



## Éditorial

L'année 2005 aura été une année particulièrement marquante pour le Conseil de la concurrence.

D'abord parce que, grâce à une mobilisation sans précédent, l'institution a franchi une étape décisive dans la politique de résorption du stock qu'elle mène de manière volontariste depuis 2001 : le nombre des affaires en instance est passé sous la barre des 200, situation que n'avait pas connue le Conseil depuis les premières années de son existence. Ce résultat a été obtenu grâce à l'adoption, pour la première fois, d'un programme chiffré, associé à un calendrier précis d'instruction et d'audience des affaires, qui comportait deux objectifs : réduire le stock des affaires à la moitié de ce qu'il représentait à la fin de l'année 2000, où il culminait à 417 dossiers en instance, et traiter en priorité les saisines les plus anciennes. Ces deux objectifs ont été atteints et même dépassés, réduisant ainsi de manière sensible le délai moyen de traitement des affaires. S'il n'est pas toujours possible pour le Conseil de s'aligner entièrement sur le « temps économique » (le recueil des données de marché et la recherche des preuves supposent des enquêtes approfondies, l'analyse des faits et le débat contradictoire entre les parties exigeant aussi du temps), il est maintenant en mesure de garantir à ceux qui le saisissent – ministre de l'Économie, associations professionnelles ou de consommateurs, collectivités locales ou entreprises – que son intervention se fera dans un délai compatible avec l'efficacité attendue d'un régulateur des marchés.

L'effort entrepris en 2005 a donc été significatif : 161 affaires traitées, soit nettement plus que les années précédentes, dont beaucoup concernaient des dossiers lourds et intéressants qui ont, sur de nombreux points nouveaux, précisé ou éclairé la pratique décisionnelle du Conseil : il en est rendu compte, comme chaque année, dans le rapport d'activité 2005. C'est l'occasion de remercier tous ceux qui ont contribué à ce beau résultat : vice-présidents et membres du collège, rapporteurs généraux et rapporteurs, mais aussi l'ensemble du personnel dont l'activité, particulièrement soutenue, n'a pas connu de trêve, y compris dans les derniers jours de décembre. C'est aussi le moment de dire que l'ambition du Conseil n'aurait pu être satisfaite sans l'adhésion et le concours des entreprises parties aux procédures jugées prioritaires et à leurs avocats, qui ont dû être sollicités y compris pendant le mois d'août. Et de souligner que la charge de travail se reporte aujourd'hui sur les juridictions de contrôle – cour d'appel de Paris et Cour de cassation –

dont les saisines ont mécaniquement augmenté : le Conseil est parfaitement conscient de l'effort supplémentaire ainsi demandé aux juridictions et aux magistrats qui les composent. La question des moyens, aujourd'hui nettement insuffisants, consacrés à l'application du droit de la concurrence, doit être envisagée pour toute la chaîne – administrative et juridictionnelle – qui y concourt.

Le Conseil s'est intéressé en 2005 à un grand nombre de secteurs économiques, en portant à chaque fois son regard sur le fonctionnement de la concurrence et les moyens de faire en sorte qu'elle s'exerce au bénéfice des consommateurs.

Si le secteur du bâtiment et des travaux publics est resté, cette année encore, en tête des préoccupations du Conseil, qui a sanctionné à de nombreuses reprises des ententes entre entreprises candidates à des marchés publics, il a été suivi de près par ceux de la distribution, des services et professions libérales mais aussi du transport. Les télécommunications ont donné lieu à moins de décisions contentieuses, mais occupent une part prédominante en ce qui concerne l'importance des sanctions prononcées, que ce soit dans le haut débit ou les mobiles. La distribution de l'eau a également fait l'objet de décisions qui ont suscité une large attention.

De manière générale, l'on retiendra quatre enseignements principaux de l'actualité contentieuse du Conseil en 2005 :

- l'intérêt porté par l'autorité de concurrence à la détection et à la répression non seulement des ententes « horizontales » entre concurrents, pratiques injustifiables qui, en élevant artificiellement les prix, créent des dommages souvent très importants au détriment des consommateurs et dégradent la compétitivité de secteurs économiques, mais aussi des ententes « verticales » entre fabricants et distributeurs par lesquelles les premiers imposent aux seconds les prix de détail, privant les consommateurs de la possibilité de faire jouer la concurrence au stade de la distribution : plusieurs affaires ont permis de préciser le standard de preuve retenu par le Conseil et de montrer de manière concrète le dommage à l'économie causé par les pratiques, plus ou moins important selon l'intensité de la concurrence entre les marques distribuées ;
- l'analyse très poussée à laquelle s'est livré le Conseil pour examiner le fonctionnement de la concurrence sur les marchés oligopolistiques, dans lesquels le petit nombre d'acteurs peut favoriser la tentation de substituer aux risques de la compétition le choix de la coopération, tacite ou explicite, entre entreprises. Plusieurs décisions ont contribué à délimiter ce qui relevait du licite (le simple parallélisme du comportement, l'adaptation intelligente aux conditions du marché par la recherche notamment, d'informations permettant de mieux apprécier ces dernières) et ce qui était prohibé par le droit de la concurrence : la grille d'analyse du Conseil a ainsi été précisée, que ce soit pour définir le standard de preuves des ententes ou cartels fondés sur une coopération explicite entre les entreprises concurrentes ou qualifier au regard des règles de la concurrence les échanges d'informations entre membres de l'oligopole ;
- la démarche, maintenant bien ancrée, dans laquelle s'est inscrit le Conseil pour replacer l'analyse des abus éventuels de position dominante dans

une approche plus économique, fondée davantage sur l'observation des effets actuels ou potentiels d'éviction que peuvent comporter les pratiques unilatérales des entreprises disposant d'un fort pouvoir de marché que sur la forme intrinsèque de ces pratiques : cette approche, qui anticipe sur celle recommandée par la Commission européenne dans son document de discussion consacré à l'application de l'article 82 du traité européen, laisse plus de place au débat sur les effets *pro* ou *anticoncurrentiels* des stratégies des entreprises en cause, qui peuvent faire valoir notamment les gains d'efficacité, transmis aux consommateurs, que leur procurent ces stratégies ;

- la volonté du Conseil, encouragée par le législateur en 2001, d'assumer, de manière claire et lisible, une politique de dissuasion forte des pratiques anticoncurrentielles : le montant cumulé des amendes infligées en 2005, nettement plus élevé que celui des années précédentes, en témoigne. L'objectif n'est pas de punir pour punir mais de décourager les entreprises en les persuadant que la sanction constitue une menace sérieuse qu'elles ne peuvent écarter du calcul économique préalable à l'adoption de comportements illicites.

La dimension pédagogique de l'activité du Conseil de la concurrence a également été très présente en 2005 : de nombreux avis, qu'il s'agisse du service universel bancaire, de la privatisation des autoroutes, des contrats à long terme d'achat d'électricité pour les industries électro-intensives ou de l'analyse des différents marchés des communications électroniques effectuée à la demande du régulateur sectoriel, l'ARCEP, ont permis au Conseil de faire toute une série de recommandations de nature à améliorer le fonctionnement concurrentiel des différents marchés concernés.

Le Conseil a choisi cette année de consacrer une étude aux instruments de la mise en œuvre du droit de la concurrence. Le principal d'entre eux reste la sanction pécuniaire, accompagnée ou non d'injonctions, qui est au cœur de la politique de dissuasion des pratiques anticoncurrentielles déjà évoquée : l'on observe à cet égard, en France comme à l'étranger, une tendance très nette à l'alourdissement des sanctions, due non pas seulement à la plus grande sévérité des textes et des autorités chargées de les appliquer, mais aussi aux mouvements de concentration des entreprises et de mondialisation des marchés, qui contribuent aussi à aggraver les dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles et à élargir l'assiette sur laquelle sont calculées les amendes. Mais se développent aussi, avec les procédures de clémence, de transaction ou d'engagements de nouveaux outils, qui relèvent davantage d'un droit négocié entre les entreprises et l'autorité de concurrence : ils ont connu un succès certain, qui s'est confirmé ces derniers mois.

Comment mettre en cohérence ces différents instruments, de manière à garantir une efficacité maximale aux interventions du Conseil ? Comment assurer une prévisibilité plus grande au calcul des sanctions, ce qui suppose d'explicitier les trois critères fixés par le législateur : la gravité de la pratique, l'importance du dommage à l'économie et la situation de l'entreprise ? Que recouvre exactement le dommage à l'économie ? Dans quelles conditions de procédure et de fond peut-il être recouru aux instruments alternatifs ou accessoires aux sanctions ? Sur tous ces points, le Conseil s'est efforcé d'explicitier sa pratique décisionnelle, de rendre compte aussi de la

jurisprudence des juridictions de contrôle, de manière à donner pour l'avenir des signaux clairs aux entreprises.

Il s'agit d'illustrer ainsi les trois dimensions de l'activité d'une autorité de concurrence – pédagogique, dissuasive et corrective – dimensions qui ne peuvent être comprises et acceptées que si la politique de l'institution est elle-même lisible et transparente. Comme les précédents, le rapport d'activité 2005 est là pour y contribuer.

Bruno Lasserre  
Président du Conseil de la concurrence

# ... Rapport d'activité



# Rapport d'activité

Titre I – Actualité législative du droit de la concurrence . . .	13
<b>Chapitre I – La loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des PME</b> . . . . .	13
<b>Chapitre II – Le décret n° 2005-1667 du 27 décembre 2005 modifiant le décret n° 87-849 du 19 octobre 1987</b> . . . . .	14
<b>Chapitre III – Le décret n° 2005-1668 du 27 décembre 2005 portant modification du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002</b> . . . . .	14
<b>Chapitre IV – Le décret n° 2005-1756 du 30 décembre 2005</b> . . . . .	15
Titre II – Le Conseil de la concurrence . . . . .	17
<b>Chapitre I – Activité du Conseil en 2005</b> . . . . .	17
<b>Flux et stock d'affaires</b> . . . . .	17
Saisines nouvelles . . . . .	17
Affaires terminées . . . . .	17
État du stock des affaires en instance . . . . .	18
<b>Délibérations du Conseil</b> . . . . .	21
<b>Activité du collège</b> . . . . .	21
Analyse des saisines . . . . .	22
Affaires traitées . . . . .	23
Les sanctions pécuniaires . . . . .	26
<b>Bilan des recours contre les décisions du Conseil de la concurrence</b> . . . . .	28
Taux de recours . . . . .	28
Bilan qualitatif . . . . .	28
Les sanctions « <i>ex post</i> » . . . . .	29

<b>Chapitre II – Organisation et fonctionnement</b> .....	30
<b>L'actualité du collègue</b> .....	30
<b>La charte de coopération et d'objectifs signée entre le Conseil et la DGCCRF</b> .....	30
<b>Les effectifs</b> .....	30
<b>La répartition des effectifs</b> .....	30
<b>Mouvement de rapporteurs</b> .....	31
<b>Budget</b> .....	31
 <b>Chapitre III – Avis et décisions les plus notables</b> .....	31
<b>Principaux avis rendus en 2005</b> .....	31
<b>La concentration Boiron Dolisos</b> .....	31
<b>L'analyse des marchés de détail et de gros de la téléphonie fixe</b> .....	32
<b>Le service universel bancaire</b> .....	34
<b>L'analyse du marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles ouverts au public en France</b> .....	35
<b>Les services de renseignements téléphoniques</b> .....	38
<b>La concentration Socpresse/Ouest France</b> .....	39
<b>La privatisation des sociétés concessionnaires d'autoroutes</b> .....	40
<b>Les industries « électro-intensives »</b> .....	41
<b>Décisions contentieuses notables</b> .....	43
<b>Royal Canin</b> .....	43
<b>Transport public urbain de voyageurs</b> .....	45
<b>Marché de l'eau en Île-de-France</b> .....	47
<b>L'internet haut débit</b> .....	48
<b>Les palaces parisiens</b> .....	50
<b>La téléphonie mobile</b> .....	51
<b>Produits Hi-Fi grand public</b> .....	53
<b>Les vidéocassettes Disney</b> .....	54
<b>Le commerce parallèle de médicaments</b> .....	56
<b>Engagements</b> .....	58
<b>Les journaux gratuits 20 Minutes et Métro contre EUROPQN</b> .....	58
<b>L'affaire Yvert &amp; Tellier</b> .....	59
 <b>Chapitre IV – Activité communautaire et internationale</b> .....	60
<b>Europe</b> .....	60
<b>Deux sujets d'actualité communautaire : le « discussion paper » sur la modernisation de l'article 82 et le projet de Livre vert sur les actions en dommages et intérêts</b> .....	60
<b>L'activité communautaire du Conseil</b> .....	65
<b>International</b> .....	75
<b>Les travaux au sein de l'OCDE</b> .....	75
<b>Les travaux au sein de la CNUCED</b> .....	82
<b>Les travaux du Réseau international de concurrence (ICN)</b> .....	88
<b>Les relations bilatérales</b> .....	91



# Rapport d'activité

## ■ Actualité législative du droit de la concurrence

### ■ La loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des PME

La loi du 2 août 2005 comporte un volet consacré à la modernisation des relations commerciales. Ces dispositions sont essentiellement consacrées à la coopération commerciale, aux conditions particulières de vente et aux moyens de contrôle de la DGCCRF.

L'article 44 de la loi donne à la DGCCRF un pouvoir général de transaction pour les délits du titre IV du livre IV du Code de commerce. L'article L. 470-4-1 est ainsi rédigé : « *Art. L. 470-4-1. – Pour les délits prévus au titre IV du présent livre pour lesquels une peine d'emprisonnement n'est pas encourue, l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation a droit, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, de transiger, après accord du procureur de la République, selon les modalités fixées par décret en Conseil d'État. L'acte par lequel le procureur de la République donne son accord à la proposition de transaction est interruptif de la prescription de l'action publique. L'action publique est éteinte lorsque l'auteur de l'infraction a exécuté dans le délai imparti les obligations résultant pour lui de l'acceptation de la transaction.* »

S'agissant des pratiques anticoncurrentielles, l'article 40 de la loi ajoute les accords de gamme dans la liste des pratiques susceptibles de constituer un abus de position dominante.

La dernière phrase du second alinéa de l'article L. 420-2 du Code de commerce est ainsi rédigée : « *Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme.* »

Enfin, l'article 45 complète l'article L. 420-5 du Code de commerce, en ajoutant que les dispositions relatives aux prix abusivement bas sont applicables aux reventes en l'état de « vidéogrammes destinés à l'usage privé du public ».

- **Le décret n° 2005-1667 du 27 décembre 2005 modifiant le décret n° 87-849 du 19 octobre 1987 relatif aux recours exercés devant la cour d'appel de Paris contre les décisions du Conseil de la concurrence**

Ce décret vient notamment préciser les conditions dans lesquelles le Conseil de la concurrence et le ministre chargé de l'Économie exercent la faculté de présenter des observations écrites et orales devant la cour d'appel de Paris.

- **Le décret n° 2005-1668 du 27 décembre 2005 portant modification du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du Code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence**

14

L'apport essentiel de ce décret réside dans l'énoncé des conditions d'application de l'article L. 463-4 du Code de commerce relatif à la nouvelle procédure de secret des affaires. Cet article prévoit notamment, dans le dossier du Conseil constitué pour chaque affaire, la création d'une annexe confidentielle qui permet un accès aux informations limité aux seules personnes pour lesquelles cet accès s'avère nécessaire à l'exercice de leurs droits.

Les entreprises se prévalant du secret des affaires doivent indiquer au Conseil les informations et documents qu'elles entendent voir classer dans l'annexe confidentielle. Il leur incombe aussi de fournir une version non confidentielle de ces documents ainsi qu'un résumé des éléments dont elles demandent le classement. Le texte pose à cet égard une présomption : « *Les informations, documents ou parties de documents pour lesquels une demande de classement n'a pas été présentée sont réputés ne pas mettre en jeu le secret des affaires.* »

Le rapporteur général invite l'entreprise à présenter une demande de classement en annexe confidentielle, lorsque les documents susceptibles de mettre en jeu le secret des affaires ne sont pas communiqués par elle, mais par une autre entreprise.

Le président du Conseil de la concurrence ne peut refuser le classement en annexe confidentielle qu'en cas de demande non conforme aux présentes

dispositions, de demandes tardives, ou encore lorsque ces demandes sont manifestement infondées.

Le texte expose enfin la procédure à suivre pour qu'une information soit retirée de l'annexe confidentielle et versée au dossier ou plus simplement communiquée à la ou aux parties mises en cause, et ce, soit à la demande du rapporteur du Conseil s'agissant d'une pièce nécessaire à la procédure, soit à la demande d'une partie mise en cause s'agissant d'une pièce nécessaire à l'exercice de ses droits. En pratique, le rapporteur informe dans un premier temps la personne qui a demandé le classement. Si cette personne s'oppose au déclassement, elle doit saisir le président du Conseil de la concurrence qui décide de maintenir la pièce dans l'annexe confidentielle ou au contraire, d'en autoriser soit la communication aux parties mises en cause, soit la consultation à la seule partie qui en a fait la demande ainsi que, le cas échéant, aux autres parties mises en cause pour lesquelles la pièce est nécessaire à l'exercice de leurs droits, ainsi qu'au commissaire du Gouvernement.

Ces dispositions sont applicables aux affaires pour lesquelles la consultation du dossier dans les conditions prévues par les dispositions de l'article L. 464-6 du Code de commerce et des articles 34, 36 et 40 du décret du 30 avril 2002, interviendra postérieurement à la date d'entrée en vigueur du présent décret.

Le décret comporte également certaines dispositions fixant les conditions dans lesquelles le juge peut solliciter l'avis de la Commission européenne ou lui demander des informations en application des dispositions du 1 de l'article 15 du règlement (CE) n° 1/2003.

Il codifie par ailleurs la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence en ce qui concerne la procédure d'acceptation d'engagements. Son article 9 décrit ainsi la forme selon laquelle l'évaluation préliminaire est notifiée à l'entreprise mise en cause, fixe le délai minimal d'un mois imparti aux entreprises ou organismes pour formaliser leurs engagements, le délai imparti aux parties, au commissaire du Gouvernement et, le cas échéant, aux tiers intéressés pour présenter des observations sur les engagements proposés, et enfin un délai de trois semaines minimales pour la convocation à la séance du Conseil.

L'article 5 du décret instaure, pour la signification aux parties des actes de procédure du Conseil, une présomption d'élection de domicile au cabinet de l'avocat qui a signé les « *mémoires, pièces justificatives ou observations effectuées devant le Conseil de la concurrence* ».

Enfin, l'article 4 du décret complète l'article 19 du décret du 30 avril 2002 en prévoyant que : « *À l'occasion de la procédure de recours devant la cour d'appel de Paris contre ses décisions, le Conseil de la concurrence est représenté par son président ou la personne que ce dernier désigne à cet effet.* »

## ■ Le décret n° 2005-1756 du 30 décembre 2005

Ce décret fixe la liste et le ressort des juridictions spécialisées en matière de concurrence, de propriété industrielle et de difficultés des entreprises.

Ce décret en Conseil d'État était annoncé par la loi sur les Nouvelles Régulations économiques (NRE) du 15 mai 2001 et prévu à l'article L. 420-7 du Code de commerce. Les huit tribunaux de grande instance et les huit tribunaux de commerce de Marseille, Bordeaux, Lille, Fort-de-France, Lyon, Nancy, Paris et Rennes sont seuls compétents, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006, pour connaître, en métropole et dans les départements d'outre-mer, les litiges relatifs à l'application des droits français et communautaire de la concurrence, cette compétence exclusive s'étendant aussi aux litiges dans lesquels les règles de concurrence sont invoquées à titre incident.

Le contentieux du recours contre les jugements rendus par ces seize juridictions judiciaires est concentré entre les mains de la cour d'appel de Paris.

## Le Conseil de la concurrence

### ■ Activité du Conseil en 2005

Conformément au choix de présentation arrêté en 2003, les statistiques d'activité du Conseil distinguent les indicateurs de flux et de stock de l'institution et les indicateurs d'activité du collègue.

#### Flux et stock d'affaires

##### Saisines nouvelles

En 2005, le Conseil a enregistré 105 saisines nouvelles, dont 70 saisines contentieuses (fond et demandes de mesures conservatoires) et 35 demandes d'avis. Bien qu'en légère augmentation, ce chiffre reste proche de celui de l'année précédente et inférieur à la moyenne des dix dernières années, comme le montre le tableau suivant qui retrace l'évolution du nombre des saisines contentieuses et demandes d'avis depuis 1996.

Tableau 1 : Saisines nouvelles

	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
<b>Saisines contentieuses</b>	115	93	135	109	109	102	82	79	70	70
<b>Demandes d'avis</b>	27	27	29	27	35	25	26	18	30	35
<b>Total</b>	142	120	164	136	144	127	108	97	100	105

Cette année, le nombre de saisines contentieuses est resté stable. Comme les années antérieures, cette stabilisation s'explique pour partie par un meilleur filtrage des saisines manifestement irrecevables. En revanche, le nombre de demande d'avis a encore progressé, notamment à cause du nombre important des saisines de la part des régulateurs sectoriels, l'ARCEP, dans le cadre de l'analyse des marchés de télécommunications, et la CRE, pour les nouvelles étapes d'ouverture des marchés de l'énergie.

##### Affaires terminées

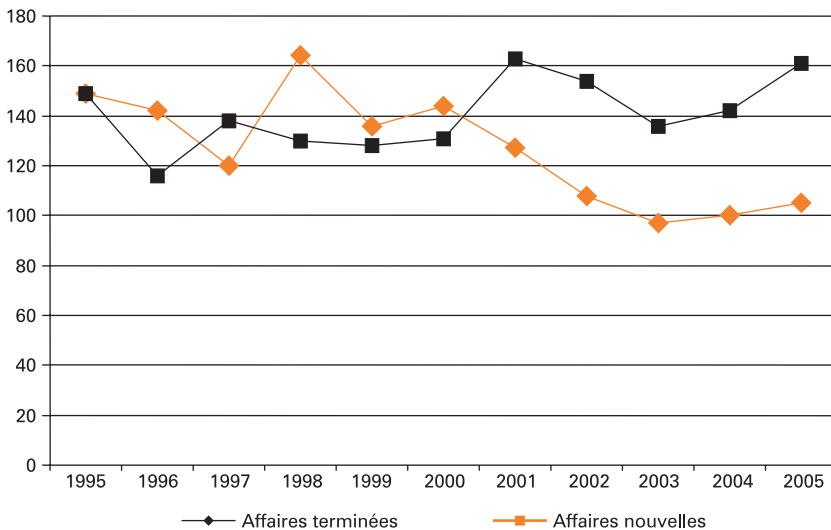
En 2005, 161 dossiers ont été terminés, ce qui est nettement supérieur à la moyenne sur les dix dernières années (140 affaires par an entre 1996 et 2005).

Tableau 2 : Affaires terminées

	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
<b>Affaires contentieuses</b>	98	111	108	106	96	138	130	108	112	127
<b>Demandes d'avis</b>	18	27	22	22	35	25	24	28	30	34
<b>Total</b>	116	138	130	128	131	163	154	136	142	161

Ce résultat exceptionnel est proche de celui de l'année 2001, qui s'expliquait toutefois par la sortie d'un grand nombre de dossiers qui se retrouvaient prescrits, en application de la jurisprudence de la Cour de cassation énoncée dans son arrêt du 17 juillet 2001.

Le graphique ci-dessous (*Affaires terminées et affaires nouvelles entre 1995 et 2005*) illustre l'inversion des flux d'entrée et de sortie en 2000, année depuis laquelle le nombre d'affaires terminées est constamment supérieur au nombre d'affaires nouvelles. Avant 1995, le nombre des affaires terminées a été chaque année, et sans interruption, inférieur à celui des saisines nouvelles. Il faut noter qu'en 2005, comme en 2004, ce résultat est obtenu grâce à une augmentation de la production et alors même que l'on observe une légère remontée du nombre de nouvelles saisines.



### État du stock des affaires en instance

Le nombre d'affaires terminées ayant été beaucoup plus élevé que celui des affaires nouvelles, l'année 2005 a connu une nouvelle baisse du stock.

Tableau 3 : Évolution du stock

	Nombre d'affaires en cours au 31/12/2004	2005		Nombre d'affaires en cours au 31/12/2005
		Affaires nouvelles	Affaires closes	
<b>Affaires au fond</b>	231	56	110	177
<b>Mesures conservatoires</b>	4	14	13	5
<b>Respect d'injonction</b>	6	0	4	2
<b>Avis</b>	13	35	34	14
<b>Total</b>	254	105	161	198

Pour la cinquième année consécutive, le stock d'affaires en cours baisse sensiblement et se situe désormais en dessous de la barre des 200 affaires, soit moins de la moitié du stock en cours au 31 décembre 2000. Il est à noter que la diminution du stock est due à un effort particulier sur les saisines au fond, le nombre des affaires closes étant deux fois supérieur à celui des affaires nouvelles pour cette catégorie.

Sur longue période, l'indicateur de stock évolue suivant le tableau ci-dessous.

Tableau 4 : État du stock

	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
<b>Stock au 1<sup>er</sup> janvier</b>	307	333	315	377	404	417	381	335	296	254
<b>Affaires nouvelles</b>	142	120	192	155	144	127	108	97	100	105
<b>Affaires terminées</b>	116	138	130	128	131	163	154	136	142	161
<b>Variation du stock</b>	+26	-18	+62	+27	+13	-36	-46	-39	-42	-56
<b>Stock au 31 décembre</b>	333	315	377	404	417	381	335	296	254	198

L'inflexion très nette de la situation depuis l'année 2000 se confirme en 2005 et la diminution du stock se poursuit à un rythme soutenu.

### Indicateur d'évolution du stock

Depuis 2002, le Conseil présente un indicateur d'encombrement de l'institution, égal au 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 durée de traitement des affaires réellement constaté. Lorsqu'il se dégrade, il est un signal d'alerte pour un allongement futur des délais ; lorsqu'il s'améliore, il peut annoncer un raccourcissement de la durée 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 prévisionnel, 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 trois ans.

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



On note que l'évolution favorable s'accroît depuis 5 ans, puisque le délai moyen d'attente est passé de 38 mois en 2000, à 24 mois en 2004 puis à 20 mois en 2005 (courbe), en valeur brute instantanée il est même ramené à 15 mois (histogramme). Ce délai prévisionnel retrouve le niveau connu à l'époque de la création du Conseil et s'éloigne très sensiblement du niveau moyen de 36 mois connu pendant les années 1990.

La diminution du stock constatée depuis 5 ans et l'amélioration des délais prévisionnels se sont traduites en 2005 par l'apurement des affaires anciennes, conformément à l'objectif, que s'était fixé le Conseil en début d'année, de réduire le stock des affaires pendantes à un chiffre inférieur à 18 mois d'activité, en s'attaquant en priorité aux affaires les plus anciennes. Cet effort exceptionnel a radicalement rajeuni l'âge moyen du stock et seules 10 saisons antérieures à l'année 2000 restent en stock au 31 décembre 2005.



### Indicateur d'ancienneté du stock

Année de saisine	En stock au 31/12/2002	En stock au 31/12/2003	En stock au 31/12/2004	En stock au 31/12/2005
1995	19	10	6	2
1996	20	13	8	1
1997	25	15	8	3
1998	49	31	16	1
1999	49	32	18	3
2000	45	38	26	12
2001	68	58	47	22
2002	60	37	27	17
2003		62	40	34
2004			58	32
2005				71
<b>Stock total</b>	335	296	254	198

L'analyse qualitative du stock des affaires, présentée ci-dessus, est destinée à apprécier son ancienneté et son évolution. Si la baisse globale du stock de 56 affaires entre 2004 et 2005 touche toutes les années, elle est particulièrement visible sur les affaires antérieures à 2000. On relève, comme chaque année, que parmi les 105 affaires nouvelles de l'année en cours, 34 ont été traitées avant la fin de l'année, laissant un reliquat de 71. Ce phénomène s'explique par le traitement rapide des mesures conservatoires, des avis, des rejets et irrecevabilités.

### Délibérations du Conseil

L'activité globale du Conseil en 2005 a été beaucoup plus élevée que celle des années précédentes avec 123 séances au lieu de 105 en moyenne sur les cinq dernières années. Le tableau suivant retrace le nombre des séances tenues par le Conseil dans ses différentes formations sur les cinq dernières années.

Tableau 5 : Séances

2001	2002	2003	2004	2005
106	100	100	109	123

En 2005, la répartition des séances entre les différentes formations s'est faite de la façon suivante : 74 réunions en sections, 49 en commission permanente.

### Activité du collège

L'ensemble des statistiques de cette 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.

## 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 6 : Origine des saisines au fond

	2001	2002	2003	2004	2005
Ministre chargé de l'Économie	16	11	16	10	15
Entreprises	41	34	34	31	23
Organisations professionnelles	3	4	4	1	6
Associations de consommateurs	5	4	2	0	1
Collectivités territoriales	2	0	1	0	1
Autres (y compris irrecevables)	8	0	0	0	1
Saisines d'office	6	5	2	6	9
Respect d'injonction	4	0	3	5	0
<b>Total</b>	<b>85</b>	<b>58</b>	<b>62</b>	<b>53</b>	<b>56</b>

Le nombre de saisines au fond est stable par rapport à 2004. Cette situation s'explique par le fait que la baisse du nombre des saisines des entreprises a été compensée, en partie seulement, par un nombre plus élevé de saisines du ministre et de saisines d'office.

### Demandes de mesures conservatoires

Tableau 7 : Demandes de mesures conservatoires

2001	2002	2003	2004	2005
17	24	17	17	14

Ces demandes sont relativement stables sur longue période. Le nombre de demandes de mesures conservatoires enregistrées est toutefois sensible à l'effet de césure de fin d'exercice. Les saisines de fin décembre et celle de janvier sont relativement substituables et s'inscrivent dans des calendriers de traitement comparables.

En 2005, dix demandes de mesures conservatoires ont été déposées par des entreprises, trois par des organisations professionnelles et une par une association de consommateurs.

### Demandes d'avis

En 2005, trente-cinq demandes d'avis ont été adressées au Conseil :

- quatre sur le fondement de l'article L. 410-2 du Code du commerce, qui prévoit que le Conseil est obligatoirement consulté sur les textes réglementant les prix ;

- six sur le fondement de l'article L. 430-5 qui prévoit les conditions dans lesquels le ministre chargé de l'Économie consulte le Conseil sur les opérations de concentration ;
- huit sur le fondement de l'article L. 462-1 du Code du commerce, qui prévoit que le Conseil peut être consulté sur toute question de concurrence par le Gouvernement, les commissions parlementaires, les collectivités territoriales, les organisations professionnelles, syndicales, de consommateurs ;
- deux sur le fondement de l'article L. 462-2 du Code du commerce, qui prévoit que le Conseil est obligatoirement consulté sur les projets de textes restreignant la concurrence ;
- deux sur la base de l'article L. 462-3, qui prévoit la possibilité de consultation du Conseil par des juridictions ;
- six sur la base de l'article L. 464-2 IV qui prévoit que le Conseil peut adopter un avis de clémence dans lequel il précise les conditions auxquelles est subordonnée l'exonération d'une sanction pécuniaire ;
- sept à la demande des régulateurs sectoriels, dont cinq à la demande de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) et deux à la demande de la Commission de régulation de l'énergie (CRE).

## Affaires traitées

### Ventilation des décisions et avis

Le nombre total de décisions et avis rendus en 2005 s'est élevé à 127. Le tableau suivant retrace l'évolution du nombre de décisions et avis depuis 2002, et leur répartition.

Tableau 8 : Décisions et avis

	2002	2003	2004	2005
Affaires instruites	78	69	75	67 <sup>1</sup>
Mesures conservatoires <sup>2</sup>	9	4	2	0
Rejet de MC		3	4	8
Désistement/classement	10	26	22	23
Avis de clémence	1	1	5	4
Avis	15	21	23	24
Rejet d'avis	2	1	0	0
<b>Total</b>	<b>115</b>	<b>125</b>	<b>131</b>	<b>126</b>
Sursis à statuer	5	0	2	1
<b>Total 2 (D+MC+A+DA+S)</b>	<b>120</b>	<b>125</b>	<b>133</b>	<b>127</b>

1. Affaires instruites = 31 décisions de sanction + 26 décisions de non-lieu + 6 irrecevabilité/rejet + 4 engagements.

2. La comptabilisation du nombre de mesures conservatoires a changé depuis 2003 : ne sont prises en compte désormais que les MC octroyées.

On constate une stabilité du nombre de décisions et avis rendus qui s'est par ailleurs accompagnée d'une progression sensible du nombre d'affaires terminées, certaines décisions ayant concerné plusieurs dossiers.

En 2005, huit demandes de mesures conservatoires ont été refusées et aucune mesure conservatoire n'a été accordée. On notera en revanche, que la nouvelle procédure d'engagements a permis, dans plusieurs cas, d'obtenir dans un délai rapide, le règlement négocié du problème de concurrence soulevé.

Le Conseil a rendu 28 avis qui se répartissent de la manière suivante : quatre portent sur des concentrations (article L. 430-5), cinq sur un projet de texte réglementant les prix (L. 410-2), cinq sur des questions générales de concurrence (L. 462-1), deux sur un projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau (L. 462-2), quatre concernant des procédures de clémence (L. 464-2 IV), sept ont été rendus à la demande d'Autorités administratives indépendantes et un à la demande d'une juridiction.

### Résultats par secteurs économiques

Le tableau suivant présente les secteurs économiques dans lesquels le Conseil est le plus intervenu en 2005, à la fois au titre de ses fonctions contentieuse et consultative.

Secteurs économiques	Nombre de décisions et avis	Références Décisions et avis
<b>BTP</b> Construction (code nomenclature 45) Fabrication de machines et d'équipements (code nomenclature 29) Production de sables et de granulats (code nomenclature 14)	13*	<b>Décisions</b> 05-D-04 (travaux Gaz Strasbourg) / 05-D-09 (signalisation routière) 05-D-17 (Voirie Côte-d'Or) / 05-D-19 (autoroute A84) 05-D-24 (Travaux Somme) / 05-D-26 (travaux Meuse) 05-D-45 (rénovation usine incinération Issy-les-Moulineaux) 05-D-51 (Parlement européen) / 05-D-61 (autoroute A51) 05-D-67 (signalisation routière) / 05-D-69 (travaux Seine-Maritime) 05-D-71 (Toffolutti) / 05-D-74 (granulats des Vosges)
<b>Distribution (détail et gros)</b> Commerce de détail et réparation domestique (code nomenclature 52) Commerce de gros (code nomenclature 51)	12	<b>Décisions</b> 05-D-06 (studio 26 contre LVMH et Marc Jacob) 05-D-07 (armes et munitions) / 05-D-08 (lunetterie) 05-D-14 (antiquaires Vosges) / 05-D-30 (Chepar) 05-D-32 (Royal Canin) / 05-D-33 (Ilec) / 05-D-34 (électroménager/sté Concurrence contre Google, Kelkoo et Sony) / 05-D-50 (SCOB bière) / 05-D-62 (Centrale Lucie) 05-D-66 (TVHA) / 05-D-70 (cassettes Disney)
<b>Services et professions libérales</b> Services aux entreprises (code nomenclature 74) Services personnels (code nomenclature 93)	11	<b>Décisions</b> 05-D-31 (GIE Cemafroid) / 05-D-36 (Decaux) 05-D-37 (barreau avocats Marseille) / 05-D-56 (barreau avocats Evry) / 05-D-57 (barreau avocats Montpellier) 05-D-73 (ODA/pages jaunes) 05-D-21 (prévoyance funéraire) / 05-D-39 (pompes funèbres) / 05-D-43 (dentistes Puy-de-Dôme) <b>Avis</b> 05-A-06 (CNIEFEB/ experts forestiers) 05-A-12 (commercialisation de contrats de prévoyance funéraire)

Secteurs économiques	Nombre de décisions et avis	Références Décisions et avis
<b>Transport</b> Transports et services auxiliaires de transport (codes nomenclature 60 à 63)	10	<b>Décisions</b> 05-D-02 (transports Hyères) / 05-D-11 (British Airways) 05-D-28 (Port La Rochelle) 05-D-38* (Connex/Transdev/Keolis) 05-D-53 (France Rail Publicité) / 05-D-60 (Île St.-Honorat) <b>Avis</b> 05-A-02 (Taxis) / 05-A-13 (concentration Vinci services aéroportuaires) / 05-A-15 (redevances pour services rendus sur les aéroports) / 05-A-22 (privatisation réseau autoroutier)
<b>Télécoms/Poste</b> Postes et télécommunications (code nomenclature 64)	9	<b>Décisions</b> 05-D-42 (services télématiques) / 05-D-59 (internet haut débit) 05-D-63 (poste routage) / 05-D-65 (mobiles) <b>Avis</b> 05-A-03 (ARCEP) / 05-A-05 (analyse marché téléphonie fixe) 05-A-09 (marché de gros sur réseaux mobiles) 05-A-10 (terminaison appels) / 05-A-16 (service du 12)
<b>Énergie/Eau</b> Production et distribution d'électricité, de gaz et de chaleur (code nomenclature 40) Captage, traitement et distribution de l'eau (code nomenclature 41)	8	<b>Décisions</b> 05-D15 (Électricité de Strasbourg) 05-D-58* (eau Île-de-France) <b>Avis</b> 05-A-04 (réseaux transport gaz) 05-A-11 (tarifs installation de gaz naturel liquéfié) 05-A-14 (comptabilité séparée distributeurs gaz) 05-A-19 (comptabilité séparée EDF) 05-A-23 (industries électro-intensives) 05-A-25 (tarifs transport électricité)
<b>Chimie/Pharmacie</b> Industrie chimique (code nomenclature 24)	4	<b>Décisions</b> 05-D-03 (eau javel) / 05-D-52 (laboratoires pharmaceutiques) / 05-D-72 (commerce parallèle médicaments) <b>Avis</b> 05-A-01 (concentration Boiron Dolisos)
<b>Agriculture et pêche</b> Agriculture et chasse (code nomenclature 1) Pêche, aquaculture, services annexes (code nomenclature 5) Fabrication d'huiles essentielles (code nomenclature 24)	3	<b>Décisions</b> 05-D-10 (choux-fleurs de Bretagne) / 05-D-27 (thon blanc) 05-D-55 (huiles essentielles Lavandin)

\* marchés publics.

Cette répartition a été établie à partir de la nomenclature NAF de l'Insee et permet une lecture simple, comparable d'une année sur l'autre, du champ d'action du Conseil. Il s'agit cependant d'une présentation purement quantitative qui ne préjuge pas de l'importance des décisions en terme d'apport jurisprudentiel ou de montant des sanctions.

Le secteur du BTP est toujours très présent. Les 13 affaires répertoriées dans le tableau ci-dessus concernent toutes des marchés publics. Huit d'entre elles ont abouti à des sanctions pour un montant total de 60,5 millions d'euros.

Le Conseil de la concurrence est fréquemment intervenu dans le secteur de la distribution en 2005, avec de nombreuses décisions dans des secteurs aussi variés que l'alimentation pour chiens, l'électroménager, la maroquinerie de luxe, la lunetterie, etc. On note, cette année, l'émergence du secteur des services et de celui des transports.

Comme les années précédentes, le secteur des postes et télécommunications reste un secteur important, avec notamment un nombre important d'avis rendus dans le cadre de la procédure d'analyse des marchés, consécutive à la transposition en droit français du « paquet télécoms ».

## Les sanctions pécuniaires

### 31 décisions de sanction en 2005

Le Conseil de la concurrence a prononcé 31 décisions de sanction pour un montant total de 754,4 millions d'euros.

Numéro décision	Nature de l'affaire	Montant en €
05-D-03	Secteur de l'eau de javel	192 224 €
05-D-07	Marché des armes et munitions	75 000 €
05-D-08	Opticiens de Lyon	4 700 €
05-D-09	Signalisation routière	25 700 €
05-D-10	Marché du chou-fleur de Bretagne	45 000 €
05-D-14	Foires d'antiquité et de brocante	1 500 €
05-D-17	Travaux Voirie Côte-d'Or	525 000 €
05-D-19	Construction de l'A84 (Routes des Estuaires)	17 309 950 €
05-D-26	Travaux publics dans la Meuse	7 083 000 €
05-D-27	Secteur du thon blanc	3 500 €
05-D-32	Royal Canin	5 002 000 €
05-D-36	Respect d'injonction Decaux	10 000 000 €
05-D-37	Barreau des avocats de Marseille	50 000 €
05-D-38	Transport public urbain de voyageurs	11 950 000 €
05-D-43	Chirurgiens-dentistes Puy-de-Dôme	1 000 €
05-D-44	La Provence PQR	20 000 €
05-D-45	Usine incinération Issy-les-Moulineaux	73 000 €
05-D-47	Secteur de la destruction d'armements	68 000 €
05-D-49	Secteur de la location de machines à affranchir	1 360 000 €
05-D-51	Travaux du Parlement de Strasbourg	448 840 €
05-D-55	Huiles essentielles du Lavandin	5 000 €
05-D-58	Eau Île-de-France	500 000 €
05-D-59	Internet haut débit 9 Télécom /France Télécom	80 000 000 €
05-D-63	La Poste/routage	1 000 000 €
05-D-64	Palaces parisiens	709 000 €
05-D-65	Téléphonie mobile	534 000 000 €
05-D-66	Produits électroniques grand public (TVHA)	34 400 000 €
05-D-67	Travaux routiers Artois	1 384 500 €
05-D-69	Travaux routiers Seine-Maritime	33 660 000 €
05-D-70	Cassettes Disney	14 400 000 €
05-D-75	Monnaie de Paris	100 000 €
<b>TOTAL</b>		<b>754 396 914 €</b>

## Évolution depuis 2000

Tableau 10 : Évolution depuis 2000

	2000	2001	2002	2003	2004	2005
<b>Nombre de décisions prononçant des sanctions pécuniaires</b>	28	30	12	19	26	31
<b>Nombre d'entreprises ou groupes d'entreprises sanctionnés</b>	67	116	103	57	91	131
<b>Montant des sanctions</b>	189 M€	51,2 M€	64,3 M€	88,5 M€	49,3 M€	754,1 M€ <sup>1</sup>
<b>Nombre d'organisations professionnelles sanctionnées</b>	4	3	8	4	46 <sup>2</sup>	6
<b>Montant des sanctions</b>	0,06 M€	0,03 M€	0,5 M€	0,05 M€	0,9 M€	0,26 M€
<b>Montant total des sanctions</b>	189,1 M€	51,2 M€	64,8 M€	88,5 M€	50,2 M€	754,4 M€

1. Dont 534 millions d'euros infligés dans le cadre de la décision 05-D-65 (relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile).

2. Le nombre particulièrement élevé d'organisations professionnelles relevé en 2004 est essentiellement imputable à la décision 04-D-49.

2005 a été une année record en termes de sanctions depuis la création du Conseil de la concurrence en 1986. Si la décision condamnant les opérateurs mobiles (534 millions d'euros) contribue fortement à en majorer le montant, on constate cependant, que même sans cette décision, l'année 2005 aurait été une année record avec 220,4 millions d'euros.

Tableau 11 : Taux moyen de sanction par entreprise

Taux moyen (en M€)	2001	2002	2003	2004	2005
	0,44	0,62	1,55	0,54	5,76

Le ministre de l'Économie était chargé jusqu'au 31 décembre 2005, 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 puisqu'il atteint un taux de 96,4 % (voir le rapport du ministre au Conseil, quatrième partie). À compter du 1<sup>er</sup> janvier 2006, dans le cadre de la LOLF, la responsabilité de la liquidation des amendes a été transférée au Conseil de la concurrence.

