutes les entreprises concernées et pour l'ensemble des faits dénoncés (02-D-67). Dans cette espèce, les pratiques en cause consistaient dans les relations commerciales entre Darty et ses fournisseurs, et notamment les rémunérations des fournisseurs, renégociées chaque année, en fonction des performances passées et des objectifs fixés. En application de ces principes, le Conseil n'a pas suivi la position du rap-

porteur qui avait estimé que les actes interruptifs de prescription ne pouvaient jouer que pour les relations commerciales, objet de l'acte d'enquête, et non pour les autres.

Dans une décision 02-D-60, le Conseil a considéré qu'une demande d'enquête adressée à la DGCCRF à la suite d'une saisine, ultérieurement retirée par son auteur, avait néanmoins produit un effet interruptif, dans la mesure où cette demande d'enquête n'avait pas perdu le fondement qu'elle présentait dans la dénonciation des faits effectuée par la saisine initiale ; il en a déduit que cette demande avait pu, à bon droit, être versée au dossier ouvert sur la saisine d'office décidée après le retrait de la saisine initiale.

Sur cette question, le lecteur est invité à se reporter à l'étude thématique sur le thème de la prescription du présent rapport.

## Déroulement de la procédure

### Enquêtes administratives

#### *Pouvoirs d'enquête au titre de l'article L. 450-3 du code de commerce*

- **Principe de loyauté dans la recherche des preuves**

Aucun élément nouveau en 2002.

- **Validité des procès-verbaux**

La cour d'appel a, dans un arrêt du 9 avril 2002 (Bloc matériaux), validé le procédé de rédaction d'un procès-verbal d'audition, par itérations successives. Ce procès-verbal n'avait pas été communiqué sur le champ, mais envoyé pour observations à la personne concernée, qui avait demandé des modifications. La cour constate que le Conseil ne s'est fondé que sur le procès-verbal définitif, et non sur les documents intermédiaires, et qu'il n'y a donc pas lieu d'écarter le procès-verbal en cause des débats.

#### *Pouvoirs d'enquête au titre de l'article L. 450-4 du code de commerce*

- **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 déclarations du responsable d'une entreprise régulièrement recueillies - celui-ci ayant été notamment informé de l'objet de l'enquête - sont opposables à la société qu'il représente (02-D-57).

Aucune disposition légale ou réglementaire n'exige l'établissement d'un procès-verbal séparé de la communication de documents lors d'une audition (02-D-57).

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 men-

tionner 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).

La cour d'appel a jugé dans un arrêt du 9 avril 2002 (Bloc matériaux) que l'occupant des lieux, même s'il n'a pas participé à l'intégralité des opérations, signe valablement le procès-verbal de visite et de saisie, car il relève, par sa présence, son représentant qui, lui, a assisté à l'intégralité des opérations. Par ailleurs, la cour rappelle, dans le même arrêt, que les sociétés qui allèguent une irrégularité de procédure doivent faire état de faits précis de nature à établir que l'absence de signature leur fait personnellement grief.

#### ● Sur le déroulement des opérations

Dans un arrêt du 22 janvier 2002 (Coopérative d'exploitation et de répartition pharmaceutique – CERP), la cour d'appel a écarté un moyen de nullité de la procédure de visite et de saisie soulevé par le défendeur qui invoquait l'absence du mandataire social ou d'un représentant du mandataire social de l'entreprise sur les lieux. La cour a précisé, à cet égard, que si l'article L. 450-4 du code de commerce exige la présence de l'occupant des lieux ou de son représentant lors du déroulement des opérations de saisie et perquisition, cette disposition *«n'impose nullement la présence d'une personne ayant le pouvoir de diriger, gérer ou le pouvoir d'engager à titre habituel l'entreprise»*.

#### ● Sur la portée de l'autorisation de saisie

Aucun élément nouveau en 2002.

#### ● Sur le contrôle des opérations

Aucun élément nouveau en 2002.

### Saisine du Conseil de la concurrence

#### *Auteurs de la saisine*

*«En tant qu'il exerce les activités qui lui ont été déléguées par les communes qui y sont associées, un syndicat intercommunal d'électrification doit être considéré comme une collectivité territoriale au sens de l'article «L. 462-2» du code de commerce et a donc compétence pour saisir, en ce qui concerne les intérêts dont il a la charge, le Conseil de la concurrence»* (02-D-27).

L'énumération résultant des dispositions combinées des articles L. 462-1 et L. 462-5 étant limitative, une simple association, qui ne constitue pas une association de consommateurs agréée, n'est pas habilitée à saisir le Conseil (02-D-30), pas davantage que l'Association de défense des justiciables, déclarée à la préfecture mais dépourvue de la qualité d'association agréée (02-D-50), ou qu'un «simple usager des services des télécommunications» (02-D-53).

### Champ de la saisine

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 les mêmes sociétés et visent les mêmes pratiques ; qu'elles ont fait l'objet d'une instruction commune*» (02-D-33).

L'intérêt à agir s'apprécie à la date de la saisine. Le fait que les pratiques dénoncées au Conseil aient pris fin postérieurement à la saisine, ne prive pas les saisissants de leur intérêt à agir au sens de l'article L. 462-8 du code de commerce. En outre, le Conseil peut être saisi de pratiques ayant cessé au moment de sa saisine, quoique non prescrites, mais dont le saisissant estime qu'elles ont pu fausser la concurrence (02-D-69).

### Modalités de la saisine

Aucun élément nouveau en 2002.

### Effets du retrait de saisine

Dans une décision 02-D-60, le Conseil a considéré qu'une demande d'enquête adressée à la DGCCRF à la suite d'une saisine, ultérieurement retirée par son auteur, avait néanmoins produit un effet interruptif, dans la mesure où cette demande d'enquête n'avait pas perdu le fondement qu'elle puisait dans la dénonciation des faits effectuée par la saisine initiale ; il en a déduit que cette demande avait pu, à bon droit, être versée au dossier ouvert sur la saisine d'office décidée après le retrait de la saisine initiale.

## Examen des mesures conservatoires

### Recevabilité des demandes de mesures conservatoires

*«En raison du caractère accessoire des demandes de mesures conservatoires, l'application de l'article L. 464-1 du code de commerce est subordonnée à la constatation d'indices ou de comportements susceptibles de se rattacher aux pratiques visées par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce [...] en vertu de l'article L. 462-8 du même code, le Conseil de la concurrence peut rejeter une saisine par une décision motivée lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants»* (décisions 02-D-03 et 02-D-40).

S'il est de l'intérêt d'une bonne justice, pour les autorités nationales de concurrence, de surseoir à statuer lorsque la Commission européenne est parallèlement saisie d'une procédure, afin d'éviter les éventuelles contradictions de décisions, *«il n'en est pas de même pour le prononcé de mesures conservatoires, qui présentent un caractère temporaire et ne préjugent pas de l'appréciation des pratiques sur le fond»* (02-D-38).

Dans une décision 02-D-69, le Conseil, saisi en mesures conservatoires par les sociétés Bouygues Telecom, l'Union fédérale des consommateurs Que choisir et la Confédération de la consommation, du logement et du cadre



de vie, a rejeté la saisine en considérant que les pratiques en cause n'avaient pas eu d'effet sensible sur le marché concerné.

Après avoir relevé qu'il n'était pas exclu que la société Orange France, filiale de France Telecom pour les mobiles GSM, vraisemblablement en position dominante sur le marché de la téléphonie mobile en France métropolitaine, ait abusé de cette position dominante en pratiquant des différences de prix non justifiées par des différences de coût de revient de services, notamment, en surfacturant les appels destinés aux lignes des opérateurs concurrents, SFR et Bouygues Télécom, le Conseil a constaté que la pratique en question n'avait duré que quelques mois, et n'avait donc pu affecter les comportements des consommateurs. Citant l'arrêt Zannier de la Cour de cassation, en date du 12 janvier 1999, dans lequel la Cour a jugé que *«la condition de sensibilité de l'effet des pratiques est un élément de la qualification de ces pratiques dont l'existence doit être vérifiée au cas par cas»*, le Conseil note que *«la pratique ne peut donc être regardée comme ayant restreint de manière sensible le jeu de la concurrence sur le marché concerné»*.

### *Bien-fondé des demandes de mesures conservatoires*

#### ● **Lien direct de causalité entre les pratiques dénoncées et la situation de l'entreprise**

En l'absence de corrélation directe entre les pratiques dénoncées et la situation financière de l'entreprise saisissante, le Conseil a considéré, dans une décision 02-MC-02, que la preuve que ces pratiques étaient de nature à porter une atteinte grave et immédiate à cette entreprise, n'était pas rapportée, et a donc rejeté la demande de mesures conservatoires.

Dans une décision 02-MC-01, le Conseil a estimé qu'il ne pouvait être exclu que le refus de la société CanalSatellite de référencer une chaîne en clair soit constitutif d'une pratique prohibée par l'article L. 420-2 du code de commerce. Il a, en revanche, refusé d'octroyer des mesures conservatoires, aux motifs qu'il n'était pas prouvé, d'une part que les difficultés financières rencontrées par la chaîne aient été directement causées par le refus de référencement, la chaîne ayant interrompu ses programmes volontairement pendant quelque temps et, d'autre part, que le recours au satellite concurrent, Hotbird, ait été légalement et économiquement impossible et *«qu'il n'ait pas existé de solutions alternatives ou au moins complémentaires pour remédier à la situation de dépendance dans laquelle la chaîne CEA prétend se trouver placée à l'égard d'Astra et de CanalSatellite»*.

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

Aucun élément nouveau en 2002.

#### ● **Atteinte grave et immédiate aux intérêts de l'entreprise**

Un manque à gagner est, à lui seul, insuffisant pour constituer une atteinte grave et immédiate justifiant l'adoption de mesures d'urgence.

Une entreprise, qui n'apporte aucun élément sur les compensations de perte de chiffre d'affaires qu'elle pourrait obtenir par le développement de relations commerciales avec d'autres opérateurs, ne saurait se prévaloir de son volume d'activité potentiel pour établir la gravité et l'immédiateté d'un éventuel préjudice (02-MC-07).

#### ● Atteinte grave et immédiate au secteur ou à l'économie

Le Conseil est particulièrement attentif à la situation des marchés innovants ou à la phase décisive de structuration de marchés nouveaux, pendant laquelle il faut éviter que l'opérateur dominant ne prenne une avance trop sensible, voire irréversible sur ses concurrents.

Dans une décision 02-MC-03, le Conseil a estimé qu'il n'était pas exclu que France Télécom soit en position dominante sur le réseau local de télécommunication et pour la fourniture de l'accès Internet haut débit et ait commis un abus anticoncurrentiel, consistant dans des discriminations structurelles résultant des conditions opérationnelles de la commercialisation des packs ADSL au profit de sa filiale Wanadoo. La société Wanadoo Interactive, filiale de France Télécom est un fournisseur d'accès à Internet, en concurrence avec les autres fournisseurs, notamment Club Internet, et bénéficie de discriminations positives en sa faveur qui sont les suivantes :

- elle bénéficie du réseau des 750 agences de France Télécom qui commercialisent ses packs eXtense (accès à la technologie ADSL et abonnement à Internet) et les proposent en priorité aux clients désireux de s'informer sur les conditions de l'accès à Internet à haut débit ;
- ses abonnés bénéficient des informations leur permettant de vérifier en direct si leur ligne peut être techniquement raccordée à l'ADSL, ainsi que de la connexion dans les quatre jours, alors que ses concurrents doivent attendre l'activation de la connexion demandée en moyenne dix jours et ne bénéficient pas dans les mêmes délais des informations sur l'éligibilité des lignes.

Le Conseil a pris en considération le contexte particulier de diffusion rapide de l'ADSL au cours de l'année en cours, et l'importance cruciale pour la structuration du marché des parts prises dès ce moment par les fournisseurs. Il a souligné que les discriminations dont bénéficie Wanadoo «*risquent de conduire à la constitution d'un quasi-monopole pour la fourniture d'accès à Internet haut débit*» (Voir l'analyse développée dans Avis et Décisions les plus notables).

Dans le cadre de la mise en place de la télévision numérique terrestre (TNT), le Conseil de la concurrence, saisi par la société Antalis, a prononcé des mesures conservatoires à l'encontre de TDF, dans une décision 02-MC-04. Le Conseil de la concurrence a, tout d'abord, défini un «*marché français de la distribution de services techniques de la télévision numérique terrestre*» caractérisé par des services rendus différents de ceux rendus par la télévision analogique et des procédures différentes d'attribution de la ressource radio-électrique. Il n'a pas exclu que TDF soit en situation de position dominante sur le marché français de la diffusion hertzienne analogique des chaînes de télévision et donc, potentiellement, sur le marché connexe de la dis-

tribution de services techniques de la télévision numérique terrestre, sur lequel elle pourrait être en concurrence avec la société plaignante, Antalis. Le Conseil a estimé qu'il ne pouvait non plus être exclu que les offres tarifaires effectuées par TDF à Antalis soient fixées à un niveau abusivement élevé ou manquent de transparence. Il a noté que : *«L'équilibre économique du secteur de la télévision numérique terrestre dépend de manière cruciale de l'existence d'une concurrence effective à tous les niveaux et pourrait être compromis si l'un des métiers concernés était exercé par une entreprise en mesure de capter une rente de nature monopolistique, d'exclure par ses pratiques l'arrivée de nouveaux entrants sur le marché en cause, ou de rendre impossible économiquement l'accès à des infrastructures essentielles qu'elle détiendrait [...] en ce qui concerne la diffusion technique des programmes, il est essentiel que les éditeurs de programmes disposent d'offres concurrentes, transparentes et comparables entre elles»*. Il est donc nécessaire, selon le Conseil, que ces opérateurs concurrents de TDF, comme Antalis, puissent *«connaître, de façon urgente, les conditions de l'hébergement sur les sites de TDF situés sur les 29 zones figurant sur la première liste publiée par le CSA»* (Voir l'analyse développée dans Avis et Décisions les plus notables).

Dans une décision 02-MC-05, le Conseil, après avoir constaté la probable position dominante de la SNCF et du groupe Accor sur le marché des offres groupées *«train plus hôtel»*, a considéré que l'octroi par la SNCF d'un droit exclusif sur cette formule au groupe Accor pourrait constituer un abus de nature à avantager ce groupe au détriment des hôtels concurrents. En effet, dans ce cadre, le groupe Accor bénéficiait de l'avantage concurrentiel du système de commercialisation de la SNCF, de conditions d'accès à ce service qui pourraient se révéler discriminatoires et, enfin, d'un avantage du premier arrivant sur les réseaux informatiques. Le Conseil n'a toutefois pas prononcé de mesures conservatoires, car il a relevé que le site internet de la SNCF présentait des offres alternatives aux offres groupées et que le taux de réservation obtenu par l'intermédiaire de la formule ne représentait que 0,03 à 0,07 % des nuitées vendues en France. Dans de telles conditions, les marchés, soit de l'hôtellerie, soit de l'offre groupée d'un moyen de transport et d'un hôtel, n'apparaissent pas gravement affectés.

#### ● **Atteinte grave et immédiate aux intérêts des consommateurs**

Les pratiques de France Télécom consistant à proposer des offres couplant notamment, des communications grande distance et locales, au moment où s'ouvre la boucle locale, présentent, en permettant à France Télécom de prendre une avance décisive sur ses concurrents, le risque de fausser durablement la concurrence. Elles justifient donc le prononcé de mesures conservatoires (01-MC-06).

Par une décision 02-MC-06, le Conseil de la concurrence, saisi par la société RMC Info, a prononcé une mesure conservatoire à l'encontre du GIE Sport Libre, afin que ce dernier mette fin à des comportements susceptibles d'entraver l'exploitation par la société RMC Info de ses droits exclusifs de diffusion radiophonique de la coupe du monde de football. La société RMC Info a conclu, le 4 décembre 2001, avec la société Kirchmédia (déten-

trice de droits radiophoniques exclusifs sur les matchs de la coupe du monde de football 2002 en vertu d'un accord avec la FIFA) un contrat lui assurant l'exclusivité de ces mêmes droits pour la diffusion radiophonique sur le territoire français. Ce contrat comportait l'obligation de chercher à couvrir toute l'étendue du territoire national. Les zones d'émission de RMC Info ne couvrant qu'environ la moitié de la population française, la station a cherché à passer avec d'autres radios des accords de sous-licence. Au nom du pluralisme et mettant en avant le principe de la liberté d'information, les principales radios généralistes ont créé, le 17 décembre 2001, un GIE dénommé Sport Libre auquel elles ont confié l'exclusivité de leur politique d'achat de droits sportifs. RMC Info et le GIE ne sont pas parvenus à négocier un accord de sous-licence. Se trouvant par ailleurs dans l'incapacité de négocier individuellement avec les adhérents du GIE (puisque les règles applicables au sein de ce dernier interdisaient toute négociation individuelle aux adhérents), RMC Info a demandé au Conseil de la concurrence, compte tenu de l'imminence de la coupe du monde, de prendre des mesures d'urgence à l'encontre du GIE. Le Conseil a considéré qu'un certain nombre d'éléments permettaient d'envisager que le GIE aurait été conçu pour empêcher RMC de bénéficier de son contrat d'exclusivité et il a souligné l'atteinte portée aux intérêts des consommateurs : «*La situation dénoncée par RMC Info peut donc contribuer [...] à ce que les auditeurs demeurant dans la partie du territoire français non couverte par cette radio ne puissent pas écouter la retransmission des matchs de la coupe du monde football*». Le Conseil a, dans cette affaire, estimé que l'urgence était constituée par le délai restreint qui séparait sa décision du début de la coupe du monde de football.

### *Nature des mesures conservatoires accordées*

#### ● Mesures conservatoires que le Conseil ne peut accorder

«*Le Conseil n'est pas compétent pour enjoindre à une société de suspendre l'exécution d'un marché public, l'appréciation de la légalité d'un acte administratif relevant de la compétence exclusive de la juridiction administrative*» (02-MC-08).

#### ● Mesures conservatoires pouvant être accordées

Dans une décision 02-MC-03, le Conseil de la concurrence a ordonné à France Télécom de mettre à la disposition de l'ensemble des fournisseurs d'accès à Internet, un serveur Extranet leur permettant d'accéder aux mêmes informations que celles dont dispose Wanadoo Interactive et de commander aux services spécialisés de France Télécom l'opération matérielle de la connexion ADSL, dans les mêmes conditions d'efficacité que celles accordées à Wanadoo Interactive. Pour pallier le désavantage structurel subi par les concurrents de Wanadoo (lequel bénéficie du réseau des agences de France Télécom), le Conseil a exigé que ce dispositif autorise le traitement de masse en ligne. Dans l'attente de la mise en œuvre de ce dispositif, le Conseil a enjoint à Wanadoo de suspendre la commercialisation des packs eXtense dans les agences France Télécom.

Afin de garantir une exécution rapide de cette injonction, le Conseil a précisé qu'il devrait lui être rendu compte, dans un délai de quatre mois, des dispositions prises par France Télécom pour se conformer à celle-ci. Par une décision 02-D-46, le Conseil a constaté que France Télécom s'était conformée à l'injonction et a levé la suspension de commercialisation des packs eXtense dans les agences (Voir l'analyse développée dans Avis et Décisions les plus notables).

Dans une décision 02-MC-04, le Conseil de la concurrence a enjoint «à la société TDF de communiquer à toute entreprise qui en fait la demande une offre de prestations d'accueil concernant, au moins, les sites de diffusion hertzienne installés sur les 29 premières zones de diffusion définies par le CSA dans sa décision du 24 juillet 2001, détaillée poste par poste, et intégrant des conditions tarifaires établies de manière objective, transparente et non discriminatoire, à un prix en rapport avec les coûts directs et indirects des prestations offertes, y compris une rémunération raisonnable du capital engagé».

Dans un arrêt du 21 mai 2002, la cour d'appel a estimé que, s'agissant de l'orientation vers les coûts, la mesure ordonnée excédait ce qui était nécessaire pour faire face à l'urgence : «L'immédiateté et la gravité de l'atteinte à la concurrence [...] n'impose pas que le principe d'orientation vers les coûts lui soit appliqué dans toute sa rigueur alors qu'en l'état de l'instruction, la qualification d'infrastructure essentielle des sites de TDF n'est pas avérée». La cour a donc réformé la décision en reprenant les éléments contenus dans l'injonction du Conseil, mais en remplaçant le concept d'orientation vers les coûts par la notion de «prix proportionné à la valeur du service».

Par une décision 02-MC-06, le Conseil de la concurrence a enjoint au GIE Sport Libre de suspendre, en ce qui concerne la retransmission radiophonique des matchs de la coupe du monde de football, les clauses de ses statuts et de son règlement intérieur qui limitaient strictement la capacité de ses membres à négocier ou conclure, à titre individuel, tout accord relatif à la retransmission d'événements sportifs.

#### *Instruction des mesures conservatoires*

Dans son arrêt du 16 juillet 2002 (société Pharmajet), la cour d'appel de Paris a rappelé que : «Si l'autorité compétente pour prononcer des mesures conservatoires n'est pas tenue de constater une infraction aux règles de la concurrence présentant le même degré de certitude que celui requis pour la décision finale, elle doit néanmoins être convaincue de l'existence d'une présomption de manquement raisonnablement forte».

#### *Jugement des mesures conservatoires*

Aucun élément nouveau en 2002.

### Instruction

Dans une décision 02-D-18, le Conseil a jugé que *«si, conformément à un principe général de procédure, l'instance en cours devant le Conseil est interrompue lorsqu'un changement survenu dans la situation juridique d'une entreprise mise en cause entraîne la perte par celle-ci de sa capacité à répondre des pratiques anticoncurrentielles faisant l'objet de la poursuite, et si cette interruption se poursuit jusqu'à l'intervention ou la mise en cause de l'entreprise apte, le cas échéant, à répondre des pratiques imputées à l'entreprise dont elle assure la continuité, l'interruption ne se produit pas lorsque l'événement qui en est la cause survient après l'ouverture des débats, laquelle a pour effet de cristalliser la situation procédurale des parties»*.

### Notification des griefs

Dans sa décision 02-D-36, le Conseil a décidé de ne pas prononcer de sanctions à l'encontre de deux sociétés assurant la continuité économique et fonctionnelle de deux entreprises ayant mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles, au motif que ces sociétés n'avaient pas reçu la notification des griefs et n'avaient donc pas pu assurer leur défense.

### Rapport

Aucun élément nouveau en 2002.

### Durée de la procédure

Dans sa décision 02-D-48, le Conseil a rappelé *«qu'à supposer excessive la durée de la procédure, la sanction qui s'attacherait à la violation par le Conseil de l'obligation de se prononcer dans un délai raisonnable ne serait pas le prononcé d'un non-lieu, mais la réparation du préjudice résultant éventuellement de cette durée excessive»*. Dans cette même décision, le Conseil a précisé à nouveau que *«la sanction de la nullité ne serait encourue que s'il était établi que la longueur excessive de la procédure a fait obstacle à l'exercice normal des droits de la défense»*.

Dans sa décision 02-D-42, le Conseil a considéré que le caractère exceptionnellement complexe d'une affaire pouvait justifier la durée d'une procédure. En conséquence, *«la procédure ne saurait être déclarée irrégulière du seul fait de sa durée»*.

### Principe d'impartialité

Dans une décision 02-D-14, le Conseil a examiné un moyen invoquant la violation du principe d'impartialité, et fondé sur le fait qu'avant d'examiner les pratiques en cause, il aurait rendu un avis portant sur le même secteur (l'activité des géomètres-experts). Il a écarté ce moyen au motif qu'il ne s'était pas prononcé dans son avis sur les faits examinés au contentieux et qu'en outre, la composition de la formation statuant dans ce cadre était dif-

férente de celle qui avait rendu l'avis (Voir l'analyse développée dans Avis et Décisions les plus notables).

### *Déroulement de la séance*

Aucun élément nouveau en 2002.

## Preuve des pratiques anticoncurrentielles

### Preuves admissibles

Des échanges d'informations entre des entreprises soumissionnaires à un même marché, préalablement au dépôt effectif de leurs offres, peuvent être utilisés à titre de preuve. Ainsi, le Conseil a estimé, dans sa décision 02-D-48, que les documents recueillis au sein d'une société et qui émanaient d'une autre société pouvaient être retenus comme des moyens de preuve. Il a précisé à ce sujet qu'une «*vérification d'une écriture par le rapprochement d'indices précis et concordants sans recours à l'expertise*» avait pu être faite.

### Valeur probatoire des indices

#### *Clause d'exclusivité*

Dans une décision 02-D-03, le Conseil a rappelé que l'existence d'une clause d'exclusivité dans un contrat n'est pas en soi répréhensible, à moins qu'elle ne constitue une entente anticoncurrentielle visant à empêcher une entreprise d'accéder au marché ou à l'en exclure, ou encore, lorsqu'étant imposée par une entreprise en position dominante, elle constitue une mesure limitant l'accès au marché d'autres opérateurs. Le Conseil a cité un avis du 14 décembre 1984 de la Commission de la concurrence, dans lequel celle-ci a précisé que, eu égard au temps limité susceptible d'être accordé à la projection de la publicité au cours d'une séance de cinéma, l'exclusivité était inhérente à la concession d'écrans de cinéma, sous réserve que sa durée n'impose pas à l'exploitant d'aliéner pendant trop longtemps la possibilité de contracter avec une autre régie susceptible de lui assurer un meilleur service ou de lui offrir des redevances d'un montant supérieur. Dans ce même avis, la Commission a estimé qu'une durée de deux ans environ, renouvelable par tacite reconduction, paraissait adaptée aux exigences de la concurrence. En l'espèce, les contrats conclus respectent cette recommandation (02-D-03).

#### *Liens d'associés*

La seule constatation de l'existence, entre le gérant de la société maître d'œuvre et l'agent de l'entreprise attributaire des travaux, de liens d'associés dans une entreprise tierce ne peut suffire à rapporter la preuve de l'en-

tente qu'ils auraient mise en œuvre à l'occasion d'un appel d'offres auquel cette dernière entreprise n'était d'ailleurs pas partie prenante, les saisissantes n'alléguant, par ailleurs, à l'encontre de ces personnes, aucun acte matérialisant la volonté de se concerter en vue de porter atteinte au jeu de la concurrence (02-D-10).

### Groupement

Dans le cadre d'appels d'offres lancés pour un marché public, il est loisible à des entreprises de se grouper pour y répondre. Un tel groupement peut cependant constituer, dans certaines circonstances, une pratique anticoncurrentielle contraire aux dispositions du livre IV du code de commerce, lorsqu'il est de nature à éliminer, dans les faits, l'essentiel de la concurrence entre les entreprises appelées à soumissionner ou, lorsqu'il est constitué à l'insu du maître de l'ouvrage et que les entreprises qui se sont entendues, ou ont échangé des informations sur le montant de leur soumission, présentent des offres séparées comme si leurs stratégies étaient indépendantes (02-D-17).

Dans sa décision 02-D-43, le Conseil a retenu, dans le cadre du faisceau d'indices permettant d'établir la réalité des pratiques, que les groupements constitués *«[...] ne répondaient pas à des impératifs techniques ou de concentration de moyens, mais avaient essentiellement pour objet d'assurer une répartition de l'ensemble des travaux entre les entreprises et que dans plusieurs cas, d'ailleurs, les entreprises membres des groupements sont, en réalité, intervenues seules dans le cadre d'une répartition géographique des chantiers ou n'ont fourni aucune prestation [...]»*.

172

### Lettre

La lettre saisie, sur laquelle figurent des mentions prêtant à confusion, à savoir une date comprise entre l'ouverture de l'appel d'offres et sa fermeture, la mention *«résultat AO»* ne permet pas, à elle seule et en l'absence d'élément de preuve extrinsèque à cette lettre, de démontrer l'existence d'un échange d'informations avant le dépôt des offres (02-D-02).

## Qualification des pratiques

### Concertation dans le cadre d'appels d'offres publics ou privés

Une entente anticoncurrentielle ne peut être sanctionnée que si les entreprises en cause ont librement et volontairement participé à une action concertée, en sachant que celle-ci avait pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché (02-D-76).

En conséquence, un simple parallélisme de comportements d'entreprises concurrentes ne suffit pas à démontrer l'existence d'une entente anticoncurrentielle. En effet, ce parallélisme peut procéder de la conjoncture du marché et résulter de décisions prises individuellement par des entreprises



qui s'adaptent de façon autonome au contexte de celui-ci ou de la rationalité économique de leur comportement (02-D-29 et 02-D-44).

Dans sa décision 02-D-59, le Conseil a considéré que des entreprises qui participent, en cours de procédure de délégation de service public et, notamment, avant le dépôt des offres détaillées, à une ou plusieurs réunions ayant pour objet de préserver le *statu quo* et d'empêcher que la procédure de mise en concurrence aboutisse à une remise en cause de la répartition des lots antérieurement exploités par elles, puis qui déposent des offres leur permettant de conserver les lignes de transport qu'elles assuraient déjà, sans concurrencer les titulaires des autres lots, mettent en œuvre une pratique d'entente anticoncurrentielle prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce. Le Conseil a précisé à cet égard qu'à la suite de leur participation aux réunions, les entreprises pouvaient être assurées du comportement qui serait adopté par chacune d'elles lors du dépôt des offres, que la pratique en cause avait donc eu pour effet de ne pas les inciter à présenter des offres concurrentielles, d'une part, sur leur propre lot et, d'autre part, sur d'autres lots pour compenser la perte éventuelle de leurs lots et que le jeu de la concurrence étant ainsi faussé, il était, indifférent que les pratiques n'aient pas engendré une hausse substantielle des prix ou que certains lots aient été attribués à des montants inférieurs à ceux pratiqués avant la mise en concurrence.

Dans deux autres affaires, l'une relative à la situation de la concurrence dans le secteur de la tuyauterie de gaz et l'autre relative aux pratiques relevées à l'occasion de marchés publics de voirie, le Conseil a sanctionné les pratiques d'entreprises candidates à un même marché, qui se sont concertées antérieurement au dépôt de leur offre, afin que l'une d'entre elles propose un prix très élevé dans le but d'orienter le choix du maître d'ouvrage vers l'autre entreprise (02-D-37 ; 02-D-48).

En revanche, le Conseil a estimé que ne pouvaient être qualifiés au titre de l'entente anticoncurrentielle, notamment :

- la participation d'une entreprise à une seule réunion de concertation, alors qu'elle n'exploitait, avant la procédure de consultation, aucun lot dans le secteur géographique concerné et n'a obtenu aucune délégation, bien qu'ayant déposé des offres (02-D-59) ;
- en l'absence d'autres éléments, le fait pour des entreprises candidates à l'attribution de lots de transport de personnes, de ne déposer des offres que pour les lignes qu'elles exploitaient (02-D-58) ;
- en l'absence d'autres éléments, le fait de se retirer d'une procédure d'appel d'offre, à la suite d'un examen plus approfondi du cahier des charges et de l'état d'exploitation du site concerné (02-D-61).

### Ententes horizontales, répartition de marchés ou entrave à l'entrée sur le marché

#### *Ententes sur les prix ou concernant l'adoption d'un comportement commun*

- une entente entre un fournisseur et ses distributeurs n'est établie qu'à la condition que soit rapportée la preuve d'une concertation et d'un accord

de volonté entre eux. Les indices qui peuvent être retenus à ce sujet sont d'une part, des éléments permettant de penser que des prix de vente au détail ont été évoqués au cours de négociations commerciales entre ces fournisseurs et ces distributeurs puis d'autre part, le fait que les prix ainsi déterminés auraient effectivement été pratiqués par ces distributeurs, ceci traduisant l'existence d'un accord de volontés et donc d'une entente et enfin, des éléments démontrant qu'un système de contrôle des prix aurait été mis en place, un tel système étant, en général, nécessaire au fonctionnement durable d'une entente sur les prix (02-D-42) ;

- l'application par un fournisseur de conditions de vente discriminatoires à un distributeur, dès lors qu'elles sont ignorées par les autres distributeurs du réseau, ne permet pas de caractériser une entente entre ceux-ci et le fournisseur, mais seulement un comportement unilatéral de ce dernier (02-D-08 et 02-D-67 [pratique non établie]) ;
- la décision concertée des membres d'une association professionnelle de ne pas répondre à un appel d'offres en vue de le faire échouer, fausse le jeu de la concurrence que le donneur d'ordre tente d'instaurer et constitue une pratique contraire aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce (02-D-23) ;
- des échanges d'informations sur les augmentations de prix envisagées par des entreprises concurrentes favorisent d'autant plus les hausses artificielles de prix que les sociétés concernées ont l'assurance que leurs concurrents augmenteront également leurs prix d'un certain montant et à une date convenue (02-D-57) ;

### *Répartition de marché*

Un fournisseur recourant à un réseau de distributeurs exclusifs, auxquels il concède des territoires d'exclusivité, ne saurait licitement interdire à ces distributeurs de répondre à des sollicitations de clients situés dans des zones géographiques autres que celles faisant l'objet de l'exclusivité, dès lors qu'ils ne procèdent pas à une politique de vente active en dehors du territoire qui leur a été concédé. En effet, une pratique qui viserait à empêcher le revendeur de répondre à des demandes de clients situés en dehors de la zone concédée, constituerait, par sa nature même, une restriction de concurrence (02-D-57).

### *Entraves à l'entrée sur le marché*

Ont été qualifiées de pratiques anticoncurrentielles à ce titre :

- les clauses d'adhésion à une organisation professionnelle ou à l'obtention d'une qualification ou d'un label, permettant l'accès à un marché, dès lors que ces clauses d'adhésion ne reposent pas sur des critères précis, objectifs et non discriminatoires (02-D-60, 02-D-14) ;
- l'exercice de pressions ou de boycott visant à éliminer un concurrent du marché, soit auprès des fournisseurs de ce concurrent (02-D-36), soit auprès de ses clients potentiels (02-D-14 et 02-MC-06).

## En matière de distribution

La décision 02-D-36 apporte des précisions sur la façon dont doit s'articuler l'analyse d'un contrat de distribution sélective ou exclusive, examiné sur le fondement du droit communautaire, au regard des dernières réformes communautaires en cette matière, c'est-à-dire le règlement 2790/1999 sur les restrictions verticales, mais aussi la communication de la Commission 2001/C 368/07 concernant les accords d'importance mineure (dite «*de minimis*») qui précise que les accords entre entreprises qui ne sont pas concurrentes ne restreignent pas sensiblement la concurrence au sens de l'article 81§1 du traité, lorsque la part de marché affectée par l'accord est inférieure à 15 %, sauf si les accords contiennent des «*restrictions flagrantes*» de concurrence.

Aucune des entreprises mises en cause dans cette affaire ne détenant plus de 15 % de parts de marché, le Conseil n'a donc examiné, au regard de l'article 81§1 du traité, que les contrats contenant des restrictions flagrantes (ceux dont une clause restreignait la capacité de livraison croisée entre les distributeurs des réseaux). Ceux-ci ont donc été examinés au regard des articles 81 du traité et L. 420-1 du code de commerce, les autres l'ont été seulement au regard de l'article L. 420-1.

S'agissant des contrats analysés dans le cadre du droit communautaire, le Conseil a relevé qu'ils étaient antérieurs à l'entrée en vigueur du règlement 2790/1999. Dans la mesure où ce règlement ne comporte aucune disposition précisant qu'il s'applique avec effet rétroactif, les contrats en cause ne pouvaient bénéficier ni de l'exemption catégorielle prévue dans le règlement, ni de l'exemption prévue par les dispositions de l'article 81§3 du traité (puisque le Conseil n'a pas compétence pour l'accorder), les clauses considérées comme anticoncurrentielles ont donc été sanctionnées.

Dans le cadre de la même affaire, le Conseil a renouvelé sa position consistant à utiliser le règlement 2790/1999 comme un guide d'analyse en droit national. Constatant qu'aucune des entreprises en cause ne détenait plus de 30 % de parts de marché au niveau national, il a considéré que seules les clauses dites «*noires*» étaient susceptibles d'être prohibées en raison de leur caractère anticoncurrentiel.