### Pratiques sanctionnées

Le tableau suivant présente les pratiques sanctionnées par le Conseil en 2005, en fonction d'une typologie classique : ententes, abus de position dominante et non respect d'injonction.

Tableau 12 : Nature des pratiques sanctionnées

<b>Abus de position dominante</b>	7
<b>Abus de dépendance économique</b>	0
<b>Ententes</b>	22
<b>Non respect d'injonction</b>	4

Remarque : le nombre de pratiques relevées ne correspond pas au nombre de décisions, une même décision pouvant sanctionner plusieurs catégories de pratiques. En 2005, deux décisions ont sanctionné à la fois entente et abus de position dominante : 05-D-32 (Royal Canin) et 05-D-49 (machines à affranchir).

## Bilan des recours contre les décisions du Conseil de la concurrence

Les décisions du Conseil de la concurrence « *sont notifiées aux parties en cause et au ministre chargé de l'Économie, qui peuvent dans le délai d'un mois, introduire un recours en annulation ou en réformation devant la cour d'appel de Paris* » (article L. 464-8 du Code de commerce).

### Taux de recours

En 2005, 28 décisions du Conseil ont fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel, sur un total de 75 décisions rendues, ce qui représente un taux de recours de 37 %. Ce taux est sensiblement en augmentation par rapport aux années précédentes, comme le montre le tableau ci-après.

Tableau 13 : Taux de recours

	2005	2004	2003	2002	2001
<b>Nombre de recours</b>	28	23	19	27	19
<b>Nombre de décisions total (D+MC)</b>	75	81	76	87	91
<b>Taux de recours</b>	37 %	27 %	25 %	31 %	21 %

28

### Bilan qualitatif

Les arrêts consécutifs aux recours formés contre des décisions 2005 ne sont pas encore tous connus à la date de rédaction du présent rapport, certains recours étant toujours pendants devant la cour d'appel.

Un bilan qualitatif sur les quatre années précédentes montre cependant que les décisions du Conseil de la concurrence sont, dans leur grande majorité, confirmées par la cour d'appel de Paris.

Tableau 14 : Suivi qualitatif des recours

	2005 <sup>1</sup>	2004	2003	2002	2001
<b>Nombre de recours introduits</b>	28	23	19	27	19
<b>Nombre de décisions confirmées :</b>	10	18	17	19	13
– arrêts de rejet et désistements	7	14	16	18	13
– réformation partielle/confirmation du fond	3 <sup>2</sup>	4 <sup>3</sup>	1 <sup>4</sup>	1 <sup>5</sup>	0
<b>Réformation (partielle ou totale)</b>	3	3	1	6	3
<b>Annulation (totale ou partielle)</b>	0	2	1	2	3
<b>Total recours examinés</b>	13	23	19	27	19
<b>Affaires pendantes</b>	15	0	0	0	0
<b>% décisions confirmées/total recours examinés</b>	77 %	78 %	89 %	70 %	68 %

1. Chiffres arrêtés au 25/04/06.

2. Décisions 05-D-19, 05-D-26 et 05-D-43.

3. Décisions 04-D-07, 04-D-18, 04-D-39 et 04-MC-02.

4. Décision 03-MC-02.

5. Décision 02-MC-04.

Des tableaux récapitulatifs détaillés comprenant les références des décisions frappées de recours et celles des arrêts correspondants sont disponibles en fin d'ouvrage pour les années 2001, 2002, 2003 et 2004.



En ce qui concerne l'année 2005, le tableau proposé (en fin d'ouvrage également) mentionne les références de toutes les décisions 2005 ayant fait l'objet d'un recours et indique les références des arrêts déjà connus à la date de bouclage du présent rapport. Ce document sera complété dans le rapport de l'année prochaine.

### Les sanctions « *ex post* »

L'examen des sanctions dites « *ex post* » (après passage en cour d'appel) ne peut se faire qu'avec au moins un an de recul. Le tableau suivant présente donc les données de 2004. Sur vingt-six décisions de sanction prononcées par le Conseil en 2004, treize ont fait l'objet d'un recours. Sur ces treize décisions, deux ont abouti à une réformation dans le sens d'une réduction du montant des sanctions, une a abouti à une annulation. On notera, en revanche, que pour la première fois, la cour d'appel a réformé une décision de sanction en prononçant le doublement du montant initial (04-D-18).

Tableau 15 : Les sanctions 2004 après passage en cour d'appel

Décision	Montant des sanctions avant CA en €	Référence arrêt cour d'appel	Montant des sanctions après CA en €
04-D-03	6 000	pas d'appel	6 000
04-D-07	75 400	26 octobre 2004 réformation partielle	75 400
04-D-08	213 000	09 novembre 2004 réformation partielle	155 000
04-D-09	140 000	pas d'appel	140 000
04-D-12	188 000	29 juin 2004 désistement	188 000
04-D-13	5 000 000	09 novembre 2004 rejet	5 000 000
04-D-18	20 000 000	11 janvier 2005 réformation	40 000 000
04-D-21	20 000	pas d'appel	20 000
04-D-25	12 000	pas d'appel	12 000
04-D-26	76 224	25 janvier 2005 rejet	76 224
04-D-30	23 120	pas d'appel	23 120
04-D-32	700 000	22 février 2005 rejet	700 000
04-D-37	76 224	13 septembre 2005 rejet	76 224
04-D-39	1 016 000	22 février 2005 réformation partielle	1 016 000
04-D-42	50 360	pas d'appel	50 360
04-D-43	166 500	pas d'appel	166 500
04-D-44	50 000	29 mars 2005 réformation	30 000
04-D-47	2 700	pas d'appel	2 700
04-D-48	20 000 000	12 avril 2005 annulation*	0
04-D-49	796 800	pas d'appel	796 800
04-D-50	59 100	pas d'appel	59 100
04-D-56	64 200	pas d'appel	64 200
04-D-65	600 000	pas d'appel	600 000
04-D-70	484 000	13 septembre 2005 rejet	484 000
04-D-75	150 000	pas d'appel	150 000
04-D-78	260 100	25 mai 2005 rejet	260 100
<b>Total</b>	<b>50 229 728</b>		<b>50 151 728</b>

\* Dans un arrêt du 10 mai 2006, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'appel du 12 avril 2005 et a renvoyé l'affaire devant la cour d'appel autrement composée.

## ■ Organisation et fonctionnement

### L'actualité du collège

Pour mémoire, le Conseil de la concurrence comprend 17 membres issus de trois collèges différents. Ses membres sont nommés par décret pour une durée de six ans et leur mandat est irrévocable. Le président et les trois vice-présidents exercent leurs fonctions à titre permanent.

Contrairement à l'année 2004 où plusieurs changements importants avaient conduit à un profond renouvellement de la composition du collège, l'année 2005 a été calme sur ce point. Un seul changement est intervenu : M. Emmanuel Combe a été nommé en tant que membre du collège, en remplacement de M<sup>me</sup> Anne Perrot, devenue vice-présidente du Conseil en 2004.

### La charte de coopération et d'objectifs signée entre le Conseil et la DGCCRF

Dans le cadre de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, le Conseil de la concurrence et la DGCCRF ont des rôles distincts mais interdépendants. L'efficacité de l'action commune conduite par ces deux institutions pour garantir le maintien de l'ordre public économique dépend pour une large part des mécanismes de collaboration et de coopération mutuelle existant entre eux.

C'est pourquoi le Conseil de la concurrence et la DGCCRF ont décidé de formaliser les principes de cette coopération en vue d'atteindre une meilleure efficacité de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. Cette volonté commune a abouti à la signature d'une charte de coopération et d'objectifs le 28 janvier 2005 (texte disponible sur le site internet du Conseil de la concurrence).

Les engagements pris concernent les relations entre les rapporteurs et les enquêteurs, les délais d'enquête et d'instruction, la formation professionnelle, la procédure de clémence et la coordination des activités au sein du réseau européen de concurrence.

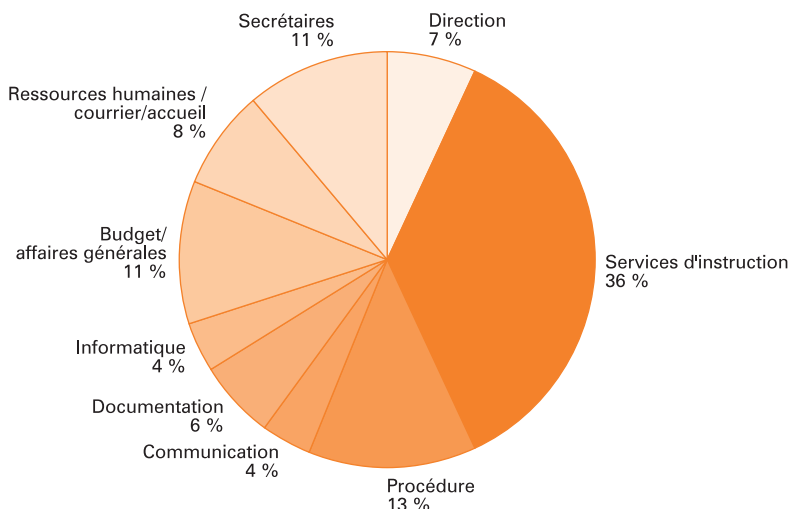
L'application de cette charte a permis, dès la première année, d'améliorer de manière substantielle les relations entre la DGCCRF et le Conseil, et notamment de réduire le délai de traitement des dossiers et d'en améliorer le suivi.

### Les effectifs

#### La répartition des effectifs

Le graphique ci-après présente la répartition des effectifs par grandes fonctions (au 31 décembre 2005). Il met en évidence la part prépondérante des effectifs dont l'activité est rattachée à l'instruction des dossiers : services d'instruction *stricto sensu*, c'est-à-dire rapporteurs, mais aussi service de la procédure, soit un total de 49 %. Il faut également tenir compte des secrétaires rattachées aux rapporteurs. Au total plus de 50 % des effectifs sont affectés à l'instruction des dossiers.

## Répartition des effectifs physiques par grandes fonctions



### Mouvement de rapporteurs

En 2005, comme les années précédentes, les services d'instruction du Conseil ont connu d'importants mouvements de personnel. Le nombre des arrivées (sept rapporteurs) est proche de celui des départs (huit rapporteurs).

Les recrutements effectués ont permis d'assurer la diversité et la complémentarité des compétences, de plus en plus nécessaires pour répondre à la variété des dossiers contentieux et des demandes d'avis soumis au Conseil.

### Budget

En 2005, le budget du Conseil a légèrement progressé. Il est passé de 8,2 à 8,6 millions d'euros. Les crédits de fonctionnement sont passés de 2,5 millions d'euros à 2,7 millions d'euros et les crédits de personnels sont passés de 5,7 millions d'euros à 5,9 millions d'euros.

## ■ Avis et décisions les plus notables

Ce chapitre a pour vocation de résumer de façon synthétique les décisions et avis qui ont marqué l'année.

### Principaux avis rendus en 2005

#### La concentration Boiron Dolisos

Saisi par le ministre de l'Économie, le Conseil de la concurrence a analysé les effets sur la concurrence de l'acquisition par la société Boiron des Laboratoires Dolisos.

Boiron et Dolisos consacrent la quasi totalité de leur activité à la fabrication, la distribution, et la commercialisation de médicaments homéopathiques à usage humain. Deux marchés pertinents ont été isolés par le Conseil, amené pour la première fois à se pencher sur la spécificité de l'homéopathie.

Sur le marché des médicaments homéopathiques à nom commun (MNC), en dépit de la part de marché quasi monopolistique détenue par la nouvelle entité et de l'existence sur ledit marché d'importantes barrières à l'entrée (tenant, au-delà des coûts de distribution et d'enregistrement des spécialités, au fait que les prix et les marges de ces médicaments remboursables par la Sécurité sociale sont réglementés et n'ont pas évolué depuis 1988), le Conseil de la concurrence n'a pas émis d'avis défavorable, notamment au vu des engagements pris par les parties à l'opération afin de conjurer les risques d'atteinte à la concurrence.

Il a estimé que, à réglementation inchangée, la nouvelle entité ne serait pas en mesure d'utiliser son pouvoir de marché en agissant sur les prix puisque leur niveau est fixé par arrêté. Tout au plus serait-elle en mesure d'agir sur la qualité du service rendu et sur l'étendue de gamme offerte. Le Conseil a souligné que demeurée quasiment seule sur le marché, elle pourrait être tentée de ne plus servir que les souches les plus rentables. Toutefois, sur ce point, les autorités de concurrence ont obtenu que la nouvelle entité s'engage, moyennant quelques précautions, à continuer à commercialiser l'intégralité des souches unitaires à nom commun répertoriées dans les nomenclatures de Boiron et de Dolisos.

Sur le marché des médicaments homéopathiques à nom de marque (MNM), le risque de l'opération tenait à l'effet de gamme découlant à la fois du caractère exhaustif de la gamme de SNC couverte par la nouvelle entité et de la notoriété de ses médicaments à nom de marque. La nouvelle entité pouvait en effet être tentée d'utiliser sa position quasi monopolistique sur les MNC pour renforcer sa position sur les MNM, et du même coup d'évincer des concurrents ou d'empêcher l'accès au marché des MNM à de nouveaux entrants. C'est pourquoi les parties à l'opération se sont engagées à s'abstenir de toute corrélation entre les MNC et les MNM dans le cadre de leur relation commerciale avec les officines.

*Avis 05-A-01 du 7 janvier 2005, relatif à l'acquisition de la société Laboratoires Dolisos par la société Boiron*

### **L'analyse des marchés de détail et de gros de la téléphonie fixe**

Le Conseil de la concurrence a rendu, le 16 février 2005, un avis à l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) sur les marchés de la téléphonie fixe, comme le prévoit la procédure d'analyse des marchés mise en place par le Code des postes et communications électroniques. Cet avis est le troisième que le Conseil délivrait dans ce cadre (cf. avis 04-A-17, 05-A-03 et 05-A-05 du 16 février 2005 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 37-1 du Code des postes et communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de détail et de gros de la téléphonie fixe).

### **Les options retenues par l'ART concernant la délimitation des marchés**

La demande de l'ART portait sur neuf marchés, six marchés de détail et trois marchés de gros. La plupart des options prises par l'ART quant à la délimitation des marchés et à la désignation de France Télécom comme opérateur puissant sur ces marchés, n'ont pas appelé de remarques particulières de la part du Conseil, qui a toutefois émis des réserves sur la segmentation des marchés de détail, jugée trop fine, et a recommandé le traitement de la question des services de communications à destination des prestataires de services (numéros spéciaux).

### **Le développement d'offres de VoB doit être pris en compte dans l'analyse des marchés de la téléphonie fixe**

Le Conseil a concentré son analyse sur les conséquences, en termes de fonctionnement concurrentiel des marchés et de besoin de régulation, du développement récent d'offres de téléphonie illimitée sur accès ADSL ou voix sur large bande (VoB soit Voice on Broadband) utilisant la technologie IP. L'ART avait, pour sa part, considéré que ces offres n'entraient pas en concurrence avec les offres de téléphonie fixe classiques associant l'abonnement au réseau commuté et les communications, au motif que les opérateurs les proposent en complément d'offres d'accès ADSL à Internet, voire dans le cadre d'offres « multiple play » associant accès à Internet, téléphonie illimitée et télévision.

Le Conseil a invité l'ART à réexaminer cette question, considérant que, compte tenu notamment du caractère prospectif de l'avis, les services de VoB ne pouvaient être purement et simplement exclus de l'analyse des marchés de détail de la téléphonie fixe.

Le Conseil a constaté que, tant du point de vue de l'utilisateur que de celui des opérateurs, les services de voix sur large bande (VoB) pourraient se présenter très rapidement comme un substitut crédible aux services de téléphonie fixe traditionnelle.

Le Conseil a souligné que le fait de savoir si les offres de VoB étaient susceptibles d'entrer en concurrence avec les services de téléphonie classiques, revêtait une importance particulière. L'ART proposait en effet de reconduire le dispositif de régulation *ex ante* appliqué aux offres sur les marchés pertinents de détail de la téléphonie fixe tels qu'elle les avait délimités, alors qu'en ce qui concerne les offres de détail sur les marchés du haut débit, l'Autorité, comme le Conseil dans son précédent avis du 31 janvier 2005 (05-A-03), avait estimé qu'une régulation *ex ante* n'était pas nécessaire.

Si, sur les marchés de la téléphonie fixe, une régulation *ex ante* des offres de détail peut en effet, à titre transitoire, se révéler plus adaptée aux problèmes de concurrence qui subsistent sur ces marchés, le Conseil a cependant attiré l'attention de l'ART sur le fait que les obligations au titre de la régulation *ex ante* ne doivent pas, à leur tour, introduire des distorsions de concurrence en traitant différemment, de façon non justifiée, des situations comparables.

L'existence de dispositifs de régulation différents entre les offres de téléphonie sur bande étroite et les offres de VoB, pourrait favoriser des pratiques de reconquête de clients par France Télécom, qui proposerait aux clients

d'offres de présélection situés dans des zones couvertes par France Télécom du point de vue du haut débit, mais non encore dégroupées, des offres d'ADSL « nu » leur permettant d'échanger leur abonnement téléphonique contre une offre de VoB.

*Avis 05-A-05 du 16 février 2005, relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 37-1 du Code des postes et communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de détail et de gros de la téléphonie fixe*

## **Le service universel bancaire**

Le Conseil de la concurrence a été saisi par une association de consommateurs, la Confédération de la consommation du logement et du cadre de vie (CLCV), d'une demande d'avis sur les conditions dans lesquelles pourrait être envisagée la mise en place d'un service universel bancaire et sur la compatibilité de telles obligations avec les règles de concurrence.

### ***Les conditions générales d'instauration d'un service universel***

Le service universel est un mode particulier de prestation de services d'intérêt économique général. Dans l'espace communautaire, la définition de l'intérêt général revient aux États membres. C'est donc aux gouvernements et aux parlements nationaux d'apprécier l'opportunité et l'étendue d'un éventuel service universel bancaire : le Conseil de la concurrence n'est pas compétent pour porter une telle appréciation, qui dépasse le strict cadre de l'analyse concurrentielle du marché.

La question de l'instauration d'un service universel se pose seulement lorsque les pouvoirs publics estiment que certains services sont d'intérêt général et que le marché n'offre pas ces services ou les offre dans des conditions qu'ils jugent insatisfaisantes. Ces conditions concernent : le libre accès de chacun à ces services, la couverture de l'ensemble du territoire, la qualité, enfin le prix qui doit rester abordable.

Ainsi, la réponse du Conseil à la question posée par la CLCV repose sur une double hypothèse : elle suppose que les pouvoirs publics aient préalablement décidé d'ériger certains services bancaires en services économiques d'intérêt général, mais également qu'ils considèrent que le secteur bancaire, lorsqu'il fonctionne selon un mode purement concurrentiel, ne réussit pas à assurer une fourniture satisfaisante des besoins en termes de libre accès, de couverture géographique, de qualité et de prix abordable.

À cet égard, le Conseil suggère que l'analyse soit menée non seulement au regard des entraves que peuvent rencontrer certains consommateurs dans la possibilité d'ouvrir un compte (exclusion d'accès), mais aussi au regard des difficultés constatées dans le fonctionnement du compte, notamment dans l'utilisation normale de certains moyens de paiement jugés essentiels (exclusion d'usage).

### **Les mécanismes de sélection des opérateurs et de financement ne doivent pas créer de distorsions de concurrence sur le marché bancaire**

Le Conseil de la concurrence souligne que la définition du champ des bénéficiaires du service universel est déterminante pour l'analyse de son impact concurrentiel. Si le service universel tarifé à un prix abordable n'est accessible qu'à une certaine catégorie de consommateurs, sa mise en place entraînera la coexistence sur le marché de deux groupes de consommateurs qui, pour les mêmes services, paieront des prix différents, avec les inconvénients liés à la création d'un seuil.

Si, à l'opposé, le service bancaire universel est accessible à tous sans condition, il faudrait considérer les perturbations qui pourraient en résulter pour les opérateurs présents sur le secteur concurrentiel. L'inclusion dans le service universel d'une gamme large de services bancaires pourrait avoir des conséquences sur la concurrence et sur le prix des services à tarif non régulé.

En ce qui concerne la mise en œuvre des obligations de service universel, de nombreuses solutions proconcurrentielles sont envisageables, tant au niveau des mécanismes d'attribution que des modes de financement. Le Conseil les a ainsi passés en revue dans son avis.

Le Conseil a insisté sur le fait que, si le sujet du service universel a été largement étudié par la théorie économique et que les principaux avantages ou défauts des diverses solutions de mise en œuvre sont bien connus, il n'existe pas, pour autant, de modèle unique de service universel. Il est donc non seulement possible, mais également souhaitable du point de vue de l'efficacité économique, d'adapter le dispositif aux conditions objectives du marché national et de faire preuve d'originalité, chaque fois que cela paraît nécessaire, dans le choix des solutions retenues.

*Avis 05-A-08 du 31 mars 2005, relatif à une demande d'avis de la Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie portant sur les conditions dans lesquelles pourrait être envisagée la mise en place d'un service bancaire de base*

### **L'analyse du marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles ouverts au public en France**

Dans le cadre de la procédure d'analyse des marchés mise en place par le Code des postes et communications électroniques, le Conseil de la concurrence, saisi le 21 février 2005, a rendu à l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) un avis sur le marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles ouverts au public<sup>1</sup>. Cet avis était le quatrième que le Conseil délivrait dans ce cadre (04-A-17, 05-A-03, 05-A-05).

1. Soit le marché 15 recensé par la Commission européenne (recommandation du 11 février 2003 et annexe 1 de la directive 2002/21/CE).

### **Le marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles est en pleine évolution**

Le Conseil a souligné, de prime abord, que le marché étudié était un marché naissant, en évolution rapide. L'analyse de l'ART a été menée sur une période où l'activité des opérateurs virtuels, encore très faible, se limitait à exploiter des stratégies de niche spécifiques ou à développer des modèles de simple revendeur. Or, début 2005, les négociations entre opérateurs mobiles et opérateurs virtuels se sont intensifiées, comme en témoignent les contrats de MVNO<sup>2</sup> (*Mobile Virtual Network Operator* ou opérateur de réseau mobile virtuel) signés avec des acteurs importants (NRJ et M6 en février 2005, Cégétel et 9Télécom en mars 2005).

### **Les MVNO ne sont pas encore en mesure de concurrencer les trois grands opérateurs de télécommunications (Orange, SFR et Bouygues Télécom)**

Le Conseil a estimé que les conditions prévalant sur le marché de gros considéré ne permettaient pas, en l'état, de résoudre les problèmes de concurrence identifiés sur le marché de détail. Sur ce dernier marché, en effet, la concurrence est entravée par la prédominance des contrats d'abonnement avec engagement, les difficultés de mise en œuvre de la portabilité des numéros, la longueur des délais moyens de résiliation. La pression concurrentielle s'exerce plus sur les marques et les services que sur les prix.

Le Conseil a également relevé que les contrats de MVNO signés, limitaient la liberté commerciale des opérateurs virtuels et réduisaient la pression concurrentielle qu'ils sont susceptibles d'exercer sur les opérateurs de réseaux.

Il a relevé que la méthode de tarification permettait notamment aux opérateurs de réseau de contrôler la pression concurrentielle par les prix, susceptible d'être exercée par les MVNO. Il a noté que, si sur certaines clientèles ciblées, les MVNO étaient en mesure de proposer des tarifs compétitifs par rapport à ceux de l'opérateur hôte, en revanche, pour d'autres types de produits, ils n'étaient pas en mesure, compte tenu des tarifs de gros négociés, d'offrir un prix concurrentiel par rapport à celui de l'opérateur. Ces effets de ciseaux permettent ainsi aux opérateurs hôtes de cibler les clientèles qu'ils dédient aux MVNO et évitent une concurrence frontale.

Le Conseil a également estimé que le fait que les contrats soient conclus pour des durées longues (jusqu'à neuf ans) et soient assortis de clauses d'exclusivité, ainsi que le refus d'accès à la base de données relative à tous les forfaits souscrits (base HLR), étaient de nature à empêcher les MVNO d'exercer une concurrence effective sur le marché de détail.

2. Les MVNO sont des fournisseurs de services de téléphonie mobile mais ils ne disposent pas de leurs propres infrastructures radio, ce qui les oblige à conclure des accords d'accès avec les opérateurs de réseau.



***Le Conseil a souligné le risque potentiel d'une influence significative conjointe d'Orange, SFR et Bouygues Télécom sur le marché de gros et s'est prononcé en faveur d'une régulation ex ante pour prévenir ce risque***

Dans son analyse, l'ART a estimé qu'étaient présents les éléments constitutifs, au sens du droit de la concurrence, d'une position dominante collective entre les trois grands opérateurs, dont le résultat serait potentiellement une collusion tacite entre ces derniers.

Pour sa part, le Conseil a estimé que même si les trois critères cumulatifs posés par la jurisprudence européenne *Airtours/First Choice*<sup>3</sup> – qui permettent de déterminer l'existence d'une position dominante collective – ne sont pas tous complètement réunis, le marché de gros en question présentait, au sens du droit sectoriel des communications électroniques, des caractéristiques structurelles ne permettant pas d'écarter le risque d'une influence significative conjointe des opérateurs mobiles sur ce marché dans la période de référence considérée (2005-2007).

Prenant en compte ce risque potentiel, le Conseil s'est déclaré favorable, à l'instar de l'ART, à une régulation *ex ante* du marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles ouverts au public.

***Une intervention sur les obstacles identifiés sur le marché de détail est nécessaire en complément d'une action régulatrice sur le marché de gros***

Le Conseil a estimé qu'en imposant aux opérateurs mobiles une obligation de répondre aux demandes raisonnables d'accès à des éléments de réseau ou à des moyens qui y sont associés, l'ART garantit aux MVNO la possibilité d'exiger la révision de leurs conditions contractuelles à terme et de pérenniser leur déploiement jusqu'à une taille critique.

Il a rappelé que le développement des MVNO ou des revendeurs ne pourra être possible et pérenne que si les obstacles au développement de la concurrence identifiés sur le marché de détail (portabilité, durée d'engagement, programme de fidélisation, etc.) sont levés. En effet, dans le cas contraire, les MVNO ne pourront pas atteindre une taille critique et l'action de l'ART rencontrerait vite ses limites. Le Conseil a donc préconisé une intervention des pouvoirs publics sur ce marché, en complément de l'action régulatrice sur le marché de gros de l'accès et du départ d'appel.

*Avis 05-A-09 du 4 avril 2005, relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 37-1 du Code des postes et communications électroniques, portant sur l'analyse du marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles ouverts au public en France*

3. Arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 6 juin 2002.

## **Les services de renseignements téléphoniques**

Saisi par l'ART (devenue entre-temps l'ARCEP, Autorité de régulation des communications électroniques et des postes) sur les conditions d'une concurrence loyale durant la phase de transition précédant la mise en place d'un format de numérotation unique pour l'ensemble des services de renseignements accessibles depuis un poste téléphonique, le Conseil de la concurrence a rendu un avis dans lequel il a analysé le fonctionnement concurrentiel du secteur et souligné les risques de préemption du marché par les opérateurs déjà en place.

### ***Le contexte : la fermeture du « 12 » et la mise en place d'un nouveau format de numérotation***

Saisi au contentieux par les sociétés Scoot France et Fonecta contre une décision de l'ART, le Conseil d'État a rendu le 25 juin 2004 une décision dans laquelle il a enjoint à l'ART de définir un nouveau format de numérotation, unique pour tous les opérateurs, offrant des services de renseignements téléphoniques et de faire évoluer le plan de numérotation jusqu'à la fermeture définitive du numéro 12.

L'ARCEP a en conséquence élaboré un nouveau format de numérotation unique de type « 118XYZ » qui doit se substituer à l'ensemble des numéros utilisés jusqu'alors.

38

Afin de garantir la continuité et la simplicité d'accès au service jusqu'alors fourni par le 12, l'ARCEP a prévu une période de transition qui s'échelonne de juin 2005 à avril 2007.

L'ARCEP a sollicité l'avis du Conseil de la concurrence sur le déroulement de la phase de transition entre l'ancien et le nouveau format de numérotation, et plus particulièrement sur les conditions d'exercice d'une concurrence loyale durant cette période.

### ***Les risques de préemption du marché par les opérateurs déjà en place***

Le Conseil de la concurrence a souligné les risques de préemption du marché par les opérateurs en place, notamment du fait de la présence simultanée de ces derniers sur les activités d'opérateurs de réseaux et de renseignements téléphoniques. Il a relevé que les conditions d'accès des nouveaux entrants aux prestations que les opérateurs de réseaux sont seuls à pouvoir fournir (cession de listes d'abonnés, prestations d'accès, de facturation pour compte de tiers) devraient ainsi être surveillées.

À cet égard, le Conseil de la concurrence a souligné la nécessité de mettre en place une séparation comptable chez les opérateurs intégrés, afin de permettre de vérifier l'absence de pratiques de prix discriminatoires vis-à-vis de certains concurrents ou de subventions croisées.

### ***La surveillance et l'encadrement des politiques de communication pendant la phase transitoire***

À l'occasion de la période de lancement des nouveaux numéros, le Conseil a souligné le risque que certains opérateurs déjà en place utilisent des moyens

d'accès aux abonnés dont ils sont les seuls à disposer en tant qu'opérateurs de réseaux, afin d'assurer la promotion de leurs services et particulièrement, d'asseoir la notoriété de leur nouveau numéro.

Il a relevé que la phase d'acquisition jouerait un rôle très important dans le fonctionnement ultérieur du marché et qu'il était par conséquent nécessaire de porter une attention particulière aux stratégies de communication des opérateurs pendant les premiers mois d'ouverture des nouveaux services.

Le Conseil a également relevé le risque de détournement de l'information du consommateur à des fins anticoncurrentielles et a préconisé sur ce point que le régulateur surveille, voire encadre à des fins proconcurrentielles, le processus d'information relatif au changement de numéro, tant en ce qui concerne son contenu qu'en ce qui concerne les supports utilisés.

*Avis 05-A-16 du 28 juillet 2005, relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes relative à la transition vers un nouveau format de numérotation pour les services de renseignements téléphoniques*

## **La concentration Socpresse/Ouest France**

Saisi par le ministre de l'Économie d'une demande d'avis relatif à l'acquisition du Pôle Ouest de la société Socpresse et de fonds de commerce par la société SIPA, le Conseil a rendu un avis au sein duquel il attire l'attention des pouvoirs publics sur les risques d'atteinte à la concurrence de l'opération envisagée et recommande plusieurs engagements.

Il a relevé que l'acquisition du Pôle Ouest de la Socpresse par le groupe SIPA se traduisait par la création de monopoles et quasi-monopoles sur les marchés du lectorat, de la publicité et des petites annonces en matière de presse quotidienne régionale (PQR) sur quatre des cinq départements concernés par l'opération. Toutefois, il a noté que le pouvoir de marché de la nouvelle entité était suffisamment limité par un certain nombre d'éléments structurels, voire conjoncturels, pour que cette opération n'entrave pas la concurrence sur le marché.

Tout en soulignant l'existence de barrières à l'entrée sur le marché du lectorat (contrainte sur le prix au numéro, nécessité d'un réseau de distribution performant, fidélité des lecteurs à un titre), le Conseil a noté que le caractère déclinant de ce média limiterait les risques de hausse des prix sur ce marché.

Par ailleurs, la présence du groupe Ouest France sur de nombreux marchés connexes du secteur des médias et de la publicité (presse hebdomadaire régionale, télévision et radio locale, affichage extérieur, prospectus, presse gratuite d'information et gratuits d'annonces) était également de nature à permettre au nouvel ensemble de proposer aux annonceurs et acheteurs d'espaces publicitaires une large gamme de produits et notamment des offres couplées, s'appuyant sur le caractère incontournable de la publicité dans ses titres de presse quotidienne régionale.

Le Conseil a souligné la nécessité pour les parties à l'opération de prendre des engagements. Il a estimé que l'exception de l'entreprise défaillante ne pouvait être invoquée pour exonérer l'atteinte à la concurrence portée par

l'opération, aucune des sociétés du Pôle Ouest de la Socpresse n'apparaissant comme étant en cessation de paiement.

Le Conseil a toutefois relevé que la situation générale de ces sociétés, et particulièrement du titre Presse Océan, appelait des mesures de redressement et que les économies de coûts que l'opération permettrait de réaliser pourraient assurer la viabilité des titres. Il a néanmoins estimé que les engagements proposés par le groupe Ouest France étaient indispensables pour assurer que l'opération ne porterait pas atteinte à la concurrence (maintien de l'autonomie éditoriale des titres, absence de couplages obligatoires des insertions publicitaires et des annonces entre les titres, absence de couplage entre les différents supports publicitaires du nouveau groupe, baisse de sa participation dans le capital de TV Nantes Atlantique et Angers 7).

*Avis 05-A-18 du 11 octobre 2005, relatif à l'acquisition du Pôle Ouest de la société Socpresse et de fonds de commerce de la SEMIF par la société SIPA*

### **La privatisation des sociétés concessionnaires d'autoroutes**

Le Conseil de la concurrence a été saisi par l'Association pour le maintien de la concurrence sur le réseau autoroutier (AMCRA) – qui regroupe des entreprises de travaux publics indépendantes – sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes (SEMCA), notamment sur les marchés de travaux autoroutiers.

Il a rendu un avis, dans lequel il a procédé à une analyse prospective de la situation juridique résultant de la privatisation future et des problèmes de concurrence susceptibles de se poser, et a invité les pouvoirs publics à clarifier et à renforcer le système prévu pour encadrer la gestion privée des concessions d'autoroutes.

### **L'évolution de la situation juridique des concessionnaires**

Le Gouvernement a engagé, depuis juin 2005, un processus de privatisation des principales SEMCA, dont l'État détenait jusqu'alors le contrôle majoritaire. Ces dernières exploitent la majeure partie du réseau autoroutier à péage en France, soit environ 7 000 km sur 8 000 km.

La privatisation des SEMCA entraîne une modification des obligations de ces opérateurs au regard des textes nationaux et communautaires relatifs à la commande publique. Si, jusque-là, les SEMCA étaient considérées comme *pouvoirs adjudicateurs* et à ce titre soumises à des règles de mise en concurrence très strictes pour la passation de leurs marchés, elles seront amenées à changer de statut et sortiront de ce cadre, une fois privatisées.

En conséquence, le Conseil a estimé que, sauf obligations spécifiques imposées dans le contrat de concession, il était peu probable que les futurs gestionnaires acceptent de se soumettre, pour l'exécution des travaux d'entretien ou d'amélioration de leurs réseaux, aux mêmes règles de mise en concurrence que les anciennes SEMCA, notamment s'ils sont adossés ou associés à une entreprise de travaux publics.

### **La nécessité de réguler les entreprises en monopole**

Le Conseil a considéré que, compte tenu des spécificités du trajet par autoroute et de sa faible substituabilité par rapport à d'autres modes de transport, la plupart des parcours autoroutiers constitueront des monopoles privés : les péages devront donc être soumis, comme auparavant, à une régulation tarifaire.

S'agissant de l'intégration éventuelle des gestionnaires d'autoroutes avec des groupes de travaux publics, il a préconisé une séparation claire entre l'activité de monopole et les activités soumises à la concurrence, afin d'éviter notamment des mécanismes de subventions croisées qui viendraient fausser la compétition sur les activités concurrentielles.

### **Des mesures préventives pour conforter la régulation future**

Le Conseil de la concurrence a enfin rappelé que les modes de régulation généralement pratiqués, à savoir la fixation d'un prix assurant la couverture des coûts complets du monopole (système du *cost plus*) et le système alternatif de régulation par un prix cible sans considération des coûts (système du *price cap*) seront difficiles à mettre en œuvre dans le cas des autoroutes privées du fait, d'une part, de l'asymétrie d'information entre l'administration et les concessionnaires et, d'autre part, de la multiplicité des objectifs que devra prendre en compte le régulateur public (équilibre financier des autoroutes, politique de sécurité routière, politique des transports, politique environnementale).

En conséquence, le Conseil a recommandé que l'on se dote ou que l'on conserve d'autres instruments de nature à éviter la création et l'exploitation d'une rente de monopole, à savoir :

- assurer la pérennité en tant que personnes juridiques distinctes, des sociétés concessionnaires privatisées, ce qui exclut leur fusion avec d'autres entreprises ou l'intégration dans leur périmètre d'activité, de services qu'elles n'assurent pas déjà elles-mêmes ;
- réintroduire explicitement, en ce qui concerne les marchés de travaux, l'obligation de respecter les critères de choix qui s'imposaient jusqu'alors aux SEMCA, en précisant à partir de quels seuils de commande, les obligations de publicité, de mise en concurrence et d'intervention des commissions consultatives selon des procédures adéquates doivent intervenir, sans négliger les marchés de services et de fournitures ;
- clarifier le rôle des commissions des marchés placées auprès de chaque société, en les dotant d'un véritable pouvoir d'approbation dans le choix des titulaires des appels d'offres.

*Avis 05-A-22 du 2 décembre 2005, relatif à une demande d'avis de l'AMCRA sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation annoncée des sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes*

### **Les industries « électro-intensives »**

Dans cet avis, le Conseil de la concurrence était interrogé par le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie sur le dispositif envisagé pour permettre aux industries « électro-intensives » de bénéficier de conditions particulières de prix d'achat de l'électricité.

### ***Le contexte : l'ouverture à la concurrence du marché de l'électricité et la situation des « électro-intensifs »***

Le marché de l'électricité a été progressivement ouvert à la concurrence à partir de juin 2000. À cette date, les industriels dits « électro-intensifs » (entreprises dont la compétitivité est caractérisée par une très forte sensibilité au prix de leurs achats d'électricité) ont souvent quitté le système des tarifs régulés et ont opté de manière irréversible pour le marché libre.

Si ce choix était avantageux à l'époque, la situation a évolué depuis l'ouverture du marché, les prix de l'électricité sur le marché ouvert n'ayant cessé de progresser et ayant largement dépassé le niveau des tarifs régulés.

Les industriels « électro-intensifs » considèrent que le niveau des prix atteint sur le marché libre n'est plus compatible avec la poursuite de leur activité sur le territoire national et ont fait état de risques de délocalisation de leur activité, s'ils ne peuvent bénéficier d'un prix d'achat de leur électricité à un niveau inférieur à celui du marché.

À l'issue d'une table ronde organisée avec les acteurs du secteur, le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie a saisi le Conseil pour avis sur un dispositif reposant sur un montage financier regroupant les industriels au sein d'un consortium, dont le rôle est de rechercher les meilleures conditions de financement et de fourniture électrique.

### ***Le dispositif envisagé***

Il était envisagé que le consortium d'industriels puisse acquérir de l'électricité, sous forme de rubans pour une durée de 15 à 20 ans, auprès de fournisseurs sélectionnés après mise en concurrence, en contrepartie d'une prime fixe initiale (dite « avance en tête ») versée en début de contrat et d'un prix d'enlèvement proportionnel, payé au fur et à mesure de la livraison d'électricité. Il était prévu que les membres du consortium seraient agréés par arrêté conjoint du ministre du Budget et du ministre de l'Économie, sous réserve de remplir des critères définis par décret.

### ***Le principe de la constitution d'un consortium et la mise en place de contrats de long terme ne sont pas a priori incompatibles avec le droit de la concurrence***

*A priori*, et sous réserve d'une analyse au fond dans le cadre d'une saisine contentieuse éventuelle, le Conseil a estimé que la création du consortium ne constituait pas une entente horizontale anticoncurrentielle au sens des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 CE. D'autre part, il a noté que la conclusion de contrats d'achat d'électricité de long terme n'était pas, par principe, contraire au droit de la concurrence, même si ces contrats étaient conclus avec une entreprise en position dominante, à condition toutefois qu'ils ne soient pas susceptibles de fausser le jeu de la concurrence sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients finals. Le Conseil a relevé par conséquent que le volume de fourniture d'électricité représenté par ces contrats devait rester limité au regard de la taille du marché concerné.

### ***Le mode de sélection des industriels : le point faible du dispositif envisagé***

Il est apparu au Conseil que, quelles que soient les définitions et les méthodes de calcul retenues pour l'établissement des critères définis par décret, le risque d'exclusion des entreprises qui estiment appartenir à la catégorie des « électro-intensifs délocalisables » est inévitable. Il n'existe aucune garantie que deux industriels concurrents dans un même secteur soient tous deux agréés.

Le Conseil a souligné par ailleurs que de telles distorsions de concurrence sur les marchés aval seront nécessairement constatées au niveau communautaire, dans la mesure où seuls les sites industriels implantés en France peuvent être agréés.

### ***Le Conseil a préconisé des alternatives afin de répondre à la demande des industriels***

À moyen terme, le Conseil a suggéré de construire un marché de gros liquide afin de créer les conditions propices à l'émergence d'une concurrence sur les offres de long terme auprès des clients finals.

À court terme, le Conseil a proposé de conserver le principe général du dispositif envisagé mais en mettant en œuvre un mode de sélection plus concurrentiel, comme par exemple un procédé d'enchères. Tous les acheteurs désireux d'acquérir un tel produit pourraient alors enchérir, sans avoir à satisfaire de critère particulier. Ce mécanisme aurait l'avantage d'être concurrentiel, de n'exclure aucun consommateur *a priori* et de ne pas nécessiter l'intervention de l'État.

*Avis 05-A-23 du 5 décembre 2005, relatif à un dispositif envisagé pour permettre aux industries électro-intensives de bénéficier de conditions spécifiques de prix d'achat de l'électricité*

## **Décisions contentieuses notables**

### **Royal Canin**

Saisi par le ministre de l'Économie de pratiques mises en œuvre par la société Royal Canin et son réseau de distribution, le Conseil de la concurrence a sanctionné Royal Canin pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché de la vente d'aliments secs pour chiens en magasins spécialisés et pour avoir été l'instigateur d'une série d'ententes verticales avec les membres de son réseau de distribution.

Les pratiques anticoncurrentielles relevées concernaient exclusivement le circuit de la distribution spécialisée, au niveau des grossistes, des centrales d'achat, des détaillants et affectaient tant la concurrence intramarque que la concurrence intermarque.

### ***Le marché de la vente de croquettes pour chiens en magasins spécialisés***

Le Conseil a considéré que la vente d'aliments secs pour chiens en magasins spécialisés constituait un marché pertinent, sur lequel Royal Canin réalise

une part importante de son chiffre d'affaires et distribue des produits élaborés ou haut de gamme, introuvables en grandes surfaces.

Il a, par ailleurs, estimé que Royal Canin était en position dominante sur ce marché entre 1998 et 2000, compte tenu de ses parts de marché et de la nature du marché.

### **Le verrouillage de la concurrence intramarque**

Pour distribuer ses produits, Royal Canin a mis sur pied un réseau de 19 distributeurs, qui maillent le territoire. Il distribue ses produits auprès de 13 000 lieux de vente spécialisés, ce qui lui assure une présence incomparable sur le marché. Les relations entre Royal Canin et son réseau de distribution sont formalisées au sein de contrats spécifiques, les contrats « Alliance service ».