Ont donc été sanctionnées, les clauses des contrats de distribution qui prévoyaient l'interdiction des ventes croisées entre revendeurs agréés à l'intérieur du réseau (de nature à limiter le commerce intra-communautaire), ainsi que les clauses n'autorisant l'approvisionnement des distributeurs qu'auprès du fabricant, exclusivement. En revanche, ont été considérées comme ne relevant pas de la prohibition, les clauses limitant la liberté des revendeurs en matière de publicité ou interdisant au distributeur agréé de prendre des initiatives en matière publicitaire et promotionnelle sans avoir obtenu l'accord de son fournisseur. La même appréciation a été portée sur la clause interdisant de revendre des produits à des vendeurs hors réseau, justifiée par la nécessité de permettre au fournisseur de vérifier que ses produits ne quittent pas son réseau de distribution sélective et d'assurer la cohérence de sa politique commerciale en matière de lancement de nouveaux produits.

Dans une décision 02-D-01, concernant le réseau de distribution des vêtements masculins de la marque Barbour, le Conseil a admis que les conditions générales de vente de la société Barbour France avaient vocation à protéger l'image de haute qualité de ses produits et qu'aucun élément du dossier ne permettait de penser que ce réseau aurait eu un autre objet de nature anticoncurrentielle ou que certaines clauses relèveraient des dispositions qui ont pour effet d'exclure le bénéfice du règlement d'exemption. Au regard de l'effet anticoncurrentiel, le Conseil a estimé que compte tenu de la faible part de marché détenue par la société Barbour France sur le marché des vêtements masculins et de l'existence de nombreuses gammes de produits concurrentes, le caractère imprécis des clauses en cause et l'application discriminatoire qui aurait pu en être faite, n'avaient pu avoir d'effet sur le libre jeu de la concurrence.

### Abus de position dominante visant à entraver l'entrée sur le marché d'un concurrent

La qualification d'abus de position dominante suppose, après avoir établi que l'entreprise ou le groupe d'entreprises en cause détient individuellement ou collectivement (02-D-44) une position dominante sur un marché, d'apporter la preuve d'une pratique à caractère abusif, engendrant effectivement ou potentiellement des effets anticoncurrentiels sur ce marché ou sur un marché connexe.

176

Il peut en être ainsi :

- de pratiques commerciales ou contractuelles visant à entraver ou à empêcher l'entrée d'opérateurs sur un marché, par exemple par l'imposition systématique de la part de l'entreprise en position dominante, dans ses contrats conclus avec ses clients, d'une clause d'exclusivité reconductible tacitement, alors qu'aucune justification technique ou commerciale ne nécessite une telle clause (02-D-33) ;
- de pratiques tarifaires visant à entraver ou empêcher l'entrée sur le marché de concurrents, par exemple par l'octroi de ristournes non-contractuelles et rétroactives, destinées à maintenir des relations d'exclusivité à l'expiration des contrats (02-D-33) ;
- du refus de vente, de contracter ou de permettre l'accès à une infrastructure ou une facilité essentielle, opposé de façon injustifiée de la part de l'opérateur en position dominante afin d'empêcher ou d'entraver l'accès de concurrents à un marché (02-D-16 [pratique non établie]). En revanche, un demandeur reste toujours libre de choisir ses fournisseurs en formulant par exemple certaines exigences techniques (02-D-65) ;
- de pratiques discriminatoires mises en œuvre par l'entreprise en position dominante dans ses rapports avec ses partenaires économiques. Peuvent être qualifiés comme telles, des choix non motivés, ou ne reposant pas sur des critères précis, objectifs et non-discriminatoires. [Le Conseil n'a pas examiné de telles pratiques en 2002] ;
- de subventions croisées ou des aides commerciales accordées à une activité ou une filiale se trouvant sur un marché ouvert à la concurrence par une entreprise publique détenant un monopole légal sur un autre marché (02-D-34, 02-D-38 et 02-D-68 [pratiques non établies]) ;

- de procédures judiciaires qui auraient été introduites par une entreprise en position dominante alors que ces actions ne peuvent être « (...) raisonnablement considérées comme visant à faire valoir ses droits, ne peuvent servir qu'à harceler l'opposant et qui sont conçues dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer la concurrence (...) » (02-D-35 [pratique non établie]) ;
- de prix abusivement élevés (02-D-18 [pratique non établie]).

Dans l'affaire relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de la distribution de l'eau potable et de l'assainissement, le Conseil de la concurrence a aussi été conduit à qualifier un abus de position dominante collective s'agissant de pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés publics (02-D-44).

Dans cette décision, le Conseil a estimé que le fait pour les sociétés en cause d'avoir mis en commun sans justification leurs moyens, à travers la création de filiales communes, pour répondre à des appels à concurrence et le fait de s'être abstenues ensuite de faire acte de candidature (lorsque l'une de leurs entreprises communes répondait à un tel appel) constituaient un abus de leur position dominante collective.

A cet égard, il a considéré que, compte tenu du degré de concentration des opérateurs sur les marchés, ces sociétés ne pouvaient ignorer qu'un tel comportement était susceptible d'affecter sensiblement la concurrence. La limitation volontaire du nombre d'offreurs actifs dans la zone d'influence des entreprises communes revêtait donc un objet anticoncurrentiel. Par ailleurs, s'agissant de l'effet de ces pratiques, le Conseil a relevé qu'en renonçant ainsi à répondre aux appels d'offres, en cas de soumission de leurs entreprises communes, ces entreprises avaient sensiblement limité l'intensité de la concurrence, notamment, dans les zones d'influence de chacune des entreprises communes en cause.

### Effet sensible des pratiques

Dans une décision 02-D-69, le Conseil, saisi d'une demande de mesures conservatoires par les sociétés Bouygues Télécom, l'Union fédérale des consommateurs Que choisir et la Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie, a rejeté la saisine en constatant que les pratiques en cause n'avaient pas eu d'effet sensible sur le marché en cause.

Après avoir relevé qu'il n'était pas exclu que la société Orange France, filiale de France Télécom pour les mobiles GSM, vraisemblablement en position dominante sur le marché de la téléphonie mobile en France métropolitaine, ait abusé de cette position dominante en pratiquant des différences de prix non justifiées par des différences de coûts de revient de services, et notamment en surfacturant les appels destinés aux lignes des opérateurs concurrents, SFR et Bouygues Télécom, le Conseil a constaté que la pratique en question n'avait duré que quelques mois, et n'avait donc pu affecter les comportements de consommation. Citant l'arrêt Zannier de la Cour de cassation, en date du 12 janvier 1999, le Conseil note que « la pratique ne peut donc être regardée comme ayant restreint de manière sensible le jeu de la concurrence sur le marché concerné ».

## Imputabilité des pratiques

### Imputabilité entre société mère et filiale

La décision 02-D-42 comporte plusieurs indications intéressantes à cet égard.

En réponse à plusieurs moyens contestant la notification des griefs à des sociétés mères plutôt qu'à leurs filiales, le Conseil a rappelé qu'il ressort du titre II du livre IV du code de commerce, anciennement titre III de l'ordonnance du 1er décembre 1986, que les sujets du droit de la concurrence ne sont pas les personnes, physiques ou morales, mais les «*entreprises*», les «*groupes d'entreprises*» et les «*organismes*». A cet égard, il a aussi rappelé que la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes en matière de responsabilité au sein d'un groupe de sociétés (arrêts des 14 juillet 1972 (ICI / Commission) et 12 juillet 1979 (BMW Belgium e.a. / Commission)) ainsi que l'arrêt Hydrotherm du 12 juillet 1984 de la cour d'appel de Paris ont précisé qu'il fallait entendre par «*entreprise*», «*une unité économique même si elle est constituée de plusieurs personnes, physiques ou morales (...), de sociétés qui ont un intérêt identique*».

En application de ces principes, le Conseil a considéré que, dans le cadre de l'espèce qui concernait le secteur de la distribution des appareils électroménagers et d'électronique grand public, les «*entreprises*» concernées étaient, d'une part, les fournisseurs en cause et, d'autre part, les groupes qui assurent la distribution de leurs produits, puisque les négociations commerciales avec ces fournisseurs ont été effectuées, pour les groupes de distribution, par l'intermédiaire de leur service ou centrale d'achat et/ou de référencement spécialisé (service ou centrale...), et les concertations en matière de prix de vente au détail constatées, nouées à l'occasion de ces négociations, concernaient l'ensemble des points de vente dépendant de ces groupes de distribution.

S'agissant des points de vente, le Conseil a estimé que lorsque ceux-ci dépendaient directement de la «*tête de réseau*», c'est la responsabilité de celle-ci qui devait être recherchée. Par ailleurs, lorsque les griefs concernaient de grands groupes de distribution dont dépendent des sociétés juridiquement distinctes, mais ayant entre elles des liens capitalistiques et suivant une stratégie commerciale, industrielle et financière unifiée, le Conseil a estimé que ces griefs devaient être notifiés aux sociétés «*mères*» pour le compte des sociétés qu'elles représentent. Toutefois, lorsque ces grands groupes avaient des activités diversifiées, le Conseil a précisé que les griefs devaient être notifiés aux sociétés (filiales) spécialisées dans le secteur concerné, à savoir la distribution de produits «*blancs*» et «*bruns*», en tant qu'elles constituent les «*têtes de réseaux*» de l'«*entreprise*» de distribution de ces produits.

S'agissant des pratiques mises en œuvre par des distributeurs indépendants, mais liés entre eux par une enseigne commune et/ou une politique de référencement, d'achat et de vente commune, le Conseil a estimé que dans leurs relations avec les fournisseurs, dont ils sont les interlocuteurs

uniques, ces groupements doivent être considérés comme des «*entreprises*», au sens du droit de la concurrence, et que les griefs retenus devaient donc être notifiés aux sociétés «*têtes de réseau*» (centrale d'achat ou de référencement, etc.) en tant qu'elles ont servi de support à la concertation avec les fournisseurs, pour le compte des entreprises qu'elles représentent.

Dans sa décision 02-D-59, le Conseil a traité la question de l'imputabilité de pratiques entre un syndicat professionnel (UPTRA) et la fédération de syndicats professionnels (FNTV) à laquelle adhérait l'UPTRA. Du fait de cette adhésion, l'UPTRA était autorisée à accoler à son sigle la dénomination FNTV 01 et les pratiques avaient été commises sous la dénomination UPTRA-FNTV 01. Le Conseil a que la FNTV 01 était dépourvue de personnalité morale et constituait seulement une branche de l'UPTRA. Les pratiques devaient donc être imputées à ce seul syndicat.

### Imputabilité en cas de transformation de l'entreprise

Dans sa décision 02-D-36, le Conseil a rappelé les principes régissant l'imputabilité des pratiques en cas de fusion d'entreprises et de manière plus générale, lorsque l'entreprise en cause fait l'objet de transformations dans sa personnalité morale.

Il a en effet précisé qu'en cas de fusion d'une société responsable de l'exploitation d'une entreprise à laquelle des pratiques anticoncurrentielles sont reprochées avec une autre société, cette fusion (qui peut résulter soit de la création d'une société nouvelle, soit de l'absorption de la société responsable par une autre société) entraîne la dissolution sans liquidation de la première société qui disparaît et la transmission universelle de son patrimoine, actif et passif, à ou aux sociétés bénéficiaires, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération. Dans ce cas «*(...) la société nouvelle ou la société absorbante répond, dès lors, des infractions commises antérieurement à cette date par la société partie à la fusion (...)*».

En revanche, «*(...) lorsqu'entre le moment où l'infraction a été commise et le moment où l'entreprise en cause doit en répondre, la personne responsable de l'exploitation de cette entreprise a cessé d'exister juridiquement, sans que cette disparition se soit accompagnée de la transmission universelle de ses droits et obligations à une autre personne, 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 qu'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 (...)*».

En application de ces principes, le Conseil a statué sur les situations particulières d'un certain nombre d'entreprises :

- Situations de fusion-absorption :
  - la société «*Les Opticiens Economes*» (LOE) a été considérée comme responsable des agissements anticoncurrentiels imputés à la société «*Optique Ginet*» qu'elle avait absorbée en 1999. Le Conseil a précisé



que la personnalité juridique de la société «*Optique Ginet*» s'était alors fondue dans la société LOE et que la cession par la société «*Optique Ginet*», avant son absorption, de quatre des fonds de commerce qu'elle exploitait, était sans influence sur le transfert de la responsabilité à la société LOE. En effet, la continuité économique et fonctionnelle d'une entreprise au travers des seuls éléments matériels et humains ayant concouru à l'infraction ne doit être recherchée que dans le cas où la personne morale, support juridique de l'entreprise ayant commis l'infraction, a disparu sans qu'une autre personne morale n'ait recueilli ses droits et obligations, ce qui n'était pas le cas en l'espèce ;

- la société «*Real Optique*» a été considérée comme responsable des agissements de la société «*Cristal Optique*» qu'elle avait absorbée quels qu'aient été les changements intervenus dans son capital et sa direction, jusqu'à son absorption et nonobstant le fait qu'elle ait déménagé à Villeurbanne.

Une décision 02-D-59 a appliqué les mêmes principes s'agissant d'une société Voyages Cognat et d'une société Courriers des Dombes.

Voir aussi décision 02-D-37.

- Situations d'entreprises dont la personnalité morale a juridiquement disparu :
  - dans l'affaire ayant donné lieu à la décision 02-D-36, une société dénommée Brotteaux Optique avait acquis le fonds de commerce d'une société LP Optique qui avait été dissoute et avait donc disparu. La société Brotteaux Optique qui avait recueilli l'ensemble des éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction, du fait du rachat de ce fonds de commerce, n'a toutefois pas été sanctionnée au motif que la notification de griefs ne lui était pas parvenue et qu'elle n'avait donc pu prendre connaissance des griefs retenus à l'encontre de la société LP Optique et présenter ses observations éventuelles ;
  - dans la décision 02-D-48, le Conseil a décidé qu'il convenait d'imputer à la société Beugnet Hainaut, les pratiques mises en œuvre par la société Beugnet France qui avait juridiquement disparu à la suite d'une procédure de redressement judiciaire et dont la totalité des actifs avaient été cédés à la société Beugnet Hainaut. Mais, en application des dispositions de l'article L. 621-63 alinéa 3 du code de commerce, qui précise que : «*Les personnes qui exécuteront le plan, même à titre d'associés, ne peuvent pas se voir imposer des charges autres que les engagements qu'elles ont souscrits au cours de sa préparation*», le Conseil a décidé que le cessionnaire ne pouvait se voir infliger une sanction pécuniaire pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur du plan de cession et n'a pas prononcé de sanction à l'encontre de la société Beugnet Hainaut. Une position identique a été adoptée dans la décision 02-D-43 (société Entreprise Jacques Faignot).
- Modifications indifférentes à l'imputabilité des pratiques :
  - le fait que les entreprises en cause aient cessé l'activité dans le cadre desquelles les pratiques ont été commises (02-D-36, situations des sociétés Grande pharmacie lyonnaise et Bausch & Lomb) ;



- la liquidation judiciaire d'une entreprise qui se survit pour les besoins de sa liquidation (02-D-43, situation de la société Travaux entreprise des Flandres) ;
- l'existence d'un plan de cession dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire (02-D-62, situation de la société Aux aménageurs Bretons).

## ■ Les marchés pertinents

La délimitation du marché pertinent est une démarche essentielle en droit de la concurrence, car elle permet d'apprécier, d'une part, le pouvoir de marché d'une entreprise, et d'autre part, les effets des pratiques mises en oeuvre. Enfin, la circonscription du marché pertinent permet de quantifier, tout au moins en partie, le dommage à l'économie conduisant à l'évaluation des sanctions.

De longue date, la jurisprudence définit le marché pertinent comme étant le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. La définition s'opère en termes matériels ainsi qu'en termes géographiques.

### Le marché pertinent de produit ou de service

Ainsi que cela a déjà été développé dans le cadre de l'étude consacrée à ce sujet (présentée dans le rapport annuel du Conseil pour l'année 2001), la délimitation du marché pertinent résulte de la réunion d'un faisceau d'indices relatifs au contenu de l'offre, aux spécificités des produits ou services en cause, au comportement des demandeurs et à la substituabilité des produits ou services entre eux.

#### Le contenu de l'offre

L'examen du contenu de l'offre conduit souvent à relever les spécificités des produits offerts.

Ainsi, dans le secteur de l'Internet, le Conseil a distingué le marché de l'acheminement des communications Internet à haut débit par l'ADSL, du marché de l'accès à Internet à moyen et bas débit, en raison de ses caractéristiques et des conditions différentes d'utilisation. Il a pris en compte, à cet égard, le fait que les services d'accès à Internet à haut débit, permettent des transmissions de données, huit à dix fois plus rapides que celles de l'accès à bas débit, qu'ils sont indispensables à certaines applications et permettent une durée de connexion permanente et illimitée. En outre, il a relevé que le haut débit par l'ADSL autorise l'utilisation simultanée de la ligne téléphonique, ce que ne permettent pas les autres techniques (02-D-38 et 02-MC-03). Cette définition du marché pertinent a été confirmée par la cour d'appel de

Paris, dans son arrêt du 9 avril 2002, rendu sur le recours formé contre la décision 02-MC-03.

En matière de télécommunications, le Conseil, saisi des conditions de facturation par France Télécom des communications téléphoniques mobiles, a considéré, tout au moins au stade procédural auquel la décision a été rendue, qu'il n'était pas exclu que le marché concerné soit celui de la téléphonie mobile en France métropolitaine, sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur une éventuelle segmentation du marché entre la clientèle des entreprises et celle du grand public, non plus qu'entre les offres d'abonnement et les offres prépayées. Il a rappelé, à cet égard, les différentes offres présentées par France Télécom et leur diversification en fonction des clientèles visées (02-D-69).

Dans le cadre d'une demande de mesures conservatoires présentée par la société Antalis, le Conseil a été conduit à examiner le secteur des infrastructures de diffusion technique par voie hertzienne terrestre des services de télévision. Il a relevé qu'en l'état de l'instruction, il apparaissait que les services rendus par la télévision numérique hertzienne étaient différents de ceux rendus par la télévision hertzienne par analogie, puisque la numérisation permettait un élargissement de l'offre de programmes, une amélioration de la qualité d'image et de son, un accès à certains services interactifs et la réception des programmes de télévision sur des récepteurs portables et mobiles. Compte tenu de ces considérations et des différences de procédure d'attribution de la ressource radioélectrique, le Conseil a considéré qu'il n'était pas exclu que le marché pertinent soit celui de la distribution de services techniques de la télévision numérique terrestre (02-MC-04).

Une analyse identique avait été faite dans le cadre d'une saisine assortie d'une demande de mesures conservatoires à l'encontre de pratiques mises en œuvre par la société CanalSatellite. Dans cette affaire, le Conseil a constaté, en l'état de l'instruction, que les services proposés aux chaînes par les opérateurs de satellites sont très différents de ceux proposés par les opérateurs hertziens ou du câble, le satellite permettant, notamment, une couverture géographique beaucoup plus large que le câble, lequel est limité en France au périmètre de concessions locales (02-MC-01).

Dans le secteur de l'assurance automobile, le Conseil a retenu que les contrats d'assurance automobile, quel que soit le support de vente, offrent des prestations similaires et que les assurés, en souscrivant une assurance automobile, ont comme objectif unique la prévention des risques attachés à la possession d'un véhicule (protection contre le vol ou dégradations du véhicule, contre l'incendie, contre les bris de glace et contre les dommages résultant d'un accident, auxquels peuvent éventuellement s'ajouter des garanties complémentaires telles que l'assistance ou la protection du conducteur). En conséquence, le Conseil a défini comme étant pertinent le marché de l'assurance automobile (02-D-66).

L'examen de l'offre s'effectue non seulement au regard des services offerts, mais aussi au regard des offreurs. Ainsi, dans sa décision 02-D-44 relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement, le Conseil a été conduit à examiner le point de

savoir s'il fallait considérer les acteurs publics comme des offreurs. Il a rappelé à cet égard, l'analyse effectuée par la Commission de la concurrence dans un avis du 28 octobre 1980 aux termes duquel «[...] les collectivités qui peuvent pour différentes raisons, éprouver le besoin ou même se trouver dans la nécessité d'abandonner la gestion directe de leur service d'eau n'ont guère la possibilité [...] de faire appel à d'autres partenaires que les entreprises privées». Pour la période considérée, le Conseil a relevé que si des retours au mode de gestion en régie étaient effectivement possibles, ceux-ci supposaient toutefois des investissements en matériel et étaient freinés par une crainte de perte de savoir-faire, qui pouvait être dissuasive. Par ailleurs, une analyse des résultats des appels à concurrence pour la période considérée démontrait que les collectivités qui faisaient appel au marché pour répondre à leurs besoins d'approvisionnement en eau potable et en assainissement, ne voyaient que rarement dans les autres collectivités une alternative à l'offre des entreprises privées. Enfin, le Conseil a rappelé à ce sujet qu'un service rendu par une collectivité à une autre collectivité géographiquement proche, ne constitue pas nécessairement une offre concurrentielle sur un marché (avis 94-A-16).

Dans une affaire relative au traitement des coupons de réduction, le Conseil s'est interrogé sur la question de savoir s'il fallait distinguer un marché des coupons émis par les fabricants et un marché des coupons émis par les distributeurs. Il a considéré qu'en raison de la ressemblance des techniques mises en œuvre, quel que soit l'offreur, un seul marché du traitement des coupons de réduction devait être retenu (02-D-33).

### La demande

Dans l'affaire relative aux conditions de facturation par France Télécom des communications téléphoniques mobiles, le Conseil a retenu un marché de la téléphonie mobile GSM en France métropolitaine distinct de celui de la téléphonie fixe. Il a pris en compte le fait que du point de vue de la demande, les services de téléphonie mobile GSM offrent la faculté, à partir d'un terminal dédié, de recevoir et de donner des appels téléphoniques ainsi que des messages textuels courts (SMS) et ce, indépendamment de la situation géographique de l'utilisateur. Ces services se caractérisent par leur souplesse d'utilisation par rapport à ceux de la téléphonie fixe, tant en termes d'émission que de réception (02-D-69).

Lors de l'examen d'une demande de mesures conservatoires relative au partenariat entre la SNCF et le groupe hôtelier Accor pour offrir une formule intitulée «*train + hôtel*», liant un trajet en train à la réservation d'une chambre d'hôtel, le Conseil a considéré qu'il n'était pas exclu que cette offre, qui présente un intérêt pour le consommateur en termes de commodité, de gain de temps et de coûts de recherche, corresponde à une demande spécifique et constitue un marché (02-MC-05).

Dans sa décision relative aux conditions de distribution des vêtements Barbour, le Conseil a considéré que ces produits appartiennent à la gamme des vêtements «*sportswear*», qui allient la mode et le sport de plein air. Constatant que ces vêtements sont majoritairement portés par une clientè-

le masculine, qui ne pratique jamais le sport auquel ces vêtements sont destinés, il en a conclu que le marché pertinent est celui du vêtement masculin et non celui du marché du vêtement de sport (02-D-01).

En matière de traitement des déchets ménagers, le Conseil a délimité le marché pertinent en relevant les différences de techniques et de modes de traitement, d'objectifs poursuivis, et de coûts. Il a aussi pris en compte la demande des collectivités territoriales qui, pour leur grande majorité, ont choisi le mode de gestion par enfouissement technique, quand bien même elles disposaient d'autres moyens pour éliminer les déchets (02-D-61).

### La substituabilité des produits ou services

Concernant le secteur de l'électricité, le Conseil de la concurrence a rappelé dans sa décision 02-D-34, ainsi qu'il l'avait précédemment énoncé dans une décision 99-D-51 que, pour un certain nombre de ses usages, l'électricité est substituable à d'autres formes d'énergie, du moins au stade précoce où le consommateur choisit ses équipements et qu'il existe, au moment du choix d'une installation énergétique, une substituabilité entre les énergies utilisées. En revanche, si le choix de l'énergie se fait au moment du choix de l'équipement et si c'est à ce stade que se joue la concurrence entre les différents types d'énergie, une fois que l'utilisateur a effectué le choix d'une installation, il ne peut l'alimenter que par une seule source d'énergie et il ne peut, en général, pas réagir à une hausse de prix de cette énergie par un changement, coûteux, d'équipement, tant que ce dernier n'est pas amorti. Par ailleurs, il existe des usages, comme l'éclairage pour lesquels l'électricité ne connaît pratiquement pas de substitut. Pour ces raisons, le Conseil a considéré qu'il existait un marché de l'électricité ainsi qu'un marché de l'ingénierie électrique.

S'agissant de l'immatriculation des véhicules poids lourds, le Conseil a relevé que s'il existait des alternatives permettant l'obtention de certificats de conformité nécessaire à l'immatriculation des poids lourds d'occasion, ces alternatives étaient à la fois complexes, d'une issue incertaine et particulièrement coûteuses. Elles ne pouvaient donc pas être considérées comme étant substituables à la délivrance des attestations de conformité par le constructeur du véhicule lui-même. Il a estimé qu'il existe un marché de la délivrance des attestations de conformité pour les véhicules poids lourds d'occasion, faisant l'objet d'une réception à titre isolé (02-D-31 et 02-D-32).

La décision 02-D-68 a examiné des pratiques mises en œuvre sur le secteur des tuyaux de gaz flexibles. Le Conseil a été conduit à trancher la question de la substituabilité entre les tuyaux flexibles métalliques onduleux et ceux en caoutchouc. Dans ce cadre, il a précisé qu'une «*substituabilité technique ne saurait à elle seule délimiter un marché pertinent*». Après avoir relevé les spécificités de chaque type de produit, notamment, en termes de méthodes de production, de prix, d'esthétique, de longévité et de stratégie tarifaire, le Conseil a rappelé qu'un arrêté avait rendu obligatoire l'usage de tuyaux flexibles, en caoutchouc ou flexibles onduleux. Contrairement à ce que prétendait une des parties mises en cause, le

report, dans ce cadre d'évolution réglementaire, d'un produit vers un autre ne saurait démontrer une substituabilité entre ceux-ci.

Le contexte réglementaire est, en effet, un élément important de l'examen de la substituabilité des produits. En matière de diffusion de chaînes de télévision, il a été relevé que le marché français présente des caractéristiques qui accentuent encore la non substituabilité entre les services rendus par les opérateurs du câble et du satellite, en raison de l'existence d'une législation qui soumet les distributeurs du câble à un régime d'autorisation et les distributeurs du satellite à un régime de simple déclaration (02-MC-01).

## Le marché géographique

### Dimension européenne

Examinant des pratiques dénoncées sur le marché des implants rachidiens, le Conseil a rappelé que deux directives, l'une de 1990, l'autre de 1992, visaient un rapprochement des législations des États-membres relatives aux dispositifs médicaux implantables et la commercialisation des implants et, qu'en application de ces textes, tout nouveau dispositif médical mis sur le marché avec la certification d'une autorité d'un des États-membres de l'Union est automatiquement certifié conforme aux normes européennes. En conséquence, il a circonscrit le marché des implants rachidiens au territoire européen en précisant que la spécificité résultant, en France, de la réglementation relative à l'inscription des produits en cause sur la liste des produits remboursables par la sécurité sociale était insuffisante pour limiter le marché au territoire national (02-D-35).

### Dimension nationale

Dans l'affaire précitée relative à la distribution et à l'assainissement de l'eau (02-D-44), le Conseil a retenu comme critère de délimitation géographique du marché pertinent celui de la dimension nationale des entreprises mises en cause. Il a considéré que la dimension nationale des marchés résulte de ce que les grandes entreprises présentes sur lesdits marchés interviennent sur l'ensemble du territoire national. Dans ce cadre, le Conseil a écarté le moyen selon lequel il conviendrait de distinguer plusieurs marchés selon la taille des collectivités concernées, au motif que les entreprises en cause répondent aux appels d'offres directement ou par l'intermédiaire de filiales, dans des conditions analogues, sur l'ensemble du territoire national, sans opérer de distinction selon la taille de la collectivité.

En revanche, s'agissant de la publicité cinématographique, le Conseil a circonscrit un marché national distinct du marché local en se fondant sur la dimension du territoire de diffusion des publicités en cause (02-D-03).

## Dimension régionale ou locale

Dans une affaire relative à des pratiques constatées dans le secteur du déménagement des personnels de la Marine nationale en Bretagne, le Conseil a écarté un moyen tendant à faire reconnaître l'existence d'un marché de dimension nationale, en raison du caractère national de la réglementation concernant le déménagement des militaires, ainsi que des entreprises en cause. Le Conseil, comme il l'avait précédemment fait dans des affaires similaires, a rappelé que «(...) *le marché pertinent se définit [...] en prenant en compte les caractéristiques attachées au déménagement des militaires, la constatation que les entreprises qui interviennent pour effectuer ce type de déménagements sont des entreprises d'envergure régionale et le fait qu'elles sont organisées pour répondre à une demande s'exprimant principalement dans la zone considérée (...)*» (02-D-62).

En matière de distribution, ainsi que l'a rappelé le Conseil dans son avis 02-A-02 du 13 mars 2002 relatif à un projet de décret portant application des dispositions de l'article 27 du code de l'industrie cinématographique, la détermination des zones de chalandises est effectuée en fonction des temps de déplacement des clients, des voies de communications existantes et de la qualité de leur desserte, ainsi que de l'attractivité des points de vente.

## ■ Les ententes illicites

L'article L. 420-1 du code de commerce prohibe «[...] *même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :*

- 1° *Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;*
- 2° *Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;*
- 3° *Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;*
- 4° *Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement».*

Les ententes, qui peuvent revêtir un caractère horizontal (les parties à l'entente sont concurrentes et se situent au même niveau dans le processus économique) ou vertical (les parties à l'entente ne sont pas concurrentes et sont respectivement actives sur le marché amont et aval) supposent l'établissement d'un concours de volontés ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché.

Dans une décision 02-D-76, relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion de la passation du marché public de l'OPAC de Villeurbanne, le

Conseil a rappelé le principe énoncé par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 9 janvier 2001 (SA d'études et d'entreprises électriques), selon lequel une entente anticoncurrentielle ne peut être sanctionnée que si les entreprises en cause ont librement et volontairement participé à une action concertée, en sachant qu'elle avait pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché.

En conséquence, ainsi que la jurisprudence l'a rappelé à de nombreuses reprises, un simple parallélisme de comportements d'entreprises concurrentes ne suffit pas à démontrer l'existence d'une entente anticoncurrentielle. En effet, ce parallélisme peut procéder de la conjoncture du marché et résulter de décisions prises individuellement par des entreprises qui s'adaptent de façon autonome au contexte de celui-ci ou de la rationalité économique de leur comportement (02-D-29 et 02-D-44).

Dans l'affaire relative à la situation de la concurrence dans le secteur de l'eau potable et de l'assainissement, qui a donné lieu à la décision 02-D-44, le Conseil, constatant que les sociétés CGE et SLDE s'abstenaient, d'une manière générale, de répondre aux appels d'offres en concurrence avec les entreprises communes dans lesquelles elles avaient des participations, a rappelé que ce parallélisme de comportement ne suffisait pas, à lui seul, à prouver l'existence d'une entente anticoncurrentielle. En effet, cette façon de procéder pouvait résulter d'une même préférence pour se partager, par moitié, le profit escompté d'une opération, la filiale commune étant presque sûre de remporter le marché lorsque les sociétés mères s'abstenaient d'y être présentes, plutôt que de chercher à s'attribuer la totalité du profit en intervenant également à titre individuel, mais, avec un risque non négligeable d'échec. La similarité de comportements pouvait aussi s'expliquer par le fait que les sociétés mères préféraient limiter leurs affrontements directs, afin de ne pas se livrer à une guerre des prix qui aurait abouti à diminuer leur bénéfice au plan national ou, encore, par l'absence d'agences locales dans les zones où sont situées les entreprises communes. Le Conseil a, en conséquence, considéré que les éléments réunis par l'instruction traduisaient un parallélisme de comportements, sans que l'on puisse voir dans ces éléments les indices d'une concertation entre les sociétés, propre à manifester leur accord de volonté. Le grief d'entente notifié aux sociétés CGE et SLDE n'a donc pas été retenu (02-D-44).

Dans une autre décision, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des transports routiers de voyageurs dans le département du Rhône, le Conseil a considéré qu'une grande stabilité dans la répartition des lignes, après une procédure d'appel d'offres, pouvait résulter d'un comportement normalement concurrentiel, mis en œuvre de façon indépendante par des entreprises cherchant, en priorité, à se voir attribuer à nouveau les lignes dont elles étaient antérieurement attributaires, mais qu'elle pouvait, aussi, provenir d'une entente entre les entreprises soumissionnaires. Dans cette affaire, plus de 97 % des lots de transports routiers de personnes avaient, à l'issue de la consultation, été attribués à l'entreprise qui exploitait la ligne auparavant et il avait, de plus, été constaté que la quasi totalité des entreprises n'avaient pas déposé d'offres pour des lignes exploitées par un autre transporteur. Le Conseil a admis qu'un tel comportement pou-

vait être justifié par la volonté de certains des dirigeants d'entreprises concernées, de conserver, à l'issue de la procédure, l'exploitation des mêmes lots de transport. En effet, les coûts générés par l'exploitation d'un lot de transport de personnes et, notamment, ceux liés aux investissements nécessaires en moyens matériels et humains, sont de nature à justifier un nombre limité d'offres de la part de PME locales. Par ailleurs, l'organisation logistique mise en place pour exploiter une ligne et l'expérience acquise au cours de cette exploitation permettent des économies de coûts qui ne sont accessibles qu'à l'exploitant déjà en place. Ces circonstances pouvaient expliquer que les anciens titulaires des lignes aient offert des prix plus faibles que leurs éventuels concurrents et, ainsi, remporter les marchés qui les intéressaient. En conséquence, faute d'autres éléments démontrant l'existence d'une concertation anticoncurrentielle entre les entreprises, le Conseil n'a pas retenu le grief d'entente qui leur avait été notifié (02-D-58).

## La forme des ententes prohibées

### Les ententes horizontales

Les ententes horizontales peuvent revêtir des formes très diverses, telles que, par exemple, des ententes de prix ou de marges entre entreprises concurrentes, des fixations de barèmes de prix par des organismes professionnels, des échanges d'informations avant le dépôt d'offres dans le cadre d'appel à la concurrence, des concertations entre entreprises dans le but d'entraver l'accès au marché de nouveaux concurrents. En 2002, le Conseil a été conduit à se prononcer sur la plupart de ces cas de figure.

### Les groupements d'entreprises

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 peut conduire 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 (02-D-10 ; 02-D-17 ; 02-D-44).

Dans sa décision 02-D-17, le Conseil a rappelé les principes guidant l'appréciation du caractère anticoncurrentiel ou non d'un groupement d'entreprises constitué dans le cadre de la réponse à un appel d'offres : un tel groupement constitue, en effet, une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce «[...] lorsque ce groupement est de nature à éliminer, dans les faits, l'essentiel de la concurrence entre les entreprises appelées à soumissionner, ou, lorsque ce groupement est constitué à l'insu du maître de l'ouvrage et que les entreprises qui se sont entendues ou ont échangé des informations sur le montant de leur soumission, présentent des offres séparées comme si leur stratégie était indépendante».



Appliquant cette analyse, le Conseil a décidé qu'une entreprise individuelle qui, à la suite de l'annulation d'une première procédure d'appel d'offres, se groupe pour répondre à une seconde consultation avec l'entreprise qui était son principal concurrent lors de la première procédure et propose, alors, un prix supérieur à sa première offre, ne se livre pas à une pratique d'entente anticoncurrentielle, dans la mesure où le groupement était justifié par des considérations techniques et où la première offre apparaissait comme étant particulièrement basse. En l'espèce, le groupement apparaissait justifié, en premier lieu, par le fait que les entreprises groupées devaient faire face à l'accroissement de leurs carnets de commandes entre les deux appels d'offres et, en second lieu, par l'intérêt que l'une d'entre elles, de taille modeste, avait à s'associer avec un grand groupe qui, pour sa part, bénéficiait de l'implantation locale de son nouvel associé, déjà titulaire d'un marché passé par le centre hospitalier (02-D-17).

De même, dans sa décision 02-D-58, statuant sur des pratiques mises en œuvre dans le secteur des transports routiers de voyageurs dans le département du Rhône, le Conseil a considéré que dans la mesure où, les groupements d'entreprises étaient expressément autorisés par le cahier des charges, et où les entreprises en cause avaient justifié la formation de ces groupements par leur volonté d'augmenter leurs chances de retrouver, à l'issue de la mise en concurrence, les lignes dont elles étaient déjà attributaires, lorsque ces lignes étaient fondues avec d'autres dans un même lot, les groupements ne pouvaient pas, à eux seuls et faute d'autres éléments, démontrer l'existence d'une concertation anticoncurrentielle.

Par ailleurs, si la constitution de groupements d'entreprises n'est pas en soi anticoncurrentielle, elle peut, dans certaines circonstances, constituer un indice de l'existence d'une répartition de marchés entre les entreprises. Ainsi, dans une affaire relative à des marchés de travaux sur le réseau de distribution d'eau, passés par le Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la région de Dunkerque (SIAERD), le Conseil a estimé qu'il était établi que de nombreux groupements avaient été constitués, non pour des raisons techniques ou de mise en commun de moyens, mais afin de permettre une répartition de l'ensemble des travaux entre les entreprises. A cet égard, le Conseil a relevé, d'une part, que dans plusieurs des cas de groupement, certaines entreprises étaient, en réalité, intervenues seules, les autres n'ayant fourni aucune prestation, d'autre part, que certaines entreprises s'étaient présentées en groupement sur certain lots et seules sur d'autres, sans qu'aucune justification technique ou matérielle ne permette de justifier ces différences de traitement des candidatures (02-D-43).

### Les entreprises communes

Il est de jurisprudence constante et ancienne que la constitution d'une entreprise commune ne constitue pas une pratique anticoncurrentielle. Toutefois, une telle entreprise ne doit pas, comme les groupements d'entreprises, constituer un écran à une répartition des marchés. Elle ne doit pas, non plus, être l'instrument de la mise en œuvre d'une pratique anticoncurrentielle.

Dans l'affaire relative à la situation de la concurrence dans le secteur de l'eau potable et de l'assainissement, qui a donné lieu à la décision 02-D-44, le Conseil a considéré que le comportement des sociétés SLDE et CGE consistant à ne pas répondre aux appels d'offres en concurrence avec leurs filiales communes, traduisait un parallélisme de comportement qui faute d'autres éléments, n'établissait pas la preuve de l'existence d'une entente anticoncurrentielle (voir sur ce point les développements consacrés au parallélisme de comportement dans le cadre de l'introduction du présent chapitre).

A la suite de l'attribution des droits exclusifs de retransmission radiophonique de la Coupe du Monde de football 2002 à la société de radiodiffusion RMC, la grande majorité des radios à diffusion nationale ainsi que des radios régionales se sont réunies au sein d'un GIE intitulé Sport Libre. La société RMC a saisi le Conseil de pratiques mises en œuvre par ce GIE et résultant, notamment, de ses statuts, lesquels empêchaient ses membres de contracter, de façon indépendante, un contrat de sous-licence des droits de retransmission de la Coupe du Monde avec RMC dont la capacité d'émission ne couvrait que 33 % du territoire national. Statuant au stade des mesures conservatoires, le Conseil a estimé, sous réserve des résultats de l'instruction, que cette pratique était susceptible de constituer une pratique anticoncurrentielle (02-MC-06).

### 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 2002, mais la cour d'appel a, dans un arrêt du 7 mai 2002, confirmé l'analyse qui avait été faite, à cet égard, par le Conseil dans sa décision 00-D-82. Elle a précisé que «[...] *l'effet restrictif de concurrence résultant d'un ensemble d'accords de distribution doit s'apprécier au regard de la nature et de l'importance des contrats sur le marché en cause, de l'existence de possibilités réelles et concrètes pour un nouveau concurrent de s'infiltrer dans le faisceau des contrats, et des conditions dans lesquelles s'accomplit le jeu de la concurrence sur le marché de référence, à savoir, notamment, le nombre et la taille des producteurs présents sur le marché, la fidélité de la clientèle aux marques existantes*».

## Les participants aux ententes

### La nature des participants

Si dans la majorité des 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, au cours de l'année 2002, le Conseil a-t-il été conduit à examiner des pratiques mises en œuvre, notamment, par le port autonome du Havre, établissement public chargé, notamment, de la gestion du domaine public portuaire (02-D-15) ; l'État, représenté par le ministre de la culture, intervenant directement comme opérateur économique sur le secteur des fouilles archéologiques préventives (02-D-18) ; l'Institut géographique national (IGN), établissement public (02-MC-02) ; un groupement d'intérêt économique, le GIE Sport Libre (02-MC-06),

Par ailleurs, dans une décision 02-D-67, le Conseil a rappelé à quelles conditions particulières, une entente anticoncurrentielle pouvait être mise en œuvre entre sociétés appartenant au même groupe. En effet, dans la mesure où la qualification d'entente suppose que la pratique en cause soit mise en œuvre par, au moins, deux entités économiques, distinctes et indépendantes l'une de l'autre, l'accord entre une société et sa filiale qui ne dispose pas d'une autonomie réelle dans la détermination de sa ligne d'action sur le marché et qui forme une unité économique avec sa société mère n'entre pas dans le champ d'application de l'article L. 420-1 du code de commerce.

La décision précitée a examiné, entre autres questions, celle de savoir si les conditions financières de rétrocession de matériels par Darty à sa filiale Caproferm pouvaient constituer une entente. Relevant que Caproferm est une filiale à 100 % du distributeur Darty, le Conseil, en application de l'analyse rappelée précédemment, a exclu l'existence d'une entente anticoncurrentielle au sens des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce (02-D-67).

### Le rôle des organisations et associations professionnelles

L'année 2002 a permis au Conseil d'ajouter de nouveaux exemples à sa jurisprudence en matière de pratiques mises en œuvre par des organisations professionnelles ou des associations regroupant les acteurs d'un même secteur. Ces organisations, qui réunissent plusieurs entreprises, peuvent, en effet, dans certains cas, être considérées comme le support d'une entente entre les entreprises.

A cet égard, le Conseil de la concurrence s'étant saisi d'office de la situation de la concurrence dans le secteur d'activité des géomètres-experts et des géomètres-topographes a sanctionné le conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts ainsi que plusieurs de ses délégations régionales, pour avoir diffusé une note interprétative tendant à réserver l'accès aux marchés de travaux topographiques à incidence foncière aux seuls géomètres-

experts, excluant ainsi, les géomètres-topographes. Cette pratique avait été suivie d'interventions auprès des donneurs d'ordre, en amont, au moment de l'élaboration des cahiers des charges ou de l'examen des offres, afin que ces derniers étendent le monopole des géomètres-experts sur les travaux topographiques à incidence foncière à tous les travaux topographiques.

Le Conseil a tout d'abord statué sur sa compétence pour connaître des pratiques en cause et a relevé que le Conseil de l'Ordre des géomètres-experts était intervenu dans une activité de services, au sens de l'article L. 410 du code de commerce, sur laquelle les géomètres-experts se trouvent en concurrence avec les géomètres topographes et s'était livré à une pratique étrangère aux missions pour lesquelles il a été investi de prérogatives de puissance publique. Puis, s'agissant de la pratique, le Conseil a estimé que l'élaboration et la diffusion de cette note par cet ordre professionnel, avaient pour objet et pour effet de limiter la concurrence entre géomètres-experts et géomètres-topographes sur le marché des travaux topographiques sur lequel la concurrence pouvait s'exprimer (02-D-14) (Voir analyse développée dans Avis et Décisions les plus notables).

Le préfet de la région Île-de-France a déposé un déclinatoire de compétence dans le cadre du recours formé contre cette décision. Le déclinatoire a été rejeté par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 13 novembre 2002, mais celle-ci a sursis à statuer dans l'attente d'une éventuelle décision du Tribunal des conflits.

De la même façon, une jurisprudence constante considère qu'il est loisible à une association regroupant des professionnels d'un même secteur d'activité de donner à ses membres des informations destinées à les renseigner de manière générale sur le fonctionnement d'un marché ou à les aider dans la gestion de leur entreprise. Toutefois, l'aide ainsi apportée ne doit pas exercer d'influence directe ou indirecte sur le libre jeu de la concurrence à l'intérieur de la profession de quelque manière que ce soit et les professionnels concernés doivent continuer à fixer librement et indépendamment leurs prix et leur politique commerciale.

Dans une affaire relative à des pratiques relevées à l'occasion d'un marché public passé par le centre hospitalier d'Epinal pour le transport médicalisé d'urgence, le Conseil a considéré comme anticoncurrentiel le comportement d'une association d'ambulanciers qui, à la suite de la cessation de prise en charge de ce type de transports par les caisses d'assurance maladie, avait redéfini les tarifs que ses membres, plus ou moins contraints, étaient tenus de proposer en réponse à ce type d'appel d'offres. Une telle fixation de tarifs pour l'ensemble des membres dépassait le rôle d'un organisme professionnel et violait les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce (02-D-23).

De la même façon, l'Union professionnelle des transporteurs de l'Ain, qui avait pris l'initiative d'organiser des rencontres entre transporteurs au cours d'une procédure de délégation de service public de transports scolaires lancée par le conseil général de l'Ain, a été sanctionnée pour avoir excédé le cadre de sa mission de défense des intérêts collectifs et d'assistance professionnelle de ses membres, en organisant une concertation entre eux en

vue de répondre à un appel à candidature de façon à favoriser le *statu quo* et à faire échec au jeu de la concurrence (02-D-59) (Voir analyse développée dans Avis et Décisions les plus notables).

## Les ententes anticoncurrentielles

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

#### *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, antérieurs à une date où le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être. Ces informations peuvent concerner l'existence de compétiteurs mais également, 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.

Ces pratiques altèrent le jeu de la concurrence en ce qu'elles ont pour effet de supprimer la concurrence entre les entreprises soumissionnaires en limitant l'indépendance des offres, de tromper le maître d'ouvrage sur la réalité et l'étendue de la concurrence sur le marché en cause et de provoquer ainsi une hausse artificielle des prix (02-D-17 ; 02-D-23 ; 02-D-29 ; 02-D-37 ; 02-D-43 ; 02-D-59).

#### ● **Echanges d'informations, participation à des réunions de concertation, antérieurement au dépôt des offres**

Dans une affaire relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des transports routiers de voyageurs dans le département de l'Ain, le Conseil a examiné des pratiques mises en œuvre dans le cadre des dispositions de la loi du 28 janvier 1993, dite loi Sapin, régissant les procédures de délégation de service public.

La procédure de sélection des délégataires de services publics prévue par ces dispositions comporte plusieurs phases successives : l'appel à candidatures, suivie d'une sélection des candidats admis à présenter une offre, puis, du dépôt des offres détaillées par les candidats. A la suite de ce dépôt des offres, peut alors s'ouvrir une phase de négociation avec un ou plusieurs candidats ayant déposé une offre. Ces négociations aboutissent au choix du délégataire. Dans la pratique, le prix proposé dans le cadre de la troisième phase est donc déterminant, puisque c'est sur cette base qu'auront ensuite lieu les négociations.

Dès lors, des entreprises qui participent, en cours de procédure et, notamment, avant le dépôt des offres détaillées, à une ou plusieurs réunions ayant pour objet de préserver le *statu quo* et d'empêcher que la procédure de mise en concurrence aboutisse à une remise en cause de la répartition

des lots antérieurement exploités par elles, puis qui déposent des offres leur permettant de conserver les lignes de transport qu'elles assuraient déjà, sans concurrencer les titulaires des autres lots, mettent en œuvre une pratique d'entente anticoncurrentielle prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce. Le Conseil a précisé à cet égard qu'à la suite de leur participation aux réunions, les entreprises pouvaient être assurées du comportement qui serait adopté par chacune d'elles lors du dépôt des offres, que la pratique en cause avait donc eu pour effet de ne pas les inciter à présenter des offres concurrentielles, d'une part, sur leur propre lot et, d'autre part, sur d'autres lots pour compenser la perte éventuelle de leurs lots et que le jeu de la concurrence étant ainsi faussé, il était, indifférent que les pratiques n'aient pas engendré une hausse substantielle des prix ou que certains lots aient été attribués à des montants inférieurs à ceux pratiqués avant la mise en concurrence (02-D-59) (Voir analyse développée dans Avis et Décisions les plus notables).

#### ● Offres de couverture

Le Conseil de la concurrence a également été conduit à sanctionner des offres de couverture réciproques, mises en œuvre par les entreprises soumissionnaires afin de se répartir les lots du marché, notamment dans l'affaire relative aux pratiques constatées à l'occasion d'un marché par allotissement passé par le SIAERD. Dans ce cadre, le Conseil disposait de multiples indices dont le faisceau démontrait l'existence d'une entente anticoncurrentielle. En effet, en premier lieu, il était constaté que les entreprises attributaires étaient reconduites d'année en année en adoptant un comportement identique consistant à ne concentrer leurs efforts en terme de rabais que sur quelques lots, sans que jamais la meilleure offre des entreprises ne se trouvent en concurrence et alors que la composition des lots étaient chaque année différente. En deuxième lieu, dans plusieurs cas, les groupements constitués ne répondaient à aucun impératif technique ou de concentration de moyens, mais avaient essentiellement pour objet d'assurer une répartition de l'ensemble des travaux entre les entreprises. En troisième lieu, une pièce du dossier démontrait que pour une année, une des sociétés en concurrence avait connaissance, avant le dépôt des offres, des noms des entreprises candidates et des montant approximatifs des offres qui seraient déposées (02-D-43).

Enfin, dans deux autres affaires, l'une relative à la situation de la concurrence dans le secteur de la tuyauterie de gaz et l'autre relative aux pratiques relevées à l'occasion de marchés publics de voirie, le Conseil a sanctionné les pratiques d'entreprises candidates à un même marché, qui se sont concertées antérieurement au dépôt de leur offre afin que l'une d'entre elles propose un prix très élevé dans le but d'orienter le choix du maître d'ouvrage vers l'autre entreprise (02-D-37 ; 02-D-48).

#### ● Éléments indifférents à la qualification d'entente

Dans sa décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des transports routiers de voyageurs dans le département de l'Ain, le Conseil de la concurrence a considéré que même s'il était établi que le

conseil général avait, dans certains cas, désigné comme attributaire l'entreprise antérieurement titulaire de l'exploitation du lot, alors que son offre n'était pas la moins élevée, une telle circonstance, qui ne saurait établir la participation du conseil général à la pratique de concertation reprochée, était sans portée sur la qualification de la pratique (02-D-59).

Par ailleurs, le Conseil a rappelé qu'il importait peu que les concertations anticoncurrentielles soient le fait d'initiatives individuelles de salariés des entreprises et non des dirigeants, dans la mesure où ces personnes ont agi dans le cadre de leurs fonctions (02-D-37).

### *Ce qui n'a pas été qualifié d'anticoncurrentiel*

#### ● **Échanges d'informations, participation à des réunions de concertation, antérieurement au dépôt des offres**

- la participation d'une entreprise à une seule réunion de concertation, alors qu'elle n'exploitait, avant la procédure de consultation, aucun lot dans le secteur géographique concerné et n'a obtenu aucune délégation, bien qu'ayant déposé des offres. Dans cette espèce, aucun élément du dossier ne démontrait que les offres déposées pourraient être qualifiées d'offres de couverture et le Conseil a estimé qu'il n'était pas établi que cette société aurait adhéré et participé à la pratique anticoncurrentielle en cause (02-D-59) ;
- la pratique consistant, de la part d'un courtier en assurance, à lancer une pré-consultation pour son client, l'Office public d'HLM de Villeurbanne, auprès des assureurs, lui permettant, alors qu'il savait qu'en raison d'une modification réglementaire, une procédure d'appel public à la concurrence devrait être lancée, de connaître les tarifications de ces assureurs. Au vu des circonstances de l'espèce, le Conseil a estimé qu'il n'était pas démontré que la pré-consultation, même si elle avait permis au courtier de connaître le niveau des prix des futurs concurrents, aurait débouché sur un accord de volontés des participants, ni que ceux-ci auraient eu conscience de ce que le fait de répondre à cette consultation pouvait avoir pour objet ou pour effet, de limiter l'accès au marché, ou de faire obstacle à la libre fixation des prix (02-D-76).

Dans une décision statuant sur des pratiques mises en œuvre dans le secteur des transports routiers de voyageurs dans le département de l'Isère, le Conseil a examiné la situation de deux sociétés qui avaient chacune déposé une offre en réponse à un appel d'offres, les deux offres ayant été élaborées par le dirigeant de l'une d'entre elles. Au vu des circonstances de l'espèce, le Conseil a prononcé un non-lieu à poursuivre la procédure. En effet, au moment du dépôt des offres l'une des entreprises faisait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire et l'auteur des offres, dirigeant de l'autre entreprise, avait signé un compromis de vente afin d'acquérir le fonds de la première et déposé une offre de reprise de ses actifs. Dans ce cadre, le Conseil a tenu compte du fait que ce dirigeant espérait que le plan de cession soit adopté en sa faveur et estimé que les deux entreprises en cause n'ont pas volontairement mis en œuvre une action concertée (02-D-55).

#### ● **Stabilité dans l'attribution des lots**

Si le constat d'une stabilité dans l'attribution des lots et l'identité des prix proposés pour certaines prestations, par plusieurs soumissionnaires, peuvent constituer des indices de l'existence d'une entente anticoncurrentielle, ceux-ci sont, à eux-seuls, insuffisants pour établir la réalité de pratiques anticoncurrentielles.

Dans une affaire relative aux pratiques relevées à l'occasion d'une procédure d'appel d'offres dans le département de Saône-et-Loire, le Conseil a relevé que le fait que les entreprises ne soient soumissionnaires que pour certains lots peut être justifié par le poids des investissements et les contraintes de logistique propres à ce type de marché. Il a considéré, de la même manière, qu'une identité de prix ne révèle pas, à elle seule, l'existence d'une entente dans la mesure où cette identité peut être justifiée aussi bien par des éléments conjoncturels que par la fixation d'un prix maximum par l'acheteur public (02-D-29).

Dans l'affaire relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des transports routiers de voyageurs dans le département du Rhône, le Conseil a considéré qu'une grande stabilité dans la répartition des lignes, après une procédure d'appel d'offres, pouvait résulter d'un comportement normalement concurrentiel, mis en œuvre de façon indépendante par des entreprises cherchant, en priorité, à se voir attribuer à nouveau les lignes dont elles étaient antérieurement attributaires. Le Conseil a relevé dans ce cadre, d'une part les coûts générés par l'exploitation d'un nouveau lot de transport de personnes, d'autre part, l'avantage en termes d'économies de coûts que procurent l'organisation logistique mise en place pour exploiter une ligne et l'expérience acquise au cours de cette exploitation (02-D-58).

#### ● **Retrait de candidature**

- le fait de se retirer d'une procédure d'appel d'offre, à la suite d'un examen plus approfondi du cahier des charges et de l'état d'exploitation du site, n'est pas, en l'absence d'autres éléments, susceptible de constituer une pratique anticoncurrentielle prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce (02-D-61) ;
- le fait d'informer le maître d'ouvrage, avant l'expiration du délai de remise des offres, des liens existant entre deux sociétés d'un même groupe, qui ont soumissionné chacune individuellement et le fait, pour l'une d'entre elles, de renoncer à concourir pour obtenir le marché n'est pas constitutif en soi, d'une pratique anticoncurrentielle prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce (02-D-61).

## **Ententes et échanges d'informations sur les prix et marges**

### *Pratiques ayant été qualifiées d'anticoncurrentielles*

#### ● **Elaboration et diffusion de barèmes de prix**

La concertation entre les ambulanciers du département des Vosges au sein de l'association «*Urgence 88*» pour fixer les tarifs qu'ils entendaient factu-



rer au centre hospitalier d'Epinal pour les transports secondaires médicalisés constitue une pratique prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce (02-D-23).

#### ● Concertation visant l'adoption d'un comportement commun

La décision concertée des membres d'une association professionnelle de ne pas répondre à un appel d'offres en vue de le faire échouer, fausse le jeu de la concurrence que le donneur d'ordre tente d'instaurer et constitue une pratique contraire aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce (02-D-23).

#### ● Concertations et échanges d'informations sur la hausse de prix

Dans le cadre d'une affaire concernant le secteur des roulements à billes, le Conseil de la concurrence a sanctionné les pratiques de quatre fabricants qui, pendant plusieurs années, s'étaient mutuellement informés des hausses de prix bruts et des évolutions des taux de remise maximum aux distributeurs qu'ils avaient l'intention d'appliquer. Il a rappelé, à cet égard, que de tels échanges d'informations, qui favorisent d'autant plus les hausses artificielles de prix que les sociétés concernées ont l'assurance que leurs concurrents augmenteront également leurs prix d'un certain montant et à une date convenue, peuvent affecter le jeu de la concurrence. Tel était bien le cas en l'espèce, puisqu'il avait été constaté que des hausses simultanées et identiques avaient été appliquées par les entreprises en cause aux dates annoncées (02-D-57).

Par ailleurs, le dossier comportait un compte-rendu de réunion entre certains des participants à la première entente et d'autres entreprises démontrant l'existence d'échanges d'informations sur des hausses de prix prévisionnelles ainsi que les évolutions de remises accordées à certains clients industriels. Cependant, il n'était pas établi que les entreprises en cause avaient ensuite modifié leurs pratiques tarifaires. Le Conseil a, néanmoins, considéré que les conditions d'application de l'article L. 420-1 du code de commerce étaient remplies. Répondant à un moyen selon lequel le grief formulé consistait à faire sanctionner une simple intention demeurée sans suite, le Conseil a précisé que le fait que ces échanges d'informations n'aient éventuellement pas conduit à un alignement effectif des prix pratiqués, compte tenu, notamment, du fait que le profil des commandes des clients ne peut qu'être différent pour chacun d'eux, est sans incidence sur le caractère anticoncurrentiel de ces échanges d'informations, qui avaient pour objet et ont pu avoir pour effet d'empêcher le libre jeu de la concurrence sur le marché des roulements à billes (02-D-57).

#### ● Devis de couverture

Par une décision 02-D-62, le Conseil a, une nouvelle fois, sanctionné des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement de personnels de l'État, qui sont remboursés de leurs frais de déménagement à la condition de produire à leur administration plusieurs devis concurrents. En l'espèce, une pratique s'était développée consistant en ce que l'entreprise choisie par le candidat au déménagement établisse un devis très proche du

barème de remboursement de l'administration et permette à son client d'obtenir de certains de ses concurrents des devis de couverture supérieurs au barème.

La preuve de la pratique résultait d'un faisceau d'indices constitués, notamment, par un certain nombre de déclarations des responsables d'entreprises, par de très faibles écarts existant entre les devis en cause, par des identités de date de ces derniers, mais aussi, par la répétition de diverses fautes d'orthographe affectant les noms des clients, relevées sur de nombreux devis.

### *Pratiques n'ayant pas été qualifiées d'anticoncurrentielles*

#### ● **Elaboration et diffusion de barèmes de prix**

La diffusion par un syndicat professionnel d'un document présentant un exemple chiffré du «*prix kilométrique marginal*», à produire dans le cadre des réponses à une procédure de délégation de service public et précisant le prix d'un certain nombre de prestations identifiées, peut ne pas revêtir de caractère anticoncurrentiel au regard des circonstances particulières de l'espèce. Ces circonstances résultaient, en premier lieu, de ce que le document en cause avait été présenté par l'organisation professionnelle comme n'ayant qu'une valeur pédagogique, en deuxième lieu, de ce qu'il avait été diffusé postérieurement au dépôt de l'ensemble des offres des candidats et, en dernier lieu, de ce que les montants effectivement proposés par les différentes entreprises dans leurs offres différaient de l'exemple chiffré et variaient en fonction des lots et des entreprises. Ainsi, le Conseil a pu estimer que les entreprises avaient calculé leur offre de façon indépendante, sans qu'elles aient été dissuadées par l'association professionnelle d'apprécier leurs coûts en fonction de critères propres (02-D-59).

### **Entraves à l'accès au marché**

#### *Adhésions à une organisation, qualifications et labels*

Si l'admission par cooptation de nouveaux membres au sein d'une organisation professionnelle ne constitue pas en elle-même une pratique contraire au droit de la concurrence, une telle pratique peut être anticoncurrentielle si l'adhésion à cette organisation professionnelle est une condition de l'accès au marché.

Le Conseil a estimé que tel était bien le cas, dans le secteur du déménagement, s'agissant de l'adhésion à la Chambre syndicale des entreprises de déménagement (CSD) ainsi qu'à l'association française de déménageurs internationaux. Il a constaté que l'appartenance à ces deux organismes constitue une condition d'accès au marché du déménagement, en raison de l'avantage concurrentiel qu'elle procure, tant dans les relations avec les professionnels, que dans les relations avec les clients. En effet, le label de la chambre syndicale, bénéficiant d'une forte notoriété, soutenu par des investissements publicitaires importants, est réclamé par les clients et constitue, dans un secteur marqué par la présence d'opérateurs peu quali-

fiés, une garantie pour les ménages. S'agissant de l'association, y adhérer est indispensable pour pouvoir, ensuite, adhérer à la Fédération internationale des déménageurs internationaux qui, elle même, est incontournable pour les entreprises qui veulent exercer des activités internationales.

Examinant les conditions d'admission à la Chambre syndicale, le Conseil a relevé qu'elles se référaient à des «*garanties morales*» ou à des «*critères moraux*» et estimé que de tels critères n'étaient ni vérifiables, ni objectifs, ni fondés sur la capacité professionnelle des entreprises. Il a aussi considéré que constituait un comportement prohibé par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce les dispositions du règlement intérieur de la CSD instituant une procédure d'admission non limitée par des délais, conférant un pouvoir de veto inconditionnel aux présidents des groupements et dispensant les décisions de toute obligation de motivation. Par ailleurs, le Conseil a relevé que la combinaison de certaines dispositions instaurait un traitement discriminatoire entre les repreneurs d'entreprises adhérentes, selon que ceux-ci étaient déjà adhérents de la chambre syndicale ou non. Le Conseil a, ensuite, porté une appréciation identique sur certaines des clauses d'adhésion à l'association française des déménageurs internationaux qui étaient fondées sur les critères matériels imprécis susceptibles d'une appréciation discrétionnaire. Ces clauses subordonnaient, en effet, l'adhésion à l'appartenance à la CSD, instituaient une obligation de parrainage et dispensaient les décisions de motivation (02-D-60).

Dans une autre décision, le Conseil a sanctionné le refus, dépourvu de base légale, opposé par le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Strasbourg, à une demande de désignation d'un maître de stage présentée par un géomètre-expert, empêchant ainsi ce dernier de participer à des appels d'offres (02-D-14).

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

#### ● Exercice de pressions et boycott

Examinant un certain nombre de pratiques mises en œuvre dans le secteur d'activité des géomètres-experts et des géomètres-topographes, le Conseil a sanctionné comme étant constitutifs d'une entente anticoncurrentielle, prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce :

- la conduite par le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Lyon, d'une politique systématique d'intimidation des maîtres d'ouvrages qui envisageaient d'admettre des offres dans lesquelles des topographes pouvaient réaliser, seuls ou en groupement avec un géomètre-expert, des travaux topographiques sans incidence foncière, c'est-à-dire ne relevant pas du monopole des géomètres-experts ;
- l'exercice de pressions par le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Montpellier sur la DDE des Pyrénées-Orientales et sur la SNCF, notamment en insinuant que des marchés auraient été passés dans des conditions illégales au seul motif qu'une partie des travaux relevaient du monopole des géomètres-experts, en prétendant que des appels d'offres

séparés devaient être passés et, enfin, en envoyant une lettre comminatoire à la SNCF dans laquelle l'une de ses directions était accusée de bafouer la loi ;

- la recommandation, faite par le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Marseille au directeur des routes, de confier à des professionnels installés en Corse des travaux situés en Haute-Corse, au détriment des professionnels installés dans d'autres départements (02-D-14).

Dans le secteur de la distribution des lunettes, le Conseil a sanctionné une pratique d'entente à la fois horizontale et verticale visant à entraver l'arrivée sur le marché lyonnais d'un nouveau distributeur qui pratiquait une politique de prix bas.

A la suite de l'installation d'un magasin Optical Center à Lyon et de la publicité effectuée par ce dernier pour annoncer des prix bas, de nombreux opticiens de cette ville et de son agglomération avaient décidé d'organiser un *boycott* des fabricants des montures présentées chez leur nouveau concurrent, afin de les inciter à renoncer à livrer ce point de vente ou à obliger ce dernier à renoncer à sa politique de prix bas.

Cette décision a été suivie de lettres, contacts téléphoniques et pressions exercées à l'égard des fournisseurs du magasin Optical Center et de leurs représentants ainsi que de mesures de rétorsion commerciales comme des ralentissements, des suspensions ou des annulations de commandes, des retraits des produits présentés en vitrine, voire la cessation des relations commerciales.

Le Conseil a aussi sanctionné l'adhésion, par l'un des fabricants, la société L'AMY, au mouvement de boycott initié par les opticiens. En effet, cédant aux pressions des opticiens, cette société s'est jointe à l'action concertée et, après avoir pris diverses mesures de rétorsion immédiatement après la réunion de concertation des opticiens, a finalement rompu unilatéralement toute relation commerciale avec ce distributeur.

Le Conseil a rappelé qu'une telle action concertée, visant à obliger un concurrent à modifier sa politique commerciale, fait obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché et limite ainsi le libre exercice de la concurrence (02-D-36) (Voir l'analyse développée dans Avis et Décisions les plus notables).

Dans l'affaire relative aux droits de retransmission radiophonique de la Coupe du Monde de football 2002, le Conseil a estimé, au stade des mesures conservatoires, que la création du GIE Sport Libre, dont les statuts comportaient une clause visant à empêcher ses adhérents de négocier individuellement des sous-licences de diffusion avec la société RMC (qui détenait l'exclusivité des droits de retransmissions de la Coupe du Monde de football), était susceptible de constituer d'une entente anticoncurrentielle. A cet égard, le Conseil a relevé que plusieurs éléments, dont la date et le contexte de la création de ce GIE pourraient éventuellement faire penser que l'objectif recherché était d'exercer une pression sur RMC ou de l'empêcher de réaliser une diffusion des retransmissions des matchs de la coupe du monde sur l'ensemble du territoire national (02-MC-06) (Voir l'analyse développée dans Avis et Décisions les plus notables).

## Répartition de marché

Le Conseil a eu à connaître d'une pratique de cet ordre dans l'affaire dite des roulements à billes qui a donné lieu à la décision 02-D-57. Examinant des contrats de distribution exclusive, le Conseil a rappelé qu'un fournisseur recourant à un réseau de distributeurs exclusifs auxquels il concède des territoires d'exclusivité ne saurait licitement interdire à ces distributeurs de répondre à des sollicitations de clients situés dans des zones géographiques autres que celles faisant l'objet de l'exclusivité, dès lors qu'ils ne procèdent pas à une politique de vente active en dehors du territoire qui leur a été concédé. En effet, une pratique qui viserait à empêcher le revendeur de répondre à des demandes de clients situés en dehors de la zone concédée, constituerait, par sa nature même, une restriction de concurrence. A cet égard le Conseil a repris l'analyse adoptée par la CJCE, dans un arrêt Miller contre Commission du 1<sup>er</sup> février 1978, selon laquelle, une telle clause par l'effet «*optique et psychologique*» qu'elle crée, peut contribuer à favoriser une répartition de marché.

En application de ces principes, le Conseil a sanctionné la pratique de trois fabricants consistant à refuser d'apporter une assistance technique aux ventes réalisées par les distributeurs agréés en dehors de leur zone d'exclusivité, quand bien même ces ventes ne résulteraient pas d'un démarchage actif des distributeurs concernés en dehors de leur zone, mais constitueraient de simples réponses aux sollicitations des clients.

## 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 à l'application du paragraphe 1 de l'article 81 du traité CE en ce qui concerne les 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, notamment 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.

Le règlement précité constitue, dans le cadre de l'application du droit interne, un «*guide d'analyse*», mais 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 (décisions 02-D-01 et 02-D-36).

### *Contrats de distribution sélective ou exclusive, contrats de franchise*

#### ● **Contrats de distribution sélective ou exclusive**

##### *Les principes régissant l'application des droits interne et communautaire*

La décision 02-D-36 apporte des précisions sur la façon dont, lorsque le Conseil applique le droit communautaire, doit s'articuler l'analyse d'un contrat de distribution sélective ou exclusive au regard des dernières réformes communautaires en cette matière, c'est-à-dire le règlement 2790/1999, précité, mais aussi la communication de la Commission 2001/C 368/07 concernant les accords d'importance mineure, dite «*de minimis*». En effet, cette communication précise que les accords entre entreprises qui ne sont pas concurrentes ne restreignent pas sensiblement la concurrence au sens de l'article 81§1 du traité, lorsque la part de marché affectée par l'accord est inférieure à 15 %, sauf si les accords contiennent des «*restrictions flagrantes*» de concurrence.

Aucune des entreprises mises en cause dans ce dossier ne détenait plus de 15 % de parts de marché et le Conseil n'a donc examiné, au regard de l'article 81§1 du traité, que les contrats contenant des restrictions flagrantes (ceux dont une clause restreignait la capacité de livraison croisée entre les distributeurs des réseaux). Ceux-ci ont donc été examinés au regard des articles 81 du traité et L. 420-1 du code de commerce, les autres l'ont été seulement au regard de l'article L. 420-1.

S'agissant des contrats analysés dans le cadre du droit communautaire, le Conseil a relevé qu'ils étaient antérieurs à l'entrée en vigueur du règlement 2790/1999. Dans la mesure où ce règlement ne comporte aucune disposition précisant qu'il s'applique avec effet rétroactif, les contrats en cause ne pouvaient bénéficier ni de l'exemption catégorielle prévue dans le règlement ni de l'exemption prévue par les dispositions de l'article 81§3 du traité, (puisque le Conseil n'a pas compétence pour l'accorder), les clauses considérées comme anticoncurrentielles ont donc été sanctionnées.

##### *L'analyse des clauses et des comportements*

Dans le cadre de la même affaire, le Conseil a, ainsi qu'il a été rappelé ci-dessus, renouvelé sa position consistant à utiliser le règlement 2790/1999 comme un guide d'analyse. Il a donc précisé à nouveau que «*lorsqu'un fournisseur dispose d'un faible pouvoir de marché, le fait d'organiser et de réguler son réseau de distribution de manière à assurer une meilleure coordination entre les entreprises participantes peut, le plus généralement, être considéré comme pro-concurrentiel, qu'ainsi, il n'y a pas lieu de retenir de*

*grief concernant des clauses autres que celles considérées comme 'noires' par ledit règlement c'est-à-dire, notamment, celles qui imposent des prix de revente, celles qui instituent des protections territoriales absolues ou celles qui restreignent les livraisons croisées entre distributeurs à l'initiative d'un réseau de distribution sélective».*

En l'espèce, le Conseil, constatant qu'aucun fabricant de lunettes ne détenait plus de 30 % de parts de marché au niveau national, a considéré que seules les clauses dites «noires» étaient susceptibles d'être prohibées en raison de leur caractère anticoncurrentiel.

Ont donc été sanctionnées, les clauses des contrats de distribution qui prévoyaient l'interdiction des ventes croisées entre revendeurs agréés à l'intérieur du réseau et sont donc de nature à limiter le commerce intra-communautaire, ainsi que les clauses n'autorisant l'approvisionnement des distributeurs qu'après du fabricant, exclusivement. Ces dispositions, qui relèvent des clauses «noires» au sens de l'article 4 du règlement n° 2790/1999, ont été par conséquent, considérées comme prohibées par les articles 81§1 du traité CE et L. 420-1 du code de commerce.