#### **• Les accords de restriction de clientèle**

La politique commerciale de Royal Canin sépare de façon parfaitement étanche le circuit de la distribution dans les grandes surfaces du circuit de la distribution spécialisée, interdisant ainsi toute concurrence intramarque.

Les accords d'exclusivité conclus entre Royal Canin et ses grossistes distributeurs leur imposaient de se limiter exclusivement à la distribution spécialisée, aux éleveurs professionnels et aux vétérinaires.

Les croquettes haut de gamme Royal Canin étaient ainsi totalement absentes de la grande distribution à l'époque des faits et les marques d'aliments secs pour chiens étaient destinées exclusivement à l'un ou à l'autre des deux circuits.

#### **• Des prix de vente imposés aux grossistes et l'existence d'un dispositif de contrôle de l'entente**

Par le biais de ses contrats « Alliance service », Royal Canin imposait également à ses grossistes des prix de revente et en contrôlait le respect par un système de remontées d'informations, véritable dispositif de contrôle de l'entente.

#### **• Les effets de ces pratiques sur le marché concerné**

De ce fait, un détaillant, voulant s'approvisionner en produits Royal Canin, ne pouvait faire jouer la concurrence entre offreurs et se trouvait contraint de s'adresser aux grossistes prescrits par Royal Canin et de s'approvisionner au prix unique imposé.

Cette absence de concurrence intramarque a contribué à renchérir les coûts d'approvisionnement des détaillants. Étant donné la part importante représentée par Royal Canin dans le circuit spécialisé, ces pratiques ont affecté une part importante du segment du marché intermédiaire, et par conséquent, du segment des marchés aval.

#### **• Des prix de détail imposés au consommateur final**

Le Conseil a par ailleurs estimé que Royal Canin avait été l'instigateur d'une série d'ententes verticales sur le marché de détail, visant notamment à imposer des prix de vente aux consommateurs.



Les relevés de prix effectués pour les besoins de l'enquête (plus de 1 000) ont manifesté un alignement des prix de vente aux consommateurs sur les gammes nutritionnelles RCCI Size et Premium de Royal Canin.

Le Conseil a également constaté que Royal Canin établissait et diffusait des prix publics indicatifs qui, en réalité étaient des prix de détail imposés. Ces prix étaient repris et relayés auprès des détaillants par les grossistes et les centrales de franchisés puis respectés scrupuleusement par les détaillants.

### ***Le verrouillage de la concurrence intermarque par le biais de remises fidélisantes***

Le Conseil a également jugé anticoncurrentiel le système de remises fidélisantes mis en place par Royal Canin. Ce système prévoyait l'octroi de ristournes de fin d'année à certains membres de son réseau – et notamment aux centrales de franchisés, c'est-à-dire en dernière instance aux détaillants – en fonction de leur chiffre d'affaires et/ou de tonnage de produits Royal Canin vendus.

Le Conseil a souligné que les barèmes consentis par Royal Canin, fortement incitatifs, ne pouvaient être combattus par des concurrents qu'au prix d'efforts disproportionnés. De la part d'une entreprise en position dominante, un tel système tend en effet à barrer l'entrée à de nouveaux concurrents sur le marché : il obligerait un concurrent voulant prendre des parts de marché à Royal Canin à baisser considérablement ses prix et à mettre en danger son équilibre économique.

### ***Les sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence***

Le Conseil a sanctionné Royal Canin et son réseau de distribution pour un montant total de 5 millions d'euros. Cette décision a été partiellement réformée par l'arrêt du 4 avril 2006 de la cour d'appel de Paris.

*Décision 05-D-32 du 22 juin 2005, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Royal Canin et son réseau de distribution*

## **Transport public urbain de voyageurs**

Saisi par le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, le Conseil de la concurrence a rendu une décision, dans laquelle il a sanctionné les sociétés Keolis, Connex et Transdev pour s'être concertées, entre 1996 et 1998, au niveau national, en vue de se répartir les marchés de transport public urbain de voyageurs (service de bus en zone urbaine) lancés par les collectivités publiques.

### ***Le secteur du transport public de voyageurs : un marché oligopolistique dominé par trois grands groupes***

La demande de transport public de passagers est portée par les autorités organisatrices de transport, c'est-à-dire, selon les cas, les collectivités territoriales, les syndicats intercommunaux, les districts urbains, les communautés urbaines ou les communautés de villes et de communes.

Trois grands groupes d'envergure nationale et internationale se partagent la majeure partie du marché français :

- la société **Keolis** (anciennement VIA-GTI), détenue au moment des faits à 70 % par la banque Paribas et à 12 % par le groupe Vivendi <sup>4</sup> ;
- la société **Connex** (anciennement CGEA Transport) appartenant au moment des faits au groupe Vivendi <sup>5</sup> ;
- la société **Transdev**, filiale de C3D du groupe Caisse des dépôts et consignations.

### **Un cartel national**

Les dirigeants de ces entreprises avaient constitué un cartel visant à se répartir le marché national du transport public urbain de voyageurs. La règle de conduite adoptée consistait en ce que les trois entreprises en cause ne se faisaient pas concurrence, lorsqu'un marché détenu par l'une d'entre elles, était soumis à renouvellement.

Sous l'égide du cartel, les entreprises pouvaient également s'échanger des marchés lorsqu'elles trouvaient à cet échange un avantage objectif ou encore se répartir le marché par le moyen de la sous-traitance.

Ces pratiques anticoncurrentielles ont permis à ces entreprises d'imposer leur prix aux collectivités territoriales, lesquelles ont été, de ce fait, amenées à supporter dans le cadre de la concession de leurs réseaux de transport, des charges plus élevées que celles qui auraient résulté d'un fonctionnement concurrentiel de ces marchés.

46

### **De nombreux marchés locaux impactés par cette entente**

Cette concertation nationale, organisée par des entreprises mères qui surveillaient étroitement l'activité de leurs filiales, a eu des applications locales caractérisées sur les marchés du transport public de Bordeaux, Bar-le-Duc, Épernay, Laval, Chalon-sur-Saône, Saint-Claude, Oyonnax et Sens.

Dans ces villes, à l'occasion des appels d'offres, les entreprises s'étaient mises d'accord, soit pour ne pas présenter d'offre ou se désister, soit pour présenter des offres qui ne gênaient pas le titulaire du marché. Elles ont ainsi trompé ces collectivités sur la réalité de la concurrence.

### **Des pratiques extrêmement graves qui justifient des sanctions exemplaires**

Le Conseil a rappelé dans cette décision que la cartellisation d'un oligopole et la rente de monopole (financée en l'espèce, par les fonds publics des collectivités territoriales) qui en est la conséquence, constitue une pratique anticoncurrentielle parmi les plus graves.

4. Keolis est aujourd'hui détenue par la société *3i* (52,5 %) et par *SNCF Participations* (44,5 %).

5. Connex est aujourd'hui une filiale à 100 % de Véolia Environnement.

Il a relevé qu'un tel cartel, d'envergure nationale est, par définition, susceptible d'affecter sensiblement le commerce intracommunautaire par sa dimension et sa vocation même : empêcher les concurrents, qu'ils soient nationaux ou étrangers de remporter les marchés.

Il a souligné que constituait un élément aggravant le fait que la pratique ait été mise en œuvre par des groupes parmi les plus renommés des groupes français, en raison de la malheureuse valeur d'exemple qu'ils fournissent. Il a considéré par conséquent comme légitime qu'une sanction exemplaire soit infligée aux entreprises en cause et a décidé d'appliquer le plafond maximum prévu par le Code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi NRE, applicable à l'espèce. Le montant total des sanctions s'est élevé à près de 12 millions d'euros. Cette décision a été entièrement confirmée par la cour d'appel de Paris (arrêt du 7 février 2006).

*Décision 05-D-38 du 5 juillet 2005, relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché du transport public urbain de voyageurs*

## Marché de l'eau en Île-de-France

Le Conseil de la concurrence a sanctionné le comportement de la Lyonnaise des Eaux et celui du Syndicat des eaux d'Île-de-France (Sedif).

Au terme de son analyse, il a estimé que le comportement de la Lyonnaise des Eaux illustre, de façon concrète et éclairante, par quels moyens un opérateur en monopole de fait sur la fourniture de l'eau, avait obtenu d'être choisi par un syndicat comme délégataire du service de distribution de l'eau.

La Lyonnaise des Eaux avait offert au Syndicat du nord-est de l'Essonne (NEE), un prix de vente en gros de l'eau – en cas de fourniture seule – supérieur de 17 % au prix consenti dans sa proposition globale « fourniture + distribution ». Cette pratique de couplage visait manifestement à handicaper toute offre concurrente sur la partie distribution, puisqu'elle permettait à la Lyonnaise de se réserver de manière discriminatoire un prix inférieur à celui de son offre dissociée de vente en gros.

Le Conseil de la concurrence a également condamné le comportement du Syndicat des eaux d'Île-de-France qui était intervenu pour empêcher toute ouverture, même très ponctuelle, du marché de l'eau en gros. Ce syndicat avait agi afin d'entraver la finalisation d'un contrat de fourniture d'eau entre l'un de ses principaux clients, la Semmaris (société gérant le Marché d'intérêt national de Rungis) et son concurrent, la Société anonyme de gestion des eaux de Paris (Sagep), qui lui proposait un prix plus faible de 22,5 %.

Au vu de la gravité des pratiques considérées, le Conseil de la concurrence a prononcé des sanctions pour un montant total de 500 000 euros (affaire pendante devant la cour d'appel de Paris).

*Décision 05-D-58 du 3 novembre 2005, relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'eau potable en Île-de-France*

## L'internet haut débit

Saisi en novembre 1999 par la société Neuf Télécom qui se plaignait de pratiques mises en œuvre par France Télécom sur le marché de gros de l'accès à internet haut débit (ADSL), le Conseil de la concurrence avait enjoint à France Télécom lors d'une précédente décision (00-MC-01 du 18 février 2000), de proposer une offre technique et commerciale de nature à permettre aux autres opérateurs d'exercer une concurrence effective sur ce marché.

Constatant que cette injonction n'avait pas été respectée, le Conseil, en mai 2004, a sanctionné France Télécom à hauteur de 20 millions d'euros (04-D-18), amende qui a été doublée par la cour d'appel de Paris.

Statuant au fond, le Conseil de la concurrence a décidé, au vu de la gravité des pratiques et de leur durée (1999-2002), d'imposer à France Télécom une sanction de 80 millions d'euros, pour avoir fermé à ses concurrents, jusqu'en octobre 2002, l'accès au marché de gros de l'internet à haut débit par ADSL.

### Rappel de l'historique

#### • Décision du 18 février 2000 ordonnant des mesures conservatoires

Suite à une plainte de Neuf Télécom, le Conseil avait estimé que le refus de France Télécom de permettre aux opérateurs tiers de développer une offre d'accès à internet haut débit concurrentielle qui leur soit propre, portait une atteinte grave et immédiate au secteur. Le Conseil avait par conséquent enjoint à France Télécom de réformer son comportement en attendant une décision au fond et « *de proposer aux opérateurs tiers, dans un délai maximum de huit semaines [...], une offre technique et commerciale d'accès au circuit virtuel permanent pour la fourniture d'accès à internet par la technologie ADSL ou tout autre solution technique et économique équivalente permettant aux opérateurs d'exercer une concurrence effective, tant par les prix que par la nature des prestations offertes* ».

Par un arrêt du 30 mars 2000, la cour d'appel de Paris avait validé la décision du Conseil.

#### • Décision du 13 mai 2004 constatant le non respect de l'injonction prononcée à titre conservatoire

Constatant que son injonction prononcée en mesures conservatoires était restée lettre morte, le Conseil a sanctionné France Télécom à hauteur de 20 millions d'euros pour non respect d'injonction. En effet, si France Télécom avait effectivement transmis, le 18 avril 2000, une offre aux opérateurs tiers – dite « ADSL Connect ATM » – cette dernière contenait de nombreuses restrictions techniques et tarifaires et n'était, de ce fait, pas conforme à l'injonction du Conseil.

Par un arrêt du 11 janvier 2005, la cour d'appel de Paris a non seulement validé l'analyse du Conseil sur le fond mais a même alourdi les sanctions pécuniaires, les faisant passer de 20 à 40 millions d'euros (poursuite en cassation rejeté le 14 mars 2006).

### ***Le refus opposé à la demande de Neuf Télécom concernant l'accès au marché de gros de l'internet à haut débit***

La technologie ADSL, lancée en 1999, a permis l'apparition de nouveaux marchés : fourniture d'accès à internet haut débit par l'ADSL, transport du trafic ADSL entre les abonnés et les fournisseurs d'accès internet (FAI) par les opérateurs. Toutefois, du fait du monopole détenu par France Télécom sur les lignes de cuivre (la boucle locale) reliant les abonnés au central téléphonique, et de l'absence de dégroupage effectif jusqu'en 2002 de cette boucle locale, les opérateurs concurrents de France Télécom qui désiraient offrir des prestations de transport aux FAI, étaient contraints d'acheter à France Télécom les prestations de gros leur permettant de prendre livraison du trafic ADSL en un point intermédiaire du réseau de l'opérateur historique.

Le Conseil a constaté que France Télécom avait accepté d'offrir aux fournisseurs d'accès internet (FAI) ces prestations de gros, à condition que ces prestations soient, de bout en bout, mises en forme dans ses installations (option 5), mais avait refusé aux opérateurs téléphoniques concurrents, notamment à Neuf Télécom, la possibilité de substituer, pour partie, leurs installations aux siennes propres, selon les modalités prévues par l'option 3, les empêchant ainsi de faire des offres de gros aux FAI.

### ***L'effet de ciseau tarifaire mis en œuvre par France Télécom***

Dans un second temps, France Télécom a accepté de laisser ses concurrents substituer leurs installations aux siennes (option 3), mais selon des dispositions tarifaires telles que ces concurrents ne pouvaient faire aux FAI des offres compétitives par rapport aux offres de l'option 5 proposée par France Télécom. Le Conseil a également constaté que ce n'est qu'en septembre 2002 que l'option 3 a été offerte à des conditions tarifaires permettant aux opérateurs concurrents de bâtir des offres dans des conditions économiques acceptables, à destination des FAI, après que l'ART a obtenu des baisses de tarifs concomitantes sur l'ensemble des offres de France Télécom, options 3 et 5.

Le Conseil a considéré que le refus opposé à Neuf Télécom, puis les conditions inadaptées proposées constituaient un refus d'accès à l'infrastructure essentielle que constituent, en l'absence de dégroupage de la boucle locale, la boucle locale et les équipements situés entre cette boucle et les points de branchement de l'option 3.

Ce refus d'accès a permis à France Télécom de rester l'unique offreur de prestations de transport du trafic internet haut débit (ADSL) entre les abonnés et les FAI jusqu'en 2002, et a empêché l'entrée sur ce marché de concurrents potentiellement plus innovants et efficaces. Les FAI n'ont pu bénéficier d'une concurrence sur ce marché et donc de conditions techniques ou tarifaires plus intéressantes, dont ils auraient pu faire bénéficier les consommateurs.

Le Conseil a considéré que ces pratiques étaient extrêmement graves et avaient causé un dommage important à l'économie. Dans le calcul de la sanction, le Conseil a retenu comme facteur atténuant l'amende déjà infligée à France Télécom pour le non respect d'injonction précitée (décision 04-D-18

du 13 mai 2004). Cette décision a fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris (affaire pendante).

*Décision 05-D-59 du 7 novembre 2005, relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'internet haut débit*

## **Les palaces parisiens**

À la suite de la diffusion sur M6 d'un reportage sur les palaces parisiens (émission Capital), le Conseil de la concurrence s'était autosaisi le 4 décembre 2001 de la situation de la concurrence dans le secteur de l'hôtellerie de luxe. Des visites et saisies avaient été parallèlement déclenchées par les services de la DGCCRF dans les six palaces visés par le reportage. Sur la base de cette enquête, le ministre de l'Économie avait également saisi le Conseil le 6 janvier 2003.

Après instruction du dossier, le Conseil de la concurrence a décidé de sanctionner les six palaces parisiens, le Bristol, le Crillon, le George V, le Meurice, le Plaza Athénée et le Ritz pour avoir échangé régulièrement des informations confidentielles sur leur activité commerciale respective. Compte tenu de la nature oligopolistique du marché, il a considéré que ces pratiques avaient altéré le jeu normal de la concurrence, en favorisant un équilibre collusif.

### ***La mise en place d'un système régulier d'échange d'informations***

L'enquête a mis en évidence l'existence d'échanges réguliers, entre les six palaces, d'informations confidentielles sur leur activité respective et sur les éléments nécessaires à l'élaboration de leurs plans marketing. Ces échanges se faisaient par le biais de réunions régulières et des échanges de courriels. Les informations échangées étaient hebdomadaires et mensuelles, en ce qui concerne l'activité passée, mais pouvaient aussi porter sur l'activité prévisionnelle.

### ***Le marché des palaces parisiens : un marché distinct de nature oligopolistique***

Au-delà du fait que les échanges réguliers d'information étaient limités aux six établissements mis en cause, plusieurs éléments matériels sont venus confirmer l'existence d'un marché spécifique des palaces parisiens, distinct du marché des hôtels quatre étoiles.

Les hôtels mis en cause sont en effet les seuls établissements de luxe de la capitale à offrir le cumul d'un certain nombre de caractéristiques qualitatives : un site prestigieux au centre de Paris, une proportion élevée de suites dont certaines exceptionnelles, un restaurant gastronomique, des prestations exceptionnelles sur place (piscine et/ou centre de remise en forme), un personnel nombreux mis à la disposition de la clientèle.

Les palaces se distinguent également par le niveau de leur grille tarifaire (lequel reflète leur niveau de prestations et leur prestige) et par le niveau de leur prix moyen, qui traduit leur capacité à vendre un grand nombre de nuitées à un niveau de prix très élevé. Le tarif moyen des chambres est en effet supérieur à 700 € par nuitée, le prix de la chambre la moins chère étant supérieur à 500 € et celui des suites de prestige à plus de 6 000 € la nuit.

### ***Au sein d'un oligopole, l'échange d'informations stratégiques permet d'atteindre un équilibre collusif en augmentant artificiellement la transparence du marché***

Les informations échangées ont permis aux palaces de se surveiller efficacement en se dévoilant mutuellement leurs performances et en suivant leurs évolutions relatives à un rythme très rapproché. Les échanges leur ont donné la possibilité de s'assurer que leur niveau de performances ne variait pas de façon trop sensible d'un établissement à l'autre et qu'aucun d'entre eux ne cherchait à s'engager dans des stratégies de nature à remettre en cause les positions des autres membres de l'oligopole.

L'utilisation que certains palaces ont fait des informations échangées traduit bien cet objectif de surveillance : certains documents saisis font apparaître des tableaux de bord qui permettent d'évaluer les positions concurrentielles de chacun, en calculant les parts de marché théoriques et en mesurant l'écart entre ces parts et les résultats de chacun des palaces.

Le montant total des sanctions s'est élevé à 709 000 euros.

Le Conseil de la concurrence a, dans la même décision, écarté le grief – qui avait été notifié aux mêmes palaces parisiens – reprochant aux établissements concernés de s'être entendus sur des offres promotionnelles communes (« shopping with parisian palaces », « Best of Paris »). Il a en effet considéré que ces promotions communes, dont l'impact est resté très limité, n'ont pas eu d'effet sur le marché. Cette décision a fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris (affaire pendante).

*Décision 05-D-64 du 25 novembre 2005, relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces parisiens*

### **La téléphonie mobile**

Le Conseil a sanctionné les trois opérateurs mobiles, Orange France, SFR et Bouygues Télécom pour avoir mis en œuvre des pratiques d'entente ayant restreint le jeu de la concurrence sur le marché, révélées par une enquête réalisée à la suite d'une autosaisine du Conseil du 28 août 2001 et d'une saisine de l'UFC-Que Choisir du 22 février 2002.

Le montant total des sanctions prononcées est de 534 millions d'euros.

### ***Les échanges d'informations stratégiques***

Les opérateurs mobiles ont échangé entre eux, de 1997 à 2003, tous les mois, des chiffres précis et confidentiels concernant les nouveaux abonnements qu'ils avaient vendus durant le mois écoulé, ainsi que le nombre de clients ayant résilié leur abonnement.

Le Conseil a considéré que, bien que ne portant pas sur les décisions de prix qu'ils avaient l'intention de prendre, ces échanges d'informations étaient de nature à réduire l'intensité de la concurrence sur le marché des mobiles.

Sur un marché où n'opèrent que trois acteurs et sur lequel l'entrée est très difficile, des échanges d'informations de ce type sont de nature à altérer le

jeu de la concurrence, en réduisant l'incertitude sur la stratégie des autres acteurs et en diminuant l'autonomie commerciale de chaque entreprise, particulièrement lorsque – comme cela a été le cas sur le marché de la téléphonie mobile à partir de 2000 – la croissance de la demande se ralentit fortement.

En outre, le Conseil a constaté qu'à partir de 2000, ces échanges avaient permis aux opérateurs de surveiller l'accord qu'ils avaient conclu, par ailleurs, quant à l'évolution de leurs parts de marché respectives.

### ***L'accord de stabilisation de parts de marché***

Il a, par ailleurs, été constaté que les trois opérateurs se sont entendus afin de stabiliser l'évolution de leurs parts de marché entre 2000 et 2002.

L'existence d'une telle concertation a été établie grâce au recoupement de plusieurs indices graves, précis et concordants, tels que l'existence de documents manuscrits mentionnant de manière explicite un « accord » entre les trois opérateurs ou la « *pacification du marché* » ou encore le « *Yalta des parts de marché* » ainsi que des similitudes relevées au cours de cette période dans les politiques commerciales des opérateurs, notamment en matière de coûts d'acquisition et de tarification des communications. À cet égard, la saisine de l'UFC-Que Choisir a été motivée par l'observation d'un tel parallélisme, s'agissant du passage à une tarification par paliers de 30 secondes après une première minute indivisible, lequel a été opéré concomitamment par les trois opérateurs au début de l'année 2001.

Cette concertation s'est effectivement traduite par une relative stabilité, à moyen terme, des parts de marché des trois opérateurs dans les ventes de nouveaux abonnements et a facilité le changement de stratégie qu'ils ont opéré à partir de 2000.

À compter de cette date qui coïncide avec la fin de la course à la part de marché, l'accent mis par les trois opérateurs, de manière concordante, sur la rentabilisation de la base de clientèle acquise, a notamment entraîné un relèvement des prix et l'adoption de mesures telles que la priorité donnée aux forfaits avec engagements contre les cartes prépayées ou l'instauration des paliers de 30 secondes après une première minute indivisible.

Ces mesures, défavorables au consommateur, présentaient le risque de provoquer une baisse des ventes (et donc des parts de marché) de l'opérateur qui se serait aventuré à les mettre en œuvre unilatéralement. L'intérêt de la concertation était donc de faciliter la mise en place de cette stratégie, en permettant aux trois opérateurs de s'assurer qu'ils poursuivaient simultanément la même politique et que leurs parts de marché relatives resteraient par conséquent stables.

### ***Des pratiques particulièrement graves et un dommage à l'économie très important***

#### **• Concernant la pratique d'échange d'informations**

Le Conseil a tenu compte de la durée des pratiques (de 1997 à 2003) et de la taille très importante du marché concerné. Il a relevé que le dommage à



l'économie causé par la pratique du fait de la création artificielle d'une structure de transparence préjudiciable à la libre concurrence, a varié dans le temps et qu'il a été plus important pour la période postérieure à 2000 que pour la période précédente. C'est en effet à partir de 2000 que l'échange, déjà en place, a permis de surveiller, de la part de chacun des trois opérateurs, la politique de pacification du marché menée par ces derniers au détriment des consommateurs.

#### ● **Concernant la pratique d'entente sur les parts de marché**

Les ententes sur la répartition des marchés sont considérées par les autorités de concurrence, et notamment par le Conseil, comme étant injustifiables et donc parmi les plus graves.

Le Conseil a considéré que le dommage à l'économie devait être apprécié au regard de la durée des pratiques, soit trois ans et de la taille très importante du marché concerné. Il a également tenu compte du fait que l'entente s'est déroulée sur un marché fermé, que les dépenses de téléphonie mobile ont constitué depuis la fin des années 1990, une dépense nouvelle pour les ménages, qui a pris dans leur budget une part non négligeable, et du fait que la concertation en cause a facilité la mise en place par les opérateurs de mesures défavorables aux consommateurs.

Cette décision a fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris (affaire pendante).

*Décision 05-D-65 du 30 novembre 2005, relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile*

### **Produits Hi-Fi grand public**

Saisi par la société Avantage (enseigne TVHA), le Conseil de la concurrence a rendu une décision par laquelle il a sanctionné les fabricants de produits d'électronique grand public Philips, Sony et Panasonic pour avoir respectivement mis en place une entente verticale avec leurs distributeurs respectifs, ayant pour but de fixer les prix de revente au détail des produits bruns de leur marque.

Il leur a infligé une amende d'un montant total de 34,4 millions d'euros.

#### ***La mise en place d'une entente verticale entre les fabricants Philips, Sony et Panasonic et leurs distributeurs respectifs***

L'instruction et les éléments au dossier montrent que Philips, Sony et Panasonic avaient respectivement mis en place un système de contrôle des prix pratiqués par leurs distributeurs, afin de veiller à ce que ceux-ci respectent les prix « conseillés ».

Le Conseil de la concurrence a considéré qu'il existait des indices graves, précis et concordants démontrant l'existence d'une entente entre les fabricants Philips, Sony et Panasonic et leurs distributeurs respectifs et a notamment retenu à cet égard comme éléments probants :

- la communication de prix de détail « conseillés » aux grossistes et aux détaillants ;

- l’alignement constaté des prix de vente d’un certain nombre de produits chez l’ensemble des distributeurs des marques concernées (une même référence de téléviseur par exemple étant, à quelques exceptions près, au même prix dans tous les magasins) ;
- l’existence de mécanismes de surveillance et de contrôle des prix de détail (rappels à l’ordre téléphoniques de la part des fabricants ou des grossistes pour « faire remonter les prix », passage de représentants régionaux de la marque dans les points de vente, menaces de cessation de livraison ou de réduction des facilités financières octroyées) ;
- l’existence – en ce qui concerne Philips et Sony – de contrats de coopération avec leurs revendeurs, procurant aux fabricants le contrôle de leur politique de publicité et de prix.

### **Gravité des pratiques et dommage à l’économie**

La pratique qui consiste à instaurer une entente, en vue de mettre en place un système de prix imposés sur un marché, notamment en retardant ou en suspendant les livraisons à l’encontre des distributeurs qui ne respectent pas ces prix, revêt un caractère d’une particulière gravité.

En l’espèce, les consommateurs ont été privés de la possibilité d’acquérir les appareils des marques Philips, Sony et Panasonic à un prix plus avantageux, qui aurait résulté d’une véritable concurrence par les prix entre réseaux de distribution. Le Conseil a souligné que ces pratiques étaient d’autant plus graves qu’elles ont été mises en œuvre par de grands groupes d’envergure internationale, dont les comportements sont susceptibles de constituer la norme dans le secteur.

Enfin, le Conseil a pris en compte le fait que ces pratiques ont été mises en œuvre par les fabricants leaders du secteur, qui sur la période 1998-2002, totalisaient, à eux trois, 55 % des ventes de chaînes hi-fi, près de 50 % des ventes de téléviseurs et près de 40 % des ventes de magnétoscopes et de DVD.

Cette décision a fait l’objet d’un recours devant la cour d’appel de Paris (affaire pendante).

*Décision 05-D-66 du 5 décembre 2005, relative à la saisine de la SARL AVANTAGE à l’encontre de pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d’électronique grand public*

### **Les vidéocassettes Disney**

Saisi par le ministre de l’Économie, le Conseil a rendu une décision, par laquelle il a sanctionné la société BVHE (Buena Vista Home Entertainment), distributeur exclusif des vidéocassettes Disney pour la France, les distributeurs Casino et Carrefour, ainsi que le grossiste SDO (Selection Disc Organisation), pour s’être entendus sur le prix de vente au consommateur entre 1995 et 1998.

Le montant total des sanctions s’est élevé à 14,4 millions d’euros.

### ***BVHE s'est entendu avec les distributeurs Casino et Carrefour, ainsi qu'avec le grossiste SDO pour fixer le prix de vente au consommateur des cassettes vidéo Disney***

Le Conseil a constaté que la société BVHE avait été l'instigateur d'une entente verticale avec les distributeurs Casino et Carrefour ainsi qu'avec le grossiste SDO, visant à fixer à un niveau artificiellement élevé le prix de vente des cassettes Disney aux consommateurs. Cette pratique a été complétée par une politique commune de surveillance et de remontée d'informations, visant à consolider le système.

L'entente a abouti à un alignement à la hausse des prix de détail des cassettes pour enfants Disney dans les enseignes concernées.

### ***Le basculement injustifié en marges arrières de l'essentiel des marges des distributeurs***

BVHE et les distributeurs concernés ont détourné à leur profit la législation prohibant la revente à perte, qui prévoit que seules les remises et ristournes inconditionnelles peuvent être intégrées dans le calcul du seuil de revente à perte et donc être prises en compte dans la détermination du prix de détail.

En négociant avec les distributeurs un ensemble de remises et ristournes faussement conditionnelles (c'est-à-dire supposées non acquises au moment de la facturation), BVHE a artificiellement relevé leur seuil de revente à perte des distributeurs, ce qui a mécaniquement conduit ceux-ci à pratiquer des prix de détail supérieurs. Cette pratique a conduit à maximiser le profit du producteur et des distributeurs, au détriment du consommateur.

### ***Des pratiques graves qui ont privé le consommateur de la possibilité de bénéficier de prix compétitifs***

Le Conseil a souligné que les pratiques sanctionnées étaient particulièrement graves, puisqu'elles ont privé les consommateurs de la possibilité d'acquérir les produits en cause à un prix moindre, qui aurait résulté d'une véritable concurrence par les prix entre réseaux de distribution.

Il a estimé que ces pratiques sont d'autant plus graves qu'elles ont été mises en œuvre par un grand groupe d'envergure internationale (Disney), dont le comportement est susceptible de constituer la norme dans le secteur, et qui occupe sur le marché concerné une position très forte, les cassettes Disney faisant l'objet d'une demande permanente.

Dans l'appréciation du montant des sanctions pécuniaires, le Conseil de la concurrence a également tenu compte du fait que les pratiques en cause se sont appuyées sur le détournement de la législation prohibant la revente à perte et qu'elles ont été en partie le fait de distributeurs qui se présentent comme des enseignes ayant une politique de prix agressive.

### ***Procédure de transaction et engagements***

Les sanctions infligées à BVHE et à Carrefour ont été réduites respectivement d'environ 25 % et 40 % par rapport au montant théoriquement encouru, dans la mesure où ces entreprises ont d'une part, renoncé à contester les

griefs qui leur avaient été notifiés et, d'autre part, pris des engagements pour l'avenir qui sont de nature à restaurer une véritable compétition par les prix sur le marché des cassettes vidéo pour enfants. Les deux sociétés ont affirmé leur intention de tenir le rapporteur général du Conseil de la concurrence informé de la mise en œuvre effective des engagements souscrits.

Cette décision a fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris (affaire pendante).

*Décision 05-D-70 du 19 décembre 2005, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des vidéocassettes préenregistrées*

## **Le commerce parallèle de médicaments**

Saisi par plusieurs sociétés exportatrices à l'encontre de pratiques mises en œuvre par 21 laboratoires pharmaceutiques <sup>6</sup>, le Conseil de la concurrence a rendu une décision de non-lieu, considérant que le comportement dénoncé par les saisissantes n'était pas qualifiable d'abus de position dominante au regard du droit de la concurrence national et communautaire.

### **Le commerce parallèle de médicaments en Europe**

Le « commerce parallèle » des produits pharmaceutiques repose sur l'existence d'un différentiel de prix du médicament entre les différents pays européens. Il correspond aux flux commerciaux de médicaments opérés entre grossistes-exportateurs et importateurs de différents pays, par opposition aux flux commerciaux opérés par les laboratoires eux-mêmes lorsqu'ils livrent directement ou par l'intermédiaire de filiales locales leurs produits dans les différents pays.

Les produits visés par le commerce parallèle sont principalement les molécules sous brevet offrant un différentiel de prix élevé (d'au moins 15 %) entre le tarif réglementé en vigueur dans l'État d'où partent les produits exportés et le tarif en vigueur dans le pays où ces produits sont consommés.

Le niveau des prix des médicaments français est proche de la moyenne européenne, mais il est en revanche inférieur de plus de 20 % à ceux pratiqués au Royaume-Uni et en Allemagne, si bien que la France constitue une base d'exportation notamment pour ces deux marchés.

Un certain nombre de sociétés françaises ont exclusivement basé leur activité sur l'exportation : elles achètent en France des médicaments aux laboratoires pharmaceutiques au prix « administré » pour les revendre à l'étranger à un prix plus élevé.

C'est le cas de Pharma-Lab, Pharmajet, Pharmadex TMC, European Trade Company (ETC) et AD Pharm, qui sont à l'origine de l'affaire portée devant le Conseil de la concurrence. Ces sociétés se plaignaient d'être victimes, de la

<sup>6</sup>. Glaxo-Wellcome devenu GlaxoSmithkline (GSK), Lilly France, Bœhringer Ingelheim, Wyeth Lederlé, Leo France, Ferring, Abbott Medisense France, Novartis Pharma, Pfizer, Merck Sharp et Dohme-Chibret (MSD), Norgine Pharma, Fournier, Sanofi-Synthelabo, Smith Nephew, Janssen-Cilag, Schering Plough, LifeScan, Aventis, Bayer Diagnostics, NovoNordisk et Astra Zeneca.

part des laboratoires pharmaceutiques, de restrictions de livraison, de conditions discriminatoires ou de refus de vente et imputaient ces pratiques d'une part, à une entente entre laboratoires ainsi qu'à une entente entre laboratoires et grossistes-répartiteurs, et d'autre part, à un abus de position dominante de la part de ces laboratoires.

### ***Le Conseil a considéré que l'existence d'une entente n'était pas établie***

Le Conseil de la concurrence a effectivement constaté l'existence d'un certain parallélisme de comportement des grands laboratoires, consistant à restreindre progressivement leurs livraisons aux exportateurs puis à cesser ces livraisons, alors que les grossistes-répartiteurs nationaux continuaient d'être approvisionnés (y compris lorsqu'ils livraient à l'exportation par l'intermédiaire de leurs filiales spécialisées).

Cependant, il a relevé que les pratiques et leur évolution n'ont été identiques ni dans leurs modalités ni dans leur calendrier de mise en œuvre et qu'en tout état de cause, un tel parallélisme ne saurait suffire à lui seul à démontrer l'existence d'une entente anticoncurrentielle, laquelle doit être étayée d'indices graves, précis et concordants démontrant l'existence d'une réelle concertation.

En ce qui concerne l'existence alléguée d'une discrimination entre les exportateurs et les grossistes-répartiteurs, le Conseil de la concurrence a considéré qu'elle n'était pas non plus établie. Les deux catégories d'opérateurs interviennent en effet sur les marchés de gros des médicaments sous des régimes juridiques différents, ce qui peut justifier une différence de traitement : les grossistes-répartiteurs ont de fortes contraintes liées à leurs obligations de service public, ce qui n'est pas le cas des exportateurs.

### ***Le Conseil n'a pas non plus considéré comme abusifs, les restrictions de livraisons ou refus de vente opposés par les laboratoires aux exportateurs***

Le Conseil a considéré qu'il n'était pas abusif pour un laboratoire de défendre ses intérêts commerciaux en refusant de livrer à un prix administré un produit qui n'est en fait recherché par un pur exportateur que dans la mesure où sa revente sur un marché étranger lui permet de dégager un profit, et qui n'est en aucun cas destiné à être vendu sur le marché national pour lequel le prix administré a été fixé.

Le Conseil, qui n'a traité dans cette décision que le cas des purs exportateurs – dont le statut est différent de celui des grossistes-répartiteurs, astreints à des obligations de service public – a estimé que les restrictions d'approvisionnement en cause constituaient des mesures raisonnables et proportionnées, qui n'étaient pas de nature, compte tenu de l'activité limitée qu'exercent les exportateurs, à empêcher le commerce parallèle.

Il s'est déclaré opposé à la suggestion, évoquée par les sociétés plaignantes, de « quotas » réservés aux exportateurs, qui créeraient de réels problèmes de concurrence.

*Décision 05-D-72 du 20 décembre 2005, relative à des pratiques mises en œuvre par divers laboratoires dans le secteur des exportations parallèles de médicaments*

## Engagements

### Les journaux gratuits *20 Minutes* et *Métro* contre EUROPOQN

Dans le cadre de l'affaire qui opposait les quotidiens urbains gratuits *20 Minutes* et *Métro* à l'association EUROPOQN, le Conseil de la concurrence a rendu une décision d'acceptation d'engagements, dans laquelle il a pris acte des engagements d'EUROPOQN et a procédé en conséquence à la clôture du dossier.

Mettant en application pour la première fois la nouvelle procédure introduite dans le Code de commerce par l'ordonnance du 4 novembre 2004, le Conseil a considéré que les engagements pris par EUROPOQN répondaient aux préoccupations soulevées par les saisines dont il a fait l'objet et apportaient une solution satisfaisante au problème de concurrence posé.

### Les saisines de *20 Minutes* et de *Métro*

Les sociétés *20 Minutes* et *Métro*, éditrices de quotidiens d'information générale diffusés gratuitement et financés exclusivement par la publicité, s'étaient plaintes auprès du Conseil de la concurrence du refus de l'association EUROPOQN (qui rassemble les grands quotidiens à tirage national) d'intégrer leur titre dans son étude de mesure de l'audience de la presse quotidienne nationale.

Elles faisaient valoir que ce refus, qui leur interdisait, de fait, d'avoir accès au marché de la publicité dans des conditions normales de concurrence, résultait à la fois d'une entente visant à freiner leur développement et d'un abus de position dominante. Elles avaient assorti leur saisine d'une demande de mesures conservatoires.

### Les préoccupations de concurrence du Conseil

L'étude EUROPOQN constitue l'outil de référence des professionnels de l'achat d'espaces publicitaires et de media planning. De l'avis de tous les professionnels du secteur (UDA, CRTM, CESP), l'intégration dans la mesure d'audience d'EUROPOQN constitue un avantage concurrentiel indéniable sur le marché national de la vente d'espaces publicitaires dans la presse quotidienne nationale.

Dans le cadre de son évaluation préliminaire, le Conseil de la concurrence a estimé qu'il existait des présomptions raisonnablement fortes que les règles gouvernant les conditions d'intégration d'un titre à l'étude d'EUROPOQN soient définies et appliquées de façon non objective, non transparente et discriminatoire.

Lors de la séance concernant l'examen des demandes de mesures conservatoires des sociétés *20 Minutes* et *Métro*, EUROPOQN avait proposé des engagements susceptibles de répondre aux préoccupations de concurrence soulevées.

Le Conseil a procédé à la mise en ligne sur son site internet d'un communiqué de procédure et de l'intégralité des propositions d'engagements d'EUROPOQN.

### ***L'intégration des journaux gratuits dans l'étude d'audience d'EUROPQN***

Après avoir recueilli les observations des tiers intéressés (produites dans le cas d'espèce par Hachette Filipacchi Medias, le groupe Danone, le groupe de publicité Publicis, la société Sysprint), le Conseil de la concurrence a de nouveau entendu les parties ainsi que d'autres témoins (comme le CESP). Les modalités des engagements d'EUROPQN et de ses partenaires, le SPQR et l'AEPHR, ont été examinées et discutées.

Dans la mesure où ces engagements permettent désormais aux quotidiens gratuits d'information générale d'avoir accès au marché de la publicité dans des conditions normales de concurrence – « l'efficacité publicitaire » des titres payants ou gratuits intégrés dans l'étude pouvant faire l'objet d'une mesure et donc d'une comparaison aisée – le Conseil a considéré qu'ils répondaient de manière satisfaisante aux préoccupations de concurrence qu'il avait exprimées.

En conséquence, après avoir rendu ces engagements obligatoires dès la notification de la décision, le Conseil a clôturé la procédure ouverte par les saisines dont il avait fait l'objet.

*Décision 05-D-12, relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la mesure d'audience dans le secteur de la presse quotidienne nationale et sur le marché connexe de la publicité dans ce secteur*

### **L'affaire Yvert & Tellier**

Dans une affaire qui opposait deux sociétés d'édition de catalogues de cotation de timbres-poste, Dallay et Yvert & Tellier, le Conseil a rendu une décision, dans laquelle il a accepté les engagements proposés par Yvert & Tellier, considérant qu'ils étaient de nature à répondre aux problèmes de concurrence identifiés et a clos l'affaire. Ces engagements sont devenus immédiatement obligatoires et font partie intégrante de la décision.

#### ***La plainte de la société Dallay***

Dans une saisine assortie d'une demande de mesures conservatoires, la société Dallay reprochait à Yvert & Tellier d'entraver le développement du marché des catalogues de cotation de timbres de collection, en refusant de donner accès à la numérotation de son catalogue à ses concurrents directs afin qu'ils puissent établir une correspondance avec leur propre numérotation ou l'utiliser à titre de numérotation commune.

La plainte de Dallay intervenait, alors que Yvert avait obtenu parallèlement, à l'issue d'une série de procédures devant les juridictions judiciaires, la reconnaissance, par la cour d'appel de Paris, d'un droit de propriété intellectuelle, au titre des droits d'auteur et du droit *sui generis* des bases de données, couvrant la numérotation utilisée dans son catalogue.

#### ***Le Conseil a identifié de réels problèmes de concurrence sur le marché des catalogues de cotation de timbres-poste***

Le Conseil a considéré que la société Yvert & Tellier, présente sur le marché des catalogues de cotation de timbres-poste depuis plus d'un siècle,

possède une notoriété telle, que sa numérotation joue le rôle d'une norme de fait pour la cotation et le négoce des timbres. Il a estimé de ce fait que l'on peut raisonnablement présumer que la société Yvert & Tellier détient une position dominante sur le marché des catalogues de cotation des timbres français.

Il a estimé que le refus d'Yvert & Tellier d'octroyer une licence pour l'utilisation de cette numérotation par d'autres opérateurs sur le marché, pouvait être constitutif d'un abus de position dominante dans la mesure où ce refus interdisait la production de tables de concordance entre les différentes numérotations, produit nouveau pour lequel il pouvait exister une demande, et où cette restriction pouvait aussi empêcher le développement, dans des conditions de concurrence équitables, de nouveaux catalogues de cotation des timbres.

### **Les engagements proposés par Yvert & Tellier**

La société Yvert & Tellier a proposé de consentir aux éditeurs de catalogues de cotation, une licence pour la confection de tables de concordance entre leur propre numérotation et la numérotation Yvert & Tellier, moyennant le paiement d'une redevance raisonnable et sous réserve que le droit de propriété intellectuelle d'Yvert & Tellier sur sa numérotation et sur sa marque soit respecté.

Le Conseil a accepté les engagements présentés par Yvert & Tellier relatifs à l'octroi d'une licence sur la numérotation de son catalogue pour la production de tables de concordance avec la numérotation de catalogues concurrents, ainsi que les limites qui encadreront ces licences.