En revanche, ont été considérées comme ne relevant pas de la prohibition, les clauses limitant la liberté des revendeurs en matière de publicité ou interdisant au distributeur agréé de prendre des initiatives en matière publicitaire et promotionnelle sans avoir obtenu l'accord de son fournisseur. La même appréciation a été portée sur la clause interdisant de revendre des produits à des vendeurs hors réseau, justifiée par la nécessité de permettre au fournisseur de vérifier que ses produits ne quittent pas son réseau de distribution sélective et d'assurer la cohérence de sa politique commerciale en matière de lancement de nouveaux produits. (Voir l'analyse développée dans Avis et Décisions les plus notables).

Dans l'affaire relative au secteur de la vente et de la distribution des roulements à billes et assimilés, le Conseil de la concurrence a rappelé qu'un fournisseur recourant à un réseau de distributeurs exclusifs, auxquels il concède des territoires d'exclusivité, ne saurait licitement interdire à ces distributeurs de répondre à des sollicitations de clients situés dans des zones géographiques autres que celles faisant l'objet de l'exclusivité, dès lors qu'ils ne procèdent pas à une politique de vente active en dehors du territoire qui leur a été concédé. Une telle pratique, qui vise à empêcher le revendeur de répondre à des demandes de clients situés en dehors de la zone concédée, constitue, par sa nature même, une restriction de concurrence. Le Conseil a rappelé à cet égard les termes d'un arrêt de la Cour de justice, *Miller contre Commission*, en date du 1<sup>er</sup> février 1978 selon lesquels : une telle clause, par l'effet «*optique et psychologique*» qu'elle crée, peut, en effet, contribuer à favoriser une répartition de marché.

En l'espèce, il ressortait de nombreuses déclarations de distributeurs agréés, qu'il était convenu entre les fabricants et les distributeurs que les premiers refuseraient l'assistance technique en cas de vente passive hors zone. Un tel accord, qui était de nature à dissuader les distributeurs d'accepter des commandes en dehors de leurs zones d'exclusivité et, en conséquence, à limiter la concurrence par les prix que pourraient se faire les dis-



tributeurs des produits d'une même marque, a donc été considéré comme constitutif d'entente anticoncurrentielle.

En revanche, le Conseil n'a pas retenu le caractère anticoncurrentiel de cette pratique à l'égard des distributeurs au motif que ceux-ci n'étaient pas en situation de résister aux fabricants pour refuser la politique systématique de refus d'assistance technique en cas de ventes, mêmes passives, à des clients hors zone, qui leur était imposée par ces fabricants (02-D-57).

#### *Les clauses relatives à la sélection des distributeurs*

Ces clauses sont analysées selon les mêmes principes que ceux rappelés ci-dessus. Les systèmes de distribution exclusive ou sélective, qui détiennent une part de marché supérieure à 30 % et qui ne contiennent pas de clause «noire», sont conformes aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, à condition qu'ils préservent une certaine concurrence sur le marché et :

- 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.

204

De telles dispositions ont été examinées dans l'affaire des opticiens de Lyon précitée. Le Conseil a rappelé sur ce point que, s'il est licite pour un fabricant d'introduire dans un contrat de distribution sélective des critères de sélection des détaillants visant à préserver l'image de marque des produits distribués, ces critères doivent revêtir un caractère objectif et n'avoir ni pour objet, ni pour effet d'exclure une ou des formes déterminées de distribution. Ainsi, le Conseil a précisé que des clauses qui qualifient de «*dévalorisante*», «*une enseigne ayant acquis sa réputation sur des pratiques commerciales agressives*» ou d'«*attentatoire à la marque*», «*toute pratique de promotion avec discount systématique*» sont susceptibles d'exclure certains types de magasins du réseau en raison de l'utilisation de critères, qui ne sont pas purement objectifs et sont, dès lors, prohibées (02-D-36).

Par ailleurs, examinant le contrat de distribution de la société Barbour France, qui détient 0,06 % de parts du marché des vêtements masculins, le Conseil a relevé que les pratiques résultant de clauses contenant des critères imprécis pour l'appréciation de l'adéquation des lieux et imposant un approvisionnement minimal, ainsi que de leur application, qualifiée de discriminatoire par la notification de griefs, ne revêtaient ni objet ni effet anticoncurrentiel. Les motifs de cette décision résident dans le constat que, d'une part, la vocation de ces conditions générales n'avait pour but que de protéger l'image de haute qualité des produits et, d'autre part, qu'aucun élément du dossier ne permettait de penser que ce réseau aurait eu un autre objet de nature anticoncurrentielle ou que certaines clauses relèveraient de l'article 4 du règlement d'exemption. En outre, a ajouté le Conseil, le carac-



tère imprécis des clauses en cause et l'application qui pourrait en être faite, n'auraient pu avoir un effet sensible sur le marché, compte tenu de la faible part de marché détenue par la société Barbour et de l'existence de nombreuses autres gammes de produits concurrentes (02-D-01).

#### ● Franchise

Le Conseil n'a pas été amené à se prononcer sur des contrats de franchise en 2002.

#### *Conditions générales de vente et accords de coopération commerciale*

Ainsi que le Conseil l'a rappelé fréquemment et, notamment, dans une décision 01-D-15, 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 franchissement 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. Par ailleurs, le fait, pour un fournisseur de produits 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.

#### ● L'application discriminatoire des conditions de vente

Concernant l'application discriminatoire des conditions générales de vente, le Conseil, dans sa décision 02-D-08, a rappelé la jurisprudence de la cour d'appel de Paris selon laquelle l'application par un fournisseur de conditions de vente discriminatoires à un distributeur, dès lors qu'elles sont ignorées par les autres distributeurs du réseau, ne permettent pas de caractériser une entente entre ceux-ci et le fournisseur, mais seulement un comportement unilatéral de ce dernier (arrêt du 15 février 2000, société Ploermelaise de friction industrielle). En application de cette analyse, le Conseil a considéré que la fourniture d'une facture, démontrant qu'un comité d'entreprise aurait bénéficié d'un taux de remise supérieur à celui résultant des conditions de vente de la société Sony, était insuffisante pour établir l'existence d'une entente entre cette société et ce comité d'entreprise.

Dans sa décision 02-D-67, le Conseil, a rappelé les mêmes principes ainsi que la jurisprudence, telle qu'elle ressort, notamment, d'un arrêt Sony rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation, le 29 octobre 1996, selon laquelle l'octroi de ristournes ne saurait être qualifié de pratique d'entente anticoncurrentielle sans qu'il soit établi que le fournisseur ait consenti à un ou plusieurs distributeurs des dérogations aux stipulations contractuelles concernant les conditions d'attribution de ces avantages.

Dans l'affaire examinée par le Conseil, il était soutenu que la société Caprofem, qui exerce une activité de grossiste, était fournie par sa maison

mère Darty et bénéficiait de ristournes auxquelles elle n'aurait pu prétendre si elle avait directement été livrée par les fournisseurs. Cette pratique constituait, selon la saisine, une application discriminatoire des conditions de vente de ces fournisseurs résultant d'une entente entre ces derniers et la société Darty. Le Conseil a relevé que si certaines rétrocessions accordées par Darty à sa filiale Caprofem pouvaient être considérées comme injustifiées, l'instruction n'avait pas fait apparaître que ces rétrocessions auraient fait l'objet d'un accord entre la société Darty et ses fournisseurs, ni qu'elles auraient été évoquées dans le cadre de leurs conventions commerciales, ni que la société Darty aurait tenu ses fournisseurs informés de l'existence, de l'étendue et des conditions tarifaires de la rétrocession de leurs produits à Caprofem, ni que ces derniers auraient eu connaissance des conditions de rétrocession de leurs produits à la société Caprofem. Par conséquent, le Conseil a considéré qu'à supposer même que Darty ait répercuté à Caprofem des ristournes auxquelles celle-ci ne pouvait prétendre, un tel comportement ne pouvait être qualifié d'entente anticoncurrentielle entre Darty et ses fournisseurs (02-D-67).

Dans une affaire relative à la distribution des produits de la société Apple, le Conseil de la concurrence a été saisi par un distributeur, la société AWS, d'un certain nombre de pratiques que ce dernier estimait revêtir un caractère anticoncurrentiel.

La société AWS contestait, en premier lieu, la renégociation imposée par la société Apple des contrats de distribution au cours de leurs relations commerciales. Le Conseil a rappelé, sur ce point, qu'un fabricant est libre de modifier la structure de son réseau de distribution comme il l'entend sans que ses cocontractants bénéficient d'un droit acquis au maintien de leur situation.

En deuxième lieu, AWS soutenait que les conditions commerciales plus favorables consenties par la société Apple à la grande distribution et la prise en charge par Apple de la formation des vendeurs, constituaient une discrimination positive en faveur de ce canal de distribution. Cependant, d'une part, aucun élément du dossier ne permettait de considérer que l'octroi des avantages contestés ne constituait pas la contrepartie de services spécifiques rendus au fabricant par la grande distribution, d'autre part, s'agissant d'avantages particuliers accordés à la grande distribution à l'occasion du lancement de «*l'e-book*», les éléments du dossier démontraient qu'en raison d'une pénurie de matériel, Apple avait choisi de privilégier les revendeurs directs ayant le plus investi dans la promotion du produit et, notamment, la grande distribution. En conséquence, le Conseil a décidé que cette différence de traitement, qui résultait d'une adaptation de la société Apple à une situation commerciale donnée, se trouvait justifiée et ne pouvait constituer une pratique anticoncurrentielle au sens des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce.

En troisième lieu, la société AWS faisait valoir qu'elle n'avait jamais eu droit à des remises pourtant accordées par Apple à des concurrents et que celle-ci avait, en outre, refusé de lui communiquer ses conditions de remise. Cependant, les pièces fournies par les parties ne permettaient de relever aucun traitement discriminatoire à l'égard de la société AWS en ce qui

concerne l'octroi des remises. S'agissant du refus de communication des conditions de certaines remises, le Conseil a relevé que si ce refus n'était pas contesté, il avait été expliqué par les mauvaises relations existant entre Apple et AWS, et qu'il n'était pas établi que ce refus ait eu des conséquences négatives pour la société AWS qui, compte tenu de l'ancienneté de ses relations avec Apple, avait nécessairement connaissance des conditions à remplir pour l'octroi des remises spécifiques.

Enfin, AWS affirmait que la société Apple aurait sélectionné discrétionnairement les distributeurs auxquels elle accordait une assurance de leur stock au cas où une baisse des prix serait décidée par le producteur, ce système permettant de garantir les risques attachés aux changements de tarification des matériels, fréquents dans le secteur informatique. Sur ce point, les éléments du dossier démontraient que la société AWS, revendeur indirect, ne pouvait bénéficier de ces avantages réservés aux vendeurs directs et que si, exceptionnellement, certains vendeurs indirects avaient pu bénéficier de cette assurance, l'avantage ainsi consenti avait été justifié par les volumes importants de matériels Apple achetés par ceux-ci, sans qu'en tout état de cause, un effet sensible sur le fonctionnement de la concurrence puisse être constaté (02-D-56).

#### ● Les ententes sur les prix

Par ailleurs le Conseil a examiné plusieurs cas d'espèce dans lesquels étaient reprochées des ententes entre fournisseurs et distributeurs relatives aux prix de vente au public.

Dans la décision 02-D-39, relative aux pratiques mises en œuvre par les sociétés Sony et Toshiba dans le secteur des ordinateurs portables, le Conseil a rejeté la saisine de la société Concurrence dénonçant, notamment, une entente tarifaire entre les sociétés Sony France, Toshiba et un certain nombre de grossistes et de grands distributeurs. La saisine, à l'appui de ses allégations, faisait état, de divers catalogues des sociétés Sony France ou Toshiba (comportant, d'une part, des «prix publics», d'autre part, des documents publicitaires de la société Toshiba sur lesquels étaient mentionnés des «prix d'achat généralement constatés chez les grossistes participant à l'opération») et du site Internet de la société Sony qui comportait des prix de vente au public.

Le Conseil a rappelé que les prix peuvent être licitement mentionnés dans des catalogues ou des publicités, dès lors qu'ils ne correspondent pas à des prix imposés ou à des prix résultant d'une entente anticoncurrentielle. Par ailleurs, il a estimé qu'il ne pouvait être reproché à un fournisseur de mentionner sur son site Internet de vente au détail, les prix de vente de ses produits, alors même qu'il s'agit d'une obligation réglementaire résultant notamment des dispositions de l'article L. 113-3 du code de la consommation (02-D-39).

Dans sa décision 02-D-42 relative à la distribution d'appareils électroménagers et audiovisuels, le Conseil de la concurrence a sanctionné une entente sur les prix des sociétés Akai et Thomson et leurs principaux distributeurs FNAC, Darty, Euromarché, Connexion et Conforama.

Dans cette affaire, une enquête de grande envergure avait établi que plusieurs distributeurs répartis sur tout le territoire national, pratiquaient des prix identiques (ou très proches) pour plusieurs références de la marque Akai, que ces prix allaient en décroissant dans le temps au rythme de l'obsolescence technique ou commerciale et que chaque diminution de prix, quasi-simultanée pour l'ensemble des distributeurs, conduisait ceux-ci à adopter un nouveau prix de vente au détail.

Après avoir rappelé qu'en droit de la concurrence une entente entre un fournisseur et ses distributeurs n'est établie qu'à la condition que soit rapportée la preuve d'une concertation et d'un accord de volonté entre eux, le Conseil a énoncé les indices qui peuvent être retenus à ce sujet : d'une part, des éléments permettant de penser que des prix de vente au détail ont été évoqués au cours de négociations commerciales entre ces fournisseurs et ces distributeurs ; d'autre part, le fait que les prix ainsi déterminés auraient effectivement été pratiqués par ces distributeurs, ceci traduisant l'existence d'un accord de volontés et donc d'une entente ; enfin, des éléments démontrant qu'un système de contrôle des prix aurait été mis en place, un tel système étant, en général, nécessaire au fonctionnement durable d'une entente sur les prix.

Pour chacun des distributeurs sanctionnés, le Conseil a relevé que les prix de vente déterminés lors des négociations commerciales avec la société Akai France ont été, le plus souvent, effectivement pratiqués dans les magasins du distributeur en cause et contrôlés par la société Akai. Il a considéré qu'était donc établi l'accord de volontés des deux parties sur une entente de prix au détail, ce qui constitue une infraction aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce.

En outre, le Conseil a relevé que cette pratique était consolidée par la politique commerciale et publicitaire mise en œuvre par les parties. En effet, l'uniformité des prix était contrôlée, à la fois par le fabricant, par le biais de ses forces commerciales et par les distributeurs eux-mêmes, d'une part, au moyen de la clause de remboursement aux consommateurs de la différence de prix (dans le cas où ceux-ci signaleraient qu'un même produit était offert à un prix moins élevé par un distributeur voisin), d'autre part, au moyen de la diffusion de catalogues et de publicités nationales ou locales qui permettaient aux distributeurs de s'assurer du respect généralisé des prix ainsi convenus.

La même décision a également sanctionné une entente de même nature entre le fabricant Thomson et le distributeur par correspondance Camif, dans le cadre de laquelle les prix de vente des produits du groupe Thomson (marques Thomson, Brandt, Saba, Téléfunken) par la Camif à ses adhérents étaient fixés d'un commun accord entre les deux parties, lors de négociations commerciales, bien avant l'impression et la diffusion du catalogue de vente par correspondance.

En revanche, le Conseil de la concurrence n'a pas retenu le grief d'entente sur les prix de détail entre le fabricant Samsung et certains de ses distributeurs en raison de l'absence de relevés de prix significatifs démontrant la mise en œuvre de l'entente (02-D-42) (Voir analyse développée dans Avis et Décisions les plus notables).

Dans sa décision 02-D-56, relative aux relations des sociétés AWS et Apple, le Conseil a examiné la pratique de la société Apple lui permettant de connaître les prix de vente de ses revendeurs. Il a précisé à ce sujet qu'une telle pratique n'est pas prohibée par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce dans la mesure où il n'était ni allégué ni établi que cette société aurait utilisé les informations recueillies pour exercer une quelconque influence ou un quelconque contrôle au niveau des prix.

### Autres restrictions verticales

Des clauses d'exclusivité, contenues dans des contrats entre partenaires économiques situés l'un en amont, l'autre en aval d'un processus économique, ne sont pas en soi répréhensibles, à moins qu'elles ne constituent une entente anticoncurrentielle visant à empêcher une entreprise d'accéder au marché ou à l'en exclure, ou encore, lorsqu'imposées par une entreprise en position dominante, elles constituent une mesure limitant l'accès au marché d'autres opérateurs.

Le Conseil de la concurrence a eu à traiter une question de cette nature dans sa décision 02-D-03 statuant sur la saisine de la société Technic Publicité dénonçant des pratiques d'entente mises en œuvre par la société Médiavision sur le marché de la publicité cinématographique locale et consistant dans la conclusion avec les exploitants de salles de cinéma de contrats lui confiant l'exclusivité de la publicité sur leurs écrans.

Dans la mesure où aucun élément du dossier ne permettait de remettre en cause l'analyse précédemment effectuée, le Conseil a repris les principes énoncés dans un avis de la Commission de la concurrence, en date du 14 décembre 1984. Cet avis avait précisé, qu'eu égard au temps limité susceptible d'être accordé à la projection de la publicité au cours d'une séance de cinéma, l'exclusivité était inhérente à la concession d'écrans de cinéma, sous réserve que sa durée n'impose pas à l'exploitant d'aliéner pendant trop longtemps la possibilité de contracter avec une autre régie susceptible de lui assurer un meilleur service ou de lui offrir des redevances d'un montant supérieur. Dans ce même avis, la Commission de la concurrence avait estimé qu'une durée de deux ans environ, renouvelable par tacite reconduction, paraissait adaptée aux exigences de la concurrence.

Dans l'espèce qui lui était soumise, le Conseil a considéré que les contrats en cause respectaient ces principes. Par ailleurs, les données économiques du dossier démontraient que la clause d'exclusivité, figurant dans les contrats-type de régie publicitaire, ne constituait pas une barrière à l'entrée sur le marché de la publicité, cinématographique locale. En effet, le chiffre d'affaires réalisé sur ce marché par les sociétés concurrentes de Médiavision était en constante progression et il ressortait des débats que cette dernière renonçait à lier l'exclusivité de la publicité cinématographique nationale à celle de la publicité cinématographique locale, lorsque l'exploitant d'une salle le demandait. En conséquence, le Conseil a rejeté la saisine, faute d'éléments suffisamment probants (02-D-03).

Toutefois cette décision a été réformée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 24 septembre 2002, qui a considéré qu'il n'était pas exclu qu'un

abus de position dominante puisse être constitué dans cette affaire en raison du lien existant entre la publicité nationale et la publicité locale, sans que l'exclusivité stipulée dans les contrats ne distingue les deux prestations.

## ■ Positions dominantes, situations de dépendance économique et abus anticoncurrentiels

Aux termes de l'article L. 420-2 du code de commerce (ancien article 8 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986) : «*Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.*

*Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou pratiques discriminatoires visées à l'article L. 442-6».*

210

### Les abus de position dominante

L'application de l'article L. 420-2, 1<sup>er</sup> alinéa, du code de commerce relatif aux abus de position dominante se décompose en trois étapes. Il convient, dans un premier temps, de délimiter le marché pertinent, sur lequel l'entreprise ou le groupe d'entreprises en cause opèrent, et, dans un deuxième temps, de déterminer la position que ces dernières occupent sur ce marché puis, 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.

Ainsi qu'il l'a énoncé dans sa décision 02-D-24, le Conseil ne peut examiner les pratiques prétendument abusives mises en œuvre par une entreprise, dès lors qu'il constate que celle-ci n'est pas en position dominante sur un marché.

S'agissant de la détermination du marché pertinent, le lecteur est invité à se reporter aux développements consacrés à cette notion au chapitre relatif aux marchés pertinents, *supra*.

### L'appréciation de la position dominante

La jurisprudence, tant interne que communautaire, définit la position dominante comme étant la situation dans laquelle une entreprise est susceptible de s'abstraire des conditions du marché et d'agir à peu près librement sans tenir compte du comportement et de la réaction de ses concurrents (02-D-61).

Une telle position peut résulter de différents facteurs caractérisant le marché lui-même ou l'entreprise, comme la détention, soit d'un monopole légal ou de fait sur une activité, soit de parts de marché substantielles : une telle position peut aussi résulter de l'appartenance à un groupe de grande envergure, de la faiblesse des concurrents, de la détention d'une avance technologique ou d'un savoir-faire spécifique.

Ainsi, dans une affaire relative à des pratiques relevées lors de l'attribution du marché d'exploitation de la décharge de Bagnols-en-Forêt, le Conseil a pris en compte, pour apprécier la position sur le marché de l'entreprise MOS, les éléments relatifs à « (...) *sa position économique au regard de celle de ses concurrents admis (...) à présenter une offre au plan régional, voire national* » (02-D-61).

### Les situations de monopole de droit ou de fait

Une société, autorisée par arrêté préfectoral à créer et à exploiter une hélistation sur une parcelle du domaine public maritime détient, en tant que titulaire de l'autorisation publique, le monopole de l'exploitation de l'hélistation. Cette société se trouve en position dominante sur le marché des prestations fournies sur cette installation, dont l'accès est indispensable aux sociétés qui souhaitent exercer une activité de transport par hélicoptère sur la ligne desservie par cette hélistation (02-D-16).

Electricité de France (EDF), qui disposait, à l'époque des faits, d'un quasi-monopole sur la production et la distribution d'électricité résultant en partie de dispositions légales, détenait une position dominante sur le marché de l'électricité (02-D-34).

Sans qu'il leur soit attribué par la loi, des entreprises peuvent détenir ou acquérir un monopole de fait. Tel est le cas, notamment, des opérateurs historiques sur un marché, qui détenaient, avant l'ouverture de ce marché à la concurrence, un monopole légal, ou des entreprises qui se sont trouvées à l'origine du développement d'une activité.

Cette situation s'observe, notamment, sur le marché des télécommunications. Dans les deux affaires relatives aux conditions d'accès à Internet à haut débit (via l'ADSL), le Conseil a considéré que la société Wanadoo Interactive (filiale de France Telecom) détenait une position dominante eu égard, notamment, à sa part de marché évaluée entre 70 et 90 %. Il a repris sur ce point l'avis rendu sur les pratiques en cause par l'ART, qui avait relevé que France Télécom demeurait en situation de quasi-monopole sur le marché de l'acheminement des communications Internet par l'ADSL, tant en ce qui concerne l'accès à l'abonné, du fait du retard du dégroupage de la boucle locale, qu'en ce qui concerne le transport des flux de tra-

fic, segment sur lequel les autres opérateurs de télécommunications peuvent en principe proposer aux fournisseurs d'accès une offre concurrente, mais qui en réalité, ne détiennent qu'une part très marginale (inférieure à 1 %) du parc total (02-D-38 et 02-D-40).

Dans le cadre d'une saisine dénonçant des pratiques mises en œuvre par l'Institut géographique national (IGN), le Conseil a considéré que ce dernier détenait sur le marché amont des fonds topographiques français un monopole de fait, et qu'il effectuait sur le marché aval des cartes, guides et documents destinés à la randonnée et au tourisme environ 75 % des ventes de cartes et guides destinés à la randonnée et 30 % de ceux destinés au tourisme. Il en a conclu qu'il n'était pas exclu que l'IGN détienne une position dominante sur ces deux marchés (02-MC-02).

Sur le marché du traitement des coupons de réduction, le Conseil a constaté une situation de quasi-monopole de fait au bénéfice de la société Sogec Gestion, dans la mesure où 1 173 fabricants et enseignes adhèrent à cette banque de coupons qui traite annuellement la quasi-totalité des bons de réduction, ce qui permet à la société de détenir une part de plus de 97 % du marché. Dans ce cadre, le Conseil a aussi relevé la notoriété de la société considérée comme un opérateur quasi incontournable du marché, ainsi que la lenteur du développement de la concurrence, aucun des leaders mondiaux du secteur n'étant parvenu à entrer sur le marché français, en dépit des tentatives de certains clients, dont beaucoup sont des entreprises de très grande taille (02-D-33) (Voir aussi Décisions les plus notables, *supra*).

### *L'appréciation de la position dominante individuelle*

#### ● **Situation constitutive d'une position dominante**

##### *Dans le secteur des télécommunications*

Dans sa décision 02-D-69, le Conseil a relevé que la société Orange, filiale de France Télécom, détenait, en termes de clientèle de téléphonie mobile, une part de marché évaluée, selon l'origine des données, à 49,6 % au moins. En termes de chiffre d'affaires de la téléphonie mobile de détail en France métropolitaine, cette part s'était élevée à 43,1 %, ce qui représentait un revenu par client moindre pour cette société que celui de ses concurrents. Cependant, au montant relatif de ces parts de marché, s'ajoutaient un certain nombre d'éléments et de circonstances qui ont conduit le Conseil à estimer que la société Orange se trouvait en position dominante sur le marché des services de téléphonie mobile GSM en France métropolitaine.

En effet, le Conseil a relevé que, sur le plan de la commercialisation de ses services, la société Orange disposait d'une exclusivité auprès des 650 agences de France Télécom. Outre l'avantage concurrentiel que cette exclusivité pouvait lui conférer, Orange bénéficiait, de surcroît, des services de la branche «*Entreprises*» de France Télécom. Par ailleurs, l'antériorité du déploiement de son réseau a permis à Orange d'avoir complété sa couverture avant ses concurrents. L'amortissement plus avancé de son



réseau, ainsi que l'étendue de son parc lui conféraient, de plus, un avantage en termes de coûts moyens de ses services. Enfin, le Conseil a relevé que le caractère dominant de la position d'Orange était confirmé par le fait qu'en dépit d'un niveau de prix supérieur à celui de ses concurrents, sa part de marché en nombre de clients s'était maintenue.

#### *Dans les secteurs de l'audiovisuel et du cinéma*

Dans une affaire concernant le marché français de la diffusion des chaînes par satellite, le Conseil a apprécié la position dominante de la société CanalSatellite, filiale du groupe Canal Plus, au regard des parts détenues par cette société sur le marché pertinent, mais aussi de l'intégration verticale du groupe Canal Plus, présent dans l'activité de production cinématographique, d'édition de programmes, de télédistribution par câble, par satellite et par voie hertzienne, dans le marché d'achat des droits de diffusion et enfin, dans le secteur des technologies numériques d'accès conditionnel et d'interactivité (02-MC-01).

Sur le marché de la distribution des services techniques nécessaires à la télévision numérique hertzienne (opérations techniques de transmission et de diffusion auprès du public des programmes de télévision), qui comprend, notamment, le multiplexage et l'assemblage des signaux, le Conseil a considéré qu'il n'était pas exclu que la société TDF détienne une position dominante en raison de ses positions sur plusieurs marchés connexes. En effet, TDF est titulaire d'un monopole légal sur le marché de la diffusion et de la transmission des programmes des chaînes du service public par tous procédés analogiques de télécommunication et, de plus, elle dispose d'un monopole de fait sur le marché de la fourniture de services de diffusion et de transmission des chaînes nationales privées généralistes (02-MC-04) (cf. Décisions les plus notables, *supra*).

S'agissant du secteur de la publicité dans les salles de cinéma, le Conseil a considéré qu'il n'était pas exclu que la société Médiavision se trouve en position dominante sur le marché cinématographique national et sur le marché connexe de la publicité cinématographique locale en se fondant, de première part, sur la part de 60 % des recettes réalisées sur le premier de ces marchés détenu par cette société, de deuxième part, sur le fait que les contrats proposés par Médiavision aux exploitants de salles de cinéma portent sur les deux types de publicité, de troisième part, sur l'appartenance de cette société au groupe Publicis qui occupe le quatrième rang national des régies publicitaires et, enfin, sur l'évolution importante de son chiffre d'affaires et de ses résultats entre 1998 et 2000 (02-D-03).

#### *Dans d'autres secteurs*

Examinant des pratiques dénoncées dans le cadre de l'immatriculation des véhicules poids lourds d'occasion, le Conseil a considéré, dans ses décisions 02-D-31 et 02-D-32, qu'il n'était pas exclu, en l'état de l'instruction, que chaque constructeur de véhicules poids lourds, qui délivre des attestations de conformité pour les véhicules de sa marque (indispensables à toute immatriculation en France de véhicules importés de l'étranger ; les autres modes d'obtention de tels certificats ne constituant pas une réelle alterna-

tive), détienne une position dominante sur le marché des attestations de conformité pour les véhicules poids lourds d'occasion de sa propre marque.

#### ● Situation non constitutive d'une position dominante

Dans l'affaire relative au marché des implants rachidiens, le Conseil a estimé que la situation de l'entreprise Medtronic, dont les parts de marché se situaient entre 30 et 40 %, ne constituait pas une position dominante, au motif qu'il existait, sur le marché, des concurrents dont les parts étaient proches des siennes. A cet égard, le Conseil a retenu que le nombre de concurrents sur les marchés mondiaux et européens, ainsi que l'intensité de la recherche et de l'innovation dans ce secteur, empêchaient le groupe Medtronic de s'abstraire de la concurrence (02-D-35).

#### *L'appréciation de la position dominante collective*

#### ● Situation constitutive d'une position dominante collective

Dans l'affaire relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement, le Conseil a fait application des principes énoncés par la jurisprudence européenne, notamment, dans les arrêts *Italiana Verro Spa* (TPICE 10 mars 1992, aff. T-68/89, T-77/89 et T-78/89, Rec. II p. 1403) et *Gencor* (TPICE 25 mars 1999, aff. T-102/96, *Gencor*, Rec. II, p. 1375) rendus par le tribunal de Première instance des Communautés européennes, pour analyser la position des sociétés Compagnie générale des eaux (CGE) et Lyonnaise des eaux (SLDE) sur le marché national de la gestion déléguée du service de distribution d'eau et sur le marché national de la gestion déléguée de l'assainissement.

Pour qualifier la position dominante collective de ces deux entreprises, le Conseil a recherché si la situation était celle d'un oligopole restreint formé par des entreprises liées de façon structurelle sur un marché comportant des caractéristiques de concentration, de transparence et d'homogénéité du produit, dans le cadre duquel les entreprises sont en mesure de prévoir leurs comportements réciproques et sont donc fortement incitées à aligner leurs comportements, de façon, notamment, à maximiser leur profit commun en restreignant la production en vue d'augmenter les prix.

A cet égard, le Conseil a relevé que les trois principales entreprises du marché détenaient ensemble entre 98 et 99 % des parts de marché de la distribution de l'eau et de l'assainissement, constituant ainsi un oligopole restreint et que les deux sociétés les plus importantes de cet oligopole, la Compagnie générale de eaux (CGE) et la société Lyonnaise des eaux (SLDE) avaient créé ensemble des entreprises communes constitutives de liens structurels entre elles.

S'agissant du produit, le Conseil a constaté qu'il était caractérisé par l'inélasticité de la demande par rapport au prix et qu'il répondait, sur l'ensemble du territoire national, à des critères de qualité uniformes lui conférant un caractère homogène.

S'agissant des marchés, le Conseil a relevé que celui-ci était peu concurrentiel. En effet, en premier lieu, la part de marché cumulée des entreprises

était restée à la fois très élevée et très stable au cours des 27 dernières années. En deuxième lieu, si occasionnellement de petits opérateurs avaient remporté un marché, leur part demeurait extrêmement modeste. En troisième lieu, peu d'entreprises étrangères participaient aux appels à candidature. En quatrième lieu, une grande permanence des attributaires des marchés était constatée.

Enfin, le Conseil a constaté que les comportements de la CGE et de la SLDE étaient parallèles et prévisibles dans les zones où elles possédaient des entreprises communes (02-D-44) (cf. Décisions les plus notables, *supra*).

#### ● Situation non constitutive d'une position dominante collective

En revanche, dans une affaire relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des tuyaux de gaz flexibles, le Conseil n'a pas retenu la position dominante collective des sociétés Boa AG et Gazinox, après avoir examiné les liens structurels qui les unissaient.

En l'espèce, il a pris en considération le fait que les sociétés Gazinox et Boa AG étaient liées par un contrat d'exclusivité réciproque, que Boa AG détenait une participation au capital de Gazinox ainsi qu'un siège au conseil d'administration de cette société, que Boa AG avait pu adapter sa politique commerciale en fonction de données fournies par la société Gazinox et enfin, que la société Le Boa, filiale de la société Boa AG, avait effectué, pour le compte de cette dernière, un suivi régulier des activités de la société Gazinox.

En effet, la participation de 10 % dans le capital de Gazinox, même complétée par un siège à son conseil d'administration, était dépourvue de voix délibérative et les engagements réciproques de Gazinox et Boa AG, tels que définis dans le contrat d'approvisionnement et de distribution exclusifs, laissaient néanmoins à Gazinox la possibilité de renoncer unilatéralement à l'exclusivité de commercialisation ou d'approvisionnement. Par ailleurs, si les engagements réciproques traduisaient l'accord des deux entreprises sur un partage du profit de monopole tant que leurs produits étaient les seuls présents sur le marché, dès l'apparition de produits concurrents, les intérêts à moyen terme des parties étaient devenus fondamentalement divergents et ne pouvaient qu'entraîner l'application de stratégies différentes. Enfin, l'évolution des parts de marché des sociétés Boa AG et Gazinox entre les années 1997 et 1998 démontraient que ces sociétés n'avaient manifestement pas disposé d'un pouvoir de marché tel qu'il leur aurait permis de conserver leurs parts de marché et marges commerciales (02-D-68).

#### Qualification des pratiques imputables à une entreprise en position dominante

La simple détention d'une position dominante sur un marché n'est pas en soi répréhensible au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce (02-D-40). La qualification d'une pratique au regard de ce texte ne peut intervenir que dans la mesure où elle sera considérée comme abusive.

Une proportion significative des affaires dans lesquelles est en cause un abus de position dominante supposé, donne lieu à une demande de mesures conservatoires. Les décisions rendues sur ces demandes se prononcent, sur la présence éventuelle d'abus de position dominante, 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 des formules «*il n'est pas exclu que*» ou «*est susceptible de*» permet au lecteur de savoir que l'analyse de l'affaire n'a pas donné lieu à une instruction au fond approfondie.

### **Les pratiques ayant été qualifiées d'abusives**

L'article L. 420-2 du code de commerce comporte une liste non limitative des pratiques pouvant être qualifiées d'abusives, telles que le refus de vente, la vente liée, les conditions de vente discriminatoires ou la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées. Cependant, la jurisprudence comporte bien d'autres exemples de pratiques abusives mises en œuvre sur le marché par des entreprises en position dominante.

Comme c'est généralement le cas, la majorité des abus de position dominante constatés et sanctionnés par le Conseil visaient à restreindre ou à exclure des concurrents du marché. Les cas d'abus d'exploitation (une entreprise utilise sa position dominante pour pratiquer des prix excessifs ou refuser de fournir ses clients) sont plus rares.

216

#### **● Pratiques commerciales et contractuelles visant à entraver ou à empêcher l'entrée d'opérateurs sur un marché**

- l'imposition systématique, dans ses contrats avec les fabricants, par la société Sogec Gestion en position dominante sur le marché du traitement des coupons de réduction, d'une clause d'exclusivité reconductible tacitement et sans justification technique ou commerciale ;
- la rétention par cette même société des codes permettant l'impression de bons à rembourser, afin de faire pression sur les fabricants, émetteurs des coupons de réductions, lorsque ceux-ci souhaitaient ne pas renouveler leur contrat ;
- la proposition de fourniture gratuite aux distributeurs d'appareils de lecture de coupons intégrant un logiciel ne reconnaissant que le code de la société en position dominante. Cette offre, qui était accompagnée de propositions tarifaires incitant les magasins à s'équiper de ce logiciel, cherchait ainsi à entraver l'arrivée de concurrents sur le marché. Bien que cette proposition n'ait pas été suivie par les distributeurs, le Conseil a considéré qu'elle revêtait un objet anticoncurrentiel et avait pu produire un effet anticoncurrentiel, dans la mesure où elle accréditait l'idée que le recours à un concurrent de la société dominante était source de complications et de risques pour les fabricants annonceurs (02-D-33) (cf. Décisions les plus notables, *supra*) ;

- la pratique consistant pour la SNCF à accorder à un partenaire, le groupe Accor, une exclusivité qui constitue pour ce groupe un avantage déterminant sur le marché sur lequel il opère, sans qu'il soit possible, en l'état de l'instruction, de s'assurer que les conditions financières du contrat correspondent à une juste rémunération du service rendu par la SNCF, est susceptible de constituer un abus de position dominante (02-MC-05) ;
- l'offre de partenariat présentée par France Télécom aux fournisseurs d'accès à Internet consistant à commercialiser dans les enseignes de la grande distribution des packs associant leur logo à la mention «*La ligne ADSL de France Télécom*» et assortis de conditions d'assistance spécifiques et de conditions tarifaires et de commissionnement encadrées par elle. Une telle offre peut, en ce qu'elle conduit à imposer aux fournisseurs d'accès à Internet un prix minimum du service à leurs clients et un niveau de rémunération commun des enseignes de la grande distribution, constituer un obstacle à la libre fixation par les fournisseurs d'accès à Internet du prix de leurs prestations. A ce titre, le Conseil a estimé qu'il n'était pas exclu que la pratique puisse avoir pour objet ou pour effet de limiter la concurrence pour la fourniture de services Internet à haut débit et constituer un abus de position dominante (02-MC-03) (cf. Décisions les plus notables, *supra*) ;
- le fait, pour l'Institut Géographique National (IGN) d'opérer des répartitions de marché géographique entre ses distributeurs afin d'éviter toute surenchère de réductions de prix par ces derniers, est susceptible de constituer un abus de position dominante (02-MC-02).
- la pratique de TDF, qui détient une position dominante sur les marchés connexes à celui de la distribution de services techniques de la télévision numérique terrestre, d'apporter des réponses incomplètes et imprécises aux demandes d'Antalis concernant les conditions techniques et économiques d'hébergement sur ses sites de diffusion (pylônes) et de pratiquer des prix d'accès à ses infrastructures à un niveau élevé, est susceptible de revêtir un caractère abusif (02-MC-04).

● **Pratiques tarifaires visant à entraver ou empêcher l'entrée sur le marché de concurrents**

- l'octroi de ristournes non-contractuelles et rétroactives, destinées à maintenir des relations d'exclusivité à l'expiration des contrats, afin d'empêcher l'accès d'un concurrent sur le marché (02-D-33) ;
- la pratique de l'IGN consistant, alors qu'il bénéficie de subventions publiques, à fixer des prix bas sur les marchés sur lesquels il est en concurrence, est susceptible de constituer un abus de position dominante, de même que le fait de ne pas élaborer des conditions générales de vente (02-MC-02) ;
- la pratique consistant de la part de TDF à pratiquer des prix d'accès à ses infrastructures à un niveau élevé est susceptible de revêtir un caractère abusif (02-MC-04) ;
- le fait, pour un opérateur en position dominante, de pratiquer des différences de prix non justifiées par des différences de coût de revient des services concernés et qui pourraient donc être discriminatoires, est susceptible de constituer un abus si cette pratique a pour objet ou peut avoir

pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché concerné.

C'est au regard de ce principe que le Conseil a examiné les saisines et les demandes de mesures conservatoires présentées à l'encontre de la pratique de la société Orange consistant à surfacturer les appels destinés aux lignes mobiles des opérateurs concurrents. Il a estimé, d'une part, que cette pratique était susceptible d'avoir pour effet de restreindre le volume des appels passés par les clients de la société Orange à destination des réseaux concurrents. Elle pouvait, d'autre part, influencer sur le choix des clients lors du premier achat ou d'un renouvellement, dans la mesure où ceux-ci seront désormais susceptibles de tenir compte des réseaux auxquels appartiennent leurs principaux correspondants. Enfin, elle pouvait limiter l'interopérabilité des réseaux et donc favoriser le plus grand des parcs, les clients valorisant la possibilité d'appeler et d'être appelés par le plus grand nombre possible de correspondants ; cet effet pouvant être renforcé par l'importance de la part de marché détenue par la société auteur de ces pratiques. En conséquence, le Conseil a considéré que la politique tarifaire dénoncée pourrait, sous réserve d'une instruction au fond, être constitutive d'un abus de position dominante.

Cependant, la société Orange ayant renoncé à l'application de toute différenciation tarifaire en cours de procédure, avant que l'affaire ne soit examinée par le Conseil, celui-ci a estimé que, compte tenu de sa durée limitée, les effets potentiels de la pratique n'avaient pas eu le temps matériel de se développer, de telle sorte qu'elle n'avait pu restreindre de manière sensible le jeu de la concurrence sur le marché concerné (02-D-69). Cette position constitue une application des principes énoncés par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 12 janvier 1999, Zannier.

● **Refus de vente ou de contracter afin d'empêcher l'accès de concurrents au marché**

- le refus opposé par la société CanalSatellite, en position dominante sur le marché français de la diffusion des chaînes par satellite, d'attribuer à la société Canal Europe Audiovisuel qui exerce une activité d'édition de programmes de télévision satellitaire francophones non cryptés, un numéro fixe permettant une bonne réception de la chaîne auprès du public est susceptible de constituer un abus de position dominante (02-MC-01) ;
- la pratique de l'IGN consistant à opposer des refus de vente dans le cadre de son activité en monopole, aux entreprises avec lesquelles il est concurrence sur le marché aval, est susceptible de constituer un abus de position dominante (02-MC-02).

● **Pratiques discriminatoires**

- les attributions discriminatoires par la société CanalSatellite, en position dominante sur le marché français de la diffusion des chaînes par satellite, des numéros fixes permettant une bonne réception de la chaîne auprès du public, sont susceptibles de constituer un abus de position dominante (02-MC-01) ;

- créent une discrimination structurelle entre les opérateurs, au profit de Wanadoo, susceptible de constituer un abus de position dominante (02-MC-03) :
  - la mise en place par France Télécom d'outils permettant la continuité des opérations de vérification de l'éligibilité à l'ADSL des lignes téléphoniques des clients potentiels ;
  - la mise en place d'une procédure de passation des commandes pour la mise en service des connexions ADSL à partir de ses agences commerciales, dont ne peuvent bénéficier dans les mêmes conditions les concurrents de sa filiale Wanadoo ;
  - les délais dans lesquels France Télécom a proposé aux concurrents de Wanadoo, un système d'information et de commandes compatibles avec une distribution de masse et comportant les mêmes conditions de fiabilité et de sécurité (cf. Décisions les plus notables, *supra*).

#### ● Pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés publics

Dans l'affaire relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de la distribution de l'eau potable et de l'assainissement, le Conseil a considéré que le fait, pour les sociétés CGE et SLDE, d'avoir mis en commun sans justification, leurs moyens, à travers la création de filiales communes, pour répondre à des appels à concurrence et de s'être abstenues de faire acte de candidature lorsque l'une de leurs entreprises communes avait répondu à un appel à candidature, constituait un abus de leur position dominante collective.

Le Conseil a en effet considéré qu'en renonçant très largement à répondre aux appels d'offres, en cas de soumission de leurs entreprises communes, ces entreprises ont sensiblement limité l'intensité de la concurrence. Cette abstention a eu ainsi pour effet, d'une manière générale, d'exclure du jeu de la concurrence, dans les zones d'influence de chacune des entreprises communes en cause, les deux sociétés mères, c'est-à-dire les principaux acteurs du marché et ceci, alors qu'elles n'établissaient pas la nécessité d'une concentration de leurs capacités techniques. Au contraire, il apparaissait constant que chacune des deux sociétés mères était, compte tenu de leurs capacités financières et techniques propres, en mesure de répondre seule aux appels d'offres lancés par les collectivités locales.

Par ailleurs, le Conseil a estimé que, compte tenu du degré de concentration des opérateurs sur les marchés, ces sociétés ne pouvaient ignorer qu'un tel comportement était susceptible d'affecter sensiblement la concurrence. Il a donc considéré comme établi que la pratique qui avait produit des effets anticoncurrentiels résultant de la limitation volontaire du nombre d'offres actifs dans la zone d'influence des entreprises communes avait aussi un objet anticoncurrentiel (02-D-44) (cf. Décisions les plus notables, *supra*).

### Les pratiques n'ayant pas été qualifiées d'abusives

#### ● Pratiques commerciales et contractuelles visant à entraver ou à empêcher l'entrée d'opérateurs sur un marché

Dans sa décision 96-D-51 relative à des pratiques de la société Héli-inter assistance, le Conseil de la concurrence avait précisé que constituait une pratique ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence : *«Le fait pour l'exploitant d'une structure essentielle de refuser de façon injustifiée l'accès à cette dernière à ses concurrents ou de ne leur permettre cet accès qu'à un prix abusif, non proportionné à la nature et à l'importance des services demandés, non orienté vers les coûts de ces services et non transparent, leur interdisant ainsi de faire des offres ou de réaliser des marchés dans des conditions compétitives avec les siennes»*.

Dans une affaire similaire relative aux conditions d'accès à l'hélistation de Cannes-Palm Beach, exploitée par la société Héli-inter Riviera (concessionnaire exclusif qui exerçait, parallèlement, une activité de transports en hélicoptère sur la ligne reliant Nice à Cannes, en concurrence avec la société Nice Hélicoptère), le Conseil de la concurrence n'a pas retenu d'abus de position dominante. Il a en effet estimé que, ne pouvaient constituer des abus :

220

- le refus initial opposé par le gestionnaire de l'hélistation d'implanter un bungalow nécessaire à l'accueil des clients de la société Nice Hélicoptère, qui était justifié au regard des termes de la concession d'occupation temporaire du domaine public. Par ailleurs, la société Héli-inter Riviera avait accompli les démarches administratives nécessaires à l'installation de ce bungalow qui avait finalement été mis en place dans un délai raisonnable ;
- l'imposition d'un préavis de vol plus long pendant la période d'hiver, dans la mesure où l'obligation faite au gestionnaire de garantir une possibilité permanente d'utilisation était remplie et que le nombre moindre de passagers durant cette période justifiait un préavis plus long en raison d'imperatifs de gestion et de sécurité ;
- la suppression, par le gestionnaire, d'un portail, découpé d'initiative dans le grillage clôturant l'héliport par la société Nice hélicoptères, alors que les normes du cahier des charges n'autorisaient pas une telle entrée pour des contraintes de sécurité ;
- le montant de la redevance d'atterrissage fixée par la société Héli-inter Riviera, qui n'était pas appliquée de façon discriminatoire et ne revêtait pas de caractère abusivement excessif, ce qui était démontré par le fait que ce montant était, en toute hypothèse, insuffisant à couvrir les dépenses inhérentes au fonctionnement permanent de l'hélistation (02-D-16).

Le choix d'un mode de distribution relève de la libre appréciation du fournisseur, sous réserve que le refus opposé à un revendeur ne constitue pas, en raison des circonstances dans lesquelles il intervient, une pratique contraire aux règles de la concurrence. Un fournisseur demeure ainsi libre de modifier l'organisation de son réseau de distribution sans que ses clients bénéficient d'un droit acquis au maintien de leur situation. Une telle modi-



fication ne constitue pas en elle-même une pratique anticoncurrentielle, dès lors que les revendeurs disposent, notamment, de la possibilité de s'approvisionner auprès du distributeur désigné par le fournisseur (02-D-26).

- **Pratiques tarifaires visant à entraver ou empêcher l'entrée sur le marché de concurrents**

La jurisprudence communautaire et interne qualifie d'abus, de la part d'une entreprise en position dominante, le fait d'empêcher des concurrents de pénétrer sur un marché ou de gêner l'activité de ceux qui s'y trouvent, en imposant à son client de lui acheter un volume de prestations injustifié, que ce dernier ne serait pas en mesure de discuter ou bien de fixer son prix à un niveau manifestement excessif.

Ainsi, une pratique de prix abusifs à l'égard de particuliers ou de professionnels, dans le cadre d'un monopole, peut être établie, s'il existe une disproportion manifeste entre ce prix et la valeur du service correspondant (CJCE General Motors 13 novembre 1975 et CJCE 11 novembre 1986 British Leyland). Il en est de même si une telle anomalie manifeste apparaît à la suite d'une comparaison effectuée sur une base homogène dans le cadre d'une analyse des composants du prix pratiqué (CJCE 14 février 1978 UBC, 13 juillet 1989 Tournier et décision du Conseil de la concurrence 00-D-27 du 13 juin 2000). Cependant, une telle pratique n'existe pas si la disproportion constatée comporte une justification (CJCE, 8 juin 1971, Deutsche Grammophon et CJCE, 13 juillet 1989, Tournier).

Dans une affaire mettant en cause l'État et l'Association pour les Fouilles Archéologiques Nationales (ci-après l'AFAN) qui dispose d'une position dominante sur le marché des fouilles archéologiques préventives, le Conseil de la concurrence a été conduit à s'interroger sur le caractère excessif d'un devis de travaux présenté par cette association. En l'absence d'une base de comparaison homogène, il s'est trouvé dans l'impossibilité de se prononcer sur le caractère anormalement élevé de ce devis de travaux présenté par l'AFAN. En effet, les concurrents de cette association n'avaient pu, faute d'avis positif préalable rendu par la commission interrégionale de la recherche archéologique, déposer de projet. Une offre concurrente avait pourtant été présentée par une société espagnole pour un montant très inférieur à celui proposé par l'AFAN. Le Conseil a estimé qu'il n'était pas possible de comparer ces deux offres, dans la mesure où les éléments du dossier ne permettaient pas d'établir que la différence de prix ne se justifiait pas par l'inadéquation des prestations ou par l'insuffisance scientifique du projet au prix le moins élevé (02-D-18).

- **Refus de vente ou de contracter afin d'empêcher l'accès de concurrents au marché**

Un demandeur est libre de choisir ses fournisseurs en formulant certaines exigences techniques dans le respect de la réglementation en vigueur. Comme l'a déjà précisé le Conseil, notamment dans son rapport d'activité pour l'année 1991, la libre expression des choix par les demandeurs, joue un rôle crucial dans l'économie de marché en ce sens qu'elle oriente, si elle n'est pas mise en échec par des pratiques anticoncurrentielles émanant des

offreurs, les ressources vers les emplois qui sont les plus appréciés et permet ainsi d'obtenir l'efficacité du système économique.

En application de ce principe, le Conseil, dans le cadre de l'examen d'une saisine relative à des pratiques mises en œuvre par EDF dans le secteur de la construction et l'entretien de centrales nucléaires, a considéré qu'aucun élément du dossier ne montrait que cette entreprise aurait adopté un comportement visant à éliminer certaines sociétés du marché, notamment, en imposant des exigences techniques non justifiées, en adoptant certaines modalités de consultation ou en mettant en œuvre des conditions discriminatoires. Il a précisé sur ce point qu'en raison des responsabilités qui lui incombent en matière de sûreté nucléaire, l'exigence d'EDF que certains essais de matériels soient effectués sur des bancs d'essai agréés par elle, ou le fait d'écarter une société de certains marchés pour des considérations techniques ou l'absence de qualification ou d'agrément nécessaire, ne pouvaient revêtir un caractère manifestement excessif et abusif (02-D-65).

#### ● Pratiques discriminatoires

Le refus de réintégration à une chambre professionnelle d'un postulant qui avait été radié pour non-paiement de ses cotisations, conformément aux statuts de l'organisation, ne revêt pas de caractère abusif, dès lors que ce refus a été motivé et qu'il repose sur un critère précis, objectif et non-discriminatoire (02-D-05).

#### ● Introduction de procédures judiciaires

Le Conseil de la concurrence a été conduit, à plusieurs reprises, au cours de l'année 2002, à rappeler les conditions très strictes dans lesquelles une action en justice introduite par une entreprise en position dominante pourrait constituer une pratique abusive.

A cet égard, il a rappelé, d'une part, la décision de la Commission européenne, «*Promedia NV/Belgacom*», qui a précisé que «*le fait d'intenter une action en justice, expression du droit fondamental d'accès au juge, ne peut être qualifié d'abus, sauf si une entreprise en position dominante intente des actions en justice qui ne peuvent pas être raisonnablement considérées comme visant à faire valoir ses droits et ne peuvent dès lors servir qu'à harceler l'opposant, et qui sont conçues dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer la concurrence*», et d'autre part, l'arrêt n° 1675 rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation, le 9 octobre 2001, qui précise que la preuve de l'intention de nuire doit être rapportée pour qu'un abus de droit puisse être qualifié.

En application de ces principes, le Conseil a considéré que ne constituaient pas des pratiques abusives :

- l'action judiciaire engagée devant le tribunal de commerce par la société Sofamor sur le fondement de la concurrence déloyale à l'encontre de son concurrent, la société Spinevision, pour avoir débauché certains de ses anciens chercheurs. Le Conseil a relevé à cet égard que la société Spinevision avait été fondée par un ancien salarié de Sofamor et comptait parmi ses inventeurs trois anciens chercheurs ou techniciens de cette

même société, que les deux sociétés interviennent dans le même domaine et, enfin, que le produit développé par Spinevision constitue une amélioration du produit de Medtronic (02-D-35) ;

- les procédures judiciaires en concurrence déloyale, intentées par les sociétés Expositum et Havas, qui ont abouti à un jugement au fond et une ordonnance de référé faisant droit à leurs demandes (02-D-54) ;
- l'introduction d'une action devant un tribunal de commerce qui ne répondait à aucune autre motivation que de faire valoir et reconnaître ses droits, de même que la demande tendant à ce que soit ordonnée la publication du jugement à venir, qui fait partie des mesures de réparation que peuvent prononcer les autorités de jugement (02-D-76).

#### • Subventions croisées, aides commerciales accordées à une filiale, prix prédateurs

A l'occasion de l'examen de pratiques d'aides à des filiales, mises en œuvre par la société France Télécom, le Conseil a rappelé les principes applicables en droit de la concurrence aux subventions accordées à une activité ou une filiale se trouvant sur un marché ouvert à la concurrence par une entreprise publique détenant un monopole légal (02-D-63).

Ces principes, qui ont déjà été rappelés dans les rapports d'activité précédents, notamment celui de l'année 1999, sont les suivants :

- il est licite, pour une entreprise publique qui dispose d'une position dominante sur un marché en vertu d'un monopole légal, d'exercer une activité ou d'entrer sur un ou des marchés relevant de secteurs concurrentiels, à condition qu'elle n'abuse pas de sa position dominante pour restreindre ou tenter de restreindre l'accès au marché à ses concurrents, en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites ;
- une entreprise publique disposant d'un monopole légal qui utilise les ressources de son activité monopolistique pour subventionner une nouvelle activité ne méconnaît pas, de ce seul fait, les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce. En revanche, un éventuel déficit structurel des activités de diversification (activités en concurrence) indéfiniment compensé par les résultats positifs tirés de l'activité du monopole *«conduirait au maintien sur le marché d'une offre artificiellement compétitive qui sinon disparaîtrait»* et *«la permanence de cette offre rétroagirait, en outre, sur le fonctionnement concurrentiel du marché»*. Ces mécanismes de subventions croisées *«constituent des facteurs de distorsion de concurrence parce qu'en subventionnant des activités de diversification, ils reviennent à consentir aux filiales des avantages appréciables par rapport aux concurrents. A long terme, de telles pratiques risquent d'éliminer du marché tous les acteurs économiques ne bénéficiant pas de conditions analogues»* (avis 94-A-15 du 10 mai 1994) ;
- est susceptible de constituer un abus le fait, pour une entreprise disposant d'un monopole légal (...) d'utiliser tout ou partie de l'excédent des ressources que lui procure son activité sous monopole pour subventionner une offre présentée sur un marché concurrentiel, lorsque la subvention est utilisée pour pratiquer des prix prédateurs ou lorsqu'elle a condi-

tionné une pratique commerciale qui, sans être prédatrice, a entraîné une perturbation durable du marché qui n'aurait pas eu lieu sans elle (décision 00-D-47 du 22 novembre 2000) ;

- la mise à disposition de moyens tirés d'une activité réalisée sous monopole légal pour le développement d'activités relevant du champ concurrentiel, est susceptible d'être qualifiée au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce si deux conditions cumulatives sont réunies. Il faut, en premier lieu, que la mise à disposition de moyens puisse être qualifiée de «*subvention*», c'est-à-dire qu'elle ne donne pas lieu, de la part de l'activité qui en bénéficie, à des contreparties financières reflétant la réalité des coûts. Il faut, en second lieu, que l'appui ainsi apporté présente un caractère anormal (décision 00 D-57 du 6 décembre 2000).

En application de ces principes, au cours de l'année 2002, le Conseil a considéré que ne constituaient pas des pratiques abusives anticoncurrentielles :

- les mises à disposition et détachements de personnels de France Télécom auprès de certaines de ses filiales, moyennant des contreparties financières effectives comprenant les rémunérations et cotisations sociales correspondantes, ainsi que les avantages en nature sans qu'il soit établi que ces contreparties financières auraient été insuffisantes ;
- l'orientation gratuite de clientèle par France Télécom vers sa filiale Cofratel, dans la mesure où cette pratique n'a pas permis à Cofratel de mettre en œuvre des pratiques de prix prédateurs et n'a entraîné aucune perturbation importante ou durable du marché ;
- l'utilisation de l'enseigne et du logo de leur maison-mère «*France Télécom*» par les filiales, dans la mesure où il n'a pas été démontré que dans leur politique de communication, les filiales mises en cause se seraient prévaluées abusivement d'avantages liés aux monopoles de droit ou de fait détenus par leur société mère (02-D-63) ;
- l'octroi par EDF d'avantages matériels et immatériels à ses filiales sur le marché de l'ingénierie énergétique, les sociétés Industelec. Ces avantages s'ils ont pu favoriser le développement de ces sociétés, notamment grâce aux commandes d'études d'EDF, aux informations techniques fournies par EDF, au prêt de matériel, à la facturation directe des prestations de ces sociétés sur la facture EDF ou encore aux recommandations de la part des agents d'EDF de recourir aux services de ces dernières, n'ont, toutefois, pas conduit à une perturbation durable et importante du marché de l'ingénierie ou à des prix prédateurs ;
- l'octroi par EDF d'aides commerciales concernant les prestations d'ingénierie proposées par ses filiales Industelec et destinées à convaincre les clients de choisir l'énergie électrique plutôt qu'une énergie concurrente, dans la mesure où il n'a pas été établi que les prix des prestations des filiales, une fois les aides accordées déduites, étaient prédateurs ou que les conditions dans lesquelles elles ont été octroyées étaient discriminatoires, les autres sociétés d'ingénierie pouvant, en effet, solliciter auprès d'EDF les mêmes aides pour leurs propres clients (02-D-34) ;
- la promotion effectuée par France Télécom, sur des enveloppes d'envoi des factures téléphoniques, des services de télécommunications à haut débit, à l'exclusion de toute mention aux services d'accès à Internet pro-

posés par sa filiale Wanadoo Interactive, dans la mesure où le fait de recourir à un tel support n'empêchait nullement les consommateurs de s'adresser au fournisseur d'accès de leur choix (02-D-38) ;

- la recommandation par Gaz de France, dans une lettre d'information, d'utiliser des tuyaux flexibles métalliques onduleux Gazinox, dont la commercialisation était assurée par sa filiale, au motif que, d'une part, ce produit était, au moment des faits, le seul sur le marché et que, par la suite, lorsque des produits concurrents sont apparus sur le marché, la société Gaz de France a assuré la promotion de l'ensemble de ceux-ci et, d'autre part, que la lettre en cause n'avait été distribuée que dans un seul département (soit à moins de 0,5 % des particuliers qui forment la clientèle de Gaz de France dans la France entière) et n'avait donc pas pu avoir d'effet anticoncurrentiel sensible sur le marché (02-D-68).

Enfin, dans sa décision relative à l'attribution du marché d'exploitation de la décharge de Bagnols-en-Forêt, le Conseil a considéré que, si le fait pour une société mère, en position dominante sur un marché, de subventionner une de ses filiales, afin de lui permettre de présenter des prix prédateurs destinés à éliminer la concurrence, constitue un abus, il n'existait, en l'espèce, aucun élément permettant de penser que la société filiale MOS aurait bénéficié de l'appui, matériel, financier ou humain de sa société mère (le groupe Suez-Lyonnaise des eaux) pour présenter son offre. En conséquence, l'affaire a fait l'objet d'un non-lieu (02-D-61).

#### ● Pratiques diverses

Dans l'affaire relative aux conditions d'accès au service «*Micromarché TV*» proposé par la société Médiamétrie, en monopole sur le marché de la mesure de l'audience télévisuelle, le Conseil a rappelé, ainsi qu'il l'avait déjà énoncé dans sa décision 98-D-53, que compte tenu de la nature particulière de la matière première que constituent les données d'audience, les contraintes imposées par la société Médiamétrie aux sociétés de services informatiques consistant, en contrepartie de la gratuité d'accès aux données Médiadata ou médiamat, à ne leur permettre de vendre leurs services qu'à des sociétés qui sont, par ailleurs, abonnées à Médiamétrie pour l'obtention de ces données, ne constituent pas un abus de la position dominante de la société Médiamétrie (02-D-47).

## Les abus de dépendance économique

Aux termes de l'article L. 420-2 alinéa 2 : «*Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou pratiques discriminatoires visées à l'article L. 442-6*».

L'application de ces dispositions suppose donc d'établir, dans un premier temps, l'état de dépendance économique d'une entreprise à l'égard d'une autre et, dans un second temps, l'abus commis par cette dernière.

### La notion de dépendance économique

La dépendance économique d'une entreprise à l'égard d'une autre s'apprécie par le cumul de différents critères qui sont : la notoriété du produit en cause ou de sa marque, l'importance de la part de ce produit dans le chiffre d'affaires de l'entreprise prétendument en dépendance (à condition, toutefois, que cette part ne résulte pas d'un choix délibéré de politique commerciale de l'entreprise) et enfin, la difficulté pour cette dernière d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents (02-D-77).

Dans une affaire relative aux pratiques de la société Buroservices, baille-resse de locaux à usage de bureaux, que dénonçait la société CAR, sa locataire, le Conseil a précisé que les pratiques décrites par la plaignante comme abusives (rupture brutale du contrat de bail, interruption de l'alimentation électrique, retrait de l'enseigne de la société CAR) ne pouvaient être analysées sans qu'il soit, au préalable, démontré que la société CAR se trouvait en situation de dépendance économique à l'égard de la société Buroservices (02-D-24).

De même, lors de l'examen d'une saisine relative aux pratiques relevées dans le secteur du transport et du stockage de marchandises, le Conseil a rappelé qu'en l'absence d'un état de dépendance économique, la rupture brutale des relations commerciales ne peut constituer une infraction aux dispositions de l'article L. 420-2, alinéa 2. Dans cette affaire, la société plaignante réalisait, en 1996, 75 % de son chiffre d'affaires avec la société dont elle dénonçait les pratiques de rupture, mais il était établi par les éléments du dossier que cette part avait diminué régulièrement pour ne représenter que 45 % en 1998/1999, et alors que le chiffre d'affaires total de cette société n'avait que très faiblement baissé. Dans ces circonstances, le Conseil a considéré que la société plaignante avait su compenser, par d'autres activités, la réduction d'activités réalisées avec son premier partenaire, de telle sorte que l'état de dépendance économique n'était pas démontré (02-D-77).

En revanche, dans l'affaire relative aux conditions d'exploitation de l'hélicoptère de Cannes-Palm Beach, le Conseil a admis qu'un transporteur autorisé à exploiter une ligne de transport par hélicoptère entre Nice et Cannes se trouvait en état de dépendance économique à l'égard du gestionnaire de l'infrastructure de l'hélicoptère concernée, dans la mesure où l'accès à celle-ci était indispensable à l'exercice de son activité de transporteur sur la ligne Nice-Cannes et où l'utilisation de plates-formes voisines ne pouvait constituer une solution techniquement et commercialement équivalente (02-D-16).

### La notion d'abus de dépendance économique prohibé

Aucune pratique d'abus de dépendance économique n'a été examinée par le Conseil durant l'année 2002, soit parce que le Conseil n'a pas retenu d'état de dépendance économique (02-D-77 et 02-D-24), soit parce que les pratiques en cause ont été examinées au regard des dispositions prohibant l'abus de position dominante (02-D-16).

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

### Les pratiques résultant d'un texte

L'article L. 420-4-I-1 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.

Dans le cadre des pratiques d'entente anticoncurrentielle poursuivies à l'encontre d'un certain nombre d'entreprises de déménagement en Bretagne, plusieurs d'entre elles avaient fait valoir que les agissements qui leur étaient reprochés leur étaient imposés par le décret fixant le barème des frais de mutation des personnels de l'État. Le Conseil a écarté ce moyen au motif que les pratiques de concertation incriminées ne résultaient nullement de l'application des dispositions régissant le remboursement des frais de déménagement des militaires, lesquelles visent, au contraire, à faire échec à de telles pratiques en valorisant la concurrence, afin de faire baisser les prix à l'avantage du consommateur (02-D-62).

### 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 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. Enfin, doit également être rapportée la preuve que ce progrès est suffisamment important pour justifier les atteintes à la concurrence relevées.

Dans le cadre de l'affaire relative à une entente sur les prix des appareils électroménagers et audiovisuels, un fabricant et un distributeur ont invoqué le progrès économique et fait valoir, à cet égard, que les pratiques en cause



auraient permis, notamment, l'introduction de nouveaux produits et de nouvelles technologies, l'amélioration de la qualité des prestations, la diminution des coûts. Il était aussi prétendu que, pendant la période considérée, les prix et les marges avaient «chuté» ce qui démontrait la forte concurrence sur le marché au bénéfice du consommateur qui pouvait profiter d'équipements plus performants à un coût moindre.

Le Conseil a rejeté cette argumentation en indiquant que la baisse tendancielle des prix de vente au détail dans le secteur, procédait avant tout de la baisse des coûts de production résultant, notamment, du progrès technologique. En conséquence, l'observation de baisses de prix sur les marchés en cause n'impliquait pas que des baisses de prix plus importantes ne se seraient pas produites si les distributeurs avaient respecté la règle du jeu concurrentiel. Par ailleurs, le Conseil a considéré que l'irruption de nouveaux offreurs sur les marchés en cause ne saurait être mise au crédit des distributeurs concernés (02-D-42).

Le progrès économique a aussi été invoqué dans l'affaire du déménagement des personnels de la marine nationale en Bretagne. Le Conseil a rejeté le moyen en considérant que le progrès économique résultant des concertations en cause n'était nullement justifié. Bien au contraire, le dossier comportait des pièces démontrant que les devis effectués par des entreprises extérieures à l'entente étaient inférieurs de 30 % à ceux des entreprises participant à la concertation (02-D-62).

## ■ 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».*

Le Conseil a été saisi sur ce fondement par la société Speed Rabbit Pizza de pratiques mises en œuvre par plusieurs de ses concurrentes et consistant à offrir une pizza gratuite pour toute pizza commandée et livrée à domicile. La plaignante exposait que ces entreprises pratiquaient des prix de vente abusivement bas aux consommateurs et que cette offre, faisant l'objet de tracts publicitaires distribués à domicile, relevait d'une stratégie d'élimination des concurrents sur le marché.

La décision rendue sur cette saisine a, tout d'abord, rappelé les conditions d'une qualification de prix abusivement bas, c'est-à-dire, en premier lieu, l'existence d'un niveau de prix proposé insuffisant au regard des coûts de production, de transformation et de commercialisation et, en second lieu, la constatation que ce prix traduit une volonté d'éviction ou comporte une



potentialité d'éviction d'une entreprise concurrente ou d'un produit de cette entreprise concurrente.

S'agissant de l'analyse du prix au regard des coûts, le Conseil a vérifié, sur la base des éléments comptables propres à chaque entreprise, si les prix de vente pratiqués pour la livraison de deux pizzas au prix d'une seule, sont effectivement inférieurs aux coûts de production, de transformation et de commercialisation de deux pizzas.

S'agissant des coûts de référence, le Conseil a rappelé les principes posés par la jurisprudence communautaire et nationale en ce qui concerne les prix de prédation mis en œuvre par une entreprise en position dominante et, notamment, les termes de l'arrêt de la Cour de justice des communautés européennes, du 3 juillet 1991, dans l'affaire Akzo, qui définit les prix prédateurs comme étant «*des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables [...] par lesquels une entreprise dominante cherche à éliminer un concurrent doivent être considérés comme abusifs. Une entreprise dominante n'a en effet aucun intérêt à pratiquer de tels prix, si ce n'est celui d'éliminer ses concurrents [...] puisque chaque vente entraîne pour elle une perte, à savoir la totalité des coûts fixes [...] et une partie au moins des coûts variables afférents à l'unité produite ; - par ailleurs, des prix, inférieurs à la moyenne des coûts totaux qui comprennent les coûts fixes et les coûts variables mais supérieurs à la moyenne des coûts variables, doivent être considérés comme abusifs lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent*».

En application de cette analyse, le Conseil a rappelé que, dans l'hypothèse où une entreprise aurait pratiqué un prix de vente qui serait inférieur aux coûts variables, la preuve de la volonté d'éviction résulte de plein droit de la mise en œuvre de cette pratique, si l'entreprise est en position dominante, comme c'est le cas dans les circonstances de l'arrêt AKZO. En revanche, si l'entreprise n'est pas en position dominante, cette pratique constitue une présomption simple ou un indice de sa volonté d'éviction, qui doit être complété par d'autres indices pour établir l'existence d'une telle volonté. Dans ce dernier cas, il convient alors d'examiner si la démonstration de la volonté d'éviction ou de la potentialité d'éviction, exigée par le texte de l'article L. 420-5, résulte de l'ensemble des éléments figurant au dossier.

Par ailleurs, le Conseil a précisé que la détermination de la nature fixe ou variable des coûts recensés et leur évaluation (appréciée au regard des circonstances de l'espèce) doivent être réalisées à partir de la comptabilité analytique établie mensuellement par chacune des entreprises et que sont variables les coûts dont l'évolution est liée au développement des ventes.

En l'espèce, une analyse des comptes a établi que le chiffre d'affaires des entreprises incriminées avait couvert l'ensemble des coûts fixes et variables de l'offre publicitaire visant à proposer deux pizzas livrées pour le prix d'une seule, de telle sorte que les coûts totaux de production, de transformation et de commercialisation de ces pizzas ont été couverts.

Le Conseil a, par conséquent, considéré que la première condition, relative à l'insuffisance du niveau de prix par rapport aux coûts de production, de

transformation et de commercialisation des pizzas livrées, n'était pas remplie en l'espèce.

A titre surabondant, il a, néanmoins, examiné si la seconde condition, relative à la démonstration de l'objet ou de la potentialité d'effet d'éviction du marché de l'entreprise qui prétend en être victime, était remplie.

S'agissant de l'objet de la pratique, aucun élément du dossier ne démontrait que l'offre de deux pizzas livrées pour le prix d'une, aurait eu pour objet d'évincer du marché l'entreprise plaignante.

S'agissant de l'effet d'éviction ou de la potentialité d'un tel effet, le Conseil a, tout d'abord, pris en compte le rapport de force existant entre les opérateurs concernés au regard de leurs parts du marché, de leurs capacités financières, de leur force commerciale respective et de leur structure d'activité. En effet, la pratique de prix bas n'est susceptible d'avoir un effet d'éviction, que si elle est mise en œuvre par un opérateur dont les moyens sont suffisamment importants, et qu'à l'inverse, celui qui se prétend victime d'une telle pratique, ne dispose pas de moyens lui permettant d'y résister. En l'espèce, les éléments du dossier démontraient que les magasins de la plaignante réalisaient des chiffres d'affaires bien supérieurs à ceux de ces concurrents et les données disponibles relatives au secteur concerné, pour l'année 2000, permettaient de constater que l'enseigne Speed Rabbit Pizza se situait au troisième rang, devancée par Pizza Hut et La Boîte à Pizzas.