*Décision 05-D-25 du 31 mai 2005, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Yvert & Tellier sur le marché des catalogues de cotation de timbres-poste*

## ■ **Activité communautaire et internationale**

### **Europe**

#### **Deux sujets d'actualité communautaire : le « discussion paper » sur la modernisation de l'article 82 et le projet de Livre vert sur les actions en dommages et intérêts**

À la fin des années 1990, sous l'impulsion du commissaire Karel van Miert, un vaste mouvement de modernisation du droit communautaire de la concurrence s'est engagé. Ce mouvement participe du processus d'adaptation du droit de la concurrence à l'évolution du fonctionnement des marchés dans le cadre d'une économie mondialisée.

La modernisation a d'abord porté sur l'article 81 CE avec la révision des règlements d'exemption, puis sur le contrôle des concentrations avec l'adoption d'un nouveau règlement 139/2004 au début de l'année 2004.



Le point d'orgue de ce processus de modernisation a sans doute été l'adoption et surtout l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> mai 2004, du règlement 1/2003, concomitamment à l'arrivée de dix nouveaux pays membres dans l'Union. Ce texte a opéré une décentralisation effective de l'application des articles 81 et 82 CE et permis la mise en place d'un réseau des autorités de concurrence (*European Competition Network*, ci-après ECN).

Alors qu'étaient menées de nombreuses réflexions sur les objectifs et les critères à appliquer pour contrôler les comportements unilatéraux des entreprises détenant un fort pouvoir de marché, suscitées notamment par le traitement des affaires « Microsoft » en Europe et aux États-Unis, l'article 82 est longtemps resté le seul volet du droit de la concurrence à ne pas avoir été effectivement concerné par ce vaste mouvement de clarification et de perfectionnement du droit. C'est désormais chose faite avec la publication par la Commission pour consultation publique, d'un document de réflexion (ou « *discussion paper* ») dans lequel elle développe la nouvelle approche qu'elle entend suivre dans l'examen des abus de position dominante.

Fort d'un droit de la concurrence presque totalement rénové, la Commission européenne a également engagé une réflexion sur la nécessité de renforcer l'efficacité des règles de concurrence en facilitant les actions en dommages et intérêts pour infraction aux articles 81 et 82 CE. À cet effet, le 20 décembre 2005, elle a livré à la consultation publique un Livre vert intitulé *Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*.

### **Le « discussion paper » sur la modernisation de l'article 82 CE**

Dès les premiers jours de son entrée en fonction, Neelie Kroes, commissaire chargée de la concurrence, avait annoncé qu'elle proposerait rapidement un texte précisant la manière dont la Commission traiterait, dans le futur, les dossiers d'abus de position dominante.

Le 19 décembre 2005, la Commission a publié un document au sein duquel elle expose les principes qui doivent lui servir de guide pour la mise en œuvre de l'article 82 CE. Cette publication a pour objet de stimuler la réflexion et de lancer le débat sur la manière de protéger au mieux les marchés de l'Union contre les comportements d'éviction des entreprises en position dominante.

Ce document ne couvre pas tout le champ d'application de l'article 82 CE. En effet, les pratiques abusives sont généralement classées en deux catégories : d'une part, les entraves abusives à l'entrée, qui évincent les concurrents du marché et d'autre part, les exploitations abusives, qui consistent pour l'entreprise en position dominante à exploiter son pouvoir de marché en pratiquant par exemple des prix élevés. La Commission a précisé que ce « *discussion paper* » ne traitait que des pratiques abusives d'exclusion empêchant ou rendant difficile l'entrée des concurrents sur le marché (prix prédateurs, ventes liées, rabais et remises). Les autres formes de pratiques abusives, dites « *abus d'exploitation* » feront l'objet de travaux complémentaires en 2006.

D'abord en matière de contrôle des concentrations puis, s'agissant de l'article 82 CE, les autorités communautaires ont fait l'objet de vives critiques sur la façon dont elles appliquaient les règles de concurrence, son approche étant jugée par certains trop juridique et mécanique et ne prenant pas suffisamment en considération les réalités économiques. Dès lors, ont vu le jour, de part et d'autre de l'Atlantique, de profondes discussions et des échanges de vues sur les modèles respectifs en vigueur.

Nourrie par ces débats transatlantiques très riches (tant à l'Institut Fordham de New York qu'à l'Institut universitaire de Florence), la Commission s'est attelée à des travaux de révision de sa politique applicable aux comportements unilatéraux des entreprises en position dominante, l'objectif ultime étant de mettre en place un outil pratique et opérationnel permettant aux autorités de concurrence de prendre des décisions et aux entreprises en position dominante de savoir si leur comportement est licite.

À cet égard, dans son discours prononcé à l'occasion de la conférence organisée par le *Fordham Corporate law Institute* en septembre 2005, M<sup>me</sup> Kroes a rappelé que dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 82, l'accent doit être mis sur les problèmes de concurrence existants : sont visés les comportements qui ont un effet ou une probabilité d'effets restrictifs sur le marché et de fait, qui portent atteinte aux consommateurs. Deux raisons principales viennent au soutien de cette position : premièrement, la Commissaire fait valoir que les autorités de concurrence doivent prendre garde à n'intervenir dans le fonctionnement des marchés que s'il est clair que ceux-ci ne fonctionnent pas correctement ; deuxièmement, elle a mis l'accent sur le fait que les autorités de concurrence ne disposent pas de ressources illimitées et qu'elles doivent donc se focaliser sur les pratiques qui engendrent de réels problèmes de concurrence.

Compte tenu de ces éléments, elle a expliqué qu'il convenait d'élaborer un cadre d'analyse économique cohérent tout en se dotant d'outils juridiques opérationnels permettant à la Commission et aux autorités nationales de concurrence (ANC) et juridictions nationales d'intervenir de manière effective et efficace contre les abus de position dominante.

La Commission organise une large consultation publique autour de ce document de réflexion jusqu'au 31 mars 2006. Elle avait auparavant soumis un projet de texte aux ANC en septembre 2005, lesquelles avaient fait valoir leurs premières observations.

Dans le cadre de cette consultation préalable, le Conseil de la concurrence a accueilli favorablement l'évolution indiquée dans le projet, qui va vers une analyse des cas d'abus de position dominante moins fondée sur des catégories prédéfinies (*form based*), mais davantage sur une analyse économique des effets des pratiques portant atteinte au fonctionnement de la concurrence sur un marché et *in fine* aux consommateurs (*effect based*).

Cette approche « par les effets » permet d'observer que l'intensité des effets d'une pratique ne dépend pas tant de la forme que recouvre cette pratique que de la structure du marché sur lequel elle se produit. Le Conseil a d'ailleurs approuvé l'accent mis par le projet, dès le stade de la dominance, sur l'importance des barrières à l'entrée dans la mesure où les effets d'exclusion

d'une pratique sont largement fonction de l'existence ou non de barrières à l'entrée sur le marché.

Toutefois, comme le rappelle le « *discussion paper* », la prohibition des abus par l'article 82 vise les pratiques qui ont eu un effet sur la concurrence ou qui sont susceptibles d'en avoir. Il n'est donc pas exigé de l'autorité de concurrence qu'elle démontre que les pratiques ont effectivement eu cet effet.

Le Conseil apprécie également la qualité du « *discussion paper* » sur la question des « *efficiency defence* ». Bien que l'article 82 CE ne prévoit pas expressément de faculté d'exemption (à la différence de l'article 81-3 CE et de l'article L. 420-4 du Code de commerce), le Conseil de la concurrence considère que l'entreprise en position dominante doit pouvoir dans une certaine mesure invoquer des justifications objectives à son comportement pour échapper à la qualification d'abus. Deux types d'arguments peuvent être avancés : d'une part, les intérêts légitimes de l'entreprise, sous réserve des exigences de nécessité et de proportionnalité ; d'autre part, les effets pro-concurrentiels ou « *gains d'efficience* » des pratiques considérées. La charge de la preuve de telles justifications incombe à l'entreprise en position dominante selon un standard de preuve explicite dans le document (« *required legal standard* »).

Ce recentrage sur l'examen des effets et la volonté de mieux mettre en phase la notion de position dominante et celle de réduction de l'intensité de la concurrence rejoignent la pratique décisionnelle récente du Conseil de la concurrence.

En outre, le Conseil est d'accord avec le fait que la Commission se consacre prioritairement aux abus d'exclusion. À cet égard, il considère que l'action d'une autorité de concurrence doit porter en premier lieu sur la défense d'un degré de concurrence suffisant sur le marché, sachant que les abus d'exploitation ne sont possibles que parce que le fonctionnement de la concurrence est empêché sur le marché.

Il estime que le projet de la Commission constitue une véritable avancée dans la mesure où il permet de fournir aux autorités et juges chargés d'appliquer le droit antitrust, une méthode d'évaluation économique des effets anti-concurrentiels d'une pratique d'abus.

Il attire toutefois l'attention sur le fait que la principale difficulté dans la préparation de telles lignes directrices est de trouver le bon équilibre entre le développement d'une approche plus économique et la praticabilité des tests proposés dans un délai raisonnable.

La nouvelle approche de l'abus de position dominante présentée par la Commission dans le « *discussion paper* » va dans la bonne direction. Les autorités de la concurrence sont invitées à mieux peser les effets pro et anti-concurrentiels et à vérifier si les comportements en cause tendent à éliminer la concurrence au détriment des consommateurs, ce qui conduit à plus de discernement.

Lorsque le texte définitif aura été adopté par la Commission, il conviendra d'ouvrir une phase d'apprentissage et d'expérimentation de la nouvelle méthode, puis de procéder à un bilan permettant d'apprécier si les autorités

de concurrence et les juridictions parviennent à mettre effectivement en œuvre ces lignes directrices dans des délais utiles.

### **Le projet de Livre vert sur les actions en dommages et intérêts**

Alors que le droit de la responsabilité civile apparaît, à première vue, bien éloigné des préoccupations initiales du traité en matière de pratiques anticoncurrentielles, le droit communautaire s'y est pourtant particulièrement intéressé au cours des dernières années. En effet, les actions privées sont désormais perçues, à côté de l'action publique, comme un instrument supplémentaire de lutte contre les pratiques les plus nocives. Les actions en indemnisation n'ont plus seulement une fonction réparatrice mais possèdent aussi un caractère dissuasif permettant de renforcer l'application du droit de la concurrence.

La préoccupation n'est donc pas nouvelle. Toutefois, plusieurs événements ont récemment contribué à conférer un regain d'actualité et d'intérêt à cette question et plus spécifiquement à la question de la réparation du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle.

Tout d'abord, la Cour de justice, dans son arrêt « *Courage* »<sup>7</sup> du 20 septembre 2001, a renforcé la place donnée au droit de responsabilité dans le cadre de la sanction attachée aux pratiques anticoncurrentielles. En effet, elle énonce dans cet arrêt, qu'au nom de l'effet utile du traité, toute personne doit pouvoir *effectivement* demander la réparation du préjudice que lui aurait causé un comportement restrictif de concurrence.

Par suite, le règlement 1/2003 et la Communication sur la coopération<sup>8</sup> avec les juridictions évoquent l'octroi de dommages et intérêts aux victimes de pratiques anticoncurrentielles (*cf.* considérant n° 7 du Règlement et points 2 et 4 de la Communication).

On notera également qu'après l'affaire « *Courage* », plusieurs réformes substantielles, visant à permettre une réelle indemnisation à la suite d'infractions aux règles prohibant les cartels et les abus de position dominante, ont été mises en place dans certains États membres, en particulier au Royaume-Uni et en Allemagne.

On rappellera aussi que des débats sur les avantages et les inconvénients des actions civiles en matière de droit de la concurrence, partant de l'expérience des États-Unis en la matière, se sont tenus dans plusieurs enceintes internationales telles que l'OCDE (voir rapport annuel 2004).

C'est dans ce contexte que la Commission européenne s'est attelée à une vaste réflexion sur les moyens de faciliter les demandes d'indemnisation pour infraction aux règles de concurrence dans l'Union.

À cet effet, elle a fait procéder à un état des procédures existantes pour agir en réparation d'un dommage causé par une pratique anticoncurrentielle et à

7. Arrêt du 20 septembre 2001, *Courage Ltd/Bernard Crehan* (C-453/99).

8. Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence (2004/C 101/03, *JO* du 27 avril 2004).

une quantification des actions effectivement mises en œuvre dans chaque État de l'Union européenne.

L'étude comparative réalisée par le Cabinet Ashurst auprès des 25 États membres, publiée en septembre 2004, a révélé un très faible développement des actions privées en réparation d'une pratique anticoncurrentielle et une « *étonnante diversité d'approche* » des systèmes juridiques des États.

À la suite de cette étude, la Commission a discuté de cette question avec des universitaires, des experts des administrations des États membres et un certain nombre d'autres acteurs concernés.

À partir du diagnostic établi par le rapport Ashurst et des premières discussions, la Commission a identifié les obstacles à la mise en place d'un système plus efficace d'introduction des actions en dommages et intérêts par les victimes de pratiques anticoncurrentielles dans le cadre d'un Livre vert.

L'objectif affiché par la Commission est clair : « *Le fait de faciliter les demandes d'indemnisation doit permettre aux consommateurs et aux entreprises victimes d'une infraction aux règles sur les pratiques anticoncurrentielles d'être plus facilement indemnisés par l'auteur de l'infraction, mais renforcera aussi l'application de ce droit.* »

Elle lance le débat sur trois grands thèmes de travail : l'allègement des conditions de la responsabilité civile (accès et charge de la preuve), la nature juridique des dommages-intérêts, ainsi que la difficulté de leur quantification et l'amélioration du cadre institutionnel et procédural (action des victimes directes et indirectes, coordination entre l'action publique et l'action privée, loi applicable).

La Commission a fait connaître ses propositions sur ces différents points en livrant à la réflexion plusieurs options non limitatives, pour résoudre les problèmes soulevés.

La consultation publique sur le Livre vert est ouverte jusqu'au 21 avril 2006. Le Conseil de la concurrence entend jouer un rôle dans le débat. Il attachera une attention toute particulière aux questions essentielles d'articulation entre l'action publique et l'action privée.

## L'activité communautaire du Conseil

2005 a été la première année de plein exercice du Réseau européen des autorités de concurrence et a vu la montée en puissance significative de l'activité de l'ECN, au sein duquel le Conseil de la concurrence occupe toute sa place.

On peut véritablement parler aujourd'hui du Conseil de la concurrence *dans* le Réseau communautaire : il ne s'agit pas en effet d'une simple coopération, mais d'une véritable appartenance de l'autorité française de la concurrence à un ensemble intégré, le Réseau.

Après des adaptations législatives nécessaires, intervenues à la fin de l'année 2004 avec l'ordonnance du 4 novembre 2004 et exposées dans le précédent rapport annuel, cette année est le temps de la réalisation : après 20 mois de fonctionnement, un bilan de travail peut être dressé.

Si certaines compétences n'ont pas encore été exercées – telles que la mise en œuvre de l'article 81, paragraphe 3 – dans d'autres domaines, l'expérience acquise est significative. Le bilan de cette expérience est largement positif : le Réseau fonctionne bien, tant dans son rôle de coordination que dans sa dimension de coopération.

À côté de l'activité quotidienne de gestion des cas par les ANC, le Réseau est également un lieu multilatéral de réflexion sur des questions de concurrence en général. Cette réflexion touche des sujets très divers et prend le plus souvent la forme d'une coopération informelle entre les membres du Réseau, non prévue par le règlement 1/2003.

### *L'activité de gestion des cas au sein du Réseau*

On rappellera que la gestion des affaires de concurrence relevant des articles 81 et 82 du traité CE au sein du Réseau repose d'une part, sur des règles d'information à caractère obligatoire et d'autre part, sur des modalités opératoires d'entraide, mises en œuvre sur une base volontaire par les membres.

Ces dispositions contenues dans le Règlement 1/2003 permettent tout à la fois de coordonner l'action au sein du Réseau (le traitement des cas), de fournir aux autorités une entraide mutuelle dans la gestion des cas et d'assurer la cohérence des décisions rendues par l'ensemble des membres de l'ECN.

#### • *La coordination au sein du Réseau*

Dans la mesure où les autorités de la concurrence des 25 États membres appliquent toutes les mêmes règles en matière *antitrust*, une coordination est apparue indispensable au bon fonctionnement du système décentralisé. Cette coordination recouvre principalement deux formes : tout d'abord, en début de procédure, les autorités doivent s'informer mutuellement des cas qu'elles ont en portefeuille afin d'entamer des discussions et d'envisager, le cas échéant, une allocation optimale de certaines affaires. En second lieu, avant la prise de décisions par chacune des autorités nationales, la Commission exerce un contrôle afin de s'assurer de la cohérence d'ensemble du système.

#### *La phase d'allocation des cas*

##### *– L'information du Réseau*

En pratique, l'information du Réseau au début de la procédure se fait par l'introduction sur l'ECN d'un formulaire-type appelé « fiche 11 § 3 » ou fiche « New case ».

L'élément qui déclenche la mise sur le Réseau d'une affaire réside dans l'affectation du commerce entre États membres. L'examen de cette condition d'applicabilité du droit communautaire est réalisé d'abord par le rapporteur chargé de l'instruction de l'affaire. Pour être utile – l'information du Réseau devant intervenir juste avant ou dès la première mesure d'enquête – la question de savoir si les pratiques litigieuses sont susceptibles d'affecter le commerce intracommunautaire doit être posée très tôt. C'est la raison pour laquelle, si dans la majorité des cas, la réponse est aisée, certaines affaires ont pu susciter des discussions.

Après ce premier examen, il revient au Conseil, au moment de la prise de décision, de développer une motivation sur ce point. Sa pratique décisionnelle s'inspire le plus souvent de celle de la Commission et de la jurisprudence de la Cour de justice.

Sur cette question, le Conseil a, en 2005, accompli des efforts importants en s'efforçant d'expliquer soigneusement les raisons pour lesquelles il considère que le droit communautaire est applicable. À cet égard, on peut citer des décisions suivantes : la décision 05-D-07 du 24 février 2005 relative à la distribution des armes et munitions civiles, la décision 05-D-10 du 15 mars 2005 relative au marché du chou-fleur en Bretagne, la décision 05-D-38 du 5 juillet 2005 sanctionnant des pratiques mises en œuvre sur le marché du transport public urbain de voyageurs et la décision 05-D-65 du 30 novembre 2005 condamnant des pratiques dans le secteur de la téléphonie mobile.

S'agissant du bilan quantitatif de l'année 2005, celui-ci révèle que le Conseil de la concurrence continue à occuper une place de premier rang au sein du Réseau au regard des affaires qu'il traite. En effet, entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 31 décembre 2005, sur un total de 217 affaires portées sur le Réseau par l'ensemble des autorités de concurrence, les autorités de la concurrence françaises, sont celles qui ont introduit le plus grand nombre d'affaires soit 29 fiches « New cases » (respectivement 17 affaires pour le Conseil et 12 pour la DGCCRF).

On rappellera que du 1<sup>er</sup> mai 2004 au 31 décembre 2005, l'ensemble des membres de Réseau ont porté 529 cas sur le Réseau, dont 123 pour la Commission, et 80 pour le Conseil et la DGCCRF.

– *Les discussions pour l'allocation des cas et les hypothèses de réallocation*

Ce système d'information mutuelle est essentiel. Il permet de donner à chaque autorité de concurrence une visibilité sur l'activité de ses homologues et, concrètement, offre la possibilité, pour les rapporteurs instructeurs, d'échanger sur des cas réels et de partager leur expérience.

À ce stade, les discussions et échanges de vues au sein du Réseau sont de différentes natures. Ils vont de la simple demande d'information, à l'expression de la volonté de traiter un cas en commun. Ces discussions sur les cas se situent bien en amont de la prise de décision par l'autorité. Elles constituent un système interactif et dynamique permettant une mise en commun des connaissances et du savoir-faire des différentes autorités pour assurer un traitement efficace des infractions.

En 2005, le Conseil de la concurrence a continué de participer activement à ses échanges avec ses homologues. Comme pour le 2<sup>e</sup> semestre 2004, les échanges les plus nombreux ont été ceux engagés à la suite d'une demande de clémence. On distinguera donc les échanges dans les cas spécifiques de demande de clémence de ceux qui ont eu lieu à l'occasion d'affaires ne comportant pas de demande d'immunité.

• *Les discussions et l'allocation des cas dans les affaires de clémence*

Avec le nouveau système introduit par le Règlement 1/2003, les entreprises ne savent pas nécessairement en matière de cartels qui, de la Commission ou des autorités nationales, va finalement instruire le dossier et statuer ; par souci de sécurité, elles ont pris l'habitude de doubler la demande de

clémence qu'elles font auprès de la Commission européenne par des demandes identiques déposées auprès des différentes autorités nationales susceptibles d'être bien placées pour traiter le cas en cause. La communication sur la coopération dans le Réseau incite d'ailleurs les entreprises à agir dans ce sens, compte tenu de l'absence de guichet unique.

La moitié des demandes de clémence reçues par le Conseil de la concurrence en 2005 ont concerné des cartels mettant en cause plusieurs marchés européens. Aussi, ces demandes ont-elles forcément généré le même type de sollicitation auprès d'autres membres du Réseau. En conséquence, les ANC sont amenées à discuter entre elles pour déterminer quelles vont être les autorités nationales bien placées pour ensuite mener des enquêtes et instruire le cas. Les discussions se déroulent dans un bon esprit, en essayant simplement de déterminer pour chaque cas, à partir de critères objectifs, quelles sont les autorités les plus aptes à rassembler des éléments de preuve en fonction de leur localisation, mais aussi des disponibilités et des ressources qu'elles peuvent y consacrer.

Sur les six demandes de clémence reçues par le Conseil en 2005, deux scénarios concernant leur traitement peuvent être distingués.

Trois cas ont donné lieu à des demandes auprès de la Commission et auprès de plusieurs ANC, dont le Conseil de la concurrence. Toutes les autorités ont accordé une immunité conditionnelle au demandeur de clémence. S'agissant de l'instruction sur le fond, il a été décidé que le Conseil ne traiterait pas la première affaire ; pour les deux autres, des discussions sont en cours pour déterminer quelle est ou quelles sont les autorités les mieux placées.

Dans les trois autres affaires, seul le Conseil a été destinataire des demandes de clémence. Le Conseil a rendu un avis d'immunité conditionnelle ; les deux autres affaires sont en cours d'examen à la date de rédaction du présent rapport.

- *Les échanges d'informations et l'allocation des cas dans des affaires ne comportant pas de demande de clémence*

Avec le règlement 1/2003 et la mise en place du Réseau, le système de consultation et le mécanisme d'attribution des cas fonctionnent horizontalement entre autorités nationales d'une part, et verticalement, dans les sens ascendant et descendant entre les ANC et la Commission, d'autre part.

En pratique, comme expliqué au paragraphe précédent, s'agissant des échanges horizontaux, c'est-à-dire des relations que le Conseil entretient avec les autres autorités nationales de concurrence, les discussions s'engagent essentiellement à la suite de demandes d'entreprises visant à bénéficier de la procédure de clémence.

À l'occasion d'affaires ne générant pas de demande de clémence, des discussions très variées ont eu lieu, mais sans qu'elles débouchent sur des réattributions. Si l'on se rappelle l'esprit du règlement 1/2003, ce constat n'est pas surprenant. En effet, ce texte est fondé sur un régime de compétences parallèles, par lequel toutes les autorités de concurrence sont habilitées à appliquer les articles 81 et 82 CE. Dans ce cadre, si les autorités de concurrence sont chargées d'opérer une division efficace du travail en collaborant étroitement avec leurs homologues pour les affaires dont l'instruction est



nécessaire, chacune d'entre elles (chaque membre du Réseau) conserve toute latitude pour décider d'enquêter ou non sur une affaire. À ce titre, comme l'explique la Communication relative à la coopération au sein du Réseau, dans la plupart des cas, l'autorité qui reçoit une plainte ou entame une procédure d'office, reste en charge de l'affaire. Le Réseau n'est pas un « marché » : l'objectif recherché par les autorités est l'efficacité, la meilleure allocation des ressources et le traitement le plus efficace des problèmes de concurrence. Ces exigences expliquent en grande partie la rareté des réallocations.

Les relations verticales entre la Commission et le Conseil ont, pour leur part, été plus intenses, dans le sens ascendant comme descendant.

S'agissant des relations « descendantes » (de la Commission vers le Conseil), plusieurs affaires ont commencé à faire l'objet de discussions de réallocations à la fin de l'année 2005. Les affaires en cause ayant un lien avec le territoire français, le Conseil pourrait être considéré comme l'autorité la mieux placée pour les traiter.

S'agissant des relations « ascendantes » (du Conseil vers la Commission), à la fin de l'année 2004, l'affaire Wanadoo avait fait l'objet de discussions avec la Commission. Les autorités françaises et communautaires avaient finalement convenu que la Commission traiterait le cas (cf. rapport 2004). En 2005, la Commission a officiellement ouvert une procédure pour le cas en cause. Aussi, le Conseil a-t-il, en application de l'article L. 462-8 dernier alinéa du Code de commerce, pris une décision de clôture du cas pour cause de désaisissement au profit de la Commission européenne.

#### *Le rôle de la Commission (art. 11 § 4)*

À côté du mécanisme d'information mutuelle des autorités au stade initial des procédures, le Règlement établit un mécanisme de consultation obligatoire de la Commission avant la fin de la procédure. Le règlement 1/2003 et les règles de fonctionnement du Réseau ont ainsi conféré un rôle prédominant à la Commission. Elle occupe une place centrale dans le Réseau et, à ce titre, exerce une forme de contrôle sur l'ensemble de la mise en œuvre du droit communautaire de la concurrence dans l'Union européenne, afin d'assurer la cohérence dans l'application de la norme.

On rappellera brièvement qu'« *au plus tard trente jours avant l'adoption d'une décision ordonnant la cessation d'une infraction, acceptant des engagements ou retirant le bénéfice d'un règlement d'exemption* », l'article 11 paragraphe 4 du règlement 1/2003 impose aux ANC, d'informer la Commission en lui envoyant « *un résumé de l'affaire, la décision envisagée, ou en l'absence de celle-ci, tout autre document exposant l'orientation envisagée* ». Pour toutes les autres décisions, l'information de la Commission n'a pas un caractère obligatoire ; toutefois, l'article 11 paragraphe 5 prévoit que les ANC « *peuvent consulter la Commission sur tout cas impliquant l'application du droit communautaire* ».

À cet égard, dans la pratique, le Conseil se conforme à l'esprit des dispositions du paragraphe 48 de la communication relative à la coopération au sein du Réseau. En effet, ce texte prévoit que les décisions de rejet de plainte, de clôture d'une procédure d'office et de non-lieu à poursuivre ou les décisions

ordonnant des mesures conservatoires peuvent aussi revêtir de l'importance du point de vue de la politique communautaire de la concurrence. Dès lors, les ANC peuvent, en application de l'article 11 § 5 susvisé, en informer la Commission et les membres du Réseau.

Comme expliqué dans le rapport 2004, compte tenu de l'organisation du Conseil de la concurrence (séparation de l'instruction et du jugement), le type d'information qu'il communique à la Commission au titre de ses obligations prévues à l'article 11 § 4, n'est pas un « projet de décision » mais une note établie par le rapporteur faisant état de sa position finale sur l'affaire.

En 2005, comme déjà au cours du 2<sup>e</sup> semestre 2004, le Conseil de la concurrence a été l'une des autorités les plus actives au sein du Réseau. En effet, sur 80 projets de décisions soumis au Réseau (ou « *envisaged decision* » dans le langage ECN), entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 31 décembre 2005, le Conseil de la concurrence en a apporté 16, ce qui le place au premier rang des autorités. *In fine*, ces projets ont donné lieu, à des décisions contentieuses dans lesquelles est mis en œuvre le droit communautaire de la concurrence. Depuis le 1<sup>er</sup> mai 2004, le Conseil a rendu et porté sur le Réseau, *via* la fiche dite « *closed case* », 11 décisions. Le Conseil contribue ainsi à alimenter la jurisprudence des autorités nationales en matière d'application des articles 81 et 82 CE.

Sur les 16 affaires qui ont fait l'objet d'une communication en application de l'article 11 § 4 du règlement 1/2003, plusieurs ont donné lieu à des réactions de la Commission. Dans la plupart des cas, la Commission souhaitait obtenir des précisions pour apprécier la position du rapporteur et les échanges ont été succincts. Quelques affaires, plus complexes, ont nécessité des discussions plus approfondies.

### • La coopération au sein du Réseau

Le réseau n'est pas seulement un lieu de coordination, il est également un important outil de coopération entre les autorités. Cette coopération peut prendre plusieurs formes : en application de l'article 22 du Règlement 1/2003, les autorités peuvent se prêter assistance mutuelle dans la réalisation de leurs enquêtes. Depuis le 1<sup>er</sup> mai 2004, l'article 12 du Règlement 1/2003 leur donne également la possibilité de se communiquer et d'utiliser comme moyen de preuves tout élément de fait ou de droit, y compris des informations confidentielles. À la différence des procédures d'information susvisées, ces outils sont mis en œuvre sur une base volontaire par les membres du Réseau.

#### *La coopération en matière d'enquête (art. 22)*

Afin d'aider les autorités de concurrence à appliquer efficacement les articles 81 et 82 CE, le règlement 1/2003 a donné aux autorités de concurrence la possibilité de s'assister mutuellement pour la réalisation d'enquêtes et d'inspections. En effet, les membres du Réseau ayant la responsabilité d'assurer de manière efficace une division du travail et une application des articles 81 et 82 CE, il est apparu indispensable de leur donner une base juridique uniforme pour mettre en œuvre une assistance réciproque au stade de l'enquête.

L'article 22 du règlement 1/2003 offre donc la possibilité pour une autorité nationale de concurrence d'effectuer sur son territoire toutes enquêtes et

inspections pour le compte de l'autorité d'un autre État membre. Ces enquêtes sont effectuées en application du droit national de l'autorité qui réalise effectivement les investigations. Les éléments recueillis sont transmis au membre du Réseau demandeur de l'assistance au moyen de l'article 12 du règlement 1/2003.

En 2005, au titre de l'article 22 du règlement 1/2003, le Conseil de la concurrence a sollicité les services de l'*Office of Fair Trading (OFT)* du Royaume-Uni dans une affaire en cours. En pratique, l'OFT, assisté de rapporteurs du Conseil, a procédé à l'enquête demandée par le Conseil au début de l'année 2005.

D'autres affaires ont donné lieu à une assistance de la part de la DGCCRF laquelle, au titre de l'article 35 du règlement 1/2003, est une autorité nationale de concurrence, membre du Réseau ECN. En pratique, les enquêtes sont menées principalement par la DGCCRF. Aussi, c'est elle qui a vocation à faire le plus grand usage de cette procédure d'assistance.

### *Les échanges d'informations (art. 12)*

Le fonctionnement du Réseau et la décentralisation effective exigeaient que soit mis en place un véritable système d'échanges et d'utilisation de pièces et documents entre les membres du Réseau. Alors que ce type de dispositions existait depuis plusieurs années dans le domaine judiciaire, aucune base légale ne conférait ces moyens d'action aux autorités administratives de concurrence. Certes, des informations pouvaient, dans une certaine mesure, circuler entre la Commission et les autorités de concurrence, mais la Cour de justice en avait interdit l'utilisation comme preuve. De la même façon, si le Conseil de la concurrence avait la possibilité de communiquer des informations aux autorités nationales de concurrence, ce n'était qu'à des conditions très restrictives.

Le considérant n° 16 et l'article 12 § 1 du règlement donne aux autorités nationales et communautaires de concurrence, le pouvoir d'échanger et d'utiliser comme moyen de preuves des informations qu'elles ont collectées pour l'application du droit communautaire, y compris des informations confidentielles. Ces dispositions ont la primauté sur toute législation contraire d'un État membre. Désormais, toutes les informations obtenues dans le cadre de l'application des articles 81 et 82 peuvent circuler entre les membres du Réseau, de manière verticale et horizontale, et être utilisées par chacun d'eux en tant que preuve.

Il existe cependant une limite importante et nécessaire à ce principe de libre circulation et d'utilisation dans le cas d'informations recueillies dans le cadre de programmes de clémence. En effet, en l'absence de dispositions spécifiques dans le règlement 1/2003 pour garantir le caractère opératoire de ces programmes, la Communication sur la coopération au sein du Réseau a prévu des mécanismes pour préserver la confidentialité des informations relatives aux demandes de clémence. Ces protections ont été instituées, tant en ce qui concerne les informations communiquées de manière obligatoire au Réseau en application de l'article 11 § 3 du règlement 1/2003, qu'en ce qui concerne les échanges opérés sur la base volontaire des dispositions de l'article 12.

En 2005, comme déjà au second semestre 2004, ce système de protection a bien fonctionné au niveau de l'article 11 § 3. S'agissant de l'article 12, des communications ont eu lieu conformément aux dispositions prévues aux points 39 à 42 de la Communication sur le Réseau.

S'agissant des dossiers qui ne trouvent pas leur origine dans une demande de clémence, le Conseil a continué à mettre en œuvre l'article 12 du règlement 1/2003, soit en demandant des informations et des documents à ses homologues et à la Commission, soit en communiquant des informations qu'il détient, à des autorités qui les lui demandaient.

Dans le cas de l'enquête réalisée par l'*Office of Fair Trading (OFT)* à la demande du Conseil (*cf. supra*), les documents recueillis par l'*OFT* ont été transmis à l'autorité française au premier semestre 2005. D'autres échanges non précédés d'une enquête ont eu lieu en 2005. Ces échanges ont concerné des demandes faites au Conseil de la concurrence, à d'autres ANC et à la Commission. Ces sollicitations au titre de l'article 12 vont de la simple demande de chiffre d'affaires d'une entreprise située sur le territoire d'un autre État membre à des demandes plus substantielles. Inversement, le Conseil a eu à répondre à diverses demandes horizontales et verticales.

### *L'action de réflexion au sein du Réseau*

Le Réseau ne se limite pas à la mise en œuvre stricte des compétences prévues par le Règlement 1/2003. Comme l'indique la Communication sur la coopération, l'ECN est aussi « *un forum de discussion et de coopération pour l'application de la politique communautaire de concurrence et son contrôle [...] et constitue le socle sur lequel s'appuient la création et la préservation d'une culture de la concurrence en Europe* ».

Différents types d'enceintes accueillent des discussions et échanges d'expériences sur des thèmes horizontaux et sectoriels très divers.

En premier lieu, tous les trois mois en moyenne, les membres du Réseau se retrouvent dans le cadre de réunions plénières (« ECN Plenary meeting »). Les sujets abordés sont très variés. À titre d'exemple, la dernière réunion plénière de l'année 2005 a fait l'objet de discussions sur le projet de la Commission concernant la méthode d'établissement des sanctions, la Commission envisageant de réviser la communication existant en la matière. Les réunions plénières du Réseau permettent également de faire le bilan des travaux réalisés dans d'autres enceintes et le cas échéant d'adopter des orientations communes.

Autre type de réunion impliquant fortement le Réseau : en septembre 2005, la Commission a souhaité lancer une discussion préliminaire sur son texte préparatoire en vue de l'élaboration du projet de Livre vert sur les actions civiles introduites sur le fondement des articles 81 et 82 CE. À cet effet, elle a organisé une réunion informelle regroupant les membres du Réseau et les représentants des ministères de la Justice.

En troisième lieu, la Commission invite les membres du Réseau à participer aux travaux de sous-groupes sectoriels qu'elle a mis en place dans les principaux secteurs d'activité. Il existe aujourd'hui 14 groupes de travail, tels que notamment l'énergie, les professions réglementées, les services financiers,

l'automobile, l'environnement, les télécommunications. Ces groupes sont généralement coprésidés par la Commission et une autorité nationale.

Parmi les groupes les plus actifs en 2005, on peut citer l'exemple du groupe « Énergie ». Il a été créé en 2004, pour jouer un rôle de forum en vue d'une discussion sur des questions clés et de l'élaboration d'une approche commune dans l'application des règles communautaires de la concurrence sur les marchés de l'énergie. Il a également pour but d'encourager la surveillance de la concurrence sur les marchés énergétiques de l'Union. Ce groupe de travail a tenu trois réunions techniques en 2005, auxquelles le Conseil de la concurrence a pris une part active. Les travaux du groupe ont été axés sur la concurrence dans le secteur de l'électricité. À cet égard, le Conseil de la concurrence a présenté une synthèse des principaux problèmes de concurrence susceptibles de se poser dans ce secteur et les participants ont choisi de commencer à travailler en priorité sur la question de la délimitation des marchés de gros de l'électricité. Des discussions et des échanges sur cette question ont eu lieu au cours du 2<sup>e</sup> semestre 2005. Par ailleurs, la Commission ayant lancé, en juin 2005, des enquêtes sectorielles dans les secteurs du gaz et de l'électricité, le groupe a suivi attentivement les premiers résultats de ces vastes enquêtes. Le 15 novembre 2005, une journée consacrée à l'énergie (« Energy Day ») a été organisée par la Commission à l'intention des dirigeants des autorités nationales de concurrence et des autorités de régulation.

Les réflexions dans le cadre du groupe « professions libérales » ont également progressé à la suite du rapport adopté par la Commission le 9 février 2004, présentant les possibilités de réforme ou de modernisation de certaines règles régissant les professions libérales. La Commission a pris soin de rappeler que, depuis le 1<sup>er</sup> mai 2004, les autorités de concurrence et les juridictions nationales ont un rôle accru à jouer dans l'évaluation de la légalité des règles appliquées par les professions libérales. Elle note également que, dans la mesure où les restrictions de concurrence présentent essentiellement une dimension nationale, la mise en œuvre administrative des règles de concurrence communautaires dans le secteur des professions libérales relève avant tout de la compétence des autorités nationales dans le cadre d'une coordination au sein du Réseau afin d'assurer une cohérence dans l'application des règles.

Le 5 septembre 2005, la Commission a publié une Communication sur l'ouverture des professions libérales à la concurrence intitulée « *Services professionnels – Poursuivre la réforme, Suivi du rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales* ». Dans ce rapport, la Commission fait état des progrès réalisés dans la suppression des restrictions de concurrence identifiées dix mois plus tôt dans son rapport susvisé du 9 février 2004.

La Commission rappelle aux États leurs engagements en matière de libéralisation du secteur des professions libérales. La Communication de la Commission est accompagnée d'un document de travail qui analyse précisément les avancées réalisées par les États membres dans la libéralisation de six professions, notaires et avocats notamment et concernant les cinq principales restrictions de concurrence identifiées dans le rapport de 2004, telles que, entre autres, les prix imposés et recommandés, les règles en matière de

publicité et les conditions d'accès. Afin de relayer plus largement cette Communication, le 22 novembre 2005, la présidence britannique de l'Union a organisé une conférence intitulée *Better regulation of professional services* réunissant les États membres et les représentants des professions concernées. La Commissaire à la concurrence, M<sup>me</sup> Neelie Kroes a profité de cette journée pour réaffirmer sa volonté de continuer le processus de déréglementation des services en général et des professions libérales et juridiques en particulier. À cet effet, elle a invité à nouveau les États à prendre l'initiative de réformes au niveau national en vue de la mise en œuvre du programme d'action de Lisbonne. Ces réformes doivent, selon la Commission, porter sur la suppression des restrictions les plus caractérisées (prix imposés et restrictions relatives à la publicité) mais aussi conduire à des travaux « d'analyse structurelle plus substantielle » des réglementations. À défaut, la Commission n'exclut pas de recourir à la mise en œuvre de l'article 86 CE, combiné avec les articles 81 et 82, pour faire respecter les règles de la concurrence dans ce secteur.

Un sous-groupe sectoriel relatif aux produits pharmaceutiques dénommé « *Pharmaceuticals* » va se réunir pour la première fois au début de l'année 2006. Après les réponses apportées par l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire Bayer-Adalat en 2004, les très intéressantes conclusions de l'avocat général Jacobs et l'arrêt très attendu de la Cour du 31 mai 2005 en réponse à la question préjudicielle de l'autorité grecque de la concurrence dans l'affaire « *Syfait* », la Commission et les autorités nationales ont considéré qu'il était désormais opportun de réfléchir dans le cadre du Réseau, aux solutions à adopter face aux problèmes de concurrence qui se posent dans ce secteur, notamment liés aux pratiques de quotas mises en œuvre par les laboratoires à destination des grossistes-exportateurs et des grossistes-répartiteurs.

Enfin, dès avant l'entrée en vigueur du Règlement, trois groupes de travail à vocation plus horizontale avaient été créés par la Commission, traitant respectivement des questions de droit transitoire et de procédure, des questions relatives à la clémence, et des sujets concernant les sanctions. À la fin de l'année 2004, un quatrième groupe a été créé afin de réfléchir aux questions de mise en œuvre de l'article 82 CE.

Ce sont les travaux du groupe « clémence », coprésidé par le Conseil de la concurrence et l'*Office of Fair Trading*, qui sont les plus avancés : la réunion plénière du Réseau du 13 septembre 2005 a été principalement consacrée à l'examen et à l'approbation du rapport élaboré par ce groupe. Ce rapport a procédé à une identification des problèmes qui se posent en matière de clémence et a proposé un certain nombre d'améliorations à droit constant. Ces avancées ne sont pourtant pas suffisantes pour résoudre l'ensemble des problèmes identifiés tenant en particulier à la divergence des programmes de clémence en Europe et à la nécessité pour les entreprises de faire des demandes multiples dès lors que les ententes en cause concernent plusieurs États membres. Le groupe de travail a dès lors reçu mandat de poursuivre ses travaux et de proposer, au cours de l'année 2006, un ensemble de mesures permettant de résoudre à ces difficultés.

Le groupe « *article 82* » a travaillé à un rythme soutenu au cours du premier semestre 2005, puisqu'il s'est réuni six fois entre février et avril. Durant cette

période, ses travaux ont consisté dans l'examen de la méthode de traitement des affaires d'abus de position dominante par chaque autorité nationale de concurrence. Cet inventaire a donné lieu à des discussions et des échanges d'expérience sur le type de pratiques examinées et les difficultés rencontrées à l'occasion du traitement de ces différents cas d'abus de position dominante. Ces travaux ont servi de base à la Commission pour l'élaboration de son projet de lignes directrices pour la mise en œuvre de l'article 82 CE.

Au cours de l'année 2005, deux nouveaux groupes de travail ont vu le jour. Tout d'abord, en septembre 2005, la Commission a décidé la création d'un nouveau groupe de travail dénommé « I&C » destiné à traiter les questions relatives à l'information et à la communication. En effet, eu égard à l'activité très soutenue du Réseau, une demande d'information et de transparence s'est fait nettement sentir dans la communauté des affaires et de la part des universitaires et de la doctrine. Le Conseil de la concurrence copréside ce groupe avec la Commission.

À la même époque, la Commission a décidé la création d'un groupe de travail dénommé « *Competition Chief Economists* ». M. Oliver Stehmann, membre du « *Chief Economist's Office* » de la Commission a précisé que, dans la mesure où l'analyse économique tient une place de plus en plus importante dans le traitement des cas *antitrust* et concentrations, il est apparu utile de réunir les autorités de concurrence sur le sujet. L'objectif de ce groupe est de partager l'expertise technique entre les membres du Réseau, afin d'améliorer la compréhension des outils complexes d'analyse quantitative. Ce groupe s'est réuni pour la première fois au cours du second semestre 2005.