En ce qui concerne l'impact potentiel des pratiques, le Conseil a précisé que devait être pris en compte la permanence et l'étendue de la pratique. En l'espèce, il a relevé que les zones de chalandise couvertes par les magasins de livraison de pizzas étaient restreintes en raison de la densité d'urbanisation, des facilités de circulation et compte tenu de l'engagement de respecter un délai de 30 minutes entre la passation de la commande et sa livraison ainsi que de la nécessité de livrer un plat encore chaud, de telle sorte que les publicités incriminées étaient susceptibles d'affecter la capacité concurrentielle des seuls magasins concurrents situés dans cette zone limitée.

Par ailleurs, le Conseil a relevé que les campagnes de publicité avaient été de très courte durée (entre 1 et 2 mois) ou ne concernaient que les livraisons effectuées les lundis et mardis, jours des ventes les plus faibles, que les chiffres d'affaires hebdomadaires des magasins en cause sur ces périodes, étaient voisins des chiffres d'affaires hebdomadaires constatés dans les 6 semaines précédant et les 6 semaines suivant ladite période, que, de même, le pourcentage des ventes en livraison par rapport aux ventes à emporter n'avait pas connu de variations significatives et restait proche de la moyenne constatée sur l'ensemble des 18 semaines considérées. Par ailleurs, certains magasins à l'enseigne Speed Rabbit Pizza avaient réalisé des chiffres d'affaires en augmentation pendant ces campagnes publicitaires.

Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, le Conseil a rejeté la saisine faute d'éléments suffisamment probants (02-D-64).

Par ailleurs, le Conseil a été saisi sur le fondement de l'article L. 420-5 du code de commerce par le Syndicat français des assureurs conseils (SFAC),

dont les adhérents sont des courtiers en assurance, de pratiques mises en œuvre par quatre sociétés d'assurance directe, qui proposent des contrats d'assurance automobile à des tarifs très bas, de 40 à 50 % moins chers que ceux pratiqués par les compagnies traditionnelles.

Reprenant les principes énoncés dans la décision analysée précédemment, il convenait de comparer les tarifs des assureurs directs aux coûts effectivement supportés par ces derniers et rechercher si ces tarifs pouvaient avoir pour objet ou pour effet d'éliminer les courtiers d'assurance du marché de l'assurance automobile.

Sur l'analyse des tarifs par rapport aux coûts, le Conseil a précisé que s'agissant de produits d'assurance, la comparaison, d'une part, des tarifs pratiqués lors de la signature d'un contrat et, d'autre part, des coûts totaux supportés par l'assureur, nécessite un calcul complexe prenant en compte les variables aléatoires que sont la probabilité d'un sinistre et la durée totale du contrat. Il s'agit en effet de comparer la valeur actualisée de la somme des primes versées sur la durée future du contrat, avec la valeur actualisée, sur la même durée, des coûts d'acquisition, de commercialisation et de gestion du contrat, augmentée de la valeur actualisée du coût des sinistres à venir. Mais le Conseil a considéré que dans le cas des sociétés d'assurance directe, ce calcul serait biaisé par le fait qu'étant de création relativement récente, et en phase de croissance rapide de leur portefeuille de risques, elles supportent des coûts d'acquisition élevés, sans que la durée moyenne de l'ancienneté de leurs contrats ait atteint sa pleine maturité.

En conséquence, il a considéré que les pertes comptables enregistrées par les entreprises en cause ne suffisaient pas à démontrer que leurs prix sont inférieurs à leurs coûts totaux.

Sur l'objet d'éviction, le Conseil a observé que la création des assurances directes par les assureurs traditionnels a été réalisée pour faire face à la concurrence des mutuelles : la conquête, par ces dernières, d'une part de marché conséquente a, en effet, montré que le marché s'était segmenté et qu'une part importante de la clientèle était moins sensible aux services rendus par des intermédiaires, tels que les courtiers, qu'aux tarifs pratiqués. Ainsi, l'objet poursuivi par ces sociétés d'assurance n'était donc pas l'éviction des courtiers en assurance, qui continuent d'ailleurs à distribuer une part notable, bien qu'en baisse, des assurances automobile (17 %), mais la diversification des modes de distribution offerts aux consommateurs. Le Conseil a estimé qu'une telle diversification était, au contraire, de nature à favoriser le jeu de la concurrence.

Sur l'effet d'éviction, le Conseil a rappelé son avis 97-A-18 aux termes duquel : «*Seule une pratique de prix très bas mise en œuvre par un distributeur, dont le maintien sur le marché est en tout état de cause assuré notamment en raison de sa part de marché, de ses capacités financières, de ses structures commerciales, et à condition que la pratique soit de nature à évincer du marché préalablement défini des distributeurs qui ne disposeraient pas eux-mêmes des moyens de résister à cette pratique commerciale, pourrait revêtir un caractère abusif*». Il a estimé qu'en l'espèce, il n'était pas établi que les tarifs pratiqués par les assureurs directs avaient eu pour effet

d'évincer des courtiers du marché ou avaient été la cause directe d'une baisse importante de leur chiffre d'affaires. En conséquence, le Conseil a prononcé un non-lieu à poursuivre la procédure (02-D-66).

## ■ La politique du Conseil en matière de sanctions

En donnant au Conseil de la concurrence la possibilité d'infliger des sanctions, l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 l'avait doté d'un réel pouvoir de remédier au trouble à l'ordre public économique que constituent les pratiques anticoncurrentielles, à la fois de façon punitive, mais aussi corrective par la possibilité de prononcer des injonctions. Ces pouvoirs ont été renforcés par les dispositions de la loi n° 2001-420, du 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques, dite NRE, qui a élevé le plafond des sanctions pouvant être prononcées par le Conseil à 10 % du chiffre d'affaires mondial, hors taxes, le plus élevé réalisé au cours de l'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre, ou à trois millions d'euros si le contrevenant n'est pas une entreprise et a, par ailleurs, porté à 750 000 euros, pour chacun des auteurs des pratiques prohibées, le plafond des sanctions qui peuvent être prononcées à la suite d'une procédure simplifiée, c'est-à-dire ne comportant pas l'établissement d'un rapport (articles L. 464-2 et L. 464-5 du code de commerce).

232

Ces dispositions n'ont pas encore été appliquées par le Conseil de la concurrence, car les infractions sur lesquelles il a statué au cours de l'année 2002 avaient toutes été commises antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001. Il a donc considéré qu'en vertu du principe de la non rétroactivité des lois à caractère repressif, énoncé notamment par les articles 6 et 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et 15-1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 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, n'étaient pas applicables à ces infractions (voir par exemple la décision 02-D-33).

Par ailleurs, la loi a introduit une procédure de transaction ainsi qu'une procédure de clémence dans le dispositif relatif aux sanctions, qui devraient permettre de renforcer la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, notamment, contre les cartels. Cependant, ces dispositions sont elles aussi trop récentes pour que le Conseil ait pu les mettre en application, au cours de l'année 2002.

### L'aspect correctif : les injonctions

#### Injonction de s'abstenir de certaines pratiques

Dans sa décision relative au traitement des coupons de réduction, le Conseil, pour mettre fin aux pratiques relevées et à leurs effets, a joint à

la société Sogec Gestion de suspendre, sans délai, l'application de la clause d'exclusivité anticoncurrentielle contenue dans les contrats en cours, de cesser pendant une durée de 5 ans de proposer des contrats comportant une telle clause, de cesser de pratiquer la rétention des codes en cas de mention d'une autre banque de coupons et de ne plus refuser l'apposition de codes appartenant à des prestataires concurrents (02-D-33).

S'agissant des pratiques retenues contre la Chambre syndicale des entreprises de déménagement, le Conseil a enjoint à cette organisation professionnelle de mettre un terme, dans un délai de six mois à compter de la notification de la décision, à l'usage de déléguer aux groupements régionaux l'enquête préliminaire sur les candidats à l'adhésion, ainsi qu'à l'usage d'imposer un parrainage par des entreprises déjà adhérentes (02-D-60).

### Injonction de prendre certaines mesures

Les injonctions prononcées à cet égard en 2002 ont concerné très classiquement des modifications contractuelles et de règlement intérieur.

S'agissant des modifications contractuelles, il a été enjoint à trois sociétés fabriquant des montures de lunettes de modifier les nouveaux contrats qu'elles proposent à leurs distributeurs, de telle sorte qu'il soit clair que le distributeur agréé dispose de la faculté de s'approvisionner auprès d'autres distributeurs agréés. Pour deux sociétés, cette injonction a été complétée par celle de proposer à la signature de tous les distributeurs ayant conclu le contrat dans sa version antérieure un avenant incorporant à ce contrat la nouvelle rédaction des clauses modifiées (02-D-36).

Des injonctions portant sur des modifications de statut ont été prononcées à l'encontre de la Chambre syndicale des entreprises de déménagement et de l'Association française de déménageurs internationaux, en ce qui concerne la modification des dispositions de nature à engendrer des pratiques discriminatoires (02-D-60).

### Examen du respect des injonctions

La décision 02-D-41 apporte un certain nombre de réponses à des questions jusqu'alors peu traitées en matière de respect d'injonction. Dans cette affaire qui concernait des pratiques mises en oeuvre par la société France Télécom dans le secteur de la commercialisation des listes d'abonnés au téléphone, le Conseil était conduit à examiner si la société France Télécom avait respecté l'injonction prononcée à son encontre par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 29 juin 1999.

Il a tout d'abord rappelé, que la compétence qu'il tient de l'article L. 464-3 du code de commerce 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.

S'agissant de la procédure, le Conseil a ensuite examiné le point de savoir si des entreprises peuvent agir en non-respect d'injonction, alors qu'elles n'étaient pas parties à la procédure ayant abouti au prononcé de l'injonction en cause. A cet égard, il a considéré que le libellé de la mesure qui enjoignait «[...] à la société France Télécom, de fournir, dans des conditions identiques, à toute personne qui lui en fait la demande, la liste consolidée comportant, les informations contenues dans l'annuaire universel [...]» concernait tout opérateur faisant la demande d'accéder à la liste des abonnés au téléphone et ce, quel que soit le marché sur lequel cet opérateur est susceptible d'agir (marketing direct, édition d'annuaires imprimés, services de renseignement téléphonique, mise en ligne de services d'annuaire ou renseignements). Le Conseil a donc estimé que la portée de l'injonction formulée par la cour d'appel n'était pas limitée aux conditions d'accès à la liste des abonnés au téléphone, à des fins exclusives de constitution de fichiers de prospection, activité pratiquée par l'auteur de la plainte ayant abouti à l'arrêt de la cour d'appel. En conséquence, les sociétés saisissantes, Sonera et Scoot, qui souhaitaient exercer une activité de service de renseignement et d'annuaire à partir de la liste des abonnés au téléphone, ont été considérées comme entrant dans le champ des bénéficiaires de l'injonction et donc comme ayant un intérêt à agir devant le Conseil.

Se posait aussi une question relative à l'étendue dans le temps de l'injonction. En effet, celle-ci devait s'appliquer *«jusqu'à la mise en service de l'organisme prévu à l'article L. 35-4 du code des postes et télécommunications, chargé de tenir à jour la liste de l'annuaire universel»*. Cependant, cet organisme n'a pas été créé et une ordonnance en date du 25 juillet 2001, a modifié le contenu de l'article L. 35-4 du code des postes et télécommunications et abandonné la création de l'organisme initialement envisagé. En conséquence, le Conseil a considéré que la validité de l'injonction prononcée ne pouvait s'étendre au-delà de la date d'entrée en vigueur de ladite ordonnance, elle-même subordonnée à la publication d'un décret en Conseil d'État, non encore publié au jour de la décision. Toutefois, les faits invoqués par les parties saisissantes étaient antérieurs au 25 juillet 2001 et avaient donc été commis dans une période au cours de laquelle l'injonction n'était pas frappée de caducité.

Sur le fond, le Conseil a, tout d'abord, considéré que la société France Télécom avait respecté l'injonction en ce qui concernait, d'une part, la mise en conformité avec la liste orange, d'autre part, la cession de la base annuaire à usage de marketing direct, de renseignement et d'édition d'annuaires imprimés et enfin, la transparence tarifaire.

Il a ensuite examiné un autre volet de l'injonction, en recherchant si les tarifs proposés étaient *«orientés vers les coûts liés aux opérations techniques nécessaires pour répondre à cette demande»*.

Afin de pouvoir répondre à cette question, le Conseil s'est interrogé sur le point de savoir quels coûts devaient être pris en compte dans l'appréciation du prix fixé. A cet égard, il a considéré qu'il convenait, à l'instar de la pratique suivie par l'ART, de retenir les coûts incrémentaux, c'est-à-dire ceux des opérations supplémentaires nécessaires pour établir l'annuaire, le fichier commercial étant supposé réalisé, le tout selon la technologie la plus

efficace et avec un juste calcul de la charge en capital aux coûts d'aujourd'hui (et non aux coûts historiques). Les parties plaignantes soutenaient que l'injonction formulée par la cour d'appel obligeait France Télécom à ne retenir que les coûts marginaux de mise à disposition supportés par elle lors de cette mise à disposition, c'est-à-dire les frais techniques de fourniture. Sur ce point, le Conseil a retenu que l'injonction visait «... *les coûts liés aux opérations techniques nécessaires pour répondre à la demande*» et non les seuls frais techniques de fourniture. Dès lors, si la constitution de la base annuelle nécessitait des opérations techniques supplémentaires par rapport à celles réalisées pour la constitution du fichier commercial, les termes de l'injonction autorisaient France Télécom à prendre en compte le coût de ces opérations pour élaborer ses tarifs de cession de la base annuelle.

Ce principe étant posé, le Conseil a procédé à l'évaluation des coûts incrémentaux et considéré qu'en l'état, les éléments fournis par France Télécom ne lui permettaient pas de vérifier, d'une part, que les opérations que celle-ci entendait imputer dans le coût de la base annuelle n'étaient pas, en fait, liées au fichier de clientèle, d'autre part, que les différentes mesures et hypothèses servant à établir ces coûts étaient fondées, et enfin, que ces coûts étaient évalués en considération d'exigence minimale d'efficacité de l'opérateur public. Il a donc renvoyé l'affaire à l'instruction sur ce point.

Par ailleurs, le Conseil a examiné si les conditions de mise à disposition de la base annuelle par France Télécom à l'égard de ses filiales n'étaient pas discriminatoires au regard de celles faites à ses concurrents.

S'agissant des conditions de mise à disposition pour les activités de renseignement et d'édition, le Conseil a relevé, en premier lieu, que ces activités, soumises à des conditions financières identiques, constituaient des activités économiques distinctes et, en second lieu, que des opérateurs qui souhaitaient concurrencer France Télécom sur les activités de renseignement devaient procéder à l'acquisition de la base annuelle à un prix supérieur à celui facturé aux entités de France Télécom chargées de la seule réalisation de ces services. En conséquence, cette pratique tarifaire constituait une source de discrimination entre les services de France Télécom et ceux de ses concurrents. Or, il ressortait des éléments du dossier que le coût de cession de la base annuelle représentait une part importante des charges liées à l'activité de renseignements par téléphone et que ce coût avait, au moins partiellement, pour effet d'empêcher les concurrents d'exercer une telle activité. Le Conseil a donc considéré que sur ce point, l'injonction prononcée par la cour d'appel n'avait pas été respectée par France Télécom.

Enfin, il a été procédé à l'examen de l'orientation vers les coûts des tarifs de consultation en ligne de l'annuaire proposés aux professionnels par la société Intelmatique, filiale de France Télécom. Une analyse des données issues de la comptabilité analytique de la direction des services d'annuaires et de l'application d'une clé de répartition, permettant de ne retenir que les charges liées à la seule activité de consultation en ligne, a mis en évidence une marge d'exploitation substantielle pour l'activité de consultation en ligne de l'annuaire pour les années 1999 et 2000. Dans son analyse, le Conseil a rappelé que l'appréciation de l'orientation des tarifs de consulta-



tion vers les coûts doit tenir compte d'une rémunération raisonnable des capitaux engagés. Or les éléments fournis permettaient de constater que les taux de rémunération des capitaux apparaissaient supérieurs à un taux de rémunération raisonnable des capitaux engagés. Le Conseil en a conclu que les tarifs de consultation en ligne des données de la base annuaire, pour les années 1999 et 2000, n'étaient pas orientés vers les coûts des opérations techniques nécessaires pour offrir ce service et, que dès lors, sur ce point, France Télécom n'avait pas non plus respecté l'injonction prononcée par la cour d'appel de Paris (02-D-41).

Dans une affaire relative aux conditions d'accès à Internet haut débit par l'ADSL, la société T-Online, s'était plainte de certaines pratiques de l'opérateur historique consistant à favoriser sa filiale Wanadoo Interactive, de façon à lui donner une avance décisive sur ses concurrents pour la fourniture de l'Internet à haut débit. Statuant au stade des mesures conservatoires, le Conseil avait enjoint à France Télécom de mettre à la disposition de l'ensemble des fournisseurs d'accès à Internet, un serveur Extranet permettant d'accéder aux *«mêmes informations sur l'éligibilité des lignes téléphoniques à l'ADSL et sur les caractéristiques techniques des modems compatibles avec l'équipement de ces lignes que celles dont dispose Wanadoo Interactive, et de commander aux services spécialisés de France Télécom l'opération matérielle de la connexion dans les mêmes conditions d'efficacité que celles accordées à Wanadoo Interactive, selon les mêmes conditions tarifaires, mais selon des conditions techniques autorisant le traitement de masse en ligne»* ;

Dans l'attente de la réalisation effective de cette injonction, le Conseil avait enjoint à France Télécom de suspendre la commercialisation des packs ADSL de la société Wanadoo Interactive dans ses agences commerciales et précisé que cette suspension pourrait être levée, *«[...] dès que deux contrats au moins auront été signés entre France Télécom et des fournisseurs d'accès à Internet autres que Wanadoo pour l'utilisation de ce système, et à l'issue d'une période d'essai d'un mois»* (02-MC-03). Le recours contre cette décision ayant été rejeté par la cour d'appel de Paris, la société France Télécom a, trois mois plus tard, adressé au Conseil le compte-rendu de l'exécution de la mesure enjoignant et lui a demandé de constater qu'elle avait bien rempli ses obligations en mettant en œuvre un service d'accès aux mêmes informations que celles mises à la disposition de Wanadoo Interactive et permettant de commander aux services spécialisés de France Télécom l'opération matérielle de la connexion ADSL dans les mêmes conditions d'efficacité que celles accordées à Wanadoo Interactive.

Dans ce cadre, le Conseil a constaté, d'une part, que France Télécom avait mis en place un dispositif gratuit permettant à la fois la vérification de la disponibilité ADSL de la ligne du client et la commande de connexion ADSL, largement disponible, avec un service d'accueil pour prendre en compte les incidents constatés par les FAI, et que l'ensemble de ces améliorations répondait à l'exigence de continuité du processus d'information et de prise de commande ordonnée par lui. D'autre part, le Conseil a pris acte de ce que trois fournisseurs d'accès avaient contracté avec France Télécom et que, dès lors, les conditions posées par la décision de mesures conserva-



toires avaient été respectées. La levée de la suspension de la commercialisation des packs ADSL Wanadoo Interactive a donc été prononcée (02-D-46).

## 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

Ainsi qu'il a été précisé en introduction de ce chapitre, les plafonds de sanction, tels qu'ils résultent des dispositions de la loi du 15 mai 2001, sont plus élevés que ceux édictés dans le cadre 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 ses dispositions sur les sanctions 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 ; ce libellé pourrait conduire à considérer que les nouveaux plafonds sont applicables aux infractions commises antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi dès lors que le Conseil aurait été saisi après. Toutefois, le Conseil a estimé que, compte tenu du caractère quasi-pénal des sanctions qu'il inflige, il devait appliquer le principe général 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. En conséquence, le nouveau plafond des sanctions ne sera appliqué qu'aux pratiques commises après l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001, en sorte que le Conseil a encore appliqué au cours de l'année 2002 les anciennes dispositions (02-D-14 ; 02-D-23 ; 02-D-33 ; 02-D-36 ; 02-D-37 ; 02-D-42 ; 02-D-43 ; 02-D-48 ; 02-D-57 ; 02-D-59 ; 02-D-60 ; 02-D-62).

### Motivations des sanctions pécuniaires

Aux termes de l'article L. 464-2 du code de commerce, dans sa rédaction applicable aux faits concernés (anciennement article 13 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986), le Conseil de la concurrence «*peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions. Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 p. cent du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos*».

En application de ces dispositions, le Conseil procède à une analyse approfondie des éléments relatifs à la gravité des pratiques, au dommage à l'économie et à la situation individuelle des entreprises pour déterminer le montant des sanctions, mais il peut également prendre en compte d'autres éléments. Ainsi, dans l'affaire relative aux pratiques relevées dans le secteur de la distribution des appareils électroménagers et d'électronique grand public, le Conseil a considéré que le montant des sanctions pécuniaires devait tenir compte de l'ancienneté des faits et de la longueur de la procédure (02-D-42).

### La gravité des faits

#### ● La nature des pratiques en cause

##### *Les ententes à l'occasion d'appels d'offres*

Conformément à une jurisprudence aujourd'hui bien établie (Cour de cassation, 24 mars 1998, société SADE-Compagnie générale de travaux hydrauliques), *«la tromperie de l'acheteur public érigée en système perturbant le secteur où elle est pratiquée et porte une atteinte grave à l'ordre public économique»*. Cette pratique est donc grave par nature (02-D-37 ; 02-D-43 ; 02-D-48 ; 02-D-59).

La décision 02-D-48 relative à des pratiques relevées sur des marchés de VRD dans les arrondissements de Cambrai, Valenciennes et Avesnes sur Helpe, détaille de façon très complète l'ensemble des éléments qui peuvent être retenus au titre de la gravité s'agissant des pratiques d'entente mises en œuvre dans le cadre d'appels d'offres *«[...] considérant que les pratiques en cause sont, de façon constante, considérées par les autorités de concurrence comme des pratiques graves par nature ; qu'elles constituent, vis-à-vis des maîtres d'ouvrage, une tromperie manifeste sur la réalité de la concurrence dont elles faussent le libre jeu ; que ces concertations ont eu pour objet et pour effet de faire échec au déroulement normal des consultations puisqu'en échangeant des informations préalablement à la remise des offres, les entreprises ont pu limiter la concurrence entre elles et s'assurer qu'elles déposeraient des propositions d'un niveau de prix permettant à l'une d'entre elles de remporter le marché ; que ces entreprises, habituées à répondre à des consultations, ne pouvaient ignorer la portée des infractions aux règles de concurrence ; qu'au surplus, la concurrence a pu d'autant plus être affectée que le nombre de participants à ces consultations était restreint ; qu'il en résulte que la gravité de leurs pratiques anticoncurrentielles est ainsi établie [...]»*.

Dans l'affaire relative à l'entente dans le secteur des transports routiers de voyageurs dans le département de l'Ain, le Conseil a considéré que la gravité était accrue par le fait que celle-ci avait été mise en œuvre dans le cadre de la première application de la nouvelle procédure d'attribution des délégations de service public prévues par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 dite *«Loi Sapin»* (02-D-59).

La gravité de la pratique ne peut être atténuée, ni par le fait que plusieurs sociétés ont perdu l'exploitation de certains lots et/ou n'ont pas obtenu

l'ensemble des lots pour lesquels elles avaient déposé des offres, ni même par le fait que certains lots ont changé de titulaires à l'issue de la procédure (02-D-59).

La généralisation des pratiques d'entente dans le cadre des marchés publics confère à ces dernières une particulière gravité, de telle sorte qu'il n'est pas contraire au principe de proportionnalité des peines que la sanction prononcée puisse être sensiblement supérieure à la valeur des marchés sur lesquels elles ont été mises en œuvre (02-D-48).

#### *Les ententes verticales ou horizontales*

La gravité des pratiques de concertation et d'échanges d'informations entre fabricants et distributeurs tire son importance du fait que ces pratiques tendent à figer les positions acquises par les distributeurs entre eux et à priver les consommateurs de la possibilité d'acquérir des biens à des prix plus avantageux, qui auraient dû résulter d'une véritable concurrence par les prix entre réseaux de distribution (02-D-42).

Les ententes sur les prix bruts et les remises aux distributeurs et aux clients industriels mises en œuvre par six des principaux fabricants de roulements vendant leurs produits sur le territoire français rentrent dans la catégorie des «*ententes injustifiables*» au sens de la recommandation de l'OCDE du 25 mars 1998 et sont particulièrement graves. Comme le souligne cette organisation dans ses recommandations, «*les ententes injustifiables constituent la violation la plus flagrante du droit de la concurrence*» (02-D-57).

#### *Le boycott*

La pratique qui consiste, pour un nombre relativement important d'entreprises intervenant sur un marché de produits destinés au consommateur final, à se mettre d'accord entre elles pour organiser le boycott de leurs fournisseurs, afin de les contraindre à cesser d'approvisionner un de leurs concurrents, ou pour obliger ce concurrent à renoncer à sa politique de prix bas, revêt une particulière gravité, même si ce mouvement a eu une durée limitée. Il est, de même, particulièrement grave pour un fournisseur de s'associer à un tel mouvement et cesser toute relation commerciale avec l'entreprise de distribution visée (02-D-36).

#### ● **Les caractéristiques des pratiques relevées**

Ont été retenus à ce titre comme constituant des facteurs de gravité :

#### *Le fait de continuer à conclure des contrats comportant une clause d'exclusivité anticoncurrentielle*

Le fait de continuer à conclure des contrats comportant une clause d'exclusivité anticoncurrentielle en dépit de la saisine du Conseil et d'avoir refusé le renouvellement des contrats dépourvus de cette clause d'exclusivité (02-D-33).

#### *La réitération de pratiques déjà sanctionnées*

Le fait que des pratiques similaires ont déjà été sanctionnées à maintes reprises dans le même secteur et, notamment, dans une décision 92-D-37 du 2 juin 1992 assortie d'une mesure de publication dans un quotidien local diffusé sur la même région que celle concernée par les pratiques en cause. En conséquence, les entreprises ne pouvaient ignorer le caractère prohibé et la gravité des pratiques mises en œuvre (02-D-62).

#### *L'effet d'éviction du marché*

Le fait qu'un Ordre professionnel et son président, en particulier, soient directement intervenus dans les procédures de passation des marchés lancées par un conseil général, afin d'évincer certains concurrents et, pour le président, de se faire personnellement attribuer certains marchés (02-D-14).

#### *L'effet de fermeture du marché*

Le fait de fermer totalement un marché ou une part substantielle d'un marché (02-D-33).

#### ● **Le pouvoir d'influence des auteurs**

Ont été considérés comme constituant des facteurs de gravité :

#### *L'autorité de l'auteur des pratiques*

Le fait que les pratiques anticoncurrentielles ont été mises en œuvre par l'autorité morale (un ordre professionnel) réglementant une profession, qui a usé de son autorité pour diffuser des consignes à travers toutes les instances et qui a usé de son autorité pour influencer et tromper l'acheteur public sur la réalité de la législation en vigueur et écarter la concurrence (02-D-14).

#### *L'importance de l'auteur des pratiques :*

- la pratique a été mise en œuvre par l'entreprise co-leader sur le marché (02-D-42) ;
- ou, par des entreprises de dimension internationale, disposant de moyens importants (secteur des roulements à billes et assimilés (02-D-57) ;
- ou par les seuls syndicats professionnels significatifs sur le marché du déménagement (02-D-60).

#### *Le dommage à l'économie*

En matière d'ententes dans le cadre d'appels d'offres, la jurisprudence de la cour d'appel de Paris, énonce que «[...] le dommage à l'économie, indépendant du préjudice subi par le maître de l'ouvrage en raison de la collusion entre plusieurs entreprises soumissionnaires, doit s'apprécier en fonction de l'entrave directe portée au libre jeu de la concurrence par la généralisation de telles pratiques» (CA Paris, 15 juin 1999, SA Société Languedocienne de travaux publics et de génie civil (Solatrag)). Ce principe a été repris dans les décisions 02-D-37 ; 02-D-43 ; 02-D-48.

Cependant, ce préjudice n'est pas absent de l'appréciation qui peut être conduite à cet égard. Ainsi, dans sa décision 02-D-48, le Conseil a-t-il retenu le montant des marchés par rapport à la petite taille des communes concernées.

De façon générale, plusieurs critères d'appréciation peuvent être mis en œuvre :

#### ● La durée des pratiques

Ont à ce titre été retenues les circonstances suivantes :

- l'entente de répartition de marchés s'est poursuivie sur deux années (02-D-43) ;
- l'entente a été mise en œuvre sur une période relativement longue, de 1993 à 1998 (02-D-57) ;
- l'ancienneté des stipulations statutaires incriminées des organismes en cause (02-D-60).

#### ● Les effets conjoncturels

##### *Les effets conjoncturels importants*

- la pratique en cause a engendré un doublement du montant de plusieurs marchés (02-D-14) ;
- la forte hausse des sommes facturées aux établissements prescripteurs de transports médicalisés secondaires, par rapport à la situation qui prévalait avant la concertation, sans que cette hausse puisse être justifiée par de nouveaux éléments concernant les coûts supportés par les entreprises concernées (02-D-23) ;
- l'échec de la mise en concurrence organisée par l'hôpital d'Epinal pour la passation de contrats portant sur les transports médicalisés secondaires alors que cette mise en concurrence était de nature à remettre en cause les tarifs établis de façon concertée (02-D-23) ;
- la pratique a provoqué une hausse artificielle des prix (02-D-62).

##### *Les effets conjoncturels simplement constatés ou potentiels*

- le fait que l'entente n'ait eu d'effet que sur un secteur géographique limité (02-D-43) ;
- le fait que le prix de l'offre retenue ait été inférieur à l'estimation initiale du maître de l'ouvrage n'est nullement de nature à supprimer le grief d'atteinte à la concurrence, dès lors que cette atteinte a précisément pu avoir pour effet d'empêcher l'établissement d'un prix réellement concurrentiel et librement débattu, qui aurait pu être plus bas (02-D-37) ;
- l'évolution à la baisse des prix moyens des biens objet de l'entente, qui résulte de plusieurs facteurs, comme le progrès technologique, les effets d'échelle ou de gamme ou les changements dans les comportements de consommation, a pu être freinée par les pratiques litigieuses (02-D-42).

##### *Les effets conjoncturels tendant à limiter le dommage à l'économie*

Le fait que la concertation, organisée par des distributeurs dans le but de

boycotter un concurrent, n'a réussi à rallier qu'un seul fournisseur, que les autres fournisseurs n'ont pas cédé aux pressions et ont continué à approvisionner normalement le magasin visé et que ce dernier a continué à se développer normalement sont des éléments tendant à limiter le dommage à l'économie (02-D-36).

#### ● Les effets structurels

La création de barrières à l'entrée d'un marché, entravant l'arrivée sur le marché du traitement des coupons de réduction de nouveaux concurrents, alors même que ce marché est pourtant en constante progression (02-D-33).

#### ● Les caractéristiques du marché

##### *Les caractéristiques du marché ayant amplifié le dommage résultant de la pratique*

De manière générale, la taille et le montant du marché affecté par les pratiques sont des éléments importants pour déterminer l'ampleur du dommage à l'économie (02-D-14 ; 02-D-33 ; 02-D-48 ; 02-D-57). Mais ont aussi été retenus à ce titre les éléments suivants :

- le fait que l'intégralité des lots ont été concernés par l'entente (02-D-59) ;
- le fait que la concurrence soit déjà réduite en raison d'un nombre restreint d'entreprises sur le marché (02-D-37 ; 02-D-48) ;
- le fait que les entreprises parties à l'entente représentaient sur le marché français près des trois quarts du total des ventes (02-D-57) ;
- le fait que les matériels objets de l'entente sont indispensables au fonctionnement de toute machine mécanique et sont donc utilisés dans de très nombreuses branches de l'activité économique (02-D-57) ;
- le fait que les décisions prises par les acheteurs en ce qui concerne le matériel retenu, objet de l'entente, engagent celles qui sont prises par la suite (02-D-57) ;
- le fait que le marché était en récession, avec une hausse des prix de l'ensemble des produits industriels limitée à 1,16 % (02-D-57) ;

##### *Les caractéristiques du marché ayant contribué à limiter l'étendue du dommage*

Le Conseil de la concurrence n'a pas relevé de telles caractéristiques dans les décisions de sanctions prononcées en 2002.

#### *La situation de l'auteur des pratiques*

#### ● Les caractéristiques dépourvues d'incidence sur les sanctions à prononcer

L'argument selon lequel un chef d'entreprise se serait plié à des pratiques de concertation sur des appels d'offres, par nécessité, pour lutter contre l'agressivité commerciale des entreprises nationales est inopérant (02-D-48).

Dans sa décision 02-D-62 le Conseil a répondu à un moyen fondé sur la suspension des poursuites en cas de procédure collective, invoqué par le commissaire à l'exécution du plan de cession de l'une des entreprises en cause. Ce dernier faisait en effet valoir que les dispositions des articles

L. 621-40 et L. 621-43 du code de commerce s'opposaient au prononcé de toute condamnation à l'encontre de la société qu'il représentait, dans la mesure où la condamnation à intervenir trouverait son origine dans des fautes antérieures au prononcé du redressement judiciaire et où cette créance n'aurait pas fait l'objet d'une déclaration au représentant des créanciers.

Le Conseil a écarté cette argumentation en rappelant qu'il résultait d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 4 mars 1997, société Desbarbieux, que *«les condamnations prononcées par le Conseil de la concurrence après le jugement d'ouverture sont des sanctions pécuniaires qui n'existent que depuis sa décision, de sorte que ces créances n'ont pas leur origine dans le jugement d'ouverture et ne sont pas soumises aux dispositions des articles 47 et 50»*. En conséquence, les dispositions invoquées ne pouvaient faire échec ni à l'examen des pratiques ni à leur sanction par le Conseil de la concurrence.

#### ● Les caractéristiques de nature à aggraver la sanction

- le rôle d'animateur dans la conception et la réalisation de la pratique anticoncurrentielle (02-D-14 ; 02-D-36 ; 02-D-48 ; 02-D-57 ; 02-D-59) ;
- le fait pour une entreprise de s'associer de façon active à la mise en œuvre de la pratique anticoncurrentielle (02-D-36) ;
- le fait que les pratiques anticoncurrentielles aient été mises en œuvre par une entreprise connue, appartenant à un grand groupe ou de grande envergure dans le secteur, de telle sorte que son comportement a pu inciter les entreprises de taille plus modeste à adopter ce même comportement (effet d'entraînement) (02-D-36 ; 02-D-37 ; 02-D-42 ; 02-D-43 ; 02-D-48) ;
- le fait que l'entreprise ayant mis en œuvre les pratiques anticoncurrentielles représente une puissance d'achat importante sur le marché (02-D-36 ; 02-D-42) ;
- le fait que les entreprises auteurs des pratiques ne pouvaient ignorer le caractère anticoncurrentiel de leurs comportements (02-D-48) ;
- la répétition de pratiques anticoncurrentielles par des entreprises déjà sanctionnées (02-D-42 ; 02-D-48) ;
- le fait que pour de nombreux lots, la concertation impliquait l'entreprise précédemment titulaire du lot, susceptible, de par son implantation et sa bonne connaissance du service, de présenter une offre plus compétitive que celles présentées par les autres soumissionnaires (02-D-59).