## International

Les activités internationales en matière de concurrence ont été développées au sein de deux organisations multilatérales, l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) et la Conférence des Nations unies pour la coopération et le développement (CNUCED) ainsi qu'au sein du Réseau international de concurrence (*International Competition Network* ou *ICN*), organisation non gouvernementale virtuelle réunissant en réseau des autorités de concurrence du monde entier. Par ailleurs, les activités internationales recouvrent aussi le champ des relations bilatérales entretenues par le Conseil de la concurrence avec des autorités nationales de concurrence plus particulièrement situées en dehors de l'Union européenne.

### Les travaux au sein de l'OCDE

À l'OCDE, les activités du comité de la concurrence fournissent souvent l'occasion de débats permettant d'observer, voire d'anticiper les grandes évolutions du droit de la concurrence dans le monde.

Les travaux et débats de l'année 2005 ont été marqués par un phénomène rarement observé qui a placé le droit de la concurrence de l'Union européenne au cœur des discussions, comme ceci est observé plus loin. Cette situation privilégiée des évolutions juridiques de l'Union européenne en matière de politique de la concurrence a sans doute culminé lors de la

journée d'examen par les pairs consacrée à la Commission européenne, examen sans précédent en cinquante ans, comme a tenu à le souligner le directeur général de la concurrence de la Commission. En outre, même lorsque les discussions n'étaient pas directement liées à l'Union européenne, par exemple lors de la revue par les pairs de deux pays précisément situés en dehors de l'Union (Turquie et Suisse), le droit communautaire est apparu comme le point de référence, tant pour le Secrétariat de l'OCDE que pour les examinateurs ou les examinés. Ceci était encore le cas lors des travaux de substance sur le fond des principes du droit de la concurrence examinés au cours de tables rondes, les sujets évoqués étant au cœur des travaux sur la modernisation du droit européen.

Le Conseil de la concurrence participe activement par diverses contributions et fonctions aux activités du comité de la concurrence de l'OCDE. Plus que jamais, cette organisation constitue un forum d'échanges d'informations essentiel sur l'action des autorités de concurrence des pays développés d'Europe, d'Amérique et d'Asie qui composent ce comité, ouvert à un nombre croissant d'observateurs provenant des économies émergentes d'Asie, d'Europe centrale et d'Amérique du Sud. Le Comité de la concurrence, présidé par un Français, M. Frédéric Jenny, conseiller à la Cour de cassation et ancien vice-président du Conseil de la concurrence, compte en pratique six formations de travail :

- une formation plénière pour traiter des questions les plus fondamentales posées par l'application des règles de concurrence des pays membres, notamment sous forme de tables rondes ;
- un groupe de travail chargé d'étudier les interrelations théoriques et pratiques du double point de vue juridique et économique entre régulation et concurrence ;
- un groupe de travail sur la coopération internationale en matière de concurrence ;
- un groupe de travail conjoint entre les comités de la concurrence et de la politique commerciale extérieure, destiné à étudier l'impact sur le commerce international des aspects internationaux des politiques de concurrence des pays membres de l'organisation ;
- un groupe de travail sur les conditions d'application du droit de la concurrence dans les pays en développement se réunissant dans le cadre de la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED). Outre le Comité plénier, ce groupe de travail réunissant les pays de l'OCDE à la CNUCED est aussi présidé par un français, chargé de mission au Conseil de la concurrence ;
- une session par an du Forum global sur le droit de la concurrence qui permet d'élargir les travaux à divers pays non-membres d'importance majeure (Chine, Inde, Indonésie par exemple).

Au cours de l'année 2005, le Comité de la concurrence a finalisé un projet de recommandation adopté par le Conseil de l'OCDE pour l'examen des fusions, démontrant une réelle complémentarité entre les travaux de l'OCDE et de l'*International Competition Network*. Cette année a également été l'occasion pour le Comité de la concurrence d'examiner les expériences de trois juridictions nationales et régionale de la concurrence. Celles-ci ont fait l'objet d'une étude approfondie à l'occasion d'un examen par les pairs : la Turquie, la



Suisse et, en fin d'année, la Commission européenne. En outre, quatre thèmes majeurs ont dominé les travaux du Comité, examinés plus loin.

### **Examen des politiques de concurrence de la Turquie, de la Suisse et de l'Union européenne**

Dans le cadre d'un exercice se poursuivant depuis plusieurs années (voir les rapports annuels pour les années précédentes), le Comité de la concurrence examine chaque année les conditions de mise en œuvre du droit et de la politique de la concurrence par les institutions spécialisées d'un certain nombre de ses membres, suivant un principe tournant. Chaque pays est examiné par deux pays membres ou « pairs » (« *Peer review* »). En 2005, les politiques de la concurrence de la Turquie, de la Suisse et de la Commission européenne ont été ainsi examinées.

La politique de la concurrence de la Turquie a été examinée sur la base d'un rapport du Secrétariat de l'OCDE durant le Forum global de la concurrence élargi aux non-membres, les travaux du Comité étant conduits par le Président et deux pays examinateurs, la Norvège et l'Afrique du Sud. La délégation turque était conduite par le ministre des Finances de ce pays. Il est apparu que l'autorité de concurrence turque avait développé un niveau élevé de professionnalisme, le programme de constitution de capacités et de développement du droit turc de la concurrence étant un élément important voire essentiel du processus d'adhésion de la Turquie à l'Union européenne, mis en avant par le rapport, les examinateurs et les autorités turques elles-mêmes : les évolutions de la politique turque de la concurrence sont donc observées très attentivement par les partenaires européens de la Turquie, Commission et États membres. La coopération internationale de l'autorité turque avec des autorités étrangères a été jugée très positivement par le rapport du Secrétariat. Toutefois, l'examen a fait apparaître que des questions ou des problèmes substantiels pouvaient demeurer dans ce cadre assez positif, notamment en ce qui concerne le rôle de l'autorité de concurrence dans le contrôle des aides d'État (en Turquie, comme dans tous les pays candidats à l'entrée dans l'Union européenne, l'autorité de concurrence nationale doit exercer ce contrôle) et les principes applicables aux monopoles fournissant des services publics. Les recommandations ont concerné les moyens d'un renforcement du rôle de l'autorité de concurrence dans les activités réglementées, la publicité et l'exercice du contrôle des concentrations, le développement des capacités et moyens de mise en œuvre du droit, le renforcement des sanctions et la mise en place d'un programme de clémence, les notifications d'engagement et les règles *de minimis*.

La Suisse a été le second pays examiné dans le cadre de la réforme réglementaire au sein du comité plénier, la France étant l'un des pays examinateurs avec le Canada. En pratique, le Président du Conseil de la concurrence et le directeur général de la concurrence de la consommation et de la répression des fraudes ont conduit l'examen avec la Commissaire chargée de la concurrence du Canada, la délégation suisse étant conduite par le Président de la commission suisse de la concurrence. Les caractéristiques du développement du droit suisse de la concurrence ont été résumées dans le rapport du secrétariat de l'OCDE. Celui-ci s'est attaché à la pratique institutionnelle depuis l'adoption du nouveau droit suisse en 1995. Ce droit a été

renforcé en 2003 par un dispositif prévoyant des sanctions directes fixées par l'autorité de concurrence. Le droit suisse est caractérisé par une réelle indépendance institutionnelle de cette autorité mais aussi par un isolement international du fait de la position commerciale de la Suisse, située en dehors de l'Union européenne, ce qui limite la coopération de l'autorité suisse avec ses homologues européennes situées dans l'Union, pour des économies nationales pourtant de taille comparable. Le rapport a également mis en évidence la faiblesse de la culture de la concurrence au sein du pays. Parmi les thèmes de la discussion, un point important a concerné les effets du fédéralisme suisse sur la concurrence, dans la mesure où de nombreuses lois locales peuvent remettre en cause cette concurrence. Les discussions ont aussi porté sur divers aspects permettant à la Commission fédérale des cartels de faire converger certains aspects du droit suisse avec le droit européen (notamment par l'adoption du principe « *Cassis de Dijon* » découlant d'un célèbre arrêt de la CJCE des années 1970 consacrant la reconnaissance unilatérale par la Suisse de l'adoption des standards de produits européens).

La politique de la concurrence de l'Union européenne mise en œuvre par la Commission européenne et les Autorités nationales de concurrence réunies au sein du Réseau européen de concurrence a également fait l'objet d'un examen d'évaluation par les pairs sur la base d'un rapport produit par le Secrétariat de l'OCDE en octobre 2005. Comme l'a souligné le directeur général de la concurrence de la Commission européenne, cet examen était le premier en cinquante ans, dans la mesure où les seuls débats sur cette politique européenne avaient jusqu'ici été effectués non par des pairs mais les membres du Parlement européen. Les pays examinateurs étaient la Corée et les États-Unis. Les débats ont permis d'examiner, d'une part, la modernisation en cours de certaines formulations juridiques substantielles du droit européen de la concurrence en termes plus économiques, modernisation qui se décline dans un traitement davantage fondé sur les effets économiques que sur certaines formes des comportements des firmes dominantes et de l'analyse des aides d'État. D'autre part, l'examen a permis une évaluation du système de mise en œuvre de ce droit européen qui vient d'être modernisé (voir ce rapport annuel dans sa partie européenne) : des observateurs au comité ont souligné l'importance de l'innovation qui avait conduit à offrir le transfert de responsabilités aux autorités nationales dans le cadre d'une décentralisation des contrôles des comportements économiques en utilisant conjointement des règles communautaires et nationales mais aussi à permettre à la Commission européenne de se concentrer sur les cas et questions les plus complexes de dimension communautaire. Le rapport de l'OCDE a proposé une série de quatre recommandations qui font actuellement l'objet de réflexions au sein des comités d'experts réunis régulièrement par la Commission européenne :

- clarifier les liens existant entre les programmes de clémence de l'UE et des organismes nationaux chargés de l'application de la législation ;
- adopter une approche économique de l'abus de position dominante et conditionner la mise en cause de la responsabilité d'un opérateur dominant aux effets néfastes pour la concurrence observés sur le marché ; envisager, dans les cas appropriés, des possibilités de récupération qui devraient être partie intégrante d'une telle approche économique,

- renforcer encore les moyens de la DG Concurrence en matière d’analyse économique ;
- envisager les moyens d’étendre les sanctions appliquées tant aux personnes physiques qu’aux entreprises, avec une coordination de l’application des législations des pays membres qui prévoient des sanctions individuelles.

### **Principaux thèmes de débat au sein du Comité de la concurrence**

Quatre thèmes majeurs ont dominé les travaux du Comité sur des sujets abondamment discutés dans le cadre de la modernisation du droit européen de la concurrence : un premier thème était constitué par les questions soulevées par les relations entre concurrence et régulation. Un second thème relatif à l’usage de l’analyse économique dans le domaine de la concurrence a été décliné sous les angles suivants : une discussion sur la notion de « concurrence par les mérites », une autre sur les interdictions des pratiques de prix de vente en dessous des coûts (*Loss Leader Sales*) et une dernière sur l’analyse des barrières à l’entrée en droit de la concurrence. Un troisième thème a consisté dans le lancement d’un programme de réflexion sur la coopération entre les ministères publics (*Public Prosecutors*) et les autorités de concurrence dans le cadre des enquêtes criminelles à l’encontre des cartels. Et enfin, un quatrième thème a été constitué par le lancement de réflexions sur les conditions de mise en œuvre de l’action privée dans le droit de la concurrence.

Le premier thème relatif aux relations entre concurrence et régulation a été décliné sous plusieurs angles : la régulation dans le domaine des services convergents, les moyens d’accroître l’efficacité économique dans la fourniture de services hospitaliers en utilisant la concurrence, la régulation dans le domaine des chemins de fer. Il a aussi conduit à un élargissement des problèmes posés et de débats en direction des pays en développement.

En matière de régulation dans le domaine des services convergents, le Comité a recherché s’il était possible de dégager des principes pour le droit de la concurrence, lorsque de nouvelles technologies permettent de développer une nouvelle offre de services concurrents des services offerts précédemment par des opérateurs en monopole. Par exemple, dans le domaine des télécommunications, les services vocaux liés à la technologie IP (VoIP) sont appelés à servir de manière croissante de substituts aux services téléphoniques vocaux standard à partir d’une ligne fixe classique, mais ces services peuvent être soumis à des exigences réglementaires et fiscales sensiblement différentes. Dans le secteur financier, il est apparu que les produits d’investissement proposés par les banques pouvaient devenir des substituts très proches de ceux proposés par les compagnies d’assurance : ici encore, les réglementations en matière d’assurance et de banque peuvent traiter des produits concurrents et comparables de différentes manières, particulièrement en raison des exigences prudentielles ou encore fiscales. Il apparaît de manière constante, d’expérience, que les firmes en place peuvent être tentées de rechercher des interventions réglementaires assez lourdes pour limiter l’offre de nouveaux produits concurrents. Durant les travaux, il est apparu clairement que, dans le domaine des télécommunications les nouveaux entrants sur la technologie VoIP peuvent avoir besoin de réglementations sur les nouveaux produits de manière à les protéger des abus

potentiels des firmes en place qui peuvent rechercher à établir un monopole sur ces nouveaux produits en utilisant les positions acquises sur des marchés réglementés.

Une session a été consacrée également à la meilleure manière de promouvoir l'efficacité dans le secteur souvent lourdement réglementé des hôpitaux au sein des pays de l'OCDE, notamment par l'ouverture de ce secteur à la concurrence. Il a été souligné que les gouvernements pourraient obtenir des économies substantielles compte tenu du fait que les soins aux patients hospitalisés représentent souvent plus de 3 % du PIB et que les systèmes de protection sociale gouvernementale remboursent 85 % des coûts de service hospitalier, tandis que ces coûts croissent plus rapidement que l'inflation. La table ronde intervenue sur ce thème, mêlant des experts des questions de santé à des experts des questions de concurrence, a identifié plusieurs manières d'accroître l'efficacité économique en renforçant la concurrence dans la fourniture de ces services (en retenant l'exemple de pays possédant un fort secteur hospitalier libéralisé, comme en Amérique du Nord) : améliorations des systèmes de management (modification des structures de propriété et évolution des relations acheteurs/fournisseurs), mécanismes d'incitation pour les fournisseurs (procédures de marché et d'achat, pratique de prix prospectifs, évaluation des choix et attentes des consommateurs), mise en œuvre du droit de la concurrence notamment dans le domaine des fusions.

Le second thème relatif à l'usage de l'analyse économique dans le domaine de la concurrence a été décliné sous les angles suivants : une discussion sur la notion de « concurrence par les mérites », une autre sur les interdictions des pratiques de prix de vente en dessous des coûts (*Loss Leader Sales*) et une dernière sur l'analyse des barrières à l'entrée en droit de la concurrence.

La discussion sur la notion de « concurrence par les mérites », principalement utilisée pour l'analyse des pratiques abusives de position dominante, a été menée à partir d'exposés de deux experts (un économiste, le professeur français Patrick Rey et un juriste, le Professeur et avocat américain Barry Hawk). Les participants à la table ronde ont cherché à savoir s'il était possible de parvenir à une définition commune à une majorité de juridictions. Les débats ont fait clairement apparaître que la plupart des pays avaient intégré une approche économique de la notion de concurrence (fondée sur les effets économiques des pratiques) se substituant à l'ancienne approche basée sur la forme des pratiques, de nature essentiellement juridique. Les débats sur les prohibitions à l'encontre des reventes en dessous des coûts ont permis de mettre en évidence la même tendance, bien qu'un nombre élevé de pays ait conservé des dispositifs sanctionnant des pratiques de prix bas qui ne sont pas nécessairement prédateurs (cas notamment de l'Allemagne, du Japon et de la France). Certains pays comme l'Irlande se sont engagés dans un processus d'abrogation de telles lois : le délégué de ce pays a montré à l'aide d'une étude empirique que le maintien de lois prohibant des prix abusivement bas protégeait les concurrents et non la concurrence, sans contribuer au bien-être du consommateur. Il a été jusqu'à préciser que ce maintien d'une loi désormais obsolète renchérisait annuellement de l'ordre de 500 € les coûts supportés par un foyer moyen sur les produits d'épicerie avec un coût plus lourdement supporté par les revenus les plus modestes.

En outre, toujours dans le cadre du second thème, la discussion sur les barrières à l'entrée a permis de revenir sur une problématique qui a émergé depuis plus d'une cinquantaine d'années mais n'est pas encore éteinte, bien que l'analyse des barrières à l'entrée soit déterminante pour l'analyse de nombreux aspects de la politique de la concurrence, tels que la concentration sur un marché, le contrôle des fusions et l'appréciation des abus de position dominante. Les autorités membres du Comité de la concurrence de l'OCDE ont procédé à une évaluation et appréciation des méthodes suivies par différentes autorités de concurrence qui ont choisi de retenir une définition des barrières à l'entrée et celles qui ont choisi de ne pas retenir de définition du tout. En fait, une majorité de délégations considère qu'une bonne politique de la concurrence ne nécessite pas une définition précise des barrières à l'entrée. Plus empiriquement, elles préfèrent se concentrer plutôt sur la manière dont différents types de barrières affectent ou peuvent affecter la probabilité, la durée et la réalité des entrées, ainsi que sur la difficile manière d'appréhender et d'évaluer les conditions de l'entrée.

Un thème à dominante juridique est apparu en 2005 avec le lancement d'un programme de réflexion sur la coopération entre les ministères publics (*Public Prosecutors*) et les autorités de concurrence dans le cadre des enquêtes criminelles à l'encontre des cartels, au sein du groupe de travail sur la coopération internationale, présidé par l'Assistant Attorney Général des États-Unis. Les représentants de procureurs de douze États membres de l'OCDE ont notamment participé à cette table ronde qui a évoqué plusieurs questions essentielles : en premier lieu, le cadre réglementaire concernant les différentes options permettant aux parquets de déterminer des poursuites pénales contre des participants à des cartels (outre les poursuites dans le cadre des lois nationales de concurrence, la possibilité a été évoquée de mettre en cause certains comportements au regard des dispositions du droit criminel général en matière de fraudes ou de complot). En second lieu, la méthode de sélection des cas, le pouvoir d'engager des poursuites, les méthodes de collecte des preuves et les programmes de clémence ont fait l'objet de débats, en soulignant l'utilité et l'intérêt d'organiser une meilleure coopération entre les autorités de concurrence et les parquets pour utiliser à plein rendement la menace de poursuites criminelles pour déstabiliser les cartels existants et dissuader les responsables d'entreprises de participer à de telles ententes, certains observateurs soulignant néanmoins qu'une coopération trop étroite entre parquets et autorités de concurrence pouvait aussi finir par nuire à la poursuite effective des cartels. Cette réflexion était la première d'une série qui doit se poursuivre en 2006, notamment avec la perspective évoquée par certains représentants déterminés à rechercher une mise en réseau accrue au plan international des poursuites criminelles.

Un dernier thème majeur, également à dominante juridique, a consisté dans le lancement en 2005 de réflexions sur les conditions de mise en œuvre de l'action privée dans le droit de la concurrence, en particulier sous l'angle de la *discovery* (communication obligatoire par injonction judiciaire de pièces issues d'une procédure dans une autre juridiction) et sur les techniques de réunion de preuves dans le cadre d'actions privées. La Commission européenne a présenté une étude réalisée sur la situation au sein des États membres, soulignant que des discussions approfondies entre ces États étaient

nécessaires pour déterminer si la *discovery* devait être facilitée dans les États membres qui ne la pratiquent pas encore. Par ailleurs, la discussion s'est attachée au rôle et aux conditions d'usage des auditions d'experts, en tant que témoins dans des actions privées, en particulier dans des affaires de cartels. Cette discussion sur l'action privée sera prolongée notamment en février 2006 par la présentation d'un Livre vert de la Commission sur ce thème (voir par ailleurs sur ce point la première partie du présent chapitre sur les affaires européennes).

Enfin, les débats du Comité de la concurrence ont, à plusieurs reprises, concerné l'approche à tenir à l'égard des pays non membres de l'OCDE, dont certains sont en situation d'économie émergente et d'autres demeurent en développement : pays d'Afrique et du Proche-Orient dans le cadre du programme « *Middle-East-North Africa* » ou « *MENA* », programme en direction des pays non membres (« *Outreach* »), Forum mondial de la concurrence (« *Global Forum on Competition* » ou *GFC*), Initiative pour l'investissement pour le développement. Sur la question des observateurs, le Comité s'est efforcé de rechercher comment concilier un afflux croissant de demandeurs d'un statut de membre ou d'observateur – au fur et à mesure que le nombre de pays émergents ou développés s'accroît dans les différentes régions du monde – avec les dimensions et capacités limitées de l'OCDE. Une notion « d'acteurs économiques-clés » commence à émerger comme critère pour admettre de nouveaux observateurs. Ceux-ci sont pour l'instant au nombre de treize pays, parmi lesquels figurent notamment le Brésil, l'Afrique du Sud, Taïwan, l'Indonésie, la Roumanie et Israël.

## Les travaux au sein de la CNUCED

La Cinquième Conférence ministérielle des Nations unies pour la révision de l'ensemble de règles de concurrence s'est tenue à Antalya (Turquie) en novembre 2005. Dans le contexte international des travaux en matière de concurrence, la question essentielle pour les Nations unies et la CNUCED était d'obtenir de cette conférence ministérielle la confirmation de ses missions en cette matière, les pays en développement considérant la CNUCED comme l'institution internationale la plus fidèle à leurs intérêts. Un thème majeur a dominé les débats : celui de savoir dans quelle mesure il était possible de concevoir un traitement spécial et différencié en matière de concurrence et dans quelle mesure la CNUCED pourrait participer à sa conception, sachant que l'organisation normalement la mieux placée pour travailler au traitement spécial et différencié est l'Organisation mondiale du commerce (laquelle n'a pas réuni de groupe de travail sur la concurrence en 2005). Les autres thèmes traités durant la Conférence ministérielle ont concerné des sujets plus classiques du droit de la concurrence destinés à cibler les priorités de formation des pays en développement, tels que le rôle des juges dans la mise en œuvre du droit de la concurrence, les conditions de développement d'une coopération internationale, le traitement des cartels internationaux et les méthodes à utiliser pour leur détection et leur répression, un examen par les pairs du cadre et du développement du droit de la concurrence de la Jamaïque et du Kenya, etc.

### **La Cinquième Conférence ministérielle de la CNUCED en matière de concurrence**

Pour la première fois depuis 1980, des dirigeants d'autorités de concurrence de pays développés membres de l'OCDE ont participé à cette conférence, dont le Président du Conseil de la concurrence. Parmi les principales personnalités des pays développés figuraient notamment les Présidents des autorités de concurrence d'Allemagne, de France, du Portugal, du Mexique et de Turquie (pays organisateur). De nombreux pays en développement qui ne sont pas encore dotés d'autorités nationales de concurrence actives, étaient représentés à l'échelon gouvernemental par leurs ministres chargés de l'Économie et du Commerce. Pour certains pays en développement, les travaux en matière de concurrence relèvent encore d'un questionnement d'opportunité, bien qu'une majorité d'entre eux, situés sur tous les continents, ait adopté des règles de concurrence au cours de la décennie écoulée. Par ailleurs, la France exerce une fonction importante à caractère permanent au sein de la CNUCED, puisqu'un chargé de mission du Conseil de la concurrence assure la présidence du Groupe des pays de l'OCDE (« Groupe B »). Cette présidence s'exerce notamment lors des consultations entre groupes de pays destinés à rechercher un consensus, lors des réunions de commission destinées à préparer les Actes finaux de cette organisation internationale.

En matière de droit et de politique de la concurrence, les pays en développement ont montré durant la Conférence ministérielle de 2005, qu'ils étaient attachés à l'activité des Nations unies et à celle de la CNUCED en matière de concurrence, pour plusieurs raisons.

Les règles préconisées par l'ONU sont contenues dans un document dénommé « *Ensemble de règles en matière de concurrence convenues au niveau multilatéral pour la poursuite et la répression des pratiques restrictives de concurrence* » ou « *Set* » adopté en 1980 par la CNUCED. Ces règles ont été instituées à une époque où le monde était encore organisé en blocs idéologiques très marqués par la confrontation Est-Ouest, avec un apport majeur des pays regroupés à l'OCDE et représentés par leurs autorités de concurrence au Comité de la concurrence. Mais le *Set* a été adapté et modernisé au cours des deux dernières décennies, notamment par la mise au point d'outils flexibles susceptibles d'amélioration continue. Parmi ces outils, figurent une loi modèle comportant à peu près tous les dispositifs possibles pour préparer une loi de concurrence dans un pays en développement (dénommée « *model-law* »), des études, ainsi que divers rapports du Secrétariat. La modernisation a été marquée au cours des dix dernières années par une adhésion renforcée des pays en développement aux mécanismes du droit de la concurrence promus par le « *Set* ». En outre, est intervenue, au fil de la dernière décennie, une inflexion nettement européenne de la « loi modèle » préconisée par la CNUCED aux pays en développement. Pour beaucoup de pays en développement, le phénomène d'intégration régionale européenne reste un modèle de référence vers lequel ils cherchent à tendre. Dans le domaine de la concurrence, plusieurs organisations régionales regroupant des pays en développement ont adopté des dispositions réglementaires fortement inspirées des mécanismes européens et soutenues par le Secrétariat de la CNUCED. Entre deux conférences ministérielles, les représentants des autorités de concurrence des pays membres se

réunissent dans le cadre d'un groupe intergouvernemental d'expert (GIE) dont l'agenda est déterminé par référence au Programme qui sera adopté par la conférence ministérielle, en tenant essentiellement compte des suggestions et propositions des pays en développement. Enfin, les pays en développement ont pris acte de la volonté des pays les plus avancés d'Amérique du Nord et d'Europe de fédérer les autorités de concurrence mondiales dans un réseau informel dénommé « *International Competition Network* » depuis le début des années 2000 (voir *infra*).

### **Le traitement spécial et différencié en matière de concurrence**

Ce thème, concernant l'utilité et l'opportunité de concevoir pour les pays en développement un « traitement spécial et différencié » dans l'adoption de règles de concurrence (« *special and differential treatment* », S&DT ou SDT en anglais), a plus particulièrement marqué les travaux de la Conférence ministérielle de 2005. Ce concept a été jusqu'ici très limité à la CNUCED, notamment sous la pression des pays de l'OCDE, dans le souci d'éviter de transformer le groupe intergouvernemental d'experts de concurrence de la CNUCED en champ d'affrontement de politique commerciale internationale. En principe, en effet, le concept de S&DT est typiquement un instrument relevant du droit du commerce international (*Trade Law*), se différenciant nettement de l'approche générale du droit de la concurrence postulant un traitement équivalent de tous les opérateurs mais le droit de la concurrence a toujours prévu, en tous lieux et en tous temps, différents régimes d'exemption et d'exception, régimes qui figurent précisément au nombre des modalités permises par le S&DT.

Les débats sur le thème du traitement spécial ont été conduits par le Président du Conseil de la concurrence, M. Bruno Lasserre, en présence du Secrétaire général de la CNUCED, M. Supachai Panitchpakdi, ancien directeur général de l'Organisation mondiale du commerce et ancien Vice-Premier ministre de Thaïlande. L'axe général de la Présidence française tenu durant ces débats a été d'orienter les débats futurs sur ce thème à la CNUCED. Il s'agissait de faire œuvre pédagogique, notamment en direction des pays qui souhaitent l'application de règles de concurrence adaptées au contexte des pays les moins avancés ou en développement, sans nécessairement fonder des règles internationales déterminées par une asymétrie d'obligations en matière de concurrence (*cf. infra*). Dans ce sens, la France a été soutenue par les pays européens et notamment l'Allemagne, la Suisse et le Royaume-Uni (dont le ministère de la Coopération – DFID – conçoit d'ailleurs la politique de concurrence comme l'un des piliers d'intervention dans ses programmes de coopération au développement).

Une des raisons de la prudence des pays de l'OCDE en général et de la France en particulier sur ce thème du traitement spécial et différencié tient au fait que les États-Unis ont toujours clairement affirmé que si cette question, ou d'autres relevant de la politique commerciale internationale, était évoquée à la CNUCED, cela signifierait la fin de ce groupe de travail sur les questions de concurrence : au fil des années 1990, plusieurs groupes de travail de la CNUCED n'ont ainsi pas été reconduits lorsque le « seuil de tolérance » à des questions de politique commerciale était franchi. Dans un tel contexte, les pays de l'Union européenne se sont efforcés de conserver une



position de « plus petit dénominateur commun », entre une position alignée sur les États-Unis et une position plus sensible aux souhaits exprimés par les PVD. La Commission européenne, pour sa part, s'efforce d'élargir, année après année un « consensus » qui lui permettrait, dans l'enceinte de la CNUCED, de renforcer sa présence.

Pour définir plus concrètement ce que pourrait représenter un traitement spécial et différencié en matière de concurrence, il est apparu qu'il existait quatre types essentiels d'éléments constitutifs du « traitement spécial et différencié ».

#### ● La coopération technique

Ce premier type d'élément est fondé sur la reconnaissance d'une disparité de développement entre pays développés et pays en développement dans les « capacités » de mise en œuvre d'instruments juridiques. Pour assurer le « *capacity building* », la coopération technique repose sur le renforcement des capacités et l'échange de données d'expérience. Dans cette première catégorie peuvent notamment figurer les programmes de jumelage (« *twining programs* ») de l'Union européenne alloués dans le cadre d'appels d'offres concurrentiels, par exemple du type de celui remporté dernièrement par la France pour le « *capacity building* » des autorités de concurrence de la Tunisie.

#### ● La définition de périodes de transition

Une période de transition vise à permettre la mise en conformité d'un pays ou groupe de pays avec de nouveaux engagements commerciaux internationaux. Ce type de dispositif autorise, à titre temporaire, la « flexibilité » pour ce qui est de l'application d'une législation imposée par un accord commercial international et la « progressivité » pour l'inclusion dans le champ d'application de la loi de tous les éléments prévus par l'engagement international précité. En matière de concurrence, la nécessité d'une période de transition est toujours évoquée par les pays les moins avancés (PMA ou « *Less Developed Countries* » et « *LDCs* »).

#### ● Les exemptions et exceptions

En matière de concurrence, ce type d'élément du S&DT peut recouvrir les exceptions et exemptions sectorielles visant certaines pratiques anticoncurrentielles dans des conditions spécifiées, suivant le modèle largement suivi par l'Union européenne des années 1960 aux années 1990 ou par le Japon sur une période encore plus longue (les États-Unis ont eux-mêmes connu et connaissent encore de nombreuses exemptions). Dans le contexte commercial international actuel, l'une des exceptions les plus connues et les plus sensibles pour certains pays en développement et développés est l'agriculture.

#### ● Les engagements (« *commitments* ») spécifiques de la part des pays développés

La question des « *commitments* » est l'une des plus controversées dans les critiques adressées par les pays en développement à l'OMC. Les accords de l'OMC sont accusés par les PVD d'imposer de manière déséquilibrée trop de

« *commitments* » aux pays en développement et insuffisamment aux pays développés. En matière de concurrence, certains pays en développement font valoir que les pays développés pourraient ainsi éliminer toutes les exemptions sectorielles encore en vigueur ou des exemptions concernant des pratiques déterminées, dont celles des ententes à l'exportation.

### **Usage et utilité de la notion de traitement spécial et différencié**

En ce qui concerne l'usage ou l'utilité du traitement spécial et différencié en matière de concurrence, deux thèses s'affrontent principalement, tandis que l'on peut se poser la question de l'opportunité d'une troisième voie.

Une première opinion est celle d'une vision extensive du côté des pays en développement. Elle a été fréquemment exprimée à l'OMC notamment par l'Inde, le Pakistan, l'Égypte, la Malaisie et parfois le Brésil au sein du groupe de travail « commerce et concurrence » de 1997 à 2003 : l'idée d'un traitement spécial et différencié pour les pays en développement dans le domaine de la concurrence au plan international permettrait d'instaurer un régime d'exception à l'un des deux ou trois principes fondamentaux en vigueur dans les accords fondant l'activité de l'OMC (transparence, non-discrimination et réciprocité). L'idée d'instaurer un traitement spécial et différencié en matière de concurrence aboutirait donc à créer une exception supplémentaire pour les PVD par rapport aux principes de l'OMC, en permettant de les soustraire dans le domaine de la concurrence aux obligations en matière de réciprocité.

86

Plus précisément, les partisans d'un S&DT dans les pays en développement souhaiteraient que les pays développés adoptent des règles de concurrence interdisant les pratiques anticoncurrentielles tant dans les pays développés que dans les pays en développement et qu'ils s'engagent dans ce sens à l'OMC sans obligation de réciprocité de la part des pays en développement. Dans ce sens, les pays développés devraient aussi renoncer à certaines exemptions ou exceptions figurant dans leur législation de concurrence, notamment dans les cas où il est établi que ces dispositions lèsent des « intérêts importants » de pays en développement : ceci pourrait s'appliquer aux ententes à l'exportation (loi Webb-Pomerene aux États-Unis), ainsi qu'aux exemptions sectorielles dans des secteurs de services essentiels pour la compétitivité commerciale des PVD, tels que les services de transport et de tourisme. En outre, les pays développés devraient également veiller à ce que les citoyens, consommateurs ou entreprises des pays en développement qui sont victimes de pratiques anticoncurrentielles illégales et nées dans les pays développés, soient fondés à intenter des actions en dommages-intérêts devant les tribunaux des pays développés. Un fonds spécial devrait idéalement être mis en place pour faciliter l'action des victimes issues de pays en développement. De manière significative, cette vision a reçu des appuis de milieux progressistes aux États-Unis, notamment le prix Nobel d'économie 2001, Joseph Stiglitz, car il est constaté que les pays développés sont durablement mieux armés que les PVD pour mettre en œuvre des règles de concurrence (institutions établies, autorité, ressources, expérience) et que l'octroi de *treble damages* par exemple aux États-Unis à l'occasion d'actions civiles de victimes issues de pays en développement, permettrait immédiatement de compenser les pertes subies dans les pays en développement du

fait des cartels internationaux, essentiellement constitués par des opérateurs de pays développés.

En résumé, les partisans du traitement spécial et différencié auraient été d'accord avec la position extensive des juges fédéraux américains, qui avaient envisagé la possibilité d'examiner la plainte d'entreprises non américaines, victimes du cartel des vitamines et de leur octroyer des *treble damages* (voir l'affaire *Empagran* traitée par la Cour suprême aux États-Unis en juin 2004). La cour d'appel du Circuit du District de Columbia (établie à Washington, D.C.) a rendu le 28 juin 2005 un arrêt qui met un terme à la controverse internationale suscitée par une plainte en dommages-intérêts dans le cadre d'une action de groupe au civil (*class action*) de la part de victimes non américaines du cartel international des vitamines poursuivi à partir de 1997 par la Division Antitrust du DOJ. Un panel de trois juges de cette cour a en effet décidé que des acheteurs de vitamines établis hors des États-Unis ne peuvent pas porter plainte sur le fondement des lois *antitrust* américaines pour des dommages allégués subis du fait de l'activité du cartel mondial des vitamines. Cet arrêt est ainsi venu répondre à une question qui avait été laissée en suspens par la Cour suprême en 2004.

Sur le fond, cette vision extensive est fondée sur l'idée que les PVD ont fait suffisamment d'efforts d'ouverture et de libéralisation en matière de commerce international et que c'est maintenant le tour des pays développés de faire de tels efforts. Elle omet de préciser que divers pays en développement possèdent des opérateurs ou des secteurs d'activités qui ont des capacités et compétences économiques ou technologiques équivalentes à leurs concurrents des pays développés et que leur mise à l'abri des règles de concurrence dans les pays en développement ne bénéficierait pas nécessairement à leur économie nationale et aux consommateurs des pays en développement. Parmi les pays « en développement » qui aspirent à prendre le relais des pays développés, figurent les promoteurs du « dialogue Sud/Sud » avec pour objectif de supplanter les pays développés sur certains marchés dans les pays en développement (cas du Brésil, de l'Inde, de la Chine et même de la Corée qui n'hésite parfois pas à se présenter à la CNUCED comme un « pays en développement »).

Cela explique également que de nombreux pays en développement soient devenus très circonspects à l'égard du « traitement spécial et différencié » : par exemple, pour de petites économies – comme la Jordanie et divers pays africains, latino-américains ou de la mer des Caraïbes – l'idée à retenir est moins celle d'un « traitement spécial et différencié » au plan international que l'adoption de règles nationales ou régionales de concurrence qui tiennent compte des caractéristiques propres de leur économie en développement, tout en se calant sur « l'acquis communautaire » européen d'avant la « Modernisation » de 2004 (c'est-à-dire adapté à une intégration économique régionale plus limitée et à des économies moins matures que les économies européennes). Pour les défenseurs d'une approche « Sud/Sud », le modèle international à mettre en place serait celui d'un organisme mondial doté de pouvoirs équivalents à ceux de la Commission européenne, respectant le principe de subsidiarité et disposant de moyens effectifs, pour forcer les multinationales à s'organiser pour procéder à une croissance interne et interdisant effectivement cartels internationaux, mégafusions et abus de position

dominante à l'échelle mondiale dont l'essentiel des comportements nocifs prendrait son origine dans les pays développés.

Une autre vision, plus réduite, d'un traitement spécial et différencié pour les pays en développement suggère de se limiter essentiellement à la coopération technique (autre thème débattu durant la Conférence). D'une manière générale, la vision « minimaliste » du S&DT en matière de concurrence pour les pays en développement est assez proche des principes des « *best practices* » avancés par l'ICN.

Une « troisième voie », entre les deux visions qui précèdent, semble émerger. Cette « troisième voie » en matière de S&DT consiste à considérer qu'en fonction du degré de développement et de maturité des économies ou en fonction de l'enclavement de ces économies (par exemple pour des raisons de pénurie d'infrastructures régionales), le droit de la concurrence peut connaître non seulement une géométrie variable (exemptions, exceptions) mais peut également avoir pour finalité durant une période déterminée de s'attacher à la protection de l'émergence de concurrents pour stimuler le processus concurrentiel. Par les dispositions de son droit national, notamment en ce qui concerne la concurrence déloyale, le contrôle des abus de dépendance économique, le contrôle des pratiques de prix abusivement bas, la France dispose d'un droit comprenant l'ensemble des outils nécessaires en termes de politique de la concurrence pour les pays en développement. Cet arsenal juridique doit cependant être mis en œuvre avec prudence en comprenant notamment un volet d'action prévoyant la constitution de « capacités » appropriées en matière de concurrence, tant au sein des autorités de concurrence et judiciaires dans la communauté des affaires et celle des avocats. Cette démarche repose donc sur la formation appropriée de leurs cadres mettant par exemple l'accent sur les activités économiques les plus communes dans les pays en développement : infrastructures, cimenteries, transports terrestres ou aériens, etc.

### **Les travaux du Réseau international de concurrence (ICN)**

L'objet de l'ICN est de promouvoir, au plan pratique, la convergence entre les droits nationaux et de favoriser 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. Cette « organisation virtuelle » tente également de coordonner ponctuellement l'aide particulière aux pays en développement, en essayant d'y instaurer une forte « culture de la concurrence ». Des représentants du secteur privé, des cabinets d'avocats, des universitaires et des organisations internationales coopèrent et participent aux activités de l'ICN.

#### **L'organisation du Réseau international de concurrence**

Il existe deux types de formations de travail au sein de l'ICN : la Conférence annuelle et les groupes de travail.

La Conférence annuelle est supervisée par un « *Steering Committee* » composé par des directeurs et présidents d'autorités de concurrence « expérimentés » (qui président ou dirigent une autorité depuis plus d'un an, mais il peut y avoir des exceptions). Les membres de ce comité sont désignés

annuellement par assentiment de leurs pairs. Ce comité se réunit aussi en marge des sessions du Comité de la concurrence de l'OCDE.

Les « groupes de travail » informels se réunissent dans l'intervalle des Conférences annuelles. La méthode de travail de ces groupes consiste essentiellement en des échanges de courrier électroniques et des conférences téléphoniques informelles. Plusieurs des thèmes des groupes ou sous-groupes s'inspirent ou dupliquent les travaux du Comité de la concurrence de l'OCDE. Il existe actuellement six groupes de travail, certains étant subdivisés en sous-groupes de travail avec trois groupes principaux.

Le groupe de travail « *Mergers* » a pour but d'identifier les enjeux des fusions dans un contexte de pluralité juridictionnelle, le paradoxe étant que l'on assiste à une globalisation des marchés alors que la fixation des règles de la concurrence reste du ressort des autorités nationales ou régionales. Il s'agit d'un groupe de travail essentiel, qui a été à l'origine la création même de l'ICN. Ce groupe examine en particulier les différents aspects de notification des fusions, dans la mesure où les transactions relatives à la structure d'une organisation sont en règle générale soumises à des autorités de concurrence dans plus d'une juridiction. Le groupe est aussi en charge de la collecte d'informations se rapportant aux lois sur les fusions des membres de l'ICN, et de leur mise à disposition *on line*. Une de ses principales réalisations réside dans la mise au point de « Principes directeurs » et de « Pratiques recommandées ». Il s'intéresse également à la mise au point de standards concernant les fusions, ainsi qu'à la définition de critères pour l'application de ces standards et au développement des techniques d'enquête sur les fusions, aux méthodes de réunion des preuves, à la mise au point d'un agenda d'investigations et à l'utilisation d'économistes dans ces recherches.

Le second groupe de travail est consacré à la détection et à la répression des cartels internationaux. Il a pour mission de définir les enjeux de la lutte contre les cartels, tant au niveau national qu'international. Il s'intéresse de façon privilégiée aux besoins des autorités dans les pays en développement. Dans ce projet, l'ICN est aidée par la Commission européenne (DG Concurrence) et par l'autorité hongroise. Ce groupe de travail s'intéresse notamment aux enjeux théoriques et concrets de la lutte contre les cartels, en s'appuyant sur le travail réalisé au sein d'autres organisations telles que l'OMC ou l'OCDE. Il s'attache à la définition précise de la notion de cartel, ainsi qu'à celle de pénalité et d'institution efficace dans cette lutte. D'autre part, le groupe cherche à aider les autorités de concurrence à mieux appliquer leurs techniques de lutte contre les cartels en s'intéressant principalement aux règles de preuve, aux procédures de perquisition, au principe de la clémence, à la coopération et à l'échange d'informations, aux techniques de surveillance et tente aussi d'accroître la coopération internationale dans ce domaine.

Un troisième groupe est consacré à la mise en œuvre du droit de la concurrence (« *Competition Policy Implementation* »). Il doit identifier les éléments clés qui contribuent au succès de la construction et de l'exécution des politiques de concurrence, en portant une attention particulière aux économies en développement ou en transition. Ses trois objectifs principaux sont :

- promouvoir des projets visant à accroître l'efficacité de l'assistance technique afin de renforcer l'action des agences. Son plus grand chantier est

l'étude des pratiques passées afin de mieux définir les besoins et les moyens de cette action. Ce sous-groupe duplique les activités de la CNUCED en cette matière ;

- réfléchir à la façon dont les autorités de régulation peuvent protéger les intérêts des consommateurs ;
- répertorier les lois existantes ou en cours d'élaboration en matière de réglementation, ainsi que la réglementation et les activités d'autres institutions gouvernementales, tout en dispensant des suggestions et des conseils sur les politiques ou sur des mesures qui pourraient s'avérer inefficaces ou entraîner des pratiques anticoncurrentielles. Ce groupe a pour but essentiel de renforcer l'efficacité des autorités de concurrence, en particulier dans les pays en développement qui s'ouvrent à des marchés concurrentiels, alors qu'ils sont très marqués par l'intervention des gouvernements ou le contrôle des prix.