Dans sa décision 02-D-48, le Conseil a été conduit à apporter des précisions sur l'absence de proportionnalité qui peut parfois être constatée entre les sanctions infligées aux différentes entreprises en cause dans une même affaire. Répondant au moyen d'une société qui contestait la disproportion de la sanction demandée à son encontre par le commissaire du Gouvernement, au regard des autres sanctions demandées, le Conseil a précisé que *«[...] si les montants des sanctions proposées par le commissaire du Gouvernement pour les autres entreprises mises en cause apparaissent plus faibles en valeur absolue que celui proposé à l'encontre de la société Sade CGTH, ces montants représentent pour ces autres entreprises, une part plus importante de leur chiffre d'affaires ; qu'il y a lieu, à cet égard,*

*d'observer que le chiffre d'affaires de la société Sade est près de vingt fois supérieur à celui des sociétés STPV et Cathelain, plus de 250 fois supérieur à celui des sociétés ARC et Descamps, de telle sorte que, quand bien même les montants des sanctions ne serait-il pas en stricte corrélation avec le montant des chiffres d'affaires des entreprises en cause, il ne serait pas contraire au respect du principe de la proportionnalité des peines que la sanction appliquée à la société Sade représente, dans le cas d'espèce, un montant nettement plus important en valeur absolue, que le montant des sanctions infligées aux autres entreprises mises en cause [...]».*

● **Les caractéristiques de nature à justifier une sanction alléguée ou nulle**

- le fait que parmi les membres de l'association ayant mis en oeuvre l'entente anticoncurrentielle, seuls vingt-et-un d'entre eux ont effectivement appliqué les tarifs établis de façon concertée (02-D-23) ;
- le retrait rapide d'une entreprise de l'entente (02-D-23) ;
- le fait que les menaces de mise en oeuvre de pratiques anticoncurrentielles n'aient pas été finalement exécutées (02-D-36) ;
- la mise en liquidation judiciaire de l'entreprise auteur des pratiques ou le maintien d'une entreprise pour les seuls besoins de sa liquidation justifie, en opportunité, qu'aucune sanction ne soit prononcée à leur encontre (02-D-23 ; 02-D-42 ; 02-D-43) ;
- le bénéficiaire du plan de cession d'une entreprise, décidé par un tribunal de commerce, après une mise en redressement judiciaire, ne peut se voir imposer des charges autres que celles qu'il a souscrites au cours de sa préparation (02-D-43 ; 02-D-62) ;
- le fait que les autorités chargées du contrôle des concentrations ne se sont pas opposées à la création des entreprises communes, ayant conduit à la mise en oeuvre de pratiques anticoncurrentielles avec leurs sociétés mères et le fait que ces dernières ont procédé au décroisement d'une partie de leurs entreprises communes, justifient l'absence de prononcé de sanction pécuniaire (02-D-44) ;
- le fait que les collectivités ont parfois été à l'origine de la création des entreprises communes de telle sorte qu'il n'est pas exclu que les entreprises en cause n'aient pas pu s'affranchir des exigences formulées par les autorités déléguées (02-D-44).

**Le plafond des sanctions**

Ainsi qu'il a été dit précédemment, le plafond des sanctions a été augmenté par les dispositions de la loi NRE du 15 mai 2001. Pour ce qui concerne l'application de ces dispositions dans le temps, le lecteur est invité à se reporter aux développements qui y sont consacrés dans l'introduction du présent chapitre consacré à l'aspect dissuasif des sanctions.

Aux termes de l'article L. 464-2 du code de commerce dans sa rédaction applicable avant l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001 : *«Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxe réalisé en France au cours du dernier exercice clos. Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le maximum est de 1 524 490 euros».*



Quand l'affaire fait l'objet d'une procédure simplifiée, c'est-à-dire sans établissement d'un rapport, la sanction pécuniaire prononcée, dans le cadre de cette procédure, ne peut excéder 500 000 F (76 244,51 euros) pour chacun des auteurs des pratiques prohibées (02-D-37 ; 02-D-33).

Pour les pratiques commises après l'entrée en vigueur de la loi, l'article L. 464-5 du code de commerce, prévoit que la sanction pécuniaire prononcée ne peut excéder 750.000 euros pour chacun des auteurs de pratiques prohibées (02-D-37).

Dans les cas où les pratiques anticoncurrentielles sont mises en œuvre par une association ou un ordre professionnel, le Conseil prend en compte les ressources de ces derniers, qui sont généralement constituées par le montant des cotisations des adhérents (02-D-14) ;

Le montant des sanctions, qui est fixé au regard du principe de la proportionnalité des peines, tient ainsi compte du montant du chiffre d'affaires des entreprises en cause. Ainsi, pour une même pratique, sur un même marché, le montant des sanctions, en valeur absolue, peut varier nettement selon les entreprises, sans que le principe de proportionnalité puisse être violé (02-D-48).

#### ● La pluralité d'activités

S'agissant du chiffre d'affaires à prendre en compte afin de calculer le montant de la sanction, le Conseil a affirmé à nouveau, dans une affaire relative à des pratiques relevées dans le secteur du déménagement des personnels de la marine nationale en Bretagne, qu'aux termes mêmes de l'article 13 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, en vigueur au moment des faits, la seule référence pertinente est le chiffre d'affaires total de l'entreprise et non pas le seul chiffre d'affaires réalisé dans tel ou tel secteur d'activité en rapport avec les pratiques reprochées. En conséquence, c'est le chiffre d'affaires global des entreprises incriminées, qui doit être retenu (02-D-62).

#### ● L'absence d'identité entre la personne juridique et l'entité économique

Le lecteur est invité à se reporter sur ce point à la partie « imputabilité des pratiques » (*supra*).

Dans sa décision 02-D-37, le Conseil a été conduit à fixer une sanction à une entreprise, créée en 2001, qui n'avait pas encore de chiffre d'affaires. Cette situation très particulière provenait du fait que cette société avait absorbé les deux entreprises ayant mis en œuvre les pratiques en cause et venait donc à leurs droits et obligations. En conséquence, le Conseil a apprécié le plafond de 5 % de l'article L. 464-2 du code de commerce par rapport aux derniers chiffres d'affaires réalisés par les sociétés absorbées.

#### Publication des décisions

La publication des décisions du Conseil constitue une sanction à l'égard des entreprises, mais surtout, participe à la mission de prévention attribuée au Conseil chargé d'assurer la défense d'un ordre public économique. En effet,

la publicité donnée à une décision de sanctions permet d'alerter autant les acteurs du marché que les consommateurs sur le caractère anticoncurrentiel de certaines pratiques. C'est la raison pour laquelle le Conseil enjoint que ces publications soient faites dans des organes de presse susceptibles de toucher le maximum de personnes concernées par les pratiques.

### Exemples de publications

Dans l'affaire relative à la situation de la concurrence dans le secteur d'activité des géomètres-experts et des géomètres-topographes, le Conseil a enjoint au conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts de faire publier, à ses frais, la partie II de la décision de sanction et le dispositif de celle-ci dans la revue *Le Moniteur des travaux publics* (02-D-14).

S'agissant des pratiques relevées dans le secteur du traitement des coupons de réduction, le Conseil a enjoint à la société Sogec Gestion de procéder, à ses frais, à la publication de l'intégralité de la décision dans le magazine *Libre Service Actualité (LSA)* (02-D-33).

La décision relative aux pratiques relevées dans le secteur de la distribution des lunettes d'optique sur le marché de l'agglomération lyonnaise, comporte une injonction de publication dans le quotidien *Le Progrès* et dans la revue *Inform'optique* (02-D-36).

Dans l'affaire relative à la situation de la concurrence dans le secteur des tuyauteries de gaz, le Conseil a enjoint aux entreprises Endel, Ponticelli Frères et Suburbaine de canalisations et de grands travaux, la publication de la décision de sanction, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires qui leur sont infligées, dans la revue hebdomadaire *Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment* (02-D-37).

Concernant les pratiques relevées lors de marchés de travaux sur réseaux de distribution d'eau passés par le Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la région de Dunkerque (SIAERD), le Conseil a enjoint aux sociétés Eurovia, Devin Lemarchand Environnement, Edgard Duval, Lamblin, Lyonnaise des eaux, Eurovia STR, Travaux et Entreprise des Flandres et Faignot, la publication de la décision de sanction dans le quotidien *La Voix du Nord* (02-D-43).

Pour des pratiques relevées dans le secteur du déménagement des personnels de la marine nationale en Bretagne, le Conseil a enjoint aux entreprises en cause la publication de la décision à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires infligées, dans le magazine *Armée d'aujourd'hui*, mensuel édité par le ministère de la défense, acceptant la publicité et destiné spécifiquement à l'information des personnels militaires (02-D-62).

### Motifs de l'injonction de publier

#### ● Informer les professionnels du secteur

Dans l'affaire relative aux pratiques relevées dans le secteur du traitement des coupons de réduction, il est apparu au Conseil qu'il était important,

pour assurer l'ouverture du marché considéré, de faire connaître à l'ensemble des professionnels intéressés, d'une part, la suspension immédiate par la société Sogec Gestion des clauses d'exclusivité figurant dans ses contrats et revêtant un caractère anticoncurrentiel, d'autre part, la suppression de ces clauses dans les contrats qui seront proposés au renouvellement, pendant cinq ans (02-D-33).

S'agissant de la distribution des lunettes d'optique sur le marché de l'agglomération lyonnaise, le Conseil a estimé qu'il était nécessaire d'informer l'ensemble des opticiens exerçant en France, afin d'éviter le renouvellement de pratiques semblables sur d'autres marchés géographiques. Il a, à cette fin, prescrit la publication de la partie II de la décision dans la revue *Inform'optique* par les mêmes sociétés et dans les mêmes conditions (02-D-36).

En matière d'entente sur des marchés publics, le Conseil a souhaité, d'une part, informer les collectivités locales du caractère illicite des pratiques en cause et du montant des sanctions (02-D-43), d'autre part, rappeler aux entreprises du secteur des travaux publics, le caractère illicite des échanges d'informations avant le dépôt des offres par les soumissionnaires, ainsi que les sanctions prononcées à l'encontre des entreprises qui s'y prêtent (02-D-37).

#### ● Informer les consommateurs finaux

Dans l'affaire relative aux pratiques relevées dans le secteur de la distribution des lunettes d'optique dans l'agglomération lyonnaise, le Conseil a considéré qu'il était nécessaire d'informer les consommateurs de cette agglomération des pratiques d'entente sur les prix mises en œuvre par un nombre important d'opticiens de cette agglomération et par le fabricant L'Amy SA (02-D-36).

S'agissant du secteur du déménagement, le Conseil, confronté de manière récurrente à des pratiques d'entente, a souhaité renforcer l'efficacité de ses décisions et porter à la connaissance des personnels militaires prenant part à des opérations de déménagement, le caractère illicite des pratiques en cause ainsi que les sanctions prononcées à l'encontre des entreprises qui s'y prêtent. La publication de la décision a été ordonnée dans le magazine *Armée d'aujourd'hui*, mensuel édité par le ministère de la défense et destiné spécifiquement à l'information des personnels militaires (02-D-62).

#### Transmission au ministre de l'économie

Bien qu'il ne s'agisse pas, à proprement parler, d'une sanction, le Conseil a, pour la première fois, fait application de l'article L. 430-9 du code de commerce lui permettant de demander au ministre de l'économie d'enjoindre, lui-même, à des entreprises de mettre fin à des pratiques d'abus de position dominante résultant d'une ou plusieurs opérations de concentration.

Cet article dispose, en effet, que : «*Le Conseil de la concurrence peut, en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, demander au ministre chargé de l'économie d'enjoindre*

*dre, conjointement avec le ministre dont relève le secteur, par arrêté motivé, à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique qui a permis les abus même si ces actes ont fait l'objet de la procédure prévue au présent titre».*

Dans sa décision 02-D-44, le Conseil avait relevé que les sociétés Compagnie générale des eaux et Lyonnaise des eaux avaient créé, sur tout le territoire national, de nombreuses filiales communes et que ces deux sociétés s'abstenaient, d'une manière générale, de répondre aux appels d'offres en concurrence avec leurs entreprises communes. Il a estimé que cette pratique, qui avait pour objet et pour effet de fausser le jeu de la concurrence, constituait un abus de leur position dominante collective. Compte tenu des circonstances de l'espèce et, notamment, d'une part, de ce que les autorités chargées du contrôle des concentrations ne s'étaient pas opposées à la création des filiales communes intervenue postérieurement à l'introduction en France d'un droit des concentrations, d'autre part, de ce que les collectivités avaient parfois été à l'origine de la création des entreprises en cause, le Conseil a estimé qu'il n'y avait pas lieu de prononcer des sanctions pécuniaires à l'encontre des sociétés CGE et SLDE. En revanche, afin d'empêcher que les pratiques d'abus ne se perpétuent, le Conseil a demandé au ministre chargé de l'économie d'enjoindre à ces deux sociétés de modifier, compléter ou résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes qui ont conduit ces entreprises à associer leurs moyens dans le cadre des filiales communes qu'elles ont créées conjointement dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement (Voir aussi Décisions les plus notables).

### **Transmission du dossier au procureur de la République (article L. 462-6 du code de commerce)**

Lorsque l'examen des éléments du dossier fait apparaître qu'une personne physique a pris frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2, le Conseil de la concurrence adresse, en application des dispositions du second alinéa de l'article L. 462-6 du code de commerce, le dossier au procureur de la République. Une telle participation est, en effet, réprimée par l'article L. 420-6 du code de commerce, d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 76 225 euros.

En application de ces dispositions, le Conseil a considéré qu'étaient de nature à justifier la transmission du dossier au procureur de la République compétent les agissements suivants :

- la part personnelle et déterminante prise par le président du conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Lyon dans le changement intervenu dans une procédure de passation du marché de travaux topographiques et fonciers sur le réseau routier départemental lancé par le conseil général de l'Ardèche et le fait que l'attribution d'un des lots dont il avait

- bénéficié, était directement liée à la manœuvre destinée à tromper le maître d'ouvrage sur l'étendue réelle du monopole des géomètres-experts ;
- la part personnelle et déterminante prise par le président du conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Marseille auprès de la collectivité territoriale de Corse dans le changement d'attributaire d'un marché passé par elle pour la réalisation de travaux topographiques, en jetant le discrédit sur des travaux qui pourraient être réalisés par des géomètres-experts extérieurs à la Corse et en motivant son intervention par des motifs fallacieux portant sur les conditions d'exercice de la profession de géomètre-expert (02-D-14).

Dans l'affaire relative aux pratiques relevées dans le secteur de la distribution des appareils électroménagers et d'électronique grand public, le Conseil a rejeté la demande présentée par les parties saisissantes de transmission de dossier au procureur de la République. Il a précisé à cet égard que l'application des dispositions de l'article L. 420-6 du code de commerce supposait que soit constatée la «*part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées*», prise «*frauduleusement*» par «*toute personne physique*». Or, en l'espèce, d'une part, les plaintes des parties saisissantes, ne visaient que des personnes morales et, d'autre part, le dossier ne comportait aucun élément permettant d'attribuer aux personnes physiques ayant concouru à la commission des infractions constatées une part «*déterminante*» dans leur conception, leur organisation ou leur mise en œuvre (02-D-42).

## ■ Les avis rendus en matière de concentration

Le Conseil a rendu en 2002 quatre avis relatifs à des opérations de concentration :

- l'acquisition de la société European Graphic Group (ou E2G, filiale de Hachette Filipacchi Presse) par la société Imprimerie Quebecor France (avis 02-A-01) ;
- l'acquisition d'un ensemble de sites pylônes de la société Bouygues Télécom par la société Télédiffusion de France (avis 02-A-04) ;
- l'acquisition d'une partie des actifs du groupe Moulinex par le groupe SEB (avis 02-A-07). De dimension communautaire, cette opération a été renvoyée par la Commission européenne aux autorités françaises de concurrence, pour ce qui concerne ses effets sur les marchés nationaux, conformément aux dispositions de l'article 9 du règlement n° 4064/89 ;
- la reprise de la société Ouest Répartition Pharmaceutique par la société Alliance Santé Distribution (avis 02-A-15).

Trois des quatre avis ont été rendus sur le fondement des dispositions applicables avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, c'est-à-dire avant la publication du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002, pris pour son application. Le dernier avis (02-A-15) concerne une opération devenue définitive après la publication du décret précité et pour

laquelle les dispositions de la loi sur les nouvelles régulations économiques en matière de contrôle des concentrations sont donc applicables.

## Contrôlabilité de l'opération

### Avis rendus sur le fondement des dispositions applicables avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001

Au sens de l'ancien article L. 430-2 du code de commerce applicable à trois des quatre opérations commentées, *«la concentration résulte de tout acte, quelle qu'en soit la forme, qui emporte transfert de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens, droits et obligations d'une entreprise ou qui a pour objet, ou pour effet, de permettre à une entreprise ou un groupe d'entreprises d'exercer, directement ou indirectement, sur une ou plusieurs autres entreprises une influence déterminante»*.

De plus, l'article L. 430-1 du code de commerce, dans son ancienne rédaction, conférait au ministre chargé de l'économie la faculté de saisir le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis relative à toute concentration de nature à porter atteinte à la concurrence, *«lorsque les entreprises qui sont parties à l'acte ou qui en sont l'objet ou qui leur sont économiquement liées, ont soit réalisé ensemble plus de 25 % des ventes, achats ou autres transactions sur un marché national de biens, produits ou services substituables, ou sur une partie substantielle d'un tel marché, soit totalisé un chiffre d'affaires hors taxes de plus de sept milliards, à condition que deux au moins des entreprises parties à la concentration aient réalisé un chiffre d'affaires d'au moins deux milliards de francs»*.

Aucune des trois opérations examinées sur le fondement de ces dispositions n'a posé de problème particulier en ce qui concerne la qualification de concentration.

L'opération Quebecor-E2G consistait, en effet, dans le rachat par Imprimerie Quebecor France de la totalité des actions de E2G.

L'opération TDF-Bouygues était plus complexe, puisque la société TDF avait, à l'issue d'un appel d'offres lancé par la société Bouygues Télécom, conclu deux accords avec cette société : un accord-cadre de cession portant sur un ensemble de sites pylônes destinés à recueillir des équipements de radiocommunication et un accord-cadre de location, aux termes duquel Bouygues Télécom louerait des emplacements pour ses équipements de radiocommunication sur les sites pylônes cédés. De plus, l'accord-cadre de location prévoyait que Bouygues Télécom bénéficiait d'un droit de préférence jusqu'au 1<sup>er</sup> septembre 2006 pour la location d'un emplacement qui ferait l'objet d'une demande de cohabitation par un tiers. Le Conseil a estimé que, dès lors qu'elle emportait un transfert de propriété d'une partie des biens de la société Bouygues Télécom au bénéfice de la société TDF, l'opé-

ration d'acquisition des sites pylônes visés dans le contrat de vente constituait une concentration au sens de l'article L. 430-2.

La reprise par SEB de la société Moulinex faisait suite à la mise en redressement judiciaire de cette dernière par jugement du tribunal de commerce de Nanterre, en date du 7 septembre 2001. Les administrateurs désignés ont écarté la solution d'un plan de continuation au profit d'un plan de cession. L'offre de la société SEB a été retenue, assortie d'une clause d'inaliénabilité des actifs pendant une période de deux ans après l'entrée en jouissance et d'une interdiction de tout licenciement économique des salariés repris. Dès lors que le plan prévoyait la cession de l'ensemble des éléments incorporels, de la majorité des éléments corporels, de cinq filiales et de tous les salariés maintenus en activité, l'opération a été considérée comme contrôlable au sens de l'article L. 430-2 du code de commerce, dans sa rédaction alors en vigueur. Le Conseil s'est, cependant, interrogé sur la possibilité de conflit entre la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 430-5 et la décision juridictionnelle prise par le tribunal de commerce en vertu de la législation relative au redressement judiciaire (caractère forfaitaire et intangibilité du plan de cession).

Les seuils en chiffre d'affaires fixés par l'article L. 430-1 du code de commerce, dans sa rédaction alors en vigueur, n'étaient atteints dans aucune des trois opérations concernées. Le Conseil a donc procédé à la délimitation des marchés pertinents affectés par l'opération et évalué la part détenue sur ces marchés ensemble par les entreprises parties à la concentration, qui s'est avérée pour les trois opérations supérieure à 25 % pour un ou plusieurs d'entre eux. Dans le cas de TDF, filiale, à la date de l'opération, à 100 % du groupe France Télécom, le Conseil a pris en compte la part de marché des entreprises parties ainsi que de celles qui leur étaient économiquement liées, c'est-à-dire en l'espèce, de Bouygues, de TDF, de France Télécom et d'Orange.

### Avis rendu sur le fondement des dispositions applicables après l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001

La contrôlabilité d'une opération de concentration relève désormais de la combinaison des articles L. 430-1 et L. 430-2 du code de commerce.

Aux termes de l'article L. 430-1 : *«I. Une opération de concentration est réalisée : 1° - Lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ; 2° - Lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises. [...]*

*«III. Aux fins de l'application du présent titre, le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise, et notamment : des*

*droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ; des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise.»*

L'article L. 430-2 du code de commerce définit les seuils de chiffre d'affaires au delà desquels une opération de concentration est contrôlable «[...] - le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes des personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 150 millions d'euros ; [...] - le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France par deux au moins des entreprises ou groupes des personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 15 millions d'euros».

La société Ouest Répartition Pharmaceutique (ORP) a été déclarée en état de cessation de paiement puis mise en redressement judiciaire le 28 janvier 2002, par jugement du tribunal de commerce de Nantes. L'acquisition par la société Alliance Santé Distribution de la société ORP s'effectuait dans le cadre de cette procédure. Le plan de continuation présenté par Alliance Santé, qui consistait essentiellement à maintenir l'activité et les effectifs dans leur intégralité et en un désintéressement non négligeable des créanciers, a été arrêté par le tribunal le 26 juin 2002. Selon ce plan, la société Alliance Santé devenait le principal actionnaire d'ORP avec plus de 80 % du capital, cette dernière société pouvant, en outre, accéder aux services d'automatisation des agences, de télétransmission et d'informatique de réseau mis en place par Alliance Santé et bénéficier, auprès des fournisseurs, des conditions d'achat et de règlement négociées par le groupe. La société Alliance Santé détenait, après l'opération, 41 998 des 50 000 actions de la société ORP, soit 84 % de son capital. L'opération constituait donc une concentration au sens de l'article L. 430-1.

Les chiffres d'affaires France consolidés s'élevant respectivement, pour 2001, à 228 millions d'euros pour ORP et 4,84 milliards d'euros pour Alliance Santé, les deux entreprises se situaient au delà des seuils définis à l'article L. 430-2.

## La délimitation des marchés pertinents

### Les marchés de produits

Dans les quatre avis présentés, le Conseil a fondé la délimitation des marchés pertinents sur la substituabilité des produits ou services du point de vue de la demande (compte tenu de la fonction des produits pour l'opération SEB-Moulinex) et de leurs caractéristiques (caractéristiques techniques pour TDF-Bouygues et Quebecor-E2G, juridiques pour Alliance Santé-ORP).

Dans le secteur de l'imprimerie, concerné par le rachat de la société E2G par la société Quebecor, le Conseil a constaté que les deux techniques d'impression utilisées, l'offset et l'héliogravure, présentaient certes d'importantes différences en termes de coût de revient et de qualité des produits imprimés, mais n'étaient pas à elles seules déterminantes pour la défi-



inition du marché, et que la question pertinente était de savoir si ces différences étaient pour les demandeurs, ou pour une part substantielle d'entre eux, d'une importance telle qu'elles les conduisent à considérer que ces techniques ne constituent pas des moyens alternatifs de répondre à un même besoin. Il a ainsi été amené à opérer une distinction entre d'une part, l'impression de prospectus et de catalogues de grand tirage pour la VPC, pour lesquels la substituabilité de l'offset à l'héliogravure apparaît trop faible pour limiter le pouvoir de marché que détiendrait une entreprise qui aurait une position dominante dans l'héliogravure et, d'autre part, l'impression de magazines, pour lesquels les deux technologies sont fortement concurrentes.

Afin de délimiter le périmètre du ou des marchés susceptibles d'être affectés par l'opération TDF/Bouygues, le Conseil a estimé nécessaire de déterminer si les pylônes cédés, qui n'hébergeaient alors que des équipements de télécommunications GSM, pouvaient être utilisés pour d'autres usages que la téléphonie mobile tels que télévision, radiomessagerie, boucle locale radio, radios, réseaux institutionnels. De même, le Conseil a été conduit à analyser la substituabilité de ce type de pylônes par rapport à d'autres types d'infrastructures susceptibles d'accueillir les mêmes équipements. La polyvalence des sites pylônes cédés et leur substituabilité à d'autres types de sites lui sont apparus suffisamment faibles, pour qu'il estime que le marché de produits susceptible d'être affecté par l'opération était celui de l'accueil sur sites pylônes des équipements de télécommunication mobiles de deuxième et de troisième génération.

Les sociétés ASD et ORP avaient pour activité principale la distribution des médicaments aux officines pharmaceutiques. Compte tenu des contraintes juridiques particulières auxquelles est astreinte cette activité de grossiste-répartiteur (autorisation d'ouverture, stock, délais de livraisons), le Conseil a considéré qu'elle constituait un marché pertinent.

Dans sa décision autorisant la reprise par SEB de certains actifs de Moulinex, dans les treize autres marchés européens affectés, la Commission européenne avait retenu une définition des marchés de produits selon la fonction de l'appareil et avait ainsi distingué treize marchés. Le groupe SEB contestait devant le Conseil cette définition des marchés de produits, estimant que son pouvoir de marché devait s'apprécier en tenant compte de l'existence de produits non électriques, vers lesquels la demande pourrait se reporter. Le Conseil a considéré que la fonction de l'appareil était certes un des critères à prendre en compte pour apprécier la possibilité de substitution entre les appareils électriques et non électriques, mais que la substituabilité des produits du point de vue de la demande dépendait également d'autres facteurs tels les contraintes et le confort d'utilisation ainsi que les écarts de prix. Ainsi, il a distingué les petits appareils électroménagers des appareils non électriques et a repris l'analyse faite par la Commission, aucun élément propre au marché français ne justifiant sa remise en cause. Les marchés de produits retenus étaient donc les suivants : friteuses électriques, mini-fours, grille-pain, cafetières électriques, expressos, bouilloires électriques, barbecues et grils électriques, cuiseurs de riz/cuiseurs vapeur, fers vapeur, aspirateurs, appareils de préparation des aliments, appareils de repas informels.

### La dimension géographique des marchés

Dans l'opération Quebecor-E2G, le Conseil a constaté que nombre de travaux d'imprimerie en héliogravure pouvaient être et étaient réalisés hors de France et que les producteurs étrangers situés dans un rayon de 700 kilomètres autour de Paris étaient aptes à répondre à la demande des VPCistes et des éditeurs de magazines. Cette internationalisation de la production s'explique par le fait que les problèmes de délais liés au transport sont peu pénalisants. En effet, pour la clientèle des distributeurs, dont les imprimés ne sont pas assujettis à une périodicité fixe de parution ni à un bouclage rédactionnel plus ou moins dépendant de l'actualité, la fabrication peut être organisée plusieurs semaines à l'avance et seul un éventuel surcoût résultant du transport pourrait être pris en considération. Concernant la presse magazine française, le Conseil a constaté que les hebdomadaires destinés au marché français imprimés en héliogravure étaient indifféremment fabriqués en région parisienne, en province ou à l'étranger. Les critères déterminants sont les caractéristiques techniques et la disponibilité des rotatives demandées pour les travaux ainsi que les plannings de production, plus que l'éloignement par rapport à Paris. Le fait que les sites de production de papier se situent au nord de l'Europe relativise également l'importance du critère de proximité des lieux d'impression par rapport aux lieux de livraison, le coût du transport des produits imprimés étant plus que compensé par celui du transport du papier vierge, toujours plus volumineux en raison des chutes.

Dans l'examen de l'opération Bouygues Télécom-Télédiffusion de France, le Conseil a retenu une dimension nationale pour les marchés considérés dans la mesure où la demande d'accueil d'équipements de radiocommunications était uniquement le fait d'opérateurs nationaux exploitant un réseau de radiophonie mobile dans le cadre d'une licence accordée moyennant un objectif de couverture nationale. Cette obligation de couverture (avec pour objectif la couverture de 99 % de la population) s'imposant concurremment à tous les titulaires de licences, il n'existe aucun partage possible du territoire entre les opérateurs. Les modalités de déploiement des réseaux de téléphonie mobile répondent bien à une problématique locale liée au choix des sites, mais ce choix ne s'opère pas selon des critères suffisamment caractérisés pour pouvoir retenir, au sens du droit de la concurrence, l'existence de marchés locaux.

Dans l'opération Alliance Santé-ORP, le Conseil a observé que la zone de chalandise couverte par chaque établissement était contrainte, d'une part, par la densité de la couverture du territoire en officines, la qualité du réseau routier, la densité de la circulation, et d'autre part, par des obligations réglementaires pesant sur les répartiteurs en termes de stocks, de fréquence et de délais de livraison. Les coûts de transport et de logistique induits par une zone de chalandise trop étendue pesaient rapidement sur la rentabilité du répartiteur. De plus, bien que les trois principaux grossistes-répartiteurs soient présents sur l'ensemble du territoire national, il existe une grande diversité de leurs parts de marché au niveau local. Les effets de l'opération ont donc été appréciés au niveau local.

Lors de son examen de l'opération SEB-Moulinex, la Commission, relevant que les parts de marchés des différents fabricants étaient très hétérogènes d'un pays à l'autre, que les niveaux de prix variaient selon les pays, et que les structures logistiques, d'approvisionnement et de distribution étaient nationales, a défini des marchés de produits limités aux territoires nationaux, avant de renvoyer aux autorités françaises l'examen de la situation sur les marchés français. Le Conseil n'a pas entendu remettre en cause cette délimitation.

## Bilan concurrentiel

L'article L. 430-6 du code de commerce, tant dans sa rédaction postérieure à la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, que dans sa rédaction antérieure, précise que le Conseil examine si l'opération dont il est saisi «*est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante*». La loi précitée a ajouté «*ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique*».

Les quatre opérations examinées en 2002 présentaient une grande diversité de situations en ce qui concerne les types d'atteinte à la concurrence à analyser. La création ou le renforcement de la position dominante de la nouvelle entité issue de l'opération peut en effet être induite simplement par le cumul de parts de marché, dans une concentration horizontale. Le pouvoir de marché de la nouvelle entité peut également résulter du cumul de plusieurs marques notoires, voire incontournables, ou de la juxtaposition de positions fortes sur une gamme de produits, dans l'hypothèse d'une concentration concernant plusieurs marchés connexes ou verticaux. Dans le cas d'une intégration verticale, le risque de forclusion sur le marché aval est spécifiquement examiné par le Conseil. L'atteinte à la concurrence peut aussi prendre la forme d'un affaiblissement de l'incitation des principaux acteurs du marché à se faire concurrence. Ces risques sont toujours évalués par le Conseil au regard des caractéristiques du fonctionnement des marchés concernés, et notamment du nombre et de la taille des concurrents, des fournisseurs et des clients, et du degré d'ouverture.

## La création ou le renforcement d'une position dominante

Compte tenu de la dimension géographique des marchés pertinents retenus pour l'examen des effets de l'opération Quebecor-E2G, et de la distinction faite entre l'impression de magazines, d'une part, l'impression de catalogues et de prospectus, d'autre part, le Conseil ne disposait pas des statistiques adéquates permettant de mesurer la part du nouvel ensemble dans les ventes réalisées sur ces marchés. Il a cependant estimé qu'elle pouvait être approchée par deux éléments complémentaires : la part de Quebecor-E2G dans les capacités de production en héliogravure des imprimeurs situés dans un rayon de 700 kilomètres autour de Paris (estimée à 26,1 %) et le taux d'utilisation des capacités de production. Il a également relevé qu'une

telle estimation présentait l'avantage d'être fondée sur une analyse des capacités de production des intervenants dans un secteur où les coûts fixes des installations représentaient une part très importante des coûts totaux et où l'existence de ces capacités constituait, dès lors, un élément déterminant du jeu concurrentiel et de la puissance relative des acteurs sur les marchés concernés.

En conséquence, le Conseil a observé que l'opération permettait à Quebecor de conforter sa position de leader pour l'impression en héliogravure. Cependant, pour l'impression des catalogues et prospectus, l'entrée d'un nouveau concurrent, l'existence de capacités de production non utilisées chez les concurrents allemands de Quebecor et la concurrence des imprimeurs situés au-delà de la zone de 700 kms retenue pour la définition géographique des marchés pertinents, concouraient à limiter le pouvoir de marché de Quebecor. Pour l'impression de magazines, le Conseil a considéré que la pression concurrentielle de l'offset pèserait sur les prix de l'héliogravure. Il a également noté, sur ces deux marchés, la présence d'acheteurs puissants.

Avant le rachat par TDF des sites pylônes de Bouygues, le groupe France Télécom détenait 64 % du marché de l'accueil sur site pylônes des équipements de télécommunication mobile, entendu comme le nombre de pylônes sur lesquels un opérateur GSM au moins loue un emplacement (les pylônes construits par les opérateurs mobiles pour leur propre usage et sur lesquels ils n'ont pas encore accueilli un autre opérateur n'étant pas pris en compte). Après l'opération, cette part pouvait être évaluée à 81,1 %, soit un sensible accroissement par rapport à la situation qui prévalait avant l'opération.

L'opération conduisait cependant à élargir l'offre disponible, puisqu'elle avait pour conséquence de mettre sur le marché les sites pylônes sur lesquels Bouygues n'avait pas d'accord d'échange avec un autre opérateur GSM. Le Conseil a, par ailleurs, remarqué qu'une analyse prospective conduisait à une remise en cause de l'exclusion du marché des sites construits par les opérateurs de téléphonie mobile et sur lesquels ils n'accueillaient pas à l'époque, d'autre opérateur. En effet, dans le cadre du déploiement de la téléphonie mobile de troisième génération, des obligations de mutualisation en faveur d'un opérateur qui ne disposerait pas d'un réseau GSM pèsent sur les trois opérateurs titulaires de licences GSM/DCS. Cependant, même en prenant en compte une plus grande mutualisation dans l'évaluation de la taille du marché concerné, le Conseil a constaté un renforcement de la position dominante du groupe France Télécom du fait de l'opération.

Le Conseil a constaté qu'après le rachat d'une partie des actifs de Moulinex, le groupe SEB détiendrait des parts de marchés très importantes pour plusieurs catégories d'appareils. Néanmoins, la présence sur les marchés de grands groupes détenant des marques notoires, l'existence d'un potentiel de développement des produits «sans marques» et des marques distributeurs, ainsi que la puissance de négociation de la grande distribution lui ont permis de conclure que le nouvel ensemble ne serait pas en mesure de s'abstraire de la concurrence sur les marchés concernés.

Dans l'opération Alliance Santé-ORP, le Conseil a constaté que, compte tenu de la taille très limitée d'ORP, la concentration n'était pas de nature à avoir un impact significatif sur la position occupée par Alliance Santé, et ce, quelle que soit l'étendue du marché géographique considéré (national ou local).

### Les risques spécifiques liés au cumul de plusieurs marques notoires ou à la juxtaposition de positions fortes sur une gamme de produits

Le rachat de E2G par Quebecor donnait au nouvel ensemble, en sus de sa position de leader sur le marché de l'imprimerie, 10 % du marché français du brochage et 2,2 % du routage. Le Conseil a donc constaté que le groupe était en mesure de proposer à ses clients une offre unique regroupant l'impression, le brochage et le routage, et pourrait éventuellement restreindre les possibilités de choix de ses clients par des ventes liées. Il a cependant également constaté que plusieurs concurrents directs de Quebecor offraient aussi l'ensemble de ces prestations. De plus, une offre groupée ne correspondait ni aux attentes des clients qui avaient le souci de diversifier leurs fournisseurs pour sécuriser leurs approvisionnements afin notamment de se prémunir contre les conséquences d'un incident technique ou d'un conflit social, ni aux contraintes techniques rencontrées dans les activités de brochage et de routage.