### **La 4<sup>e</sup> conférence de l'ICN à Bonn**

La 4<sup>e</sup> conférence annuelle de l'ICN s'est tenue à Bonn en juin 2005. Elle a réuni les autorités de concurrence de près de 75 pays sous l'autorité du Président du *Bundeskartellamt*. La Conférence a produit un certain nombre de documents de référence. Le Conseil de la concurrence a contribué aux travaux de deux groupes parmi les trois principaux : la mise en œuvre de la politique de la concurrence et la répression des cartels internationaux.

90

Le groupe de travail sur les fusions a produit en 2005 deux recommandations, portant respectivement sur les remèdes qui peuvent être proposés dans le cadre des opérations de concentration et sur les pouvoirs des autorités de concurrence, soulignant en particulier l'utilité que les autorités de concurrence soient suffisamment indépendantes pour garantir une application objective des textes.

Le Groupe de travail sur les concentrations a également proposé aux différents participants l'adoption d'un modèle de formulaire de levée de confidentialité en matière de contrôle des opérations de concentration et a présenté un rapport sur l'utilisation de la levée de confidentialité.

En 2005, le Groupe « *anticartel* » a publié deux rapports auxquels le Conseil de la concurrence a participé : le premier rapport traite des conditions nécessaires à l'efficacité d'un régime anticartel et présente également les moyens et les pouvoirs dont disposent les autorités de concurrence pour mener à bien leur action en la matière. Le deuxième rapport concerne les différentes techniques d'enquête. Ce dernier est divisé en deux chapitres. Le premier est consacré aux enquêtes et s'apparente à une sorte de manuel, répertoriant ce que les autorités de concurrence peuvent faire et ce qu'elles ne peuvent pas faire. Le second chapitre concerne les programmes de clémence et s'appuie sur les débats tenus à ce sujet lors d'une conférence de l'ICN tenue à Sydney en novembre 2004.

La décision a été prise à Bonn de tenir la prochaine conférence annuelle prévue en mai 2006 en Afrique du Sud, notamment dans le souci de répondre davantage aux préoccupations exprimées par les pays en développement.

## Les relations bilatérales

Les relations bilatérales sont celles entretenues par le Conseil de la concurrence avec les autorités de concurrence d'un certain nombre de pays, en marge des activités multilatérales précitées. Elles empruntent des voies diversifiées, certaines étant formalisées et d'autres, tout aussi vives, étant demeurées à un stade plus informel. En 2005, le Conseil de la concurrence a entretenu des relations plus particulièrement avec trois groupes de pays. On note un renforcement significatif des partenariats avec les pays de la zone Afrique Proche-Orient (dits pays du groupe Moyen-Orient-Méditerranée – *Middle-East-Mediterranean* ou « MEDA » – pour la Commission européenne ou encore « MENA » au sein des grandes institutions internationales comme l'OCDE ou la Banque mondiale), des relations suivies avec plusieurs pays et économies d'Asie et le développement de nouveaux partenariats parmi les pays d'Europe orientale.

Dans le groupe des pays d'Afrique et du Proche-Orient, des relations renforcées sont intervenues en 2005 notamment avec le Maroc, la Tunisie et la Jordanie tandis que des contacts se sont développés avec l'Organisation de l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA) et ses pays membres. Avec le Maroc, un accord de coopération a été signé début 2005 avec l'Autorité nationale de régulation des télécommunications (ANRT), dotée de compétences en matière de mise en œuvre du droit de la concurrence dans le secteur considéré, dans l'attente de la mise en place effective d'un Conseil de la concurrence opérationnel dans ce pays. Une délégation de l'ANRT, conduite par son Président, a été reçue au Conseil de la concurrence. Par ailleurs, une délégation de rapporteurs marocains a également été reçue au Conseil et le Président du Conseil de la concurrence s'est rendu en décembre 2005 à un séminaire de l'ANRT à Fès. Cette action se poursuivra en 2006. Concernant la Tunisie, le Conseil de la concurrence entretient de longue date des relations suivies avec le Conseil de la concurrence tunisien. En 2005, le Conseil de la concurrence français a participé à un appel d'offre européen pour assurer un renforcement des capacités des autorités tunisiennes pour la mise en œuvre de leur droit national de la concurrence. Un programme de jumelage, sans précédent, doit en conséquence être mis en place entre autorités françaises et tunisiennes de concurrence à partir de 2006. Dans le cas de la Jordanie, premier pays arabe du Proche-Orient à s'être doté de règles de concurrence aux standards internationaux, les dirigeants des autorités nationales de concurrence jordaniennes ont été reçus au Conseil de la concurrence et un chargé de mission du Conseil de la concurrence s'est rendu à plusieurs reprises sur place pour participer à un programme européen de *benchmarking* des autorités et du dispositif institutionnel jordanien avant renforcement de ses structures. Cette action doit se poursuivre et se renforcer en 2006. Enfin, concernant le continent africain, une délégation des responsables de la politique de la concurrence du Secrétariat de la Commission de l'union économique et monétaire de l'ouest-africain (UEMOA) a été reçue au Conseil de la concurrence en 2005, avec pour objectif le renforcement des capacités des autorités nationales et communautaires de concurrence ainsi que la création d'un réseau d'autorités de concurrence dans cette région.

En Asie, les relations qui ont été établies depuis plus d'une décennie se renforcent, en particulier avec le Vietnam et avec le Monde chinois (Chine, Taïwan, Hong Kong). Au Vietnam, le partenariat établi depuis plusieurs années s'est encore renforcé, aboutissant à la création d'un Conseil de la concurrence du Vietnam dans les derniers jours de l'année 2005. Un vice-président et un chargé de mission du Conseil de la concurrence se sont rendus en 2005 au Vietnam pour participer au processus de rédaction d'une loi nationale de concurrence vietnamienne et aux travaux de développement institutionnel dans ce domaine. Par ailleurs, une délégation du Conseil de la concurrence dirigée par son Président s'est rendue en octobre 2005 à Taïwan dans le cadre d'un accord de coopération bilatérale signé en 2004. Cet accord prévoit en particulier des échanges réguliers de nature documentaire sur les régimes juridiques respectifs des deux autorités et divers contacts réguliers entre les dirigeants des autorités de concurrence des deux parties. À cet égard, un chargé de mission du Conseil avait également participé en juin 2005 à un séminaire de travail à Taïpeh avec les responsables des autorités de concurrence et celle en charge des marchés publics sur le thème « Marchés publics et concurrence », conjointement avec un membre de la Cour des comptes et un autre du Conseil d'État. Enfin, le Conseil de la concurrence a soutenu activement au sein de la délégation française à l'OCDE la candidature et l'admission de Taïwan en qualité d'observateur à l'OCDE.

Un nouveau partenariat en Europe orientale s'est dessiné en 2005 avec la signature d'un accord de coopération avec le Conseil de la concurrence de Roumanie. Le Président du Conseil de la concurrence a ainsi reçu son homologue roumain pour la signature de cet accord qui prévoit également des échanges réguliers entre les deux autorités de concurrence et l'accueil de représentants du Conseil de la concurrence roumain en France. Le Conseil a également activement soutenu la candidature et l'admission de la Roumanie en qualité d'observateur au Comité de la concurrence de l'OCDE.

L'année 2005 a enfin été marquée par un renforcement des relations franco-américaines. En effet, pour la première fois dans l'histoire du Conseil de la concurrence, son Président a effectué deux visites aux États-Unis, d'une part, à la Conférence annuelle de Printemps de la section antitrust de l'*American Bar Association* à Washington et, d'autre part, à la conférence annuelle de la *Fordham Law School* de l'Université de *Fordham* de New York. Ces deux Conférences constituent aux États-Unis les événements les plus importants au cours desquels se rencontrent les principaux spécialistes du droit antitrust américain, auxquels s'ajoutent des participants de la plupart des pays du monde dans lesquels existe un haut niveau d'expertise en matière de droit et de politique de la concurrence.

La Conférence de l'*American Bar Association*, qui s'est tenue fin mars 2005, a fourni au Président Lasserre l'occasion d'être reçu à la fois à la Cour suprême des États-Unis où il a rencontré notamment Stephen Breyer, membre de la Cour suprême, spécialiste des questions de droit antitrust, et à la *Federal Trade Commission* américaine. En marge de la participation aux travaux de l'ABA, ce déplacement a donné lieu à la première réunion entre les dirigeants des autorités de concurrence américaines et le président du Conseil de la concurrence dans la capitale fédérale, à l'invitation de l'ambassadeur de France aux États-Unis, M. Jean-David Lévitte.



Par ailleurs, pour la première fois également depuis l'institution du Conseil de la concurrence, un Président du Conseil a participé aux travaux de la conférence de la *Fordham Law School* en septembre 2005. En présence des représentants des autorités fédérales américaines et des principaux membres de la communauté des affaires américaine spécialisés dans le domaine de l'antitrust, le Président Lasserre a présenté la vision du Réseau européen de concurrence du point de vue des autorités nationales de concurrence, soulignant l'importance du droit national pour une mise en œuvre effective du droit communautaire ainsi qu'une réflexion sur les conditions de mise en œuvre de la politique de clémence par les autorités françaises de concurrence. Il a également remis une contribution tirant les premières leçons de la politique d'engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles en France.



# ... Étude thématique



# Étude thématique

Sanctions, injonctions, engagements, transaction  
et clémence : les instruments de la mise en œuvre  
du droit de la concurrence

<b>Introduction</b> .....	99
<b>Les sanctions pécuniaires et les injonctions</b> .....	102
<b>Nature et finalités des sanctions pécuniaires du Conseil</b> .....	103
<b>L'appréciation des sanctions pécuniaires</b> .....	108
<b>Les procédures alternatives ou accessoires aux sanctions</b> .....	134
<b>Procédures de non-contestation des griefs et d'acceptation     d'engagements</b> .....	134
<b>La procédure de clémence</b> .....	157
<b>L'articulation des procédures</b> .....	173
<b>Conclusion</b> .....	177



# Étude thématique

## ■ Sanctions, injonctions, engagements, transaction et clémence : les instruments de la mise en œuvre du droit de la concurrence

*Rédacteurs :  
Christophe Lemaire, Denis Lescop,  
Irène Luc, Nadine Mouy*

### ■ Introduction

Le montant des sanctions pécuniaires prononcées au cours de l'année 2005 par le Conseil de la concurrence confirme la tendance à l'alourdissement des sanctions infligées par les autorités de concurrence observée au cours des années récentes<sup>1</sup>. Cette tendance n'est qu'en partie imputable à une plus grande sévérité des autorités de concurrence qui souhaitent accroître l'efficacité de leur action : les mouvements de concentration des entreprises et de mondialisation des marchés contribuent aussi à aggraver les dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles et à élargir l'assiette des sanctions.

En France, cette recherche d'une plus grande efficacité s'est traduite, dans la loi NRE du 15 mai 2001, par une hausse du plafond légal des sanctions pécuniaires et par l'introduction de procédures alternatives, mouvement complété par l'ordonnance du 4 novembre 2004. Ces deux textes ont considérablement

1. Aux États-Unis, une amende de 500 millions de dollars a été infligée dans l'affaire du cartel des vitamines ; en Allemagne, le BKartAmt a condamné le 14 avril 2003 des cimentiers à une amende de 660 millions d'euros ; la Commission européenne a infligé une amende de 855,2 millions d'euros en novembre 2001 dans l'affaire du cartel des vitamines et une amende de 497 millions d'euros à Microsoft en mars 2004.

enrichi la palette d'instruments dont dispose le Conseil de la concurrence pour appliquer les dispositions du titre II du Livre IV du Code de commerce. La conclusion des premières affaires, dans lesquelles a pu être prise en compte la volonté ainsi exprimée par le législateur, permet de redessiner les contours des pouvoirs du Conseil, ainsi rééquilibrés par la possibilité de combiner l'instrument dissuasif que constituent les amendes avec ces nouveaux modes d'intervention fondés sur une part de négociation avec les entreprises.

D'une certaine manière, c'est l'ensemble de la politique de concurrence du Conseil qui doit être mise en cohérence dans un cadre procédural élargi, en tenant compte de l'efficacité respective des différents instruments et de leurs interactions, et non pas seulement dans le cadre étroit de la politique de sanctions.

S'agissant des seules sanctions pécuniaires, cette étude n'a pas vocation à constituer des lignes directrices à valeur quasi normative, associant par exemple une échelle de sanctions pécuniaires à des catégories de pratiques, ou à présenter une méthodologie du calcul des sanctions pécuniaires. La référence faite par la loi à l'importance du dommage à l'économie, et donc à des configurations de marché variées et complexes, et à la situation de l'entreprise, interdit une appréciation forfaitaire des sanctions. De fait, les lignes directrices de 1998 de la Commission européenne ne s'appuient que sur les seuls critères de la gravité et de la durée des pratiques.

Il est néanmoins possible de clarifier la spécificité et la complémentarité des instruments dont dispose le Conseil, ainsi que les raisonnements sur lesquels il s'appuie dans l'appréciation des critères définis par la loi, étant rappelé que la diversité des circonstances propres à chaque espèce confère nécessairement une valeur uniquement indicative à cette clarification.

Chargé de défendre l'ordre public économique dans sa dimension concurrentielle, le Conseil dispose de plusieurs moyens d'intervention, ainsi que le ministre de l'Économie l'a rappelé à l'occasion de l'installation du Conseil, le 20 février 1987, dans un discours où il s'adressait à cette nouvelle institution <sup>2</sup> :

- pédagogique : « ... *Par les décisions que vous prendrez, vous indiquerez aux entreprises et organisations professionnelles les limites au-delà desquelles elles ne sauraient aller sans porter atteinte au fonctionnement concurrentiel du marché* » ;
- dissuasif : « ... *La politique que vous mettrez en œuvre en matière d'amendes aura sans nul doute une extrême importance ; elle ne saurait se concevoir comme un instrument répressif, une sorte de "punition", mais elle doit constituer pour les entreprises un risque, une menace sérieuse qu'elles ne sauraient écarter du calcul économique préalable à l'adoption de comportements illicites. Au regard des avantages que ces entreprises escomptent retirer de la mise en œuvre de comportements anticoncurrentiels, doit exister l'inconvénient économique d'amendes significatives en cas de poursuites. Cette dimension particulière de la politique en matière d'amendes a été soulignée à plusieurs reprises par la Commission des*

2. Cf. p. XXVI du rapport annuel 1987.



*communautés européennes dans l'exercice de ses propres pouvoirs et c'est une dimension à ne pas négliger » ;*

- correctif : « ... Les interventions contentieuses du Conseil de la concurrence doivent avoir pour effet de rétablir des conditions de fonctionnement concurrentiel du marché. C'est la finalité du pouvoir d'injonction qui vous est conféré par l'ordonnance... L'expérience et l'acquis que constituent tant la jurisprudence de la Commission de la concurrence que celles des communautés européennes témoignent de l'importance de cette mission qui vous est impartie. »

L'aspect pédagogique de la mission du Conseil, qui s'exprime par son pouvoir de donner des avis sur des questions de concurrence, mais aussi par la bonne motivation de ses décisions contentieuses, peut être rapproché, au niveau des moyens techniques d'intervention qui lui sont dévolus, de son pouvoir d'ordonner la publication de ses décisions.

Au mode d'action correctif se rattache également le pouvoir, plus récemment conféré au Conseil, de recueillir des engagements des entreprises, que ce soit dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs ou dans le cadre de la procédure d'engagements elle-même.

Cette distinction, adoptée pour la clarté de l'exposé, n'épuise pas la complexité de ces divers outils, qui ne sont jamais totalement dédiés à une seule mission du Conseil. Il est, par exemple, évident que les sanctions pécuniaires ont aussi une fonction pédagogique et régulatrice et que les décisions de publication ne sont pas dépourvues de portée répressive ou stigmatisante, ce qui les rend particulièrement redoutées par les entreprises.

L'article L. 464-2 du Code de commerce, qui récapitule les divers outils du Conseil, manifeste une gradation dans les mesures que peut prendre le Conseil.

L'injonction, qui consiste à ordonner le rétablissement d'une situation de concurrence, de faire cesser un trouble et d'éviter son renouvellement, présente un caractère de réparation et de prévention. Elle est considérée comme une sanction administrative, au même titre que les sanctions pécuniaires et sa non-exécution est elle-même réprimée par une amende.

Ce pouvoir d'injonction est présenté dans la loi comme le premier mode d'intervention du Conseil. Il a d'ailleurs été beaucoup utilisé dans les premières années d'activité de la nouvelle autorité qui considérait qu'une atteinte à la concurrence de faible ampleur ou le fait que les parties aient pu se tromper sur le caractère anticoncurrentiel des pratiques, compte tenu d'une jurisprudence encore mal établie, justifiaient de telles mesures, à l'exclusion de sanctions pécuniaires. L'efficacité de cet instrument est néanmoins étroitement liée à celui des sanctions pécuniaires qui peuvent être prononcées en cas de non-respect de ces injonctions (article L. 464-3) et, depuis l'ordonnance du 4 novembre 2004, par la possibilité de prononcer des astreintes (article L. 464-2).

Les sanctions pécuniaires sont appliquées aux pratiques qui appellent une répression plus sévère, distincte de la seule réparation de l'ordre concurrentiel. Elles constituent aujourd'hui le mode d'intervention du Conseil le plus fréquent, qu'elles soient ou non accompagnées d'injonctions. La sanction a

un caractère rétributif, punir le coupable à hauteur de la faute commise, et un effet dissuasif qui s'attache à son exemplarité pour prévenir la commission de l'infraction ; en droit de la concurrence, elle a également une fonction de rétablissement de l'ordre public économique, ce qui la distingue d'une sanction pénale.

Les sanctions pécuniaires et les injonctions feront l'objet du premier chapitre (« Les sanctions pécuniaires et les injonctions ») consacré aux instruments traditionnels du Conseil.

Les procédures récentes de non-contestation des griefs et d'acceptation d'engagements, qui aboutissent en cas de succès à une réduction de l'amende encourue ou à la clôture d'une affaire sans prononcé de sanction, privilégient le rétablissement de la concurrence par l'action immédiate de l'entreprise en cause plutôt que par l'incitation indirecte résultant de la sanction. Ce rétablissement est obtenu par le biais de « solutions négociées » entre les entreprises et le Conseil. La non-contestation des griefs accélère la procédure et conduit à une atténuation des sanctions moyennant des engagements comportementaux de l'entreprise, la procédure d'acceptation d'engagements permet un classement des poursuites, les préoccupations soulevées par les pratiques ayant disparu.

Les engagements résultant de procédures négociées avec les entreprises constituent des mesures mieux adaptées aux réalités de la vie économique que ne le seraient des mesures imposées par l'autorité de concurrence. En effet, la participation volontaire des entreprises à la définition des mesures correctrices permet de pallier les asymétries d'information entre les autorités de contrôle et les entreprises. Cet objectif ne peut cependant être atteint que si les sanctions pécuniaires sont suffisamment dissuasives pour inciter les entreprises à offrir leur coopération au Conseil. Ces procédures négociées ont également pour effet d'accroître la probabilité de détection des pratiques anticoncurrentielles, et donc le caractère dissuasif des sanctions, de façon indirecte, en favorisant un meilleur usage des ressources affectées à la mise en place de la politique de la concurrence, et de façon directe, avec la procédure de clémence.

Ces nouveaux outils accentuent le rôle de régulateur du Conseil au regard de ses missions plus traditionnelles qui le rapprochent d'une juridiction. Ils seront étudiés, avec la clémence, dans le second chapitre (« Les procédures alternatives ou accessoires aux sanctions ») de l'étude.

## ■ Les sanctions pécuniaires et les injonctions

Seul le Conseil dispose du pouvoir d'infliger des sanctions pécuniaires et des injonctions en cas d'infraction aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-4 du Code de commerce. La violation de ces mêmes dispositions peut également entraîner un certain nombre d'actions devant les juridictions judiciaires et administratives, auxquelles il revient de tirer les conséquences de ces infractions en annulant les actes ou contrats en cause et en accordant, le cas échéant, une indemnisation aux victimes de ces pratiques.

Les sanctions pécuniaires du Conseil ont une double nature, punitive et préventive. Elles sont conçues pour être dissuasives, et donc réguler les comportements à venir dans le sens d'une plus grande efficacité économique. Mais les montants élevés qu'elles doivent pouvoir atteindre, pour être dissuasives et leur publicité, leur confèrent également un caractère punitif et, à ce titre, elles doivent vérifier tous les principes et présenter toutes les garanties propres au régime des sanctions.

Si les injonctions, qui permettent d'agir directement sur le comportement des entreprises, ont un aspect correctif, elles revêtent également un caractère contraignant, qui exige également que soient garantis certains principes juridiques essentiels dans la procédure suivie devant le Conseil. De plus, leur non-respect expose à des sanctions pécuniaires.

## Nature et finalités des sanctions pécuniaires du Conseil

Lors d'une table ronde de l'OCDE en 1997, M. Guy Canivet, alors premier président de la cour d'appel de Paris, précisait : « *On sait que d'une manière générale, une sanction, quelle qu'elle soit, a une double fonction : la première est de punir le coupable à la mesure de la faute commise, c'est ce qu'on appelle le caractère rétributif de la peine, la seconde est de dissuader ceux qui seraient tentés de commettre une telle infraction, c'est l'exemplarité de la peine. Dans le cadre d'une politique régulatrice des rapports de concurrence, l'utilité de la peine se mesure à son caractère dissuasif, c'est-à-dire sa propriété à faire en sorte que les opérateurs économiques comprennent qu'ils n'ont plus intérêt à mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles et qu'ils y renoncent.* »

C'est cette double finalité, dissuasive et punitive, qui contraint le niveau des sanctions. En revanche, les sanctions pécuniaires infligées par les autorités de la concurrence n'ont pas pour objectif de réparer les dommages, subis par les consommateurs ou par les entreprises, victimes des pratiques mises en cause.

### Le rôle dissuasif de la sanction

La notion de dissuasion repose sur le principe d'efficacité préventive de la sanction : une sanction efficace envoie à l'ensemble des contrevenants potentiels un signal les incitant à ne pas commettre de pratiques anticoncurrentielles. Le niveau de la sanction optimale dépend toutefois du type de dommage que l'on cherche à éviter<sup>3</sup>.

Le niveau optimal de la sanction dépend aussi de la probabilité de détection des pratiques par les autorités de concurrence.

3. Wouter P.J. Wils, Optimal Antitrust Fines : Theory and Practice, Journal of Competition Law and Economics, Vol., n° 4, December 2005.

### **Dissuader les pratiques qui portent atteinte au bien-être du consommateur : une approche économique**

La sanction peut avoir pour objectif, dans la ligne d'un article fondateur de Gary S. Becker (1968)<sup>4</sup>, de dissuader des agents rationnels d'adopter des comportements économiquement inefficaces pour la société, c'est-à-dire des comportements qui causent aux consommateurs et aux concurrents un dommage supérieur au profit individuel que l'entreprise contrevenante tire de la pratique<sup>5</sup>. Ce type de sanction sauvegarde l'efficacité économique des marchés en empêchant la mise en œuvre de pratiques qui conduiraient à des pertes d'échanges mutuellement profitables. La sanction doit alors être au moins égale aux pertes que peuvent subir les différents agents : si le bénéfice qu'en attend l'entreprise est inférieur à ces pertes, elle renoncera à mettre en œuvre les pratiques.

La sanction optimale de Becker n'a cependant pas d'effet dissuasif sur les pratiques qui causent un dommage inférieur ou égal au bénéfice que l'entreprise tire des pratiques. Ce peut être le cas d'ententes sur les prix de biens de première nécessité : même si leur prix augmente du fait de l'entente, les consommateurs ne diminuent pas leur consommation, mais sont contraints de payer le bien en question plus cher. Ils subissent des pertes par rapport à ce qu'ils auraient payé en l'absence de l'entente, pertes qui sont captées sous forme de bénéfice supplémentaire par les entreprises parties à l'entente. Globalement, les pertes d'efficacité pour l'économie peuvent être nulles, ce qui est perdu par les consommateurs étant gagné par les entreprises contrevenantes.

Si l'objectif prioritaire d'une politique de concurrence est le bien-être du consommateur et que l'on cherche donc à dissuader toute pratique par laquelle une entreprise ou un groupe d'entreprises, en abusant d'un pouvoir de marché ou en se concertant, spolie les consommateurs, alors les entreprises doivent anticiper une sanction qui, au minimum, annule tout le bénéfice qu'elles pourraient tirer de la pratique (ou surprofit).

Or, pour le Conseil, « *la régulation à laquelle il participe et l'efficacité économique qu'il vise est celle permettant d'atteindre au maximum de bien-être du consommateur, ou, plus précisément, de son surplus* »<sup>6</sup>. Cette primauté donnée au bien-être du consommateur ressort explicitement des dispositions du Code de commerce relatives à la possibilité d'exonérer des pratiques qui ont pour effet d'assurer un progrès économique si « *elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte* » (2° du I de l'article L. 420-4), qui reprend les dispositions de l'article 81-3 du traité CE. La jurisprudence des autorités de concurrence nationales et communautaire en matière de contrôle des concentrations exige également que les gains d'efficacité susceptibles de compenser l'atteinte à la concurrence portée par une fusion, bénéficient aux consommateurs. De même, le projet de lignes directrices de la

4. Gary S. Becker (1968), « Crime and punishment : an economic approach », *The Journal of Political Economy*, vol. 76, n° 2.

5. Emmanuel Combe : Quelles sanctions dans la lutte contre les cartels ? Une perspective économique, *Revue internationale de droit économique*.

6. Philippe Nasse : L'objectif d'efficacité assigné aux sanctions, LGDJ, Droit et Économie.

Commission, concernant l'application de l'article 82 aux abus de position dominante, précise que les pratiques d'exclusion prohibées par l'article 82 sont celles qui, *in fine*, portent atteinte au bien-être du consommateur.

La prépondérance accordée aux intérêts des consommateurs est de fait consacrée dans la jurisprudence du Conseil et des Cours supérieures. Ainsi, la faible élasticité de la demande, parfois approchée à travers les notions de « clientèle captive » ou de « bien de première nécessité » est systématiquement considérée comme un facteur d'aggravation du dommage causé à l'économie par une pratique et donc de la sanction.

Le niveau de sanction optimal pour dissuader les entreprises d'adopter des comportements préjudiciables au bien-être des consommateurs est un multiple du bénéfice tiré de la pratique (ou surprofit). Certaines autorités de concurrence ont d'ailleurs défini le mode de calcul des sanctions par référence directe au surprofit. Les États-Unis prennent ainsi en compte le chiffre le plus élevé résultant de la comparaison entre une évaluation basée sur la gravité, le surprofit et le dommage à l'économie. L'Allemagne a longtemps fixé le plafond des sanctions à trois fois le surprofit. Dans son projet de lignes directrices, la Commission européenne envisage, quant à elle, d'augmenter la sanction jusqu'au niveau du surprofit si celui-ci est quantifiable.

Il convient de noter que le rapport entre le bénéfice retiré de la pratique et le chiffre d'affaires de l'entreprise peut être très variable. Il dépend de l'effet sur les prix de la pratique, et donc indirectement, du dommage à l'économie, mais aussi du taux de marge des entreprises. Pour des entreprises qui ont des taux de marge faibles, comme par exemple la grande distribution (2-5 %), un pourcentage du chiffre d'affaires représente une proportion du profit global plus élevée que pour une entreprise appartenant à un secteur économique dans lequel les marges sont beaucoup plus élevées (> 15 % dans le secteur des mobiles).

### **Un arbitrage entre le coût de la détection et la soutenabilité des sanctions**

Le caractère dissuasif de la sanction dépend également de la probabilité de détecter les pratiques et donc de l'efficacité des mécanismes de contrôle et de surveillance mis en place par les pouvoirs publics.

Schématiquement, si une entreprise retire un bénéfice de 100 euros de la pratique anticoncurrentielle et si la probabilité de se faire prendre est de 10 %, alors la sanction dissuasive s'élève à  $100/10\% = 1\ 000\ €$ .

Étant donné le coût de la détection, les travaux de Becker et de ses successeurs<sup>7</sup> préconisent une sanction pécuniaire très élevée avec une faible surveillance et donc une faible probabilité de détection. Wils<sup>8</sup> signale deux faiblesses majeures de cette solution.

7. Voir par exemple, A. Mitchell Polinsky et Steven Shavell (2000), « The economic theory of public enforcement of law », *Journal of economic literature*, vol. XXXVIII ou A. Mitchell Polinsky et Steven Shavell (1979), « The Optimal Tradeoff between the Probability and Magnitude of Fines », *The American Economic Review*, Vol. 69, n° 5.

8. *Ibid.*

En premier lieu, la dissuasion repose, non sur les sanctions réellement infligées *ex post*, mais sur les anticipations des entreprises sur le niveau des sanctions encourues. Or, les entreprises fondent ces anticipations sur les informations qu'elles peuvent rassembler, avec un biais pour les informations récentes et proches d'elles. Des sanctions très élevées mais prononcées rarement, et dont l'effet pédagogique se dissiperait au fil du temps, auraient donc une efficacité plus limitée que des sanctions moins élevées mais plus fréquentes.

En second lieu, le niveau des amendes est contraint par la capacité des entreprises à payer. Des amendes trop élevées risquent de mettre en danger leur survie ou tout du moins de les fragiliser, entraînant ainsi d'autres inefficacités : par exemple, le paiement des amendes peut amoindrir leur capacité concurrentielle dans des proportions telles que le bilan économique global de la politique de concurrence et son impact sur le bien-être du consommateur en seront affectés. La sanction optimale doit donc tenir compte de la capacité à payer des entreprises, ce qui rejoint le principe constitutionnel d'individualisation (ou personnalisation) des peines.

Le caractère dissuasif des sanctions peut aussi être renforcé par d'autres moyens. En particulier, une certaine transparence ou observabilité *ex ante* est nécessaire pour permettre aux entreprises d'intégrer la sanction et la probabilité de détection dans leurs stratégies. Par ailleurs, une politique de communication active de l'autorité de concurrence sur les sanctions infligées accroît encore leur exemplarité et leur visibilité pour les entreprises et assure la mise à jour régulière de leurs anticipations sur le niveau des sanctions encourues.

Enfin, la complémentarité des autres moyens d'action dont disposent les autorités de concurrence et des sanctions pécuniaires peut être utilisée pour renforcer le caractère dissuasif de ces dernières. Les injonctions revêtent un caractère pédagogique mais aussi punitif lorsque, à l'instar des injonctions de publication, elles agissent sur la réputation et l'image de l'entreprise. De même, le programme de clémence dissuade les cartels en augmentant l'incitation des participants à sortir de l'entente et la probabilité d'être pris.

Enfin, la possibilité dont dispose le Conseil d'adresser au procureur de la République les dossiers qui lui paraissent de nature à justifier l'application de l'article L. 420-6 du Code de commerce, c'est-à-dire la mise en cause pénale des personnes physiques ayant pris, de manière frauduleuse, une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles, complète le dispositif dont dispose le Conseil.

### **Les principes de proportionnalité et de personnalisation des sanctions**

Cette approche opérationnelle de la politique de sanctions du Conseil, axée sur l'objectif de dissuasion, doit être placée dans le cadre des principes fondamentaux du droit, qui exigent que les peines soient proportionnées à la faute commise et individualisées en fonction de la situation personnelle du contrevenant.

De plus, la Cour européenne des droits de l'homme a étendu la protection de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à toute la

« matière pénale », qui, au-delà des qualifications juridiques nationales, recouvre non seulement les infractions pénales, mais aussi les sanctions administratives prononcées par les autorités administratives indépendantes. L'application de ces sanctions suppose le respect des garanties élémentaires concédées aux personnes poursuivies et inscrites dans l'article 6 de la Convention. Ainsi, en matière de concurrence, la Commission des droits de l'homme, dans une décision du 30 mai 1991 (Stenuit/France), a considéré que les amendes infligées par le ministre des Finances en matière de concurrence entraînent dans la matière pénale : « *Le caractère général de la norme et le but, à la fois préventif et répressif, de la sanction suffit à établir [...] la nature pénale de l'infraction litigieuse.* »

De même, la Cour de justice des communautés européennes applique certaines des garanties pénales aux sanctions administratives prononcées par la Commission européenne. S'agissant des droits de la défense, l'alignement du régime des sanctions administratives sur celui des sanctions pénales est décrit dans un arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 13 février 1979 Hoffmann – La Roche (9<sup>e</sup> et 11<sup>e</sup> considérants) : « *Le respect des droits de la défense, dans toute procédure susceptible d'aboutir à des sanctions [...] constitue un principe fondamental du droit communautaire qui doit être observé même s'il s'agit d'une procédure de caractère administratif.* »

En France, les juridictions nationales appliquent depuis longtemps l'article 6 aux sanctions administratives qui présentent une coloration pénale.

La Cour de cassation a pleinement soumis à cet article les sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence. Les moyens tirés de la violation des droits de la défense, des principes du contradictoire et de l'égalité des armes, de même que le principe de loyauté dans la recherche des preuves ont toujours été examinés à tous les stades de la procédure.

La cour d'appel de Paris en a ainsi explicité les motifs dans un arrêt du 6 mai 1997 : « *Considérant que les prescriptions de l'article 6 de la Convention s'appliquent aux sanctions pécuniaires prévues par l'article 13 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 (ancien article L. 464-2 du Code de commerce) qui bien que de nature administrative, visent comme en matière pénale, par leur montant élevé (5 % du chiffre d'affaires pour une entreprise et 10 millions de francs lorsque le contrevenant n'est pas une entreprise) et la publicité qui leur est donnée, à punir les auteurs des faits contraires aux dispositions des articles 7 et 8 de l'ordonnance précitée et à dissuader les agents économiques de se livrer à de telles pratiques.* »

Le Conseil constitutionnel, qui a depuis longtemps admis la légalité des sanctions administratives, leur a expressément étendu certaines des garanties applicables aux sanctions pénales, tout en préservant leur spécificité au regard de la mission de régulation des autorités de marché. Se fondant sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme, aux termes duquel « *la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* », le Conseil constitutionnel a ainsi exposé que devaient s'appliquer aux sanctions administratives :

- le principe de non-rétroactivité de la loi d'incrimination plus sévère ;
- le principe de proportionnalité des délits et des peines, le montant des sanctions prises par les autorités administratives « [devant] être fonction

*de la gravité des manquements commis et en relation avec les avantages tirés du manquement » ;*

- le principe de légalité des délits et des peines ;
- le respect du contradictoire préalable au prononcé de la sanction ;
- le principe de proportionnalité au niveau du prononcé de la sanction ;
- l'existence d'un recours de pleine juridiction.

La proportionnalité des sanctions du Conseil et leur individualisation sont inscrites dans les dispositions de l'article L. 464-2 du Code de commerce, et mises en application sous le contrôle de plein contentieux de la cour d'appel de Paris. Le contrôle de la proportionnalité entre les pratiques reprochées à chaque entreprise et la sanction qui leur est infligée, est étroitement lié à celui de la motivation de la décision de sanction du Conseil, au regard des critères posés par la loi (gravité des pratiques, importance du dommage causé à l'économie). Le contrôle de l'individualisation des peines est effectué par la cour, au regard de la situation de l'entreprise sanctionnée et de l'éventuelle réitération des pratiques (facultés contributives de l'entreprise, éventuelles circonstances aggravantes ou atténuantes).

Toutefois, les principes de la procédure pénale ne s'appliquent pas dans leur intégralité. C'est ainsi que ne s'applique pas devant le Conseil le principe de la publicité des débats, compte tenu des « impératifs de souplesse et d'efficacité » qui ont conduit à confier au Conseil la mission de sanctionner certaines pratiques, dès lors que ce principe de publicité s'applique devant la juridiction pouvant être saisie d'un recours de plein contentieux. De même, le Conseil d'État a écarté l'application du principe de personnalité des peines, selon lequel « nul n'est punissable que de son propre fait », aux sanctions pécuniaires du Conseil des marchés financiers « eu égard à la mission de régulation dont est investi (cet organisme) ». Il a donc confirmé la sanction d'une société ayant absorbé intégralement celle dont les agissements étaient en cause. Cette solution est depuis toujours admise en droit de la concurrence. De même, l'amnistie ne s'applique pas aux sanctions administratives.

## **L'appréciation des sanctions pécuniaires**

Depuis 1992, les critères d'appréciation des sanctions sont précisés par le cadre légal dans lequel s'inscrit le pouvoir de sanction du Conseil. La loi du 31 décembre 1992 a, en effet, complété l'article 13 de l'ordonnance de 1986 en précisant que : « *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.* » Cette modification prenait acte de la jurisprudence de la cour d'appel de Paris qui avait progressivement exigé que le Conseil motive les sanctions infligées au regard de ces trois déterminants.

La loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 a introduit un nouveau déterminant et rehaussé le plafond légal des sanctions :

- le troisième alinéa du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce a été complété par la mention, parmi les déterminants du montant des sanctions, de l'éventuelle réitération des pratiques ;



- le montant maximum pouvant être infligé lorsque le contrevenant n'est pas une entreprise est passé de 10 millions de francs (1,524 million d'euros) à 3 millions d'euros ;
- pour une entreprise, le montant maximum de la sanction est passé de 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos à 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre ; de plus, le quatrième alinéa du I de l'article L. 464-2 précise que si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante ;
- le montant maximum de la sanction pouvant être prononcée lorsque le Conseil statue selon la procédure simplifiée prévue à l'article L. 464-5 a été porté de 500 000 F (76 224 euros) à 750 000 euros.

Le principe de proportionnalité doit donc être apprécié par rapport à quatre critères : la gravité des pratiques, l'importance du dommage causé à l'économie, la situation de l'entreprise et la réitération des pratiques. La loi se réfère à un plafond applicable, quelle que soit l'infraction commise et, contrairement au droit pénal, ne fixe aucune « échelle des peines » en fonction de chaque type d'infraction.

De fait, la mise au point d'une telle échelle, par exemple à travers des lignes directrices publiées par le Conseil, entrerait en contradiction avec le critère de proportionnalité, tel qu'il est défini par le texte légal. En effet, si l'on peut admettre que la gravité des pratiques puisse faire l'objet d'une échelle de peines, l'appréciation de l'importance du dommage causé à l'économie et de la situation de l'entreprise doit nécessairement tenir compte de l'extrême diversité des entreprises et des situations de marché.

Les critères légaux sont cumulatifs : ils doivent tous être pris en compte. En revanche, le Conseil n'a pas à tenir compte d'autres circonstances dans la détermination des sanctions. En particulier, la cour d'appel de Paris a rappelé à de nombreuses reprises que l'ancienneté des faits et la durée de la procédure suivie devant le Conseil ne constituent pas une cause de réduction de la sanction<sup>9</sup>.

L'article L. 464-2 ne précise pas la façon dont ces différents critères doivent être pondérés et ne les hiérarchise pas. Leur application n'impose pas non plus qu'un montant dûment identifié soit affecté à chacun d'entre eux. L'application du principe d'égalité de traitement impose cependant que, pour une pratique de gravité équivalente, ayant causé un dommage de même importance, deux entreprises dans la même situation se voient infliger la même sanction, et, qu'à l'inverse, si l'un de ces critères est évalué différemment, la sanction soit différente. Ce principe justifie que chacun de ces

9. Arrêt du 5 juin 1999 ; arrêt du 7 mars 2006 relatif à un recours contre la décision 05-D-19 du 12 mai 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre des marchés de construction des ouvrages d'art pour la réalisation de l'autoroute A84, dite « Route des Estuaires », dans le département de la Manche.

critères soit distinctement évalué. Mais le fait que certains éléments soient pris en compte, par exemple, à la fois dans l'estimation de l'importance du dommage à l'économie et de la gravité de la pratique, ne remet pas en cause le caractère distinct de l'appréciation des deux critères : cela ne signifie pas que ces éléments de faits, par exemple la durée des pratiques, soient « comptés deux fois ».

De fait, dans ses décisions, le Conseil distingue, dans un premier temps, les éléments d'appréciation de la gravité des pratiques et de l'importance du dommage à l'économie puis décline, entreprise par entreprise, les éléments d'individualisation des pratiques. La cour d'appel a validé cet ordre de motivation, par exemple dans un arrêt du 20 octobre 1998, Béton Travaux : « *Il suffit de lire la décision attaquée pour constater que le Conseil, après avoir caractérisé la gravité des pratiques, eu égard à leur nature, aux données propres aux entreprises concernées, ainsi qu'aux conséquences de ces agissements, et après avoir décrit le dommage causé à l'économie, a rappelé l'étendue de l'activité de la société Unibéton, sa participation aux faits, et s'est référé à son chiffre d'affaires au cours du dernier exercice clos ; que, dès lors, il a satisfait aux exigences de motivation individuelle de la sanction.* »

L'application du principe de proportionnalité et la prise en compte de la capacité des entreprises à payer les sanctions infligées ont, par ailleurs, justifié la fixation par le législateur d'un plafond en pourcentage du chiffre d'affaires. Le premier sous-chapitre sera consacré à l'application de ce plafond et à son articulation par rapport aux quatre critères d'appréciation qui feront l'objet des sous-chapitres suivants.

## Le plafond légal de la sanction

En précisant que la sanction ne doit pas dépasser « 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos »<sup>10</sup> ou « 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre »<sup>11</sup>, le Code de commerce fixe le plafond que la sanction ne doit pas dépasser.

Si la fixation d'un plafond en pourcentage du chiffre d'affaires constitue évidemment une application générale du principe de proportionnalité des sanctions, ce mode de calcul n'implique nullement que la sanction soit elle-même déterminée proportionnellement à cette assiette. En effet, l'appréciation de l'importance du dommage à l'économie, de la gravité des pratiques, de la situation de l'entreprise et d'une éventuelle récidive, qui sont les éléments auxquels doivent être proportionnées les sanctions, peut conduire à proportionner la sanction à d'autres éléments d'appréciation ou à une assiette différente, plus large ou plus réduite que l'assiette du plafond légal, et éventuellement écartée par l'application du plafond légal.

10. Rédaction de l'article L. 464-2 antérieure à la loi du 15 mai 2001.

11. Rédaction de l'article L. 464-2 issue de la loi du 15 mai 2001.

Il peut même y avoir une réelle discordance entre le plafond légal et les éléments auxquels doivent être proportionnées les sanctions.

Par exemple, il est arrivé que le Conseil inflige une sanction égale au maximum du plafond légal, soit 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos, parce que depuis la mise en œuvre des pratiques, le chiffre d'affaires de l'entreprise avait fortement diminué, par exemple à la suite du transfert d'activités vers une autre filiale du même groupe. Dans ce cas de figure, l'assiette légale n'est elle-même plus proportionnée à ce qu'elle était au moment de la mise en œuvre des pratiques et donc au dommage que ces dernières sont susceptibles d'avoir causé.

De même, dans le cas de grandes entreprises ayant des activités sur plusieurs marchés et auxquelles il est imputé des pratiques anticoncurrentielles sur l'un de ces marchés, leur chiffre d'affaires global, assiette légale du plafond de la sanction, peut ne pas être proportionné à la gravité des pratiques ou au dommage qu'elles ont causé, ce qui explique que les sanctions rapportées au chiffre d'affaires soient en moyenne plus faibles pour les grandes entreprises. De ce fait, la comparaison des sanctions exprimées en pourcentage du chiffre d'affaires des entreprises ne permet pas de vérifier le respect par le Conseil du principe de l'égalité de traitement des contrevenants au regard de l'appréciation des sanctions par rapport aux quatre critères que sont la gravité, l'importance du dommage causé à l'économie, la situation de l'entreprise et la prise en compte d'une éventuelle récidive.