L'opération SEB-Moulinex permettait à SEB d'ajouter les marques Moulinex et Krups à celles qu'il détenait déjà (SEB, Tefal, Rowenta et Calor) et de constituer ainsi un portefeuille de marques notoires, inégalé par ses concurrents. Un tel portefeuille pouvait renforcer le pouvoir de négociation du groupe vis-à-vis des distributeurs, au sens où les distributeurs auraient été contraints de faire figurer certaines marques jugées incontournables, dans leur rayon petit électroménager. Cependant, malgré la forte notoriété des marques détenues par le nouvel ensemble, celles-ci ne pouvaient, selon le Conseil, être considérées comme incontournables. En effet, la présence dans ce secteur d'autres marques à forte notoriété contrebalançait la valeur des marques détenues par le groupe SEB. De plus, le Conseil a relativisé l'importance de la marque comme critère de choix, dans la mesure où les consommateurs plaçaient ce critère après ceux du prix et de la qualité. D'autre part, en ce qui concerne la détention par le nouvel ensemble de positions fortes pour la plupart des appareils de petit électroménager, le Conseil n'a pas considéré qu'elle conférerait au nouvel ensemble un pouvoir de marché significatif, les distributeurs ayant déclaré qu'ils ne se fournissaient pas auprès d'un même fabricant pour l'ensemble de leur rayon petit électroménager et se préoccupaient, au contraire, de diversifier leurs fournisseurs.

### L'affaiblissement du jeu concurrentiel lié à la réduction du nombre d'acteurs

La reprise d'ORP par Alliance Santé pouvait, *a priori*, susciter des doutes en ce qui concerne l'impact de cette opération sur l'intensité du jeu concu-

rentiel sur le marché concerné, dans la mesure où le marché cumulait déjà, avant l'opération, des caractéristiques peu favorables à un comportement offensif (forte concentration, réglementation favorisant l'homogénéité des prestations et des prix, demande inélastique aux prix) et où deux des principaux acteurs du marché avaient été condamnés par le Conseil, en 2001, pour avoir mis en œuvre des pratiques concertées en vue de faire échec à l'implantation d'ORP dans la région Nord et en Seine-Maritime. Le Conseil a, cependant, considéré que, même si la politique commerciale d'ORP, basée sur un service réduit en échange de remises plus importantes, avait pu être considérée comme gênante par les principaux acteurs du marché, on ne pouvait déduire de l'existence de mesures de rétorsion ciblées qu'ORP exerçait sur les membres de l'oligopole une pression concurrentielle significative de nature à les amener à améliorer, de façon prolongée, les conditions financières consenties ou la qualité du service rendu. Il a en effet constaté que la politique de prix agressive d'ORP n'était pas soutenable puisque ces prix étaient insuffisants pour assurer sa rentabilité et avaient conduit cette entreprise à cesser son activité. Dans ces conditions, sa disparition n'était pas de nature à affaiblir l'intensité du jeu concurrentiel.

### Effets verticaux

L'opération TDF-Bouygues Télécom soulevait des risques de forclusion sur les marchés de la téléphonie mobile, liés à l'intégration, au sein du groupe France Télécom, d'un opérateur de téléphonie mobile (Orange) et d'un opérateur d'accueil sur site (TDF). Il pouvait, en effet, être envisagé que la stratégie du groupe soit de favoriser Orange par rapport aux autres opérateurs mobiles, fût-ce aux dépens des intérêts de TDF qui, pour rentabiliser l'opération, devait commercialiser de la façon la plus générale ses sites pylônes en y accueillant le maximum d'opérateurs. Dès lors, tout opérateur n'appartenant pas au groupe France Télécom ou n'ayant pas de lien privilégié avec lui, aurait pu, sur une zone géographique déterminée, avoir des difficultés à trouver un site d'accueil.

La société Bouygues Télécom était protégée contre ce risque d'abus de position dominante par le groupe France Télécom, dans la mesure où elle bénéficiait d'un droit de préférence lors de la commercialisation par TDF des sites concernés par l'opération, contrairement aux autres concurrents. Bien qu'au jour de l'avis, les conditions d'accueil sur les sites pylônes de TDF offertes aux opérateurs de téléphonie mobile aient été homogènes, ceci ne permettait pas de préjuger de l'effet, dans le futur, du renforcement de la position du groupe France Télécom sur le marché défini.

Le Conseil a donc considéré que seule la publication par TDF d'un catalogue de prix répertoriant les prestations offertes, afin de garantir l'accès aux sites dans des conditions tarifaires objectives, transparentes et non discriminatoires, permettait de limiter les risques exposés ci-dessus.

### Contribution au progrès économique

TDF faisait valoir que son acquisition des pylônes de Bouygues allait favoriser leur mutualisation, une compagnie de site étant plus à même de réaliser et rentabiliser les travaux de renforcement de l'infrastructure nécessaires à la mutualisation qu'un opérateur de téléphonie mobile dont ce n'est pas le cœur de métier. Le Conseil a reconnu que le partage des sites entre plusieurs opérateurs de téléphonie mobile pouvait, en effet, constituer un objectif d'intérêt général, d'une part parce qu'il favorise l'extension de la couverture du territoire et le développement de l'UMTS, et, d'autre part, en raison de considérations environnementales et des préoccupations de santé publique tendant à une limitation de la prolifération des nouveaux sites pylônes. Il a, cependant, constaté que la clause de préférence dont aurait bénéficié la société Bouygues Télécom paraissait de nature à limiter les possibilités de partage des sites concernés.

En conséquence, le Conseil a considéré que l'opération ne pouvait apporter au progrès économique une contribution suffisante à compenser les risques d'atteinte à la concurrence qu'elle comportait sur les marchés concernés qu'à deux conditions : la suppression de la clause de préférence dont bénéficiait Bouygues Télécom dans le contrat, et la publication par TDF d'un catalogue de prix répertoriant les prestations offertes, afin de garantir l'accès aux sites dans des conditions tarifaires objectives, transparentes et non discriminatoires.

En ce qui concerne l'opération SEB-Moulinex, le Conseil, bien qu'ayant conclu que l'opération ne portait pas atteinte à la concurrence, a souligné que, de surcroît, le secteur du petit électroménager en France souffrait de plusieurs handicaps, notamment du fait d'une production non délocalisée (et donc moins compétitive en termes de coûts), des difficultés de positionnement des produits et enfin en raison des surcapacités chroniques, que les restructurations annoncées par SEB permettraient de corriger. Il a également noté que le maintien des sites de production en France, favoriserait une production de qualité avec des standards supérieurs aux normes réglementaires et des processus exigeants de contrôle de la qualité et de sélection des fournisseurs, ainsi qu'une plus grande réactivité et flexibilité de l'approvisionnement des distributeurs. Enfin, l'opération projetée permettait de maintenir les 270 centres de réparation agréés réalisant une bonne partie de leur chiffre d'affaires avec Moulinex et d'assurer ainsi la continuité du service au consommateur final (SEB s'étant engagé à assurer les garanties des produits Moulinex vendus avant la reprise et à produire les pièces détachées nécessaires aux réparations pendant cinq ans).

### L'exception de l'entreprise défaillante

En ce qui concerne les opérations SEB-Moulinex et ASD-ORP, le Conseil a considéré qu'elles ne portaient pas atteinte à la concurrence. Dans les deux cas, il a, cependant, tenu à porter à l'attention du ministre le fait que l'entreprise acquise était défaillante et que le plan de reprise du repreneur était la seule offre sérieuse. Il a, de plus, constaté que la progression des parts



de marché de SEB, attendue après l'opération, serait vraisemblablement comparable à celle qui aurait été constatée en cas de disparition de Moulinex : *«...le transfert des parts de marché constaté entre Moulinex et SEB, alors que la cession n'était pas encore effective, laisse penser que, en cas de retrait du marché des produits Moulinex, comme cela a été le cas pendant quelques mois, les parts de marché détenues par le groupe SEB n'auraient pas été très différentes de celles résultant de l'opération»*. De même, il a observé que, dans l'hypothèse où ORP aurait exercé une pression concurrentielle significative sur le marché, sa disparition serait aussi préjudiciable au fonctionnement de la concurrence que sa reprise par Alliance Santé.

Ces conditions sont celles définies par la jurisprudence communautaire (arrêt de la CJCE du 31 mars 1998 Kali + Saltz) pour considérer que la concentration n'est pas la cause de l'atteinte à la concurrence constatée et que l'opération est donc neutre quant à son impact sur la concurrence. S'agissant des transferts de parts de marché, la Cour a considéré que : *«En fait, l'introduction de ce critère vise à assurer que l'existence d'un lien de causalité entre la concentration et la détérioration de la structure concurrentielle du marché ne peut être exclue qu'au cas où la détérioration de la structure concurrentielle du marché, faisant suite à l'opération de concentration, se produirait pareillement même en l'absence de cette opération. Dès lors, le critère de l'absorption des parts de marché, bien qu'il ne soit pas considéré par la Commission elle-même comme suffisant à lui seul pour exclure le caractère préjudiciable de l'opération de concentration pour le jeu de la concurrence, concourt à assurer la neutralité de cette opération par rapport à la dégradation de la structure concurrentielle du marché, ce qui est conforme à la notion de causalité figurant à l'article 2, paragraphe 2, du règlement.»*

## Les décisions du ministre

Dans l'affaire Quebecor-E2G, le ministre a informé la société Quebecor qu'il prenait acte de l'avis du Conseil et n'entendait pas soumettre l'acquisition de la société E2G à des conditions particulières.

En ce qui concerne les effets de l'opération TDF-Bouygues, le ministre a repris l'analyse faite par le Conseil et a demandé à TDF de souscrire l'engagement d'élaborer, de publier et mettre en œuvre un catalogue de prix répertoriant les prestations offertes afin de garantir l'accès aux sites dans des conditions tarifaires objectives, transparentes et non discriminatoires. Il n'a, en revanche, pas considéré que la clause de préférence au profit de Bouygues avait pour effet de créer une barrière à l'entrée, mais a noté qu'il pouvait être contesté que cette clause soit absolument nécessaire à la réalisation de l'opération et, qu'en tout état de cause, sa décision était sans préjudice de l'application des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce.

Dans l'affaire SEB-Moulinex, le ministre s'est écarté de l'analyse du Conseil sur certains aspects de l'opération. En premier lieu, le ministre a considéré



que la concurrence potentielle exercée par d'autres grands groupes était limitée, ceux-ci ne disposant pas d'une puissance de marché à même de contrebalancer celle acquise par la nouvelle entité. En effet, selon le ministre, la croissance de certaines de leurs ventes dans le petit électroménager restait trop limitée. De la même façon, la permanence de faibles parts de marché ces dernières années, illustre selon lui, la difficulté de pénétrer durablement et significativement l'ensemble des marchés français du petit électroménager, malgré la possession de marques notoires par certains concurrents.

Ensuite, selon le ministre, la concurrence des produits sans marques ou vendus sous marques de distributeurs était limitée, car s'exerçant pour l'essentiel sur des produits de bas de gamme vendus dans le cadre d'opérations promotionnelles ponctuelles et donc moins à même de constituer une concurrence régulière. En outre, la pénétration de ces produits dans la grande distribution avait été relativement faible.

Enfin, le ministre a observé que l'analyse de l'opération ne permettait pas de montrer que la grande distribution userait de son pouvoir de négociation pour constituer un véritable contrepoids au pouvoir de marché de la nouvelle entité. En effet, le ministre a émis des doutes sur la possibilité pour la grande distribution de ne pas référencer les marques exploitées par SEB, la marque étant, selon lui, un élément important dans le choix des consommateurs, et certaines des marques du groupe SEB étant difficilement contournables.

L'ensemble de ces considérations a amené le ministre à conclure que l'opération était de nature à porter atteinte à la concurrence. Néanmoins, il a autorisé l'opération, sans conditions, en observant que Moulinex était une entreprise défaillante, que SEB était le seul repreneur, et que la disparition des actifs de Moulinex ne serait pas moins dommageable pour les consommateurs que l'opération de concentration, même s'il a estimé qu'il n'était pas possible de conclure que SEB aurait massivement récupéré les parts de marché de Moulinex en cas de disparition de cette dernière.

Dans sa lettre du 20 janvier 2003, le ministre a estimé que la reprise d'ORP par ASD comportait un risque de création d'une position dominante collective, puisqu'elle faisait disparaître la pression concurrentielle exercée sur l'oligopole par ORP. Contrairement au Conseil, il a considéré que la politique commerciale agressive menée par ORP lui avait permis de se maintenir sur le marché pendant plusieurs années et avait perturbé l'équilibre du marché. Il a également estimé que la situation qui préexistait à l'opération ne pouvait vraisemblablement pas être qualifiée de position dominante collective puisqu'une entente y avait été condamnée. Néanmoins, il a reconnu que ORP était défaillante, et qu'en l'absence de solutions alternatives, sa liquidation n'aurait pas été moins dommageable que sa reprise.

# Rapport du ministre de l'Économie

Les décisions comportant des injonctions de publication .....	268
Le suivi des injonctions .....	270
L'exécution des sanctions pécuniaires .....	278

# 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 ; il inflige des sanctions pécuniaires ; enfin, il ordonne la publication de ses décisions dans les journaux ou publications qu'il désigne, leur affichage dans des lieux qu'il indique ou leur insertion dans les rapports établis par les entreprises sanctionnées au titre de leurs obligations légales.

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 1999, 2000 et 2001 dont les délais d'exécution n'étaient pas expirés ou au sujet desquelles les enquêtes de suivi d'injonction n'étaient pas encore achevées lors de la présentation du précédent rapport, ainsi que pour celles plus récentes rendues en 2002.



## Les décisions comportant des injonctions de publication

Au titre de l'année 2001 et 2002, sept décisions comportaient des injonctions de publication.

### *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 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 Déménagement 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*.

La décision du Conseil de la concurrence a cependant été annulée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt intervenu le 9 janvier 2002, soit dans la période laissée aux entreprises pour effectuer la publication. Aucune vérification du respect de l'injonction de publication prononcée par le Conseil de la concurrence n'a donc été entreprise.

268

### *02-D-14 du 28 février 2002 relative à la situation de la concurrence dans le secteur d'activité des géomètres-experts et des géomètres-topographes*

Le Conseil de la concurrence a enjoint au conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts, dans un délai de trois mois à compter de sa notification, la publication de la partie II de la décision dans la revue *Le Moniteur des travaux publics*. Il a indiqué que la publication devait être précédée de la mention : «*Décision 02-D-14 du 28 février 2002 du Conseil de la concurrence relative à la situation de la concurrence dans le secteur d'activité des géomètres-experts et des géomètres-topographes*».

Le conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts ne s'étant pas acquitté de ses obligations dans le délai imparti, un courrier a été adressé à son président le 12 juillet 2002 par les services de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

Cette publication a été effectuée dans l'édition n° 5150 du *Moniteur des travaux publics* parue le 9 août 2002.

### *02-D-33 du 10 juin 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur du traitement des coupons de réduction*

Le Conseil de la concurrence a enjoint, dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision, la société Sogec Gestion de procéder, à ses

frais, à la publication de l'intégralité de la présente décision dans le magazine *LSA*. Le Conseil précisait que cette publication serait précédée de la mention : «*Décision du Conseil de la concurrence relative à des pratiques relevées dans le secteur du traitement des coupons de réduction*».

Cette publication a été effectuée dans l'édition n° 1776 du magazine *LSA* daté du 11 juillet 2002.

**02-D-36 du 14 juin 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des lunettes d'optique sur le marché de l'agglomération lyonnaise**

Le Conseil de la concurrence a enjoint, dans un délai de deux mois à compter de la notification de la présente décision, les sociétés Bourdeau, Naggabo, Guigues Optique, Europtic, à frais communs et en proportion des sanctions pécuniaires qui leur sont infligées, de publier dans le quotidien *Le Progrès*, édition du Rhône, la partie II de la présente décision en caractères lisibles par un lecteur ordinaire. Les mêmes entreprises devaient aussi procéder à la publication du II de la présente décision dans les mêmes conditions dans la revue *Inform'optique*.

La publication n'a toujours pas été effectuée à ce jour.

**02-D-37 du 14 juin 2002 relative à la situation de la concurrence dans le secteur des tuyauteries de gaz**

Le Conseil de la concurrence a enjoint, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la décision, aux entreprises Endel, Ponticelli Frères et Suburbaine de canalisations et de grands travaux, la publication de la décision, à frais communs et à proportion des sanctions qui leur sont infligées, dans la revue *Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment*. Le Conseil a précisé que cette publication serait précédée de la mention : «*Décision du Conseil de la concurrence relative à la situation de la concurrence dans le secteur des tuyauteries de gaz*».

L'arrêt de la cour d'appel de Paris daté du 4 février 2003 a rejeté le recours formé contre la décision du Conseil. Cette publication a été effectuée dans l'édition du *Moniteur des travaux publics* en date du 16 août 2002.

**02-D-43 du 2 juillet 2002 relative à des pratiques relevées lors de marchés de travaux sur réseaux de distribution d'eau passés par le Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la région de Dunkerque (SIAERD)**

Le Conseil de la concurrence a enjoint, dans un délai de trois mois à compter de sa notification, les sociétés Eurovia, Devin Lemarchand environnement, Edgard Duval, Lamblin, Lyonnaise des eaux, Eurovia STR et la société Travaux et entreprise des Flandres, de publier la partie II de la décision, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires prononcées, dans une édition du quotidien *La Voix du Nord*. Cette publication devait être précédée de la mention «*Décision du Conseil de la concurrence n° 02-D-43 du 2 juillet 2002 relative à des pratiques relevées lors de marchés de tra-*

vaux sur réseaux de distribution d'eau passés par le Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la région de Dunkerque (SIAERD)».

Cette publication est intervenue dans l'édition du quotidien *La Voix du Nord* datée du 9 août 2002. Il faut souligner que celle-ci a été effectuée dans la seule édition paraissant dans la zone de Dunkerque, ce qui ne semble pas toutefois en contradiction avec le libellé de l'injonction prononcée par le Conseil.

**02-D-62 du 27 septembre 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur du déménagement des personnels de la marine nationale en Bretagne**

Le Conseil de la concurrence a enjoint, dans un délai de deux mois à compter de la date de sa notification, les sociétés Le Floch, Déméco-Roussel, Acropole-Déménagements, Démex Joncqueur, AGS Armorique et Boulouard Déménagements de publier, à leurs frais et à proportion des sanctions pécuniaires qui leur sont infligées, la décision dans la revue *Armées d'aujourd'hui*.

La publication n'a pas encore été effectuée à ce jour mais devrait intervenir prochainement. L'insertion dans la revue *Armées d'aujourd'hui* est bien prévue par les parties, mais le délai observé pour la publication résulte, semble-t-il, des contraintes d'organisation inhérentes au fonctionnement de la revue en question.

## Le suivi des injonctions

### Les vérifications d'une décision de 1999 comportant des injonctions de faire ou de ne pas faire prononcées par le Conseil de la concurrence étaient encore en cours lors de la présentation du précédent rapport

**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 des vidéogrammes**

Le Conseil de la concurrence a prononcé deux injonctions à l'égard de TF1, d'une part, de supprimer, dans ses contrats de coproduction audiovisuelle, la clause réservant à 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.

Concernant les contrats de coproduction audiovisuelle, il ressort des investigations conduites que la clause d'exclusivité a été supprimée des contrats de coproduction examinés. S'agissant de l'injonction faite à TF1 de mettre fin aux pratiques tarifaires spécifiques accordées à ses filiales, l'enquête a permis de constater que la filiale de TF1 ne bénéficie plus d'un régime spécifique. Les tarifs consentis correspondent à des conditions de ventes transparentes et non discriminatoires identiques à celles accordées aux concurrents de la filiale de TF1.

### **Au titre de 2000, les vérifications de deux décisions comportant des injonctions de faire ou de ne pas faire prononcées par le Conseil de la concurrence n'étaient pas encore achevées lors de la présentation du précédent rapport**

#### *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 l'Association des transporteurs et loueurs d'autocars de la région parisienne (ATLARP) 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.

Les investigations conduites pour vérifier la mise en œuvre de l'injonction ont permis de constater que l'association s'est conformée aux injonctions prononcées par le Conseil de la concurrence. L'association a par ailleurs été dissoute selon la déclaration effectuée à la préfecture des Yvelines.

#### *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 l'Association des radio taxis belfortains de supprimer, en tant que de besoin, de ses statuts l'article 6, alinéa 4 (qui prévoit l'obligation d'adhérer au Syndicat professionnel des taxis de Belfort pour être candidat à l'association des taxis de cette même ville, ainsi que la fixation discrétionnaire du droit d'entrée dans cette association par son conseil d'administration), les articles 21, 23 (qui, pris ensemble, interdisent la publicité personnelle et limitent la liberté commerciale des artisans de taxi membres de l'association), et l'article 27 (dont tant le libellé que l'application qui en est faite conduisent à supprimer la liberté pour les artisans de taxi de fixer librement leurs prix en fonction de leurs propres coûts et à conférer, à l'égard des collectivités qui font appel à un taxi, un caractère minimal aux prix fixés par le tarif préfectoral).

Les investigations réalisées ont permis de vérifier le respect des injonctions prononcées par le Conseil de la concurrence. L'association a transmis un projet de statuts modifiés. Les articles relatifs à l'interdiction de publicité individuelle ont ainsi été supprimés et le nouveau statut fixe expressément le montant des droits d'entrée pour le nouvel adhérent.

## Les vérifications de quatre décisions de 2001 comportant des injonctions de faire ou de ne pas faire prononcées par le Conseil de la concurrence étaient encore en cours lors de la présentation du précédent rapport

### *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 les sociétés Canal Plus et Kiosque, ainsi que 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.

Le précédent rapport du ministre de l'économie sur l'exécution en 2001 des décisions rendues par le Conseil de la concurrence mentionnait une enquête alors en cours pour vérifier que les sociétés Canal Plus et Kiosque se conformaient à l'injonction prononcée par le Conseil de la concurrence.

L'enquête ne s'est conclue qu'en toute fin d'année 2002 mais les conclusions du rapport montrent clairement que les sociétés Canal Plus et Kiosque se sont conformées à l'injonction du Conseil, la société plaignante Multivision reconnaissant ne plus rencontrer de difficultés depuis pour procéder à l'achat des films cinématographiques d'expression française.

### *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 la Fédération nationale de la mutualité française (FNMF) 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 également demandé que cette information reproduise 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».*

Les premières investigations effectuées montrent que la FNMF a adressé une lettre circulaire le 7 décembre 2001 aux présidents des groupements qui adhèrent directement à la fédération (32 unions nationales, 90 départementales, 65 mutuelles nationales et 134 locales), qui leur demande d'appliquer la décision du Conseil en utilisant leurs moyens de communication (presse mutualiste, etc.). Par ailleurs la FNMF a diffusé l'information sur son site Internet et a publié la décision du Conseil dans l'édition de son bulletin du 20 décembre 2001.



Si la volonté de la FNMF de se conformer à la décision du Conseil n'est pas en cause, l'enquête a cependant souligné que la fédération n'avait aucun retour de la part des dirigeants des unions et mutuelles sur l'information effectivement délivrée à leurs affiliés (seuls 10 sur 321 semblent avoir procédé à la diffusion).

C'est pourquoi il a été demandé à la FNMF, par lettre du 11 avril 2002, de mieux s'assurer du respect effectif de l'injonction en poursuivant le recensement des mesures prises par ses adhérents pour diffuser l'information aux particuliers. L'enquête est toujours en cours.

**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 la société France Télécom :

- de suspendre sur tous supports, y compris par des procédés de «*marketing direct*», l'ensemble de la campagne publicitaire lancée à compter du 14 septembre 2001 et relative à la présentation combinée des offres «*MaLigne Locale*» et «*Option Plus*», ainsi que «*Ligne Pro Locale*» et «*Option Plus*», et de s'abstenir de toute autre campagne publicitaire, quel qu'en soit le support, destinée à promouvoir ces offres ;
- 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 maintenues 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 date de 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 incompatible avec la présélection d'opérateurs alternatifs.

Comme le mentionnait le précédent rapport du ministre de l'économie sur l'exécution des décisions rendues par le Conseil de la concurrence, un courrier a été adressé à 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.

Les investigations réalisées depuis ont permis de vérifier que France Télécom s'est conformée aux injonctions.

*01-MC-07 du 21 décembre 2001 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Kosmos*

Le Conseil de la concurrence a enjoint 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.

L'enquête lancée pour vérifier le respect de cette injonction est toujours en cours.

## **Au titre de 2002, six décisions comportaient des injonctions de faire ou de ne pas faire prononcées par le Conseil de la concurrence**

*02-MC-03 du 27 février 2002 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société T-Online France*

Le Conseil de la concurrence a enjoint la société France Télécom :

- de mettre à la disposition de l'ensemble des fournisseurs d'accès à Internet un serveur Extranet permettant d'accéder aux mêmes informations sur l'éligibilité des lignes téléphoniques à l'ADSL et sur les caractéristiques techniques des modems compatibles avec l'équipement de ces lignes que celles dont dispose Wanadoo interactive, et de commander aux services spécialisés de France Télécom l'opération matérielle de la connexion dans les mêmes conditions d'efficacité que celles accordées à Wanadoo interactive, selon les mêmes conditions tarifaires, mais selon des conditions techniques autorisant le traitement de masse en ligne (article 1) ;
- dans l'attente de la mise en place de ce système, de suspendre la commercialisation des packs ADSL de la société Wanadoo Interactive dans ses agences commerciales jusqu'à ce que l'outil Extranet soit rendu effectivement disponible pour l'ensemble des fournisseurs d'accès à Internet qui en font la demande.

Le Conseil de la concurrence a précisé qu'il lèverait cette suspension, saisi par la partie la plus diligente, dès que deux contrats au moins auront été signés entre France Télécom et des fournisseurs d'accès à Internet autres

que Wanadoo pour l'utilisation de ce système, et à l'issue d'une période d'essai d'un mois. Par ailleurs le Conseil de la concurrence a demandé qu'il lui soit rendu compte par les parties, dans un délai de quatre mois au plus tard à compter de la notification de la présente décision, des dispositions prises par France Télécom pour se conformer à l'injonction définie à l'article 1<sup>er</sup>.

Le Conseil de la concurrence a estimé dans sa décision 02-D-46 du 19 juillet 2002 que les conditions figurant à l'article 1 de la décision 02-MC-03 pour lever l'injonction prononcée à l'article 2 (suspension de la commercialisation des packs eXtense de la société Wanadoo Interactive dans les agences de France Télécom) étaient remplies, France Télécom ayant en effet pris les mesures nécessaires pour fournir les informations aux fournisseurs d'accès Internet.

Les investigations réalisées ont aussi permis de confirmer que la société France Télécom s'est bien conformée à l'injonction prononcée par le Conseil de la concurrence.

*02-MC-04 du 11 avril 2002 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Antalis*

Le Conseil de la concurrence a enjoint dans sa décision la société TDF de communiquer à toute entreprise qui en fait la demande une offre de prestations d'accueil concernant, au moins, les sites de diffusion hertzienne installés sur les 29 premières zones de diffusion définies par le CSA dans sa décision du 24 juillet 2001, détaillée poste par poste, et intégrant des conditions tarifaires établies de manière objective, transparente et non discriminatoire, à un prix en rapport avec les coûts directs et indirects des prestations offertes, y compris une rémunération raisonnable du capital engagé.

Cependant l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 21 mai 2002 a réformé la décision du Conseil de la concurrence et, statuant à nouveau, a enjoint la société TDF, dans le délai d'un mois à compter de la présente décision, de communiquer à toute entreprise qui en fait la demande une offre de prestation d'accueil concernant les sites de diffusion hertzienne installés sur les 29 premières zones de diffusion définies par le CSA dans sa décision du 24 juillet 2001, décomposée poste par poste et comportant des tarifs établis de manière objective, transparente et non discriminatoire, à un prix proportionné à la valeur du service qu'elle propose.

C'est donc sur le fondement de l'injonction prononcée par la cour d'appel de Paris que les investigations sont actuellement conduites.

*02-MC-06 du 30 avril 2002 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société RMC Info*

Le Conseil de la concurrence a enjoint le GIE Sport libre de suspendre, en ce qui concerne l'acquisition des droits radiophoniques pour les matchs de la Coupe du monde 2002 de football, les clauses de son contrat constitutif et de son règlement intérieur, visant à limiter la liberté de ses membres de négocier et/ou de conclure, à titre individuel, tout accord relatif à la

retransmission d'évènements sportifs à savoir les articles 2 alinéas 2 et 3, et 8 alinéas 1 et 2 du règlement intérieur et les articles 7 alinéa 4, et 8 alinéas 1, 4 deuxième phrase et 5 du contrat constitutif.

L'enquête lancée pour vérifier le respect de cette injonction est toujours en cours.

**02-D-33 du 10 juin 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur du traitement des coupons de réduction**

Outre la publication de l'intégralité de la décision dans le magazine *LSA*, le Conseil de la concurrence a enjoint la société Sogec Gestion de suspendre sans délai la clause d'exclusivité contenue dans les contrats d'adhésion à la banque de coupons Sogec Gestion en cours, de cesser pendant 5 ans de proposer à ses clients des contrats contenant une clause d'exclusivité, de cesser de pratiquer la rétention des codes en cas de mention d'une autre banque de coupons et de ne plus exiger la suppression du double codage.

La cour d'appel de Paris a confirmé toutes les dispositions de la décision du Conseil de la concurrence dans son arrêt daté du 4 février 2003. Les investigations conduites pour vérifier la conformité de la société Sogec Gestion à l'injonction du Conseil de la concurrence devraient s'achever très prochainement.

276

**02-D-36 du 14 juin 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des lunettes d'optique sur le marché de l'agglomération lyonnaise**

Outre la publication de la décision à frais communs et en proportion des sanctions pécuniaires qui leur sont infligées, dans le quotidien *Le Progrès*, édition du Rhône, le Conseil de la concurrence a enjoint certaines des sociétés en cause :

- la société Logo, venant aux droits et obligations de la société Gala Prestige de Paris, de modifier, dans les nouveaux contrats qu'elle propose à ses distributeurs, le point 12 du «*protocole d'accord de distribution sélective pour les produits de la marque Fred-Force 10*», de telle sorte qu'il soit clair que le distributeur agréé Fred-Force 10 dispose de la faculté de s'approvisionner auprès d'autres distributeurs agréés ainsi que cela figure dans la nouvelle version du point 9 ; il est également enjoint à la société Logo de proposer à la signature de tous les distributeurs ayant conclu le contrat dans sa version antérieure un avenant incorporant audit contrat la nouvelle rédaction des points 9 et 12 ;
- la société Sporoptic Pouilloux de modifier, dans les nouveaux contrats de revendeur agréé qu'elle propose aux distributeurs, les articles 3.1.1 et 3.1.3. de telle sorte qu'il soit clair que le revendeur agréé conserve toute liberté de céder ou d'acheter des produits de marque Vuarnet à un autre revendeur agréé ;
- la société Berthet-Bondet de modifier le contrat de distribution agréé «*Lunettes Lagerfeld*» en y inscrivant une clause autorisant expressément les livraisons entre revendeurs agréés ; il est également enjoint à la société Berthet-Bondet de proposer à la signature de tous les distributeurs

ayant conclu le contrat dans sa version antérieure un avenant incorporant audit contrat la nouvelle clause.

Les investigations visant à vérifier que les sociétés précitées se conforment aux injonctions prononcées sont toujours en cours.

*02-D-60 du 27 septembre 2002 relative aux pratiques mises en œuvre par la Chambre syndicale des entreprises de déménagement (CSD) et l'Association française de déménageurs internationaux (AFDI)*

Le Conseil de la concurrence a enjoint :

- la CSD, de préciser, dans un délai de six mois à compter de la présente décision les conditions d'adhésion mentionnées à l'article 4 A 1° des statuts, de supprimer, dans le même délai, les critères moraux énoncés aux articles 4 A 2° de ces statuts et I-1 du règlement intérieur, le droit d'opposition conféré au président du groupement régional et à tout adhérent par l'article 5 des statuts, la disposition contenue au même article qui dispense de motiver les rejets de candidatures, le traitement plus favorable réservé par l'article 6 et l'article III du règlement intérieur aux repreneurs d'entreprises adhérentes, non seulement lorsqu'ils sont déjà membres de la CSD mais aussi lorsqu'ils sont simplement « connus » ; de mettre un terme, dans le même délai, à l'usage de déléguer aux groupements régionaux l'enquête préliminaire sur les candidats à l'adhésion ainsi qu'à l'usage d'imposer un parrainage par des entreprises déjà adhérentes ;
- l'AFDI de modifier dans le même délai l'article 3 de ses statuts et les articles correspondants de son règlement intérieur, en précisant les conditions d'adhésion, en supprimant l'obligation préalable d'adhésion à la CSD et de parrainage et en introduisant l'obligation de motiver les rejets de candidature.

Le Conseil de la concurrence a par ailleurs enjoint la CSD et l'AFDI d'adresser, dans un délai de deux mois à compter de sa notification, la présente décision à chacun de leurs adhérents.

Les investigations visant à vérifier que les sociétés précitées se conforment aux injonctions prononcées, seront prochainement lancées à l'expiration du délai laissé aux organismes pour se mettre en conformité avec l'injonction du Conseil.



## L'exécution des sanctions pécuniaires

En vertu de l'article L. 464-4 du code de commerce les sanctions pécuniaires 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 (TGCST), sise à Châtelleraut.

Cette direction générale procède à l'assignation du recouvrement auprès de la TGCST dès réception de la décision du Conseil de la concurrence.

La Trésorerie générale m'a communiqué les premiers éléments des opérations de prise en charge et de recouvrement des créances accomplies au titre de l'exécution des décisions du Conseil de la concurrence en 2002. Je précise qu'il ne s'agit là que d'éléments provisoires, l'état au 31 décembre 2002 ne pouvant être connu que lorsque l'exercice sera comptablement achevé, c'est-à-dire aux environs du 15 avril 2003.

Néanmoins, les premiers chiffres communiqués montrent que, s'agissant des sanctions prises en charge les années antérieures à 2002, leur montant net est de 3 830 168,44 euros ; elles sont recouvrées à hauteur de 3 569 368,09 euros, soit un taux de recouvrement effectif de 93,2 %. Il reste donc un montant non recouvré de 260 800,35 euros au titre des exercices antérieurs à 2002.

278

Les sanctions prises en charge lors de l'exercice 2002 représentent, au 31 décembre 2002, un montant total de 66 404 408 euros. Les recettes pour l'année 2002 s'élèvent, à cette même date, à 53 586 811 euros, soit un taux de recouvrement de 80,7 % pour l'exercice 2002. Il reste à recouvrer une somme de 12 817 597 euros, ce qui correspond à un niveau normal de restes à recouvrer compte tenu des échéanciers de paiement négociés par certaines sociétés sanctionnées.

Pour le ministre et par délégation,  
*Le directeur général*  
*de la concurrence, de la consommation*  
*et de la répression des fraudes,*  
Benoît Parlos

Autorité administrative indépendante, le Conseil de la concurrence a été créé par l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 qui a été intégrée, en septembre 2000, dans le code de commerce (livre IV). Chargé de veiller au bon fonctionnement des marchés, le Conseil de la concurrence dispose d'attributions contentieuses qui lui permettent de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles. Il exerce également une mission consultative et rend, à ce titre, des avis sur toute question de concurrence ainsi qu'en matière de concentration économique.

Le Conseil présente dans cet ouvrage non seulement le bilan de son activité en 2002, mais aussi des « études thématiques » centrées sur des sujets ayant donné lieu à débat ou qui ont connu des évolutions importantes. L'ouvrage propose, enfin, une analyse détaillée de la jurisprudence dont la vocation est de constituer un outil de travail pour les professionnels du droit de la concurrence.

La Documentation française  
29-31, quai Voltaire  
75344 Paris Cedex 07  
Tél. : 01.40.15.70.00  
Télécopie : 01.40.15.72.30  
[www.ladocumentationfrancaise.fr](http://www.ladocumentationfrancaise.fr)

Imprimé en France  
DF : 5 6801-5  
ISBN : 2-11-005413-1  
Prix : 60 € (les trois volumes)

3 303332 602889