En ce qui concerne les dispositions issues de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, visant le chiffre d'affaires visé par l'article L. 464-2, elles ont été précisées et appliquées à de nombreuses situations. Depuis l'entrée en vigueur des dispositions de la loi du 15 mai 2001, le Conseil a eu l'occasion de se prononcer à quelques reprises sur les conditions de leur application dans le temps. Compte tenu de ces conditions, le nouveau plafond n'a été appliqué que dans un petit nombre d'affaires mais le Conseil tient à rappeler la finalité de la hausse souhaitée par le législateur.

### ***Les dispositions antérieures à la loi du 15 mai 2001 : le chiffre d'affaires réalisé au cours du dernier exercice clos***

L'article L. 464-2 du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi NRE du 15 mai 2001, limitait la sanction à 5 % du chiffre d'affaires réalisé au cours du dernier exercice clos.

#### **• L'entreprise dont le chiffre d'affaires est pris en compte**

Le chiffre d'affaires ainsi visé est celui de l'entreprise auteur des pratiques, c'est-à-dire l'entité économique à laquelle les pratiques sont imputables<sup>12</sup>. On ne rappellera pas, dans le cadre de la présente étude, l'ensemble des critères dégagés par la jurisprudence en matière d'imputabilité des pratiques, notamment en cas de cession ou transformation de l'entreprise. S'agissant du plafond légal des sanctions, la question la plus débattue est celle du chiffre d'affaires à prendre en compte lorsque la pratique a été mise en

12. Voir l'étude thématique du rapport annuel pour 2001.

œuvre par la filiale d'un groupe ou par une agence territoriale. Le critère retenu est alors celui de l'autonomie fonctionnelle et économique de la filiale ou de l'agence. Si la filiale n'est pas suffisamment autonome, alors les pratiques sont imputables à la maison mère et c'est le chiffre d'affaires de celle-ci qui constitue l'assiette sur laquelle la sanction est plafonnée à 5 %.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 10 janvier 1995, société SOGEA – alors que la cour d'appel avait relevé qu'il ne pouvait être tenu compte du seul chiffre d'affaires réalisé par la seule agence commerciale Puy-de-Dôme, cet établissement secondaire n'étant pas assimilable à une entreprise – a considéré « *qu'en se déterminant par ces seuls motifs, sans vérifier de façon concrète, à l'aide des éléments de preuve que devait lui fournir la société SOGEA, si l'agence avait bénéficié ou non pour l'ensemble des marchés publics, qu'elle traitait au nom de la société SOGEA, y compris pour le marché considéré, de l'autonomie commerciale, financière et technique dans la zone économique concernée, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du texte susvisé* ».

L'autonomie de l'entreprise est appréciée s'agissant de la décision d'entente :

Dans l'affaire du Pont de Normandie, la société Eiffage faisait valoir que les marchés de construction afférents aux ouvrages d'art concernés par les pratiques incriminées avaient été réalisés par sa branche « génie-civil-travaux publics » laquelle aurait disposé de l'autonomie commerciale, financière et technique faisant de cette branche une entreprise distincte. La Cour de cassation, dans l'arrêt du 13 juillet 2004, a jugé que, dès lors qu'il n'était pas soutenu devant elle que les pratiques concertées retenues avaient été commises par une autre entreprise que la société Eiffage, peu importait que les travaux aient été ensuite réalisés par une branche de cette société ayant la nature d'une entreprise au sens du droit de la concurrence.

### • Sur la notion de chiffre d'affaires

Le chiffre d'affaires réalisé en France est celui inscrit au compte de résultat de l'entreprise dans la liasse fiscale. Plusieurs moyens soulevés pour justifier la réduction de ce montant ont été rejetés. Il ressort, en particulier, de la jurisprudence que le chiffre d'affaires n'a pas à être réduit à celui de la seule branche d'activité concernée par les pratiques.

La Cour de cassation a notamment précisé, dans un arrêt du 3 mai 1995, que « *pour déterminer le montant de la sanction, la cour d'appel n'avait pas à se référer au montant du chiffre d'affaires effectué par la société L'Entreprise industrielle dans le secteur des équipements des réseaux d'électricité et d'éclairage, l'article 13 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, applicable en l'espèce, visant le seul montant global du chiffre d'affaires réalisé en France au cours du dernier exercice par l'entreprise contrevenante* ».

Dans l'affaire du Pont de Normandie, la société Fougerolle faisait valoir que le chiffre d'affaires inscrit à son compte de résultat incluait les sommes recueillies au titre de diverses sociétés en participation dont elle était la gérante, et correspondait de ce fait non pas au résultat réel de l'entreprise poursuivie mais à une abstraction juridique liée à l'absence de personnalité morale des sociétés en participation créées pour la gestion des groupements d'entreprises. La même société soutenait que ce chiffre

d'affaires devait être corrigé de certaines opérations à long terme terminées cette année et comptabilisées au titre de cet exercice conformément aux pratiques comptables du secteur du BTP mais qui correspondaient à plusieurs années d'activité. La Cour de cassation, dans l'arrêt du 13 juillet 2004, a confirmé qu'aucune disposition légale n'autorise la déduction de l'assiette de la sanction du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise au titre de diverses sociétés en participation dont l'entreprise contrevenante est la gérante et a jugé le second moyen inopérant.

Sanctionnée par la décision 00-D-75 du 6 février 2001 du Conseil, la société SFPT-Interflora avait exposé devant la cour d'appel de Paris puis devant la Cour de cassation, que, pour se conformer aux nouvelles dispositions fiscales relatives à la taxe sur la valeur ajoutée édictée aux articles 256-V, 256 bis III et 266-1-b, elle était tenue de comptabiliser au titre de son chiffre d'affaires la totalité du prix de vente facturé aux consommateurs pour chaque opération réalisée par son entremise, alors que les recettes effectivement encaissées par elle étaient limitées au montant de la commission perçue à l'occasion de chaque opération de transmission florale à distance, si bien que le chiffre d'affaires comptabilisé au compte de résultat différait du chiffre d'affaires effectivement réalisé par cette même société. La Cour de cassation, dans un arrêt du 23 avril 2003 a confirmé sa jurisprudence constante selon laquelle le plafond des sanctions pécuniaires susceptibles d'être prononcées par le Conseil est calculé par référence « *au chiffre d'affaires global hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos et mentionné sur le compte de résultat de l'entreprise considérée* ».

Cette solution a été reprise dans l'arrêt Semiacs du 30 mars 2004, la cour d'appel de Paris ayant estimé que « ... [la] sanction pécuniaire est assise, en application des dispositions de l'article L. 464-2 du Code de commerce [...] sur le chiffre d'affaires global hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos et mentionné sur le compte de résultat de l'entreprise ». La requérante ne peut, dès lors, tirer argument du fait que ce chiffre d'affaires correspond pour l'essentiel à la rémunération de ses sous-traitants.

Une exception a été faite s'agissant du secteur bancaire pour lequel il a été admis que le produit bancaire brut pouvait être pris comme référence dès lors qu'il n'était pas soutenu que le plafond légal était dépassé.

Dans la décision 00-D-28 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du crédit immobilier, confirmée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 27 novembre 2001 et par la Cour de cassation dans un arrêt du 23 juin 2004, le Conseil a considéré qu'à défaut de chiffre d'affaires, non communiqué par certaines parties, le « produit bancaire brut » transmis par les intéressées (c'est-à-dire la somme des postes de produits d'exploitation bancaire représentant l'activité économique des établissements de crédit) avait pu valablement être pris en compte pour l'évaluation du montant maximal de la sanction encourue dès lors que les sanctions prononcées n'excédaient pas la limite légalement prévue.

#### • Sur la notion de dernier exercice clos

Le dernier exercice clos est celui clos au moment où le Conseil prend sa décision.

Toutefois, dans une affaire dans le secteur du béton préfabriqué, la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 13 décembre 2001, a considéré « *qu'afin*

*de prendre en compte de manière équitable la situation des entreprises, qui ne peuvent être pénalisées par la durée de la procédure, débutée en l'espèce courant décembre 1993 et ayant conduit à une décision du Conseil au mois de janvier 2001, sans qu'aucun retard dans l'instruction de l'affaire puisse être imputé aux requérantes, il convient d'avoir égard à l'évolution du chiffre d'affaires des entreprises qui justifient avoir développé leur activité de manière significative depuis le début de la procédure, notamment par voie de fusion, absorption ou acquisition, indépendamment, d'une part, de toute incidence de l'entente prohibée, d'autre part, de l'inflation et du loyer de l'argent ; »*

Mais dans la même affaire, alors que la société Farel faisait valoir qu'elle avait pris en location-gérance la société Clavel en 1993, soit postérieurement aux faits incriminés, ce qui avait eu pour conséquence de doubler son chiffre d'affaires, la cour, confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du 3 mars 2004, a jugé que la prise en location-gérance était antérieure à la saisine et que l'évolution du chiffre d'affaires était donc indépendante de la durée de la procédure.

La Cour de cassation, dans l'arrêt du 13 juillet 2004, relatif à l'affaire du Pont de Normandie, a précisé que le dernier exercice clos à prendre en considération pour déterminer l'assiette de la sanction était celui clos au moment où le Conseil de la concurrence a été appelé à statuer, soit celui de 1994, peu important que la décision de celui-ci ait été ultérieurement annulée et que la cour d'appel ait statué sur l'affaire en 2003.

### **L'application dans le temps des dispositions issues de la loi NRE**

Le Conseil a été conduit à préciser, dans plusieurs décisions, les conditions de l'application dans le temps des nouvelles dispositions relatives au plafond des sanctions, issues de la loi du 15 mai 2001. Il a rappelé, dans ces décisions, qu'en vertu du principe de non-rétroactivité des lois à caractère punitif plus sévères, ces dispositions, en ce qu'elles sont plus sévères que celles qui étaient en vigueur antérieurement, ne sont pas applicables aux pratiques qui ont été mises en œuvre antérieurement à la date d'entrée en vigueur de la loi, soit le 18 mai 2001, date de sa publication au *Journal officiel*. De plus, il a rappelé qu'il y avait lieu de tenir compte de l'article 94 de la loi du 15 mai 2001, selon lequel les dispositions de la nouvelle loi ne s'appliquent pas aux saisines antérieures à sa date d'entrée en vigueur. En revanche, s'agissant de saisines et de faits postérieurs à la date d'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001, le droit applicable est celui des nouvelles dispositions. Le Conseil a considéré qu'il en était de même en cas d'infractions continues, dont la mise en œuvre aurait débuté antérieurement au 15 mai 2001, et qui se seraient poursuivies postérieurement à cette date.

Ainsi, dans la décision 04-D-39 du 3 août 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de l'abattage et de la commercialisation d'animaux de boucherie, le Conseil a considéré que, pour les pratiques ayant consisté à refuser l'accès à l'abattoir de Laval et à se répartir les capacités de l'abattoir, qui étaient en cours à la date du 18 mai 2001, le plafond plus sévère s'appliquait (750 000 € en cas de procédure simplifiée), dès lors que la saisine était postérieure au 18 mai 2001 (art. 94 loi NRE). En revanche, pour la pratique ayant consisté à maintenir des tarifs à un niveau artificiellement bas, qui a duré jusqu'en mars 2001 et qui a donc eu

lieu exclusivement avant l'entrée en vigueur de la loi NRE, le Conseil a considéré qu'elle relevait de l'ancien texte ancien prévoyant un plafond de 76 224 €.

De même, dans la décision 05-D-65 du 30 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile, le Conseil a estimé que : « *L'échange d'informations a débuté en 1997 et s'est poursuivi jusqu'à la fin de 2003. Il est par ailleurs établi que les sociétés mises en cause se sont concertées afin de stabiliser leurs parts de marché de 2000 à 2002. Il s'agit donc d'infractions continues qui ont débuté avant l'entrée en vigueur, à la date du 18 mai 2001, de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques et qui se sont poursuivies après cette date. Les saisines, datées du 28 août 2001 et du 22 février 2002, sont postérieures à cette entrée en vigueur. Il en résulte que les dispositions du livre IV du Code de commerce applicables en l'espèce sont celles issues de la loi du 15 mai 2001.* »

Le Conseil a également précisé que dans le cas où des saisines antérieures à la date d'entrée en vigueur de la loi NRE et des saisines postérieures à cette date, auraient été jointes, les dispositions applicables étaient celles qui prévalaient avant l'entrée en vigueur de la loi (voir la décision 05-D-49 du 28 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location entretien des machines d'affranchissement postal).

### **Le plafond légal post-NRE**

La rédaction de l'article L. 464-2 issue de la loi du 15 mai 2001 prévoit que le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre.

En doublant le plafond légal, porté de 5 à 10 % et en élargissant l'assiette, le législateur a entendu accroître le caractère dissuasif des sanctions, comme le précise l'exposé des motifs du projet de loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001. Mais il ne faut pas déduire de cette intention qu'elle conduit à doubler systématiquement les sanctions par rapport à celles fixées précédemment. L'exposé des motifs montre également que cette extension a pour objectif de rendre possible une meilleure adaptation de l'assiette légale à des situations très diversifiées, afin d'en augmenter le caractère dissuasif : « *S'agissant des sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence, les mesures proposées visent à en renforcer le caractère dissuasif : l'assiette en est modifiée pour faire échec aux stratégies d'évasion, son taux maximum est porté à 10 % du chiffre d'affaires mondial (contre 5 % du chiffre d'affaires en France à l'heure actuelle) ; la réitération de pratiques prohibées est prise en compte dans l'appréciation de son montant : les sanctions sont mieux adaptées aux pratiques mises en œuvre par un groupe.* »

L'augmentation du plafond de la sanction doit, par exemple, permettre de sanctionner des entreprises « écran » ou des holdings auxquelles les pratiques doivent être imputées mais dont le faible niveau de chiffre d'affaires ne permettait pas, avec l'ancien plafond, d'infliger une sanction proportionnée à la gravité des pratiques et au dommage causé à l'économie, et suffisamment dissuasive. Elle doit également permettre de maintenir le caractère dissuasif

de la sanction en cas de restructurations intervenues au sein des groupes et à la suite desquelles l'entreprise auteur des pratiques existe toujours mais n'a plus de chiffre d'affaires, son activité ayant, par exemple, été transférée à une autre filiale du groupe, en France ou à l'étranger. S'agissant du plafond, qui intervient éventuellement pour écrêter une sanction proportionnée à l'importance du dommage causé à l'économie et à la gravité des pratiques, son alignement sur le chiffre d'affaires le plus élevé, sur une période de temps donnée, et sur le chiffre d'affaires mondial du groupe n'a que pour objet de permettre l'application effective de cette proportionnalité.

Dans la décision 05-D-65 du 30 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile, le Conseil a également été amené à faire application des dispositions de l'article L. 462-2 selon lesquelles « *si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante* » et a indiqué pour chacun des trois opérateurs mobiles sanctionnés, le chiffre d'affaires de la branche mobile (Orange France, SFR et Bouygues Télécom) ainsi que les chiffres d'affaires des entreprises consolidantes (France Télécom, Vivendi Universal et Bouygues). Pour France Télécom et Bouygues, il a constaté que le chiffre d'affaires de l'année 2004, qui était le dernier disponible, était également le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. En revanche, pour Vivendi Universal, c'est le chiffre d'affaires de l'année 2002 qui était le plus élevé.

### **Le plafond légal si le contrevenant n'est pas une entreprise**

L'article L. 464-2 prévoit que si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 10 millions de francs (1,524 million d'euros), dans sa rédaction antérieure au 15 mai 2001, ou 3 millions d'euros, dans sa rédaction postérieure au 15 mai 2001.

### **Le plafond légal en cas de mise en œuvre de la procédure simplifiée**

La mise en œuvre de la procédure simplifiée prévue à l'article L. 464-5 a pour effet de limiter la sanction maximale pouvant être infligée à 750 000 euros dans la rédaction postérieure au 15 mai 2001 (ce montant était de 500 000 F, soit 76 224 euros, dans la rédaction antérieure).

### **La gravité des pratiques**

Dans son rapport annuel pour l'année 1997, le Conseil de la concurrence avait réparti les pratiques sanctionnées en trois grandes catégories, en fonction du trouble causé au fonctionnement du marché, c'est-à-dire de la profondeur et de l'étendue de l'atteinte à l'exercice de la concurrence. Trois grandes catégories de pratiques étaient ainsi identifiées :

« ...1. Une première catégorie de pratiques regroupe celles qui ne causent qu'un trouble limité au fonctionnement du marché et n'affectent la concurrence que d'une manière marginale. Ces pratiques peuvent être inspirées



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

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

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

Ces trois catégories correspondaient à celles définies par la Commission européenne dans ses lignes directrices de 1998 : infractions peu graves – principalement les restrictions verticales dont l'effet sur l'économie reste limité – pour lesquelles les amendes envisageables sont de l'ordre de 1 000 à 1 million d'euros ; infractions graves, principalement les restrictions horizontales, les restrictions verticales les plus graves et les abus de position dominante (de 1 à 20 millions d'euros) ; infractions très graves telles que les cartels de prix, les ententes de répartition de marché, les pratiques de cloisonnement et les abus caractérisés de position dominante (montant supérieur à 20 millions d'euros).

On peut toutefois noter que la plupart des pratiques qui, en 1998, étaient présentées comme les moins graves, correspondent de fait à des restrictions verticales sur lesquelles les autorités de la concurrence portent aujourd'hui, à la suite de l'adoption du Règlement d'exemption de décembre 1999 et de la publication des Lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales, une appréciation plus nuancée, les amenant plus fréquemment qu'auparavant à conclure qu'elles ne portent pas significativement atteinte à la concurrence.

Par ailleurs, comme cela a déjà été mentionné ci-dessus, la Commission européenne s'apprête à mettre en place une nouvelle méthode de calcul des sanctions pécuniaires. À partir d'une sanction de base, fixée non plus en valeur absolue mais en pourcentage du marché affecté par les pratiques, la gravité des pratiques serait prise en compte en ajoutant une part supplémentaire du marché affecté à ce montant de base, dans le cas de pratiques d'entente sur les prix, sur le partage du marché ou de limitation de la production, dont la Commission rappelle qu'elles sont habituellement secrètes, qu'elles sont les plus dommageables et doivent être fermement dissuadées.

Des circonstances aggravantes seraient également prises en compte, telles que la poursuite des comportements après leur découverte ou la réitération

des pratiques, le refus de coopérer ou l'obstruction aux mesures d'instruction, le rôle de leader ou d'initiateur d'une entente et les mesures de contraintes ou de rétorsion qu'auraient prises une entreprise à l'égard d'autres pour les contraindre à participer à des comportements illégaux.

Pour les autorités de concurrence, une pratique est donc d'autant plus grave qu'elle est injustifiable, et que son caractère secret ou caché en démontre l'objet anticoncurrentiel et la volonté manifeste des entreprises de porter atteinte à la concurrence. Ce type de pratique coïncide largement avec celles qui sont les plus dommageables à l'économie, ainsi que l'OCDE l'a constaté dans sa recommandation du 25 mars 1998 sur les ententes injustifiables : *« Les ententes qui ont un caractère caché durable, qui couvrent la totalité ou la quasi-totalité d'un marché et qui portent sur les prix, les quantités livrées ou une répartition de la clientèle. Les affaires en question s'opposent à celles qui sont relatives à des ententes organisées en vue de répondre à des appels d'offres, lesquelles ont, au moins pour ce que l'on peut en juger au travers des dossiers examinés, un caractère plus ponctuel et ne réunissent le plus souvent qu'une partie des opérateurs. Lorsqu'ils fonctionnent à la satisfaction de leurs initiateurs, les "cartels injustifiables" peuvent provoquer des dommages redoutables à l'économie : le marché, malgré la pluralité des opérateurs qui y sont actifs, fonctionne alors comme s'il existait un véritable monopole, les prix étant fixés en commun à un niveau supérieur à ce que serait le prix résultant d'une concurrence par les mérites. La théorie économique démontre que de telles situations ont deux conséquences : un transfert de richesse des clients vers les producteurs engagés dans le cartel et une perte globale de richesse pour l'économie. La lutte contre ces cartels constitue donc, pour les autorités de la concurrence, une priorité. »*

Par exemple, dans une décision 05-D-47 du 28 juillet 2005, le Conseil a rappelé cette analyse de l'OCDE à propos d'une entente entre des entreprises spécialisées dans la destruction des munitions et armements qui avait pris la forme de réunions systématiques, tenues de façon clandestine au domicile de l'un des dirigeants des entreprises concernées, au cours desquelles les marchés étaient répartis entre les participants.

Les pratiques ayant un caractère ponctuel ou fortuit doivent aussi être opposées à celles qui sont mises en œuvre sur une période longue ou de façon suivie et répétée, car la probabilité que leur auteur ait pu ignorer leur effet anticoncurrentiel est de fait réduite. La durée des pratiques, qui est un élément qui majore arithmétiquement le dommage à l'économie, comme on le verra ci-dessous est donc également un élément de fait qui est retenu dans la motivation de la gravité des pratiques.

De même, le montant du marché affecté, le nombre d'entreprises parties à une entente, le caractère captif des consommateurs – qui sont autant d'éléments susceptibles de peser sur l'importance du dommage à l'économie – caractérisent également la gravité d'une pratique.

La cour d'appel de Paris a ainsi considéré, s'agissant de l'appréciation des sanctions encourues par les entreprises ayant participé à une entente lors de soumissions à des appels d'offres pour la construction des ouvrages d'art pour la réalisation de l'autoroute A84, dite « Route des Estuaires », dans le département de la Manche, que le caractère de gravité résultait non seulement de la nature même de ces pratiques, constitutives d'une

entente horizontale en vue d'une répartition des marchés, mais aussi de l'ampleur de la concertation, qui résultait de l'importance des sommes en cause, le montant global du marché dépassant 26 000 000 euros et du grand nombre de ses participants.

## L'importance du dommage causé à l'économie

### *La notion de dommage causé à l'économie*

Le dommage causé par une pratique anticoncurrentielle peut être analysé schématiquement à travers les effets d'une hausse de prix sur un marché de produits de consommation à la suite d'un cartel de prix :

- d'une part, moins de consommateurs sont prêts à acheter le produit à ce niveau de prix et les quantités échangées diminuent. Plus la demande est élastique, c'est-à-dire sensible au prix, plus l'effet sur les quantités est important ;
- d'autre part, les consommateurs qui ont malgré tout acheté le bien, l'ont payé plus cher : en quelque sorte, ils sont victimes d'une spoliation. Celle-ci est d'autant plus importante que ces consommateurs sont captifs ou peu sensibles au prix, parce qu'il s'agit par exemple d'un bien de première nécessité pour lequel la demande a une faible élasticité au prix.

L'importance relative de ces deux effets dépend donc de la sensibilité de la demande au prix (*cf.* encadré ci-dessous), mais c'est la somme des deux (perte du surplus des consommateurs : *cf.* encadré ci-dessous) qui doit être considérée comme le dommage à l'importance duquel la sanction doit donc être proportionnée.

En effet, quand les quantités consommées baissent à la suite d'une hausse des prix, le dommage est généré par la perte des échanges (qui étaient profitables en situation concurrentielle mais qui n'ont pas eu lieu du fait des pratiques). Cependant, le bénéfice que pourrait tirer l'entreprise de la pratique est lui-même potentiellement amputé des ventes qu'elle ne réalisera pas. Cela signifie que, au-delà d'un certain niveau d'élasticité-prix, une pratique visant à augmenter le prix de ce bien risque fort de ne pas être profitable pour les entreprises et que l'incitation à la mettre en œuvre est nulle.

En revanche, l'incitation à mettre en œuvre une pratique anticoncurrentielle permettant d'élever le prix de vente est d'autant plus forte que l'élasticité-prix est faible, (cas par exemple, de biens indispensables). Lorsque la hausse des prix considérée entraîne peu de variation des quantités achetées, le dommage est essentiellement constitué du surprix payé par les consommateurs, au bénéfice des entreprises qui ont augmenté leur prix, et la pratique est d'autant plus profitable pour elles.

En conséquence, comme cela a été rappelé ci-dessus, les pratiques qui ont pour effet de renchérir le prix de biens de première nécessité ou pour lesquels la demande est inélastique pour d'autres raisons, comme les médicaments, sont considérées par la jurisprudence comme particulièrement dommageables.

Les effets d'une hausse de prix sur le bien-être des consommateurs peuvent être plus ou moins directs et plus ou moins différés dans le temps. Les effets

de pratiques qui prennent la forme d'une exclusion ou d'une marginalisation d'entreprises concurrentes sont ainsi indirects et n'atteignent les consommateurs que dans un second temps. Dans un premier temps, les pratiques telles que, par exemple, les prix prédateurs, n'ont *a priori* pas pour effet d'augmenter les prix aux consommateurs. En revanche, dans un second temps, une fois l'exclusion ou la marginalisation des concurrents acquise, les prix montent avec les effets décrits ci-dessus, sur les quantités consommées et le surplus des consommateurs sur ce marché.

Au-delà de son objet immédiat sur la fixation des prix ou des quantités, une pratique anticoncurrentielle, surtout si elle est particulièrement grave et caractérisée comme un cartel horizontal, peut atteindre la structure du marché et avoir des effets durables, qui se traduisent *in fine* sur les prix, la qualité des produits ou l'incitation à l'innovation, au détriment des consommateurs.

Les pratiques peuvent, par ailleurs, être constatées sur un marché donné mais avoir des répercussions sur l'équilibre général de l'économie du fait des liens entre les différents marchés<sup>13</sup>. Par exemple, s'il s'agit d'un bien utilisé sur de nombreux marchés en aval ou d'une infrastructure ouvrant l'accès à de nombreux marchés, les pratiques anticoncurrentielles qui ont pour effet un renchérissement de ce bien ou de l'accès à cette infrastructure causeront un dommage dépassant les seuls échanges sur le marché amont.

Par exemple, dans la décision 03-D-43 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom dans le secteur des annuaires téléphoniques, le Conseil de la concurrence a montré que le prix de cession de la base annuaire offert par France Télécom à ses concurrents sur le marché aval des services d'annuaires et de renseignement était excessif. Il a estimé que ce prix excessif avait eu pour effet de créer une barrière artificielle à l'entrée sur les marchés en aval et d'empêcher le développement d'activités concurrentes de celles de France Télécom, en particulier les services d'annuaire et de renseignement, et avait fait obstacle, au préjudice des consommateurs, à la baisse des prix des services concernés, et à l'apparition de services innovants, qu'aurait favorisées le libre jeu de la concurrence et que « *la France reste l'un des derniers pays où les marchés des annuaires et des services de renseignements demeurent largement dominés par l'opérateur historique, à des conditions tarifaires très élevées* ». La cour d'appel de Paris, confirmant cette décision dans un arrêt du 6 avril 2004, a considéré que le dommage à l'économie était établi en l'espèce, par des tarifs de cession de la base annuaire qui ne permettent pas concrètement aux concurrents potentiels de France Télécom d'entrer normalement sur le marché.

Enfin, les déséquilibres peuvent se répercuter sur d'autres marchés du fait des effets de revenu : le fait d'acheter des biens à un prix plus élevé sur un marché ampute le revenu des consommateurs disponible pour l'achat de biens ou services sur d'autres marchés. À l'inverse, si les consommateurs réduisent les quantités achetées sur un marché en raison d'une hausse des

13. Les variations de prix et de quantités ont des répercussions sur les courbes d'offre et de demande sur les marchés situés en amont et en aval du marché directement concerné ou sur les marchés de biens complémentaires.

prix, les sommes correspondantes peuvent être affectées à l'achat de biens ou services sur d'autres marchés.

Le surprofit, c'est-à-dire ce que l'entreprise contrevenante a gagné grâce à la pratique anticoncurrentielle, constitue un minorant du dommage causé à l'économie. Lorsque la demande des consommateurs est inélastique, une hausse de prix ne modifie pas ou peu la quantité de biens demandée et le surprofit de l'entreprise est quasiment égal à la perte de surplus des consommateurs : une pratique qui augmente les prix conduit alors à un transfert de surplus entre entreprises et consommateurs sans modifier, sur le marché concerné, le nombre d'échanges entre acteurs. En d'autres termes, plus les caractéristiques d'un bien le rapprochent d'un bien de première nécessité (moins la demande est réactive au prix), plus la variation du surprofit est de la même ampleur que celle du surplus du consommateur.

En revanche, lorsque la demande est sensible au prix, les quantités échangées sur le marché baissent à la suite d'une hausse des prix. Le dommage causé excède donc le surprofit. De même, le surprofit, réalisé par l'entreprise auteur des pratiques sur un marché donné, ne tient pas compte de l'extension du dommage à d'autres marchés et à l'économie générale, du fait des effets décrits ci-dessus.

### Définition du surplus du consommateur, du surplus des entreprises et du surplus global

Schématiquement, deux types d'acteurs interviennent sur un marché, les offreurs (en général des entreprises) et les demandeurs (consommateurs finals ou entreprises lorsqu'il s'agit d'un marché intermédiaire).

Il est possible d'attribuer à chacun de ces acteurs un indicateur permettant de mesurer ou d'évaluer le gain qu'il retire de l'échange sur le marché. Cet indicateur s'appelle le surplus. Il est fonction du prix et des quantités échangées et dépend également de l'allure des courbes de demande et d'offre du marché. On distingue communément le surplus des consommateurs, celui des entreprises et le surplus global (ou collectif).

#### • *Définition du surplus du consommateur, du surplus des entreprises et du surplus global*

Le **surplus des consommateurs** correspond au gain réalisé par les consommateurs qui étaient prêts, compte tenu de leur fonction d'utilité, de leurs goûts ou encore de leurs disponibilités financières, à payer plus que le prix constaté sur le marché : il correspond en quelque sorte à un gain de pouvoir d'achat.

Le **surplus des entreprises**, ou plus simplement le profit, correspond à la différence entre les coûts unitaires (ou marginaux) des entreprises et le prix constaté sur ce marché. Il dépend donc de la fonction de production de chaque entreprise et donc intrinsèquement de leur efficacité.

La somme des deux constitue le **surplus global ou collectif** qui mesure ce que la société prise dans son ensemble a gagné grâce aux échanges réalisés sur le marché considéré (ou pertinent dans le cadre du droit de la concurrence).

#### • *Effets d'une hausse des prix sur ces différents surplus*

Des mouvements de prix ou de quantités, tels que ceux qui résultent d'une pratique anticoncurrentielle ont pour effet de faire varier ces différents surplus

dans des proportions qui dépendent de l'élasticité-prix de la demande et de la fonction de coût de l'entreprise.

L'ampleur de **l'effet d'une hausse des prix sur le surplus du consommateur** dépend de l'élasticité-prix de la demande, c'est-à-dire du comportement des consommateurs face à une variation des prix. Si cette élasticité est positive (cas de biens normaux), les quantités consommées diminuent. En cas de demande inélastique, les quantités consommées ne baissent pas, en dépit de la hausse des prix. Il peut s'agir par exemple de biens de première nécessité, indispensables. On laisse de côté les biens spéculatifs ou de prestige social qui peuvent obéir à des mécanismes différents. Lorsque les biens sont « normaux », la demande pour le bien est une fonction décroissante du prix. Schématiquement, une hausse des prix aura pour effet une perte de surplus des consommateurs et un recul des quantités vendues.

**L'effet d'une hausse des prix sur le surplus de l'entreprise contrevenante** est la somme de deux effets contraires : la hausse du prix a un effet positif sur le profit de l'entreprise tandis que la baisse des quantités vendues a un effet négatif. Globalement, l'effet peut donc être tantôt positif, tantôt négatif, tantôt neutre et dépend notamment de la fonction de coût (c'est-à-dire du processus de production de l'entreprise). Schématiquement, l'effet est positif si le profit supplémentaire réalisé grâce à la hausse de prix sur les unités vendues est supérieur à la perte de profit qui aurait été fait sur les unités qui ne sont plus vendues. Les entreprises étant des acteurs rationnels, on admet a priori que l'effet global pour l'entreprise qui commet une pratique anticoncurrentielle est positif et que les pratiques anticoncurrentielles dégagent donc un « surprofit » pour les entreprises qui les mettent en œuvre.

L'ampleur et le sens des effets sur le surplus du consommateur et sur le surplus de l'entreprise conditionnent **l'effet d'une hausse des prix sur le surplus global**, qui peut donc n'être ni de la même ampleur, ni du même sens, que l'effet sur le surplus du consommateur. Ainsi, lorsque la hausse du surplus des entreprises due à la pratique est plus importante que la baisse du surplus des consommateurs, le surplus collectif augmente. Si elle est de même ampleur, il n'y a pas d'atteinte au surplus collectif.

**En cas d'élasticité des prix élevée, l'effet d'une variation des prix sur le surplus des consommateurs est moins fort qu'en cas d'élasticité des prix faibles.** En effet, dans le premier cas, les quantités consommées baissent plus et la perte de surplus des consommateurs est donc moins importante. En revanche, en cas d'élasticité des prix faibles (par exemple de biens de première nécessité), les quantités consommées baissent peu (voire pas du tout), les consommateurs acceptent de payer plus et leur perte de surplus est plus importante.

**À l'inverse, l'effet d'une variation des prix sur le surplus global est plus important en cas d'élasticité des prix élevée qu'en cas d'élasticité des prix faible.** Dans le premier cas, une élasticité-prix importante se traduit pour les entreprises par une augmentation de profit moindre, les gains liés à la hausse des prix étant plus rapidement compensés par la baisse des quantités vendues. Donc, la hausse du surplus des entreprises ne compense que partiellement la perte de surplus de consommateurs. En cas de demande faiblement élastique (voire inélastique), la hausse de profit des entreprises est plus forte et compense en partie la perte de surplus des consommateurs, même si celle-ci est plus importante. La pratique se traduit alors essentiellement par un partage du surplus global moins favorable au consommateur.

### Les éléments d'appréciation de l'importance du dommage à l'économie

Il convient tout d'abord de relever que l'article L. 464-2 du Code de commerce fait référence à l'importance du dommage à l'économie : il n'exige donc pas une évaluation précise du niveau de ce dommage. Une telle évaluation quantitative est, en effet, très difficile à effectuer. Elle nécessite, par exemple, d'isoler l'effet des pratiques de l'ensemble des autres facteurs susceptibles d'avoir eu un effet sur les prix et les quantités consommées pendant la période en cause. La Cour de cassation a d'ailleurs admis que l'existence d'un dommage à l'économie puisse être inférée de l'atteinte à la concurrence portée par la pratique <sup>14</sup> :

Par exemple, dans un arrêt du 10 janvier 1995, société SOGEA, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel de Paris d'avoir rappelé que « *le dommage à l'économie est présumé par la loi dès lors que l'existence d'une entente est établie* ». Dans un arrêt du 24 janvier 1995, elle a encore approuvé la cour d'appel d'avoir constaté que durant la période de 1988 à 1991, les pratiques incriminées d'origine ancienne, avaient empêché le jeu normal de la concurrence par les prix sur les déménagements des marins de la marine nationale. Elle a considéré que la cour d'appel n'avait donc pas à rechercher quelle avait été l'influence de ces pratiques sur le prix des déménagements. Dans un arrêt du 18 mai 1999, société Pont-à-Mousson, elle a de même relevé que « *la cour d'appel, appréciant le dommage porté à l'économie, a énoncé que la stratégie d'éviction de la société Pont-à-Mousson a créé artificiellement une barrière à l'entrée sur le marché d'une entreprise concurrente et a eu une réelle influence sur l'intensité de la concurrence que pouvaient se faire ces deux sociétés* ».

Plus récemment, s'agissant de l'appréciation des sanctions encourues par les entreprises ayant participé à une entente lors de soumissions à des appels d'offres pour la construction des ouvrages d'art pour la réalisation de l'autoroute A84, dite « Route des Estuaires », (arrêt du 7 mars 2006), la cour d'appel de Paris a, à nouveau, considéré que « *le dommage causé à l'économie, qui est indépendant du dommage souffert par le maître d'ouvrage, est établi, ne serait-ce qu'en raison de l'entrave portée au jeu normal de la concurrence entre les compétiteurs sélectionnés par la DDE de la Manche, de la tromperie qui en est résultée sur la réalité de cette concurrence, de la durée des pratiques relevées par le Conseil, qui se sont poursuivies pendant plus d'un an, une telle action concertée étant répréhensible du seul fait de son existence* ».

Dans l'arrêt Novartis Pharma du 30 mars 2004, la cour d'appel de Paris, rejetant l'argument du laboratoire relatif à l'incidence minimale de la perte d'appels d'offres pour ses concurrents, a considéré que « *le dommage à l'économie ne peut se réduire à une "perte" objectivement mesurable* » et qu'il fallait tenir compte « *au-delà de la perte de marge subie par les entreprises concurrentes évincées* », du fait que la menace et la réalité de cette éviction avaient incontestablement affaibli la capacité concurrentielle des autres laboratoires.

14. Carole Champalaune, Le contrôle de la proportionnalité des sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence par la Cour de cassation, conférence à la Cour de cassation, 29 septembre 2004.

*A fortiori*, la Cour de cassation a précisé que la contribution de telle ou telle entreprise au dommage à l'économie n'avait pas à être quantifiée, le dommage à l'économie étant causé par une pratique dans son entier.

L'importance du dommage peut toutefois être appréciée par divers éléments d'ordre quantitatif ou qualitatif, qui sont la taille du marché et la part de ce marché affectée par les pratiques, l'ampleur de la réaction des prix et des quantités aux pratiques et la durée des pratiques.

#### • La taille et la part relative du marché affecté

En premier lieu, le dommage à l'économie dépend de la taille du marché affecté par les pratiques. Il sera d'autant plus important que le marché est de grande taille, et que le ou les auteurs des pratiques y détiennent une part élevée.

De fait, le marché affecté sert d'assiette dans les méthodes forfaitaires d'évaluation du dommage à l'économie, comme celle appliquée aux États-Unis s'agissant des cartels (la sanction de base est égale à 20 % du marché affecté). La Commission européenne envisage également de modifier la méthode de calcul des sanctions qu'elle avait adoptée depuis les lignes directrices de 1998. La sanction de base ne serait plus assise sur une somme forfaitaire en fonction du degré de gravité de la pratique, mais serait égale à un pourcentage du marché affecté par les pratiques, défini comme la somme des ventes réalisées sur ce marché par les entreprises contrevenantes.

Dans la décision 00-D-28 relative à des pratiques dans le secteur du crédit immobilier, dans laquelle plusieurs sanctions supérieures à 10 millions d'euros ont été infligées, le Conseil a relevé que le montant des crédits susceptibles d'être renégociés, d'environ 600 milliards de francs, fournissait un ordre de grandeur. Il a toutefois également noté que l'accord national n'avait pas été appliqué de manière uniforme.

Dans la pratique du Conseil, le fait que la pratique soit mise en œuvre par une entreprise en position dominante ou qu'une entente réunisse la plupart des entreprises présentes sur un marché est systématiquement relevé.

La taille du marché affecté ne doit pas se confondre avec le chiffre d'affaires qui sert d'assiette pour le calcul du plafond de sanction énoncé au troisième alinéa du I de l'article L. 464-2. En premier lieu, la taille du marché affecté s'apprécie sur l'ensemble de la période de mise en œuvre des pratiques et ne coïncide donc pas avec un chiffre d'affaires annuel. La période de mise en œuvre des pratiques ne correspond pas non plus au dernier exercice clos (rédaction antérieure à la loi NRE) ni même à l'exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre pour lequel il est constaté le chiffre d'affaires le plus élevé.

En second lieu, lorsque l'entreprise, ou le groupe auquel elle appartient, a des activités sur d'autres marchés que celui ou ceux affectés par les pratiques, parce qu'elle opère sur d'autres marchés géographiques ou sur d'autres secteurs, son chiffre d'affaires peut dépasser très largement celui réalisé sur le seul marché affecté. Ceci explique notamment que les grandes entreprises présentes sur plusieurs marchés peuvent se voir infliger, en pourcentage du plafond légal, des sanctions optiquement moins lourdes que celles infligées à de petites entreprises mono-activité, mais proportionnées à



la gravité des pratiques qu'elles ont mises en œuvre, au dommage qu'elles ont causé à l'économie et à leur situation.

Dans le cas particulier des ententes dans le cadre de soumissions à des appels d'offres, l'appel d'offres concerné est, de jurisprudence constante, considéré comme le marché pertinent sur lequel la concurrence a été faussée par les pratiques. Il peut être de taille beaucoup plus réduite que le chiffre d'affaires annuel cumulé des entreprises parties à l'entente. C'est le montant du marché qui est alors considéré comme le marché affecté et dont le montant sert à apprécier l'importance du dommage à l'économie, auquel la sanction doit être proportionnée, comme l'a rappelé la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 15 décembre 2005.

Toutefois, dans certains cas particuliers, il est considéré que l'importance du dommage dépasse le seul marché pertinent directement affecté par les pratiques et qu'il convient de prendre en compte les répercussions des pratiques sur des marchés connexes et sur l'économie en général.

C'est notamment le cas lorsque la pratique revêt un caractère d'exemplarité tel, que le dommage est susceptible de s'étendre à l'ensemble d'un secteur ou lorsque la pratique est mise en œuvre par un grand groupe, aux activités diversifiées – qui opère sur des marchés mondiaux ou de multiples marchés géographiques – ce qui lui donne un caractère plus dommageable que si elle était mise en œuvre par une entreprise mono-activité réalisant le même chiffre d'affaires que le groupe sur l'activité concernée.

Par exemple, dans un arrêt du 3 mai 1995 pour l'Entreprise industrielle, la Cour de cassation a jugé que « *les agissements de cette entreprise avaient contribué, sur le marché concernant l'éclairage public de la commune intéressée, non seulement à fausser localement le jeu de la concurrence, mais encore à "convaincre" les autres entreprises soumissionnaires, lesquelles étaient de taille inférieure, que ce type de comportement était général et à les inciter à l'adopter pour d'autres marchés ; qu'ayant ainsi établi le dommage porté, tant au marché de référence qu'à l'économie en général [...]* ».

De même, dans un arrêt du 12 mars 1996, elle confirme que « *pour vérifier si la sanction pécuniaire infligée à la société était proportionnée à la gravité des faits, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise, l'arrêt [de la cour d'appel de Paris] s'est référé à la décision du Conseil de la concurrence, qui précisait notamment que ce dommage ne résultait pas seulement de l'incidence potentielle de ces pratiques sur le montant du marché mais également de l'atteinte grave portée à l'ordre public économique par l'entente entre dix entreprises de taille moyenne réalisant la totalité de leurs chiffres d'affaires dans le secteur du bâtiment et des travaux publics* ».

C'est également le cas lorsque le bien en cause est une matière première utilisée dans de nombreuses industries.

Ainsi, dans une décision 02-D-57 du 19 septembre 2002, le Conseil a relevé que pour apprécier le dommage causé à l'économie par ces pratiques, il convient de tenir compte du fait que les roulements à billes sont un matériel indispensable au fonctionnement de toute machine mécanique et sont donc utilisés dans de très nombreuses branches de l'activité économique

et que, s'agissant du secteur de la première monte, les décisions prises par les acheteurs en ce qui concerne le matériel retenu, engagent celles qui sont prises pour le renouvellement.

### • Les mouvements de prix ou de quantités

Les mouvements de prix ou de quantités imputables aux pratiques peuvent être simplement constatés, par exemple, lorsqu'il s'agit d'une entente sur une hausse de prix.

L'impact sur les prix et les quantités est parfois directement appréhendé à travers l'effet des pratiques sur le profit de l'entreprise auteur des pratiques :

Dans l'arrêt du 6 mai 1997 par lequel elle se prononce sur des pratiques mises en œuvre à l'occasion de la construction du pont de Normandie, la cour d'appel de Paris relève qu'est « *notamment établi, en l'espèce, que des concertations avaient pour objectif de dégager un "surbénéfice" de 6 % (pont de Rochefort) et que d'autres ont eu pour effet d'augmenter de plus de 40 % le prix du béton (pont de Normandie) »*.

Dans l'arrêt du 8 mai 1997 confirmant la décision 96-D-12 du 5 mars 1996 relative aux pratiques mises en œuvre par la société Lilly France dans le secteur des spécialités pharmaceutiques destinées aux hôpitaux, la cour d'appel de Paris a noté les mouvements de prix suivants : « *Que les services du ministère de l'Économie ont évalué que si Lilly France n'avait pas mis en œuvre les ventes par lots à l'égard des hôpitaux de province et pratiqué les prix qu'elle a appliqués aux livraisons à l'Assistance publique – laquelle avait refusé les remises de couplage – les centres hospitaliers auraient réalisé une économie de 10 millions de francs par an ; Que, de surcroît, les augmentations de prix du Dobutrex appliquées par Lilly France, qui lui ont permis de proposer utilement les ventes par lots aux acheteurs publics soumis aux restrictions budgétaires, lui ont assuré un bénéfice supplémentaire, équivalant à 21 millions de francs par an si elles avaient été appliquées au début de la période de trois ans ; Qu'enfin, le prix de la Vancomycine, médicament générique, aurait baissé sensiblement si le jeu de la concurrence avait pu s'exprimer librement. »*

Dans la décision 03-D-43 déjà citée ci-dessus, le Conseil a relevé que, sur le marché de l'édition d'annuaires, les prix élevés généraient des profits importants et que France Télécom avait réalisé avec cette activité, en 2000, un bénéfice d'exploitation de 850 MF, soit environ 20 % du chiffre d'affaires correspondant et que, s'agissant du renseignement par téléphone, France Télécom détenait, avec le 12, plus de 95 % du marché et que, si elle est largement déficitaire (595 MF en 2000), c'est en raison de « *coûts qui ne correspondent pas nécessairement à ceux d'un opérateur efficace proposant ce service »*, comme le notait l'ART dans un avis n° 98-1055 en date du 23 décembre 1998. Le Conseil a aussi estimé que le dommage à l'économie pouvait également être approché par l'évaluation du profit perçu par France Télécom sur la fourniture de la base annuaire, correspondant à la différence entre les sommes facturées par France Télécom et les coûts incrémentaux de fourniture de la base annuaire, en notant toutefois que ce profit était réalisé sur le marché intermédiaire de fourniture des données de l'annuaire, alors que le dommage à l'économie à prendre en compte affectait les marchés avals, tels ceux des services d'annuaires et de renseignements ou du marketing direct et qu'il s'agissait

donc d'une estimation basse du dommage réel. La cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 6 avril 2004 confirmant cette décision, a jugé que le dommage à l'économie était établi en l'espèce [...] par la réalisation par France Télécom de profits, évalués à 15 ME en 4 ans, liés à des facturations non conformes à l'injonction délivrée par la cour d'appel.

Sinon, il convient de prendre en compte les éléments qui sont de nature à influencer sur la réaction des prix ou des quantités échangées en réponse à une pratique anticoncurrentielle. Ainsi, l'existence de fortes barrières à l'entrée, préexistantes à la mise en œuvre des pratiques, est de nature à renforcer l'effet des pratiques sur les prix et les quantités. Les éléments relatifs à l'élasticité-prix de la demande permettent aussi d'apprécier l'importance des effets des pratiques. Il peut ainsi être relevé qu'il n'existe pas de substitut pour le produit ou qu'il s'agit de biens de première nécessité. La faible sensibilité de la demande au prix est, par exemple, systématiquement relevée dans les affaires d'entente à l'occasion de marchés publics, de pompes funèbres ou de médicaments. De même, l'existence de coûts de changements (switching costs) élevés, qui rendent le consommateur captif, est de nature à accroître la perte de surplus du consommateur en cas de pratiques anticoncurrentielles.

Par exemple, dans une décision 00-D-39 du 24 janvier 2001 relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de la production et de la distribution des produits en béton préfabriqués, le Conseil a tenu compte du fait que, pour apprécier le dommage à l'économie, il convient de tenir compte du fait que les ententes s'étaient traduites par une hausse générale et parfois massive des prix effectivement pratiqués pour des agglomérés d'usage courant utilisés en particulier pour la construction des logements et pour lesquels il n'existait pas de substitut. La cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 14 décembre 2001, a confirmé cette analyse en précisant qu'il s'agissait d'un produit pour lequel l'élasticité de la demande au prix était très faible.

Le Conseil a également relevé que la baguette de pain était un produit de première nécessité (04-D-13).

L'effet sur les prix des pratiques peut éventuellement être estimé par comparaison avec d'autres marchés géographiques.

Dans la décision 00-D-54 relative à des pratiques des INC, l'évaluation du dommage à l'économie a été faite en comparant le volume des ventes avant et après la pratique : « *Selon l'audit présenté au Conseil d'administration de l'INC le 29 juillet 1994, la cessation de la publicité télévisée s'est traduite par une diminution des ventes de la revue en kiosque estimée entre 40 000 et 80 000 exemplaires, le chiffre d'affaires annuel réalisé grâce à la pratique illicite peut être évalué à 37 millions de francs.* »

Des considérations plus qualitatives sur les effets des pratiques peuvent aussi être prises en compte, comme le fait que le marché affecté soit un marché émergent ou nouvellement ouvert à la concurrence.

Enfin, il convient de relever que, dans les affaires d'ententes à l'occasion d'appels d'offres relatifs à des marchés publics, le fait que l'appel ait été déclaré infructueux du fait du niveau trop élevé des soumissions, ne signifie pas que le dommage à l'économie est nul, même si la collectivité n'a pas conclu à ce prix : les coûts liés à l'organisation d'un nouvel appel d'offres, à la charge de la collectivité, constituent un dommage causé par la pratique.

### • La durée des pratiques

La durée de mise en œuvre des pratiques est prise en compte ainsi que la durée de leurs effets. Le Conseil relève donc si la pratique a eu des effets purement conjoncturels – et donc susceptibles de disparaître dès la cessation des pratiques – ou si elle a eu des effets sur la structure du marché, par exemple, du fait de la sortie d'un concurrent, de tels effets structurels étant susceptibles de perdurer après la cessation des comportements mis en cause.

### Les éléments de personnalisation de la sanction

Plusieurs éléments sont pris en compte afin d'assurer l'individualisation des sanctions : la taille des entreprises, leur situation financière et leur comportement individuel dans la mise en œuvre des pratiques.

En revanche, la Cour de cassation a déjà affirmé à de nombreuses reprises que l'appréciation du dommage à l'économie et de la gravité des pratiques n'avait pas à être individualisée pour chaque entreprise.

### La taille de l'entreprise

Le principe de proportionnalité et notamment la faculté contributive d'une entreprise s'apprécient en premier lieu au regard de sa taille.

L'indicateur le plus représentatif et le plus accessible de la taille d'une entreprise est son chiffre d'affaires. Mais d'autres facteurs, comme le statut juridique de l'entreprise (entreprise indépendante, filiale d'un grand groupe) ou la diversité de ses activités peuvent être pris en compte.

Lorsque le contrevenant n'est pas une entreprise, mais une association ou un ordre professionnel, le Conseil tient compte de leurs ressources, généralement constituées par les cotisations de leurs adhérents. Toutefois, la prise en considération, parallèlement, de l'importance du dommage à l'économie ou de la gravité des pratiques peut l'amener à infliger une sanction dépassant ce montant, celui-ci ne constituant pas un plafond légal, fixé par l'article L. 464-2 à 3 millions d'euros.

### La situation financière

Les situations extrêmes – dépôt de bilan, redressement ou liquidation judiciaire – justifiant un traitement particulier, peuvent conduire le Conseil à fixer la sanction à un montant symbolique ou à renoncer à prononcer une sanction.

Par exemple, le Conseil a estimé dans la décision 04-D-15 que pour les deux entreprises mises en cause, le prononcé d'une sanction pécuniaire n'apparaissait pas opportun eu égard à la procédure collective dont elles avaient fait l'objet, un jugement de liquidation judiciaire ayant été prononcé à leur encontre, et bien qu'elles subsistent pour les besoins de leur liquidation sociale.

Le montant de la sanction peut aussi être réduit pour tenir compte des résultats déficitaires de l'entreprise. Dans ce cas, cependant, les résultats d'un seul exercice ne reflètent pas nécessairement la situation financière réelle de l'entreprise, en raison notamment de l'incidence que peuvent avoir sur les

résultats d'une année, non seulement les accidents conjoncturels, mais aussi les opérations exceptionnelles et le changement des méthodes comptables. Aussi, le Conseil, dans toute la mesure du possible, se réfère-t-il à l'évolution des comptes sur plusieurs exercices, qui est de nature à donner une image plus fidèle de la situation de l'entreprise. Par ailleurs, la moyenne des résultats des entreprises rapportée à leur chiffre d'affaires (ou à leur valeur ajoutée ou à leurs fonds propres) variant très sensiblement d'un secteur à l'autre, cet élément doit également être pris en considération.

La nécessité de prendre en compte la faculté contributive de l'entreprise a, par exemple, amené la Cour de cassation à considérer que, même si l'assiette du plafond légal était bien le chiffre d'affaires inscrit au compte de résultat de l'entreprise en cause, la cour d'appel de Paris aurait dû tenir compte du fait que, sur ce chiffre d'affaires, l'entreprise ne gardait pour elle que l'équivalent d'une commission (arrêt du 23 avril 2003).

### **Les autres éléments caractérisant le comportement de l'entreprise**

L'effet d'entraînement ou d'exemplarité du comportement provenant de telle ou telle entreprise, est parfois noté. La gravité d'une pratique sera différemment appréciée, selon que son auteur bénéficie d'une forte notoriété ou non, est une grande ou une petite entreprise, un syndicat professionnel minoritaire ou un ordre professionnel disposant d'un magistère moral. La responsabilité particulière des entreprises en position dominante qui, par leur comportement, peuvent affecter substantiellement le fonctionnement concurrentiel d'un marché est également relevée. Toutefois, comme cela a été rappelé ci-dessus, l'exemplarité du comportement des entreprises est aussi un facteur d'aggravation du dommage.

Le fait que le contrevenant dispose d'un monopole légal, d'une appellation d'origine contrôlée, d'une licence ou d'une concession publique est également relevé comme un facteur de gravité. Là encore, les mêmes éléments peuvent être analysés comme des barrières à l'entrée qui amplifient les effets des pratiques et donc le dommage à l'économie.

Le fait que les contrevenants aient manifesté une volonté délibérée de restreindre la concurrence ou ne pouvaient ignorer que la pratique en cause était prohibée – par exemple, après en avoir été avertis par la DGCCRF – est également analysé comme un élément susceptible d'alourdir la sanction.

Ainsi, dans une décision 03-D-47 relative à des pratiques mises en œuvre par des ambulanciers de montagne dans le département des Vosges, le Conseil a estimé que les pratiques revêtaient un caractère de particulière gravité du fait que « *les entreprises mises en cause avaient été averties, par une lettre d'injonction du 27 février 2001 émanant des services de la DGCCRF, à la suite d'une enquête portant sur les saisons 1998-1999 et 1999-2000, que les ententes sur les prix, faussant le jeu de la concurrence, étaient contraires aux dispositions du livre IV du Code de commerce. Elles ne pouvaient donc ignorer, à la date du 11 décembre 2001, le caractère illégal de leurs agissements* ».

De même, le fait qu'une pratique de répartition de marché ait persisté et ait été poursuivie par ses auteurs en dépit de la vigilance du maître d'ouvrage, du rejet des offres les plus manifestement excessives, de la relance des

marchés et de l'intervention de nouveaux candidats, est considéré comme un élément aggravant (arrêt de la cour d'appel de Paris du 7 mars 2006).

Le rôle de leader dans la mise en place d'une entente est également un facteur d'aggravation de la sanction.

*« En relevant, pour apprécier les éléments individuellement retenus pour la fixation du montant de la sanction, que la société OCP avait été la principale instigatrice des pressions exercées sur la société Phœnix pharma et de l'accord national concernant le gel des parts de marché, ce dont elle a déduit que cette société devait être plus lourdement sanctionnée que les autres opérateurs mis en cause, la cour d'appel a légalement justifié sa décision. »* Cour de cassation, arrêt du 18 février 2004, OCP Répartition.

## La réitération des pratiques

La réitération des pratiques était prise en compte par le Conseil et les juridictions supérieures avant même d'être introduite comme l'un des critères légaux de la sanction par la loi du 15 mai 2001. La réitération ne peut être constatée que si, à la date de la mise en œuvre des pratiques, la même entreprise avait été sanctionnée pour avoir enfreint les mêmes dispositions légales, par une décision devenue définitive à cette date.

## Les injonctions

130

Le Conseil peut prononcer des injonctions à titre conservatoire (article L. 464-1) ou à titre définitif (premier alinéa du I de l'article L. 464-2). Seules ces dernières seront concernées par la présente étude, les mesures décidées à titre conservatoire ne s'inscrivant pas dans le cadre de la politique de sanction du Conseil.

Les injonctions de faire ou de ne pas faire visent à corriger directement les comportements.

Les injonctions de publication ou d'information (5<sup>e</sup> alinéa du I de l'article L. 464-2) remplissent un rôle à la fois dissuasif, car elles ajoutent à l'exemplarité de la sanction, et régulateur, car elles visent à rendre effectifs les changements de comportement attendus des entreprises en informant les consommateurs, les clients ou les concurrents que ces comportements doivent changer : le fait qu'ils soient informés peut les amener à peser sur les comportements des entreprises sanctionnées et donc à accélérer les évolutions recherchées.

L'efficacité de cet instrument est néanmoins étroitement liée à celle des sanctions pécuniaires qui peuvent être prononcées en cas de non-respect de ces injonctions (article L. 464-3) et, depuis l'ordonnance du 4 novembre 2004, à la possibilité de prononcer des astreintes (article L. 464-2).

## Les injonctions de faire ou de ne pas faire

Les injonctions de faire ou de ne pas faire peuvent être complémentaires des sanctions pécuniaires ou constituer, dans certains cas, un instrument plus adapté qu'une sanction. Il en est ainsi, par exemple, des infractions les moins

graves, dont le Conseil a considéré à plusieurs reprises qu'il suffisait de les faire cesser. C'est également le cas lorsque le contrevenant n'est pas une entreprise mais une association ou une organisation professionnelle, qui n'a pas d'objet lucratif et dont les ressources sont très limitées.

Les injonctions présentent l'intérêt d'agir directement sur les comportements, en indiquant précisément ce qu'il convient de faire pour faire cesser l'atteinte à la concurrence. Elles peuvent guider les entreprises quant aux mesures à adopter pour mettre fin aux infractions constatées.

L'efficacité des injonctions a été renforcée par l'ordonnance du 4 novembre 2004, le Conseil ayant désormais la possibilité, en vertu des dispositions du II de l'article L. 464-2 du Code de commerce, de prononcer des astreintes dans la limite de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen par jour de retard, pour contraindre les entreprises à exécuter une décision les ayant obligées à mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles ou à exécuter une décision ayant imposé des conditions particulières ou à respecter les mesures prononcées à titre conservatoire en application de l'article L. 464-1.

Le Conseil a également la possibilité de contraindre les entreprises à exécuter une décision ayant imposé des conditions particulières en prononçant des injonctions destinées à s'assurer du respect de cette dernière.

Ainsi, dans un arrêt du 9 avril 2002, la cour d'appel de Paris a confirmé les injonctions prononcées à titre conservatoire par le Conseil dans la décision 02-MC-03 du 27 février 2002. Le Conseil avait, premièrement, enjoint à France Télécom de mettre à la disposition de l'ensemble des fournisseurs d'accès à Internet un serveur Extranet et deuxièmement, et 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 auraient fait la demande. Un délai de quatre mois à compter de la notification de la décision était prévu, à l'issue duquel il a été rendu compte au Conseil des dispositions prises par France Télécom pour se conformer à la première injonction. Le Conseil a, passé ce délai, constaté que la première injonction avait bien été respectée et a donc levé la seconde injonction.

Les injonctions constituent toutefois un instrument délicat à utiliser pour plusieurs raisons. D'une part, elles doivent être claires, précises et dépourvues d'ambiguïté. D'autre part, elles ne doivent pas excéder ce qui est strictement nécessaire pour faire cesser l'atteinte à la concurrence. La cour d'appel de Paris et la Cour de cassation veillent aussi au respect du principe de proportionnalité en ce qui concerne les injonctions prononcées par le Conseil.

Leur utilisation présente donc une difficulté, lorsque plusieurs solutions sont envisageables pour faire cesser le comportement anticoncurrentiel. Il ne relève pas du rôle du Conseil de se substituer au chef d'entreprise et de choisir entre plusieurs solutions qui, si elles se révèlent toutes adaptées pour résoudre le problème de concurrence, peuvent ne pas être équivalentes du point de vue des intérêts de l'entreprise. On verra ci-dessous que des engagements négociés et acceptés par les entreprises concernées présentent, de ce point de vue, un avantage par rapport aux injonctions prononcées unilatéralement par le Conseil.

Les injonctions apparaissent toutefois particulièrement nécessaires, lorsque l'atteinte à la concurrence résulte des stipulations d'un contrat toujours en vigueur à la date de la décision du Conseil. Le Conseil enjoint alors à l'intéressée de supprimer les clauses concernées. L'immixtion dans la stratégie de l'entreprise est alors limitée au strict nécessaire.

### Exemples d'injonctions

- **De modifier les conditions d'un contrat :**

Dans un arrêt du 15 juin 1999, la cour d'appel de Paris a « *enjoint à la société Canal Plus de cesser de lier le préachat de droits exclusifs de diffusion télévisuelle par abonnement des films cinématographiques d'expression française récents à la condition que le producteur renonce à céder à tout autre opérateur les droits de diffusion télévisuelle de ces films pour la diffusion par un service de paiement à la séance, avant et pendant la période au cours de laquelle Canal Plus peut mettre en œuvre l'exclusivité de la diffusion par abonnement ; Enjoint, par voie de conséquence, à la société Canal Plus de mettre son contrat type de préachat de droits exclusifs de diffusion télévisuelle par abonnement qu'elle propose aux producteurs de films en conformité avec l'injonction précédente, en modifiant notamment les articles 2, 6 et 7 de ce contrat type* ».

- **De proposer un service :**

Dans une décision 02-MC-03 du 27 février 2002, confirmée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 9 avril 2002, le Conseil a enjoint à 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.

### Les injonctions de publication

La publication des décisions du Conseil 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. Le Conseil a prononcé 6 injonctions de publication en 2004 et 10 en 2005.

Comme pour les injonctions de faire ou de ne pas faire, les injonctions de publication doivent être proportionnées à l'objectif recherché.

La cour d'appel a fait droit, par une ordonnance du 5 septembre 2005, à la demande des sociétés du groupe Decaux de surseoir à l'exécution de



l'injonction d'information prononcée par le Conseil dans la décision 05-D-39 relative au respect, par le groupe Decaux, des injonctions prononcées par la décision 98-D-52 du 7 juillet 1998. Elle a estimé que : « *L'exécution de l'injonction d'adresser une lettre d'information aux collectivités territoriales cocontractantes des sociétés du groupe Decaux, visée à l'article 3, est de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives dès lors qu'ayant pour objet d'informer spécialement toutes les collectivités territoriales partenaires commerciales du groupe Decaux du comportement répréhensible de ce dernier, elle porte une atteinte sérieuse à son image et risque ainsi de le priver de la conclusion de contrats de longue durée ; que la mesure de complément proposée très subsidiairement par la requérante – qui rendrait le texte incompréhensible – étant inadaptée et aucune circonstance n'imposant que cette injonction soit exécutée avant que la décision statuant sur le bien-fondé du recours ne soit rendue, la demande principale doit être accueillie en ce qui concerne cette injonction.* »

De plus, la cour d'appel de Paris a rappelé dans deux arrêts récents, que la publication de détails concernant la décision prise par le Conseil de transmettre le dossier au Parquet sur le fondement de l'article L. 420-6 du Code de commerce pouvait, de façon irréparable, porter atteinte à la présomption d'innocence.

Dans une ordonnance en date du 5 octobre 2004, le magistrat délégué par le premier président de la cour d'appel de Paris pour exercer les attributions résultant de l'article 8 du décret du 19 octobre 1987, a fait droit partiellement à la demande de sursis à l'exécution de la décision 04-D-39 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'abattage et de la commercialisation des animaux de boucherie. Des personnes physiques, représentantes d'une collectivité publique mises hors de cause par le Conseil, faisaient valoir que le passage à publier les désignait nommément, le Conseil ayant relevé leur participation personnelle et déterminante aux pratiques pour justifier la transmission du dossier au Parquet. La cour a constaté que la partie de la décision dont le Conseil avait ordonné la publication contenait des énonciations détaillées des charges retenues contre ces personnes et estimé que la mesure serait « *de nature à porter atteinte, de façon irréparable, à la présomption d'innocence* » dont elles bénéficiaient. Elle a ordonné, en conséquence, que les paragraphes en cause soient exclus de la publication.

Dans l'arrêt du 26 octobre 2004, la même préoccupation a conduit la cour à réformer la décision 04-D-07 concernant les boulangers de la Marne en ce qu'elle ordonnait la publication de son dispositif. La cour a estimé que la mention de la décision de transmission au Parquet qui y figurait, compte tenu des incidences pénales d'une telle transmission et du caractère nominatif du dispositif, était susceptible de porter atteinte à la présomption d'innocence des personnes concernées. La cour a encore observé que le coût de la mesure de publication n'avait pas été précisé par le Conseil.

### Les sanctions en cas de non-respect d'injonction

La vérification du respect de l'injonction est systématiquement faite par les services de la DGCCRF. Elle peut déboucher sur une procédure de non-respect d'injonction et sur une sanction, conformément aux dispositions de

l'article L. 464-3 du Code de commerce, alors qu'en l'absence d'injonctions, la poursuite par le contrevenant du comportement infractionnel ne pourrait être sanctionnée que dans le cadre d'une nouvelle procédure au fond.

Le non-respect d'une injonction prononcée par le Conseil est jugé, en soi, exceptionnellement grave, ainsi que l'a rappelé la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 11 janvier 2005, statuant sur la décision 04-D-18 du 13 mai 2004 concernant l'exécution de la décision 00-MC-01 du 18 février 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société 9 Télécom Réseau. La cour a, dans cet arrêt, souligné l'exceptionnelle gravité du comportement de l'entreprise mise en cause en doublant la sanction qui avait été infligée par le Conseil de 20 à 40 millions d'euros. La cour avait également, dans un arrêt du 6 avril 2004, confirmé la sanction de 40 millions d'euros infligée par le Conseil à France Télécom, dans la décision 03-D-43 du 12 septembre 2003 relative au respect des injonctions prononcées par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 1999. Cette sévérité est justifiée par le fait que le non-respect des injonctions prononcées par le Conseil met en cause l'effectivité même du droit de la concurrence.

## ■ Les procédures alternatives ou accessoires aux sanctions

134

Comme on l'a vu, les sanctions pécuniaires, réprimant *ex post* des comportements anticoncurrentiels, constituent, avec les injonctions, le mode d'intervention auquel le Conseil recourt le plus fréquemment. Mais l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 lui a, dès l'origine, reconnu le pouvoir d'agir sur les comportements, autrement que par le prononcé de sanctions.

Ce pouvoir a été renforcé par les procédures de non-contestation des griefs et d'acceptation d'engagements (section I).

Parallèlement, tandis que les comportements anticoncurrentiels les plus graves étaient de plus en plus sévèrement réprimés – ce qui s'est traduit en France, par une élévation du plafond des sanctions – les instruments de détection de ces infractions ont été améliorés, grâce aux procédures de clémence, tant sont liées dans l'efficacité des politiques de sanctions, la sévérité des sanctions encourues et la probabilité de la détection (section II).

### Procédures de non-contestation des griefs et d'acceptation d'engagements

#### Vers la correction des problèmes de concurrence

La possibilité, non seulement de sanctionner des pratiques anticoncurrentielles, mais aussi de corriger les atteintes à la concurrence fait partie, comme cela a été indiqué plus haut, des compétences traditionnelles des autorités de concurrence.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 (dite loi NRE), le Conseil peut, si l'entreprise ne conteste pas les griefs qui lui ont été notifiés et si elle prend des engagements comportementaux pour l'avenir, prononcer une sanction réduite à son égard. En vertu de l'article 10 de l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004, codifié au I de l'article L. 464-2 du Code de commerce, le Conseil de la concurrence peut aussi accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles, indépendamment de toute reconnaissance des faits et à tout moment de la procédure. Cette procédure est appelée procédure d'engagements. Elle permet de clore le dossier ouvert devant le Conseil en mettant fin à l'action publique économique.

Les deux procédures se ressemblent en ce qu'elles se traduisent par des engagements pris par les entreprises et acceptés par le Conseil, engagements dont la capacité à résoudre plus efficacement les problèmes de concurrence a été soulignée par le Conseil dans sa décision 04-D-65 du 30 novembre 2004 : « *Le prononcé de sanctions et l'acceptation d'engagements pris par les entreprises sont, pour le Conseil de la concurrence, deux outils qui, s'ils ne correspondent pas aux mêmes situations économiques et n'ont pas les mêmes effets, répondent au même objectif de rétablissement et de maintien pour l'avenir d'une situation normale de concurrence : dans un premier cas, des sanctions significatives dissuadent l'entreprise d'éventuellement réitérer et, dans le second, les engagements préfigurent une modification substantielle et crédible des comportements de l'entreprise et l'abandon de ses pratiques anticoncurrentielles.* »

Dans les deux cas, si l'entreprise ne respecte pas ces engagements, le Conseil peut lui infliger une sanction pécuniaire, en vertu de l'article L. 464-3 du Code de commerce. La cour d'appel de Paris a jugé, dans un arrêt du 11 janvier 2005, que le non-respect d'une injonction du Conseil constituait en soi une pratique d'une extrême gravité et a doublé la sanction initialement prononcée par le Conseil contre France Télécom pour non-respect d'injonction.

Mais les effets de ces deux procédures sont différents. La procédure de non-contestation des griefs notifiés permet le traitement accéléré d'une affaire contentieuse sans rédaction d'un rapport et permet au Conseil, dans la limite d'un plafond de sanction réduit de moitié, d'appliquer un taux de réfaction de la sanction normalement encourue par l'entreprise.

La décision d'acceptation d'engagements permet, avant même la formalisation d'une accusation matérialisée dans une notification de griefs, de constater que, compte tenu du fait que les pratiques en cause vont cesser grâce aux engagements proposés, il n'y a plus lieu d'agir à l'encontre de l'entreprise impliquée. La procédure peut être clôturée. Elle confère au Conseil un pouvoir général d'appréciation de la situation de marché, un pouvoir de classement sous conditions dont il n'avait, jusque-là, jamais disposé, contrairement à la plupart de ses homologues européens.

### La procédure de non-contestation des griefs

L'article L. 464-2 du Code de commerce prévoit en son III que « *lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont*

*notifiés et s'engage à modifier ses comportements pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer au Conseil de la concurrence, qui entend les parties et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I. en tenant compte de l'absence de contestation. Dans ce cas, le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié ».*

L'article 43 du décret du 30 avril 2002 dispose simplement que « lorsque le rapporteur général propose au Conseil de la concurrence de faire application des dispositions du III de l'article L. 464-2 du Code de commerce, les parties et le commissaire du Gouvernement en sont informés par l'envoi d'une lettre du rapporteur général trois semaines au moins avant le jour de la séance ».

Cette procédure de non-contestation des griefs est appelée improprement procédure de « transaction », car elle ne met pas fin aux poursuites et l'accord entre le rapporteur général et la partie en cause, matérialisé par un procès-verbal, ne lie pas le Conseil qui décide en dernier ressort, même s'il tend le plus souvent à suivre la proposition du rapporteur général.

Le Conseil est la première autorité indépendante à se voir dotée de cet instrument nouveau, qui, par l'importance donnée à la non-contestation des faits par le contrevenant, s'apparente à la procédure de « plea bargaining <sup>15</sup> » du droit américain. Cette procédure a été appliquée huit fois par le Conseil, deux fois en 2003, quatre fois en 2004 et deux fois en 2005.

136

La réduction de peine attachée à la non-contestation des faits existe déjà en droit français, sous des formes diverses, telles les amendes forfaitaires minorées pour des contentieux pénaux de masse ou pour des infractions d'importance mineure, dans un souci de célérité des procédures.

Le paiement immédiat, sans contestation et sans procès, d'une amende forfaitaire minorée par rapport au montant de la contravention normalement encourue, permet ainsi au contrevenant de diminuer le quantum de son amende pécuniaire.

La non-contestation des faits (sans prise d'engagements par l'entreprise) était prévue dans la communication de 1996 de la Commission sur les amendes et dans le programme de clémence de la Commission, comme facteur de réduction de la sanction encourue d'au moins 10 %. La nouvelle communication du 13 février 2002 a supprimé ce cas de figure. Désormais, seules sont prévues l'immunité, c'est-à-dire l'exonération totale de sanctions, soumise à plusieurs conditions qui seront énumérées plus loin et les réductions d'amende bénéficiant à des entreprises qui fournissent à la Commission des éléments de preuve représentant une valeur ajoutée significative. La non-contestation des faits ne figure plus parmi les motifs de réduction de sanction. La Commission a estimé que la réduction prévue dans l'ancien système, d'au moins 10 %, était disproportionnée par rapport à l'avantage qu'en tirait

15. Procédure par laquelle, dans une affaire pénale, le mis en cause et le procureur concluent un accord comportant des concessions réciproques soumis à l'approbation de la cour. Généralement, le mis en cause plaide coupable, mais sur la base d'une qualification moins grave des faits ou pour une seule infraction encourageant la qualification la moins grave de celles encourues, en cas de pluralité d'infractions commises et encourt, de ce fait, une peine moins grave.

la Commission et qu'elle dissuadait les entreprises de dénoncer les cartels. Le tribunal de première instance avait d'ailleurs considéré, dans un arrêt du 14 mai 1998 (Cascades T-308/94, point 256) que la Commission était en droit de considérer un tel comportement de non-contestation comme constitutif d'une reconnaissance des allégations de fait et donc comme un élément de preuve du bien-fondé des allégations en cause et que dès lors, seulement, un tel comportement pouvait justifier une réduction de l'amende.

Ces éléments démontrent la nécessité d'articuler cette procédure de non-contestation avec la clémence. En effet, si en échange de leur aveu, les entreprises étaient assurées d'une réduction automatique de leurs sanctions, le risque serait grand, dès lors que les griefs notifiés seraient peu contestables compte tenu des preuves recueillies, que toutes les entreprises optent pour cette solution, et le Conseil serait fréquemment sollicité d'accorder une diminution de sanction sur ce fondement. Certes, la procédure devant le Conseil serait raccourcie, mais les sanctions encourues s'éloigneraient du niveau dissuasif, ce qui renforcerait l'intérêt pour les firmes à s'engager dans des pratiques anticoncurrentielles et, une fois découvertes, à renoncer à contester pour obtenir à bon compte une réduction de peine.

### *Le déclenchement de la procédure*

#### • Les conditions de recevabilité des demandes

Ainsi que le Conseil l'a rappelé dans sa décision 04-D-42 du 4 août 2004, le bénéficiaire de la transaction « *est soumis à la double condition que les entreprises en cause, d'une part, ne contestent pas la réalité des griefs et, d'autre part, s'engagent à modifier leur comportement pour l'avenir* ». De plus, la procédure ne présente l'intérêt de raccourcir la procédure devant le Conseil, que si la demande est présentée avant l'établissement et la transmission par le rapporteur général d'un rapport dans la deuxième phase du contradictoire.

La réunion de ces conditions est d'abord vérifiée par le rapporteur général, seul à même d'ouvrir la procédure, puis par le Conseil lors de la séance.

### *La non-contestation des griefs*

Pour établir qu'une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs notifiés, il faut que soit rapportée la preuve qu'elle ne conteste ni la réalité des pratiques notifiées, ni leur qualification au regard des dispositions du Code de commerce, ni l'imputabilité de ces pratiques à la personne morale qui demande le bénéfice des dispositions du III de l'article L. 464-2. Cette renonciation doit être claire, complète et dépourvue d'ambiguïté (06-D-09).

Dans les premières affaires qui lui ont été soumises, le Conseil a examiné ce critère avec bienveillance, admettant qu'une société qui avait contesté avoir participé aux pratiques dans le procès-verbal de mise en œuvre de la procédure puisse solennellement affirmer au cours des débats, qu'elle ne contestait pas les griefs et que donc la condition de non-contestation était remplie (04-D-42).

L'entreprise est seulement admise à contester les éléments relatifs à la détermination des sanctions, à savoir la gravité des pratiques et le dommage à l'économie (03-D-45). Si l'analyse du dommage à l'économie tend à combattre

la qualification retenue, elle peut s'analyser comme une contestation des griefs et faire perdre le bénéfice de la transaction.

Dans une décision 03-D-45 du 25 septembre 2003, le Conseil a longuement étudié si la production d'une étude économique relativisant les effets d'ententes verticales sur les prix, devait être considérée comme une contestation des griefs ou comme un élément d'appréciation de la sanction : *« Lorsqu'elles se sont engagées à ne pas contester les griefs, les entreprises n'ont pas la possibilité d'apporter des éléments destinés à démontrer que les griefs ne sont pas constitués. Toutefois, il leur est loisible de présenter au Conseil des éléments tendant à démontrer que les griefs dont elles ne contestent pas la réalité n'ont pas de caractère de gravité et n'ont pas causé de dommage à l'économie. »* En l'espèce, l'étude économique a été retenue au titre de l'appréciation de la gravité des pratiques et de leurs effets sur le marché. Le Conseil a, en effet, relevé que *« si l'étude en cause comporte, à certains passages, quelques mentions relatives aux effets qui pourraient être interprétées comme une contestation de la qualification des griefs, [celles-ci] ne sont toutefois pas reprises par la société Texas Instruments France dans son mémoire en réponse »*.

La non-contestation des griefs, faisant partie intégrante de la procédure, n'est ni un aveu, ni une reconnaissance de culpabilité. Elle ne pourra pas être utilisée, au cours de la procédure du Conseil, contre les entreprises ou organismes non-parties à la transaction. Le Conseil ne s'estime d'ailleurs pas lié, dans son appréciation des faits, par la non-contestation des griefs. Il lui est ainsi arrivé de déclarer non établies des pratiques non contestées par les entreprises (05-D-70). Devant les juridictions civiles, les entreprises victimes de pratiques ne pourraient se prévaloir de cette non-contestation des griefs. Par ailleurs, la non-contestation des pratiques anticoncurrentielles ne pourrait servir de base à l'accusation pesant contre le chef d'entreprise poursuivi pour avoir pris une part déterminante aux pratiques dénoncées sur le fondement de l'article L. 420-6 du Code de commerce. Seule la décision du Conseil statuant sur les griefs pourrait être utilisée pour obtenir des dommages-intérêts devant le juge civil ou établir certains des éléments constitutifs du délit prévu à l'article L. 420-6 du Code de commerce. Dans cette dernière hypothèse, aucune passerelle n'étant prévue entre les deux procédures, l'admission d'une entreprise au bénéfice de cette procédure de non-contestation des griefs ne garantit aucune atténuation de peine au chef d'entreprise éventuellement poursuivi sur le fondement de cet article.

### *Le contrôle des engagements proposés*

L'intérêt de la transaction réside dans l'engagement que prend le contrevenant *« à modifier ses comportements pour l'avenir »*. En effet, sans cette mesure de correction des pratiques anticoncurrentielles, la transaction reviendrait à une réduction mécanique des sanctions encourues.

Le rapporteur général, puis le Conseil examinent les engagements proposés, qui doivent être substantiels, crédibles et vérifiables. Ils peuvent exiger, en cours de discussion s'agissant du rapporteur général, ou en séance s'agissant du Conseil, qu'ils soient complétés.

Il est important de s'assurer de la crédibilité des engagements pris par le contrevenant. À cette fin, ils doivent être formulés par l'entreprise candidate à la transaction de la façon la plus claire possible, et surtout, ils doivent être aisément contrôlables, au sens où la surveillance du respect des promesses avancées par l'entreprise doit pouvoir être mise en œuvre à un coût raisonnable.

Cette crédibilité conditionne l'acceptation du principe de la transaction par le rapporteur général, puis par le Conseil. Une seconde propriété de l'engagement doit impérativement être examinée, car elle conditionne le niveau de réduction de la sanction : c'est son « utilité », ou autrement dit, sa capacité à restaurer le bon fonctionnement de la concurrence sur le marché considéré.

Dans ses décisions, le Conseil prend acte des engagements éventuellement précisés devant lui et enjoint à l'entreprise de les respecter, ce qui lui permet, au cas où ces engagements ne seraient pas respectés, de prononcer des sanctions pécuniaires pour non-respect d'injonction, en vertu de l'article L. 464-3 du Code de commerce.

#### • La proposition du rapporteur général

Lorsque l'entreprise se voit notifier des griefs, elle dispose normalement de deux mois à compter de la notification de griefs pour s'engager dans une procédure de transaction. Toutefois, le fait d'avoir contesté les griefs dans un premier temps, ne l'empêche pas de choisir la voie de la non-contestation avant la notification du rapport, son mémoire en réponse aux griefs lui étant alors restitué. Cette situation s'est produite à plusieurs reprises, en particulier dans des dossiers pour lesquels des parties finissent par opter pour la non-contestation des griefs après avoir constaté que l'une d'entre elles avait choisi cette voie.

Les négociations avec le rapporteur général du Conseil sont relatives à la teneur des engagements proposés par l'entreprise, au principe de non-contestation des griefs notifiés, ainsi qu'au taux de réfaction de l'amende qui sera proposé. Si le rapporteur général refuse de donner suite à la procédure, les entreprises ne peuvent demander directement au Conseil le bénéfice de celle-ci au cours de la séance au fond. Toutefois, le Conseil peut, à la demande d'une partie, vérifier que le rapporteur général n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en prenant sa décision de refus, car cette décision conditionne le montant des sanctions pécuniaires à prononcer à son encontre.

Si la négociation aboutit, elle sera consignée dans un procès-verbal signé par l'entreprise et le rapporteur général. Celui-ci contient la décision du rapporteur général de proposer, au Conseil, une transaction, la proposition de réduction de sanction du rapporteur général, formulée par une fourchette de taux, les engagements de l'entreprise et la renonciation de l'entreprise à contester les griefs. Bien que la loi ne le demande pas, l'usage est que le rapporteur général informe les autres entreprises parties à la procédure de cette première transaction, afin qu'elles puissent éventuellement formuler une même demande.

#### *Les effets de la procédure*

##### • Les effets procéduraux de la non-contestation des griefs

La procédure de non-contestation des griefs est allégée, la phase de rédaction du rapport étant supprimée, sauf dans l'hypothèse où seules certaines

entreprises sollicitent le bénéfice de la procédure. En effet, le bénéfice de la transaction pour une entreprise n'implique pas que toutes les entreprises impliquées formulent une même demande. Dans cette hypothèse, le rapporteur devra rédiger un rapport pour les entreprises qui n'ont pas demandé la mise en œuvre de la procédure.

### • La portée du taux de réfaction de l'amende proposé par le rapporteur général

La procédure de non-contestation des griefs ne fait pas échapper l'entreprise à la qualification des pratiques, ni à leur sanction.

Elle permet seulement de réduire de moitié les maxima de sanctions encourus, à savoir, pour les faits commis postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi NRE, 5 % du chiffre d'affaires mondial de l'entreprise (au lieu de 10 %) ou, pour une entité qui n'est pas une entreprise, 1,5 million d'euros (au lieu de 3 millions d'euros).

Ainsi que le Conseil l'a rappelé dans sa première décision rendue en la matière, la décision 03-D-10 du 20 février 2003, la réduction de moitié s'applique au montant maximum qui peut être infligé et non à la sanction prononcée par le Conseil : *« S'agissant des sanctions, il convient de relever que l'article L. 464-2 du Code de commerce qui prévoit que lorsqu'il est mis en œuvre, "le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié", a pour objet de garantir aux entreprises intéressées que si le Conseil accepte les engagements qu'elles ont pris, le plafond légal applicable aux sanctions qu'il édicte, est divisé par deux par rapport au régime de droit commun. Toutefois ces dispositions ne font pas obstacle à ce que, dans la limite de ce nouveau plafond, le Conseil apprécie le montant de la sanction qui aurait été encourue par chaque entreprise et y applique le taux de réfaction qu'il retient compte tenu des propositions faites par le rapporteur général. »*

Afin de calculer le montant final de la sanction, le Conseil fixe la sanction qu'il aurait prononcée en l'absence de transaction, puis applique à ce montant un taux de réfaction, le montant final ne devant pas dépasser le plafond indiqué précédemment. Comme mentionné plus haut, ce taux de réfaction est proposé par le rapporteur général en début de procédure mais ne lie pas le Conseil qui peut le modifier.

Cette modification peut intervenir soit à la baisse, soit à la hausse. Ainsi, dans une affaire, alors que le rapporteur général avait proposé de réduire de moitié<sup>16</sup> le montant de la sanction encourue, le Conseil n'a finalement appliqué qu'un taux de réfaction de 20 %, compte tenu des contestations ultérieures en cours de procédure et de la gravité des pratiques<sup>17</sup>. En revanche, dans une autre affaire, alors que le rapporteur général avait proposé un taux de

16. Ce cas est le seul dans lequel un taux de réfaction unique a été proposé par le rapporteur général. Dans les autres cas, il a toujours proposé une fourchette de réduction.

17. Décision 03-D-45 du 25 septembre 2003, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des calculatrices scolaires, confirmée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 21 septembre 2004.



réfaction compris entre 40 et 50 %, le Conseil a appliqué un taux de réfaction de l'amende encourue de 90 %<sup>18</sup>.

Cette interprétation du III de l'article L. 464-2 du Code de commerce consistant, d'une part, à réduire de moitié le plafond de la sanction une fois les engagements souscrits et acceptés, d'autre part, à conserver toute latitude pour apprécier l'étendue de la réfaction du montant de la sanction encourue dans la limite de ce nouveau plafond, par rapport aux propositions du rapporteur général, a été confirmée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 21 septembre 2004. Elle a écarté l'argument avancé par les parties qui exposaient que leur renonciation à contester les griefs était subordonnée à la réduction de sanction promise *ab initio* par le rapporteur général et que le non-respect de ce taux de réduction rendait caduque la procédure. Dans un arrêt du 22 novembre 2005, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris, jugeant que « *l'entreprise ne peut subordonner son absence de contestation et ses engagements à condition* » et qu'elle ne peut ignorer que le Conseil est « *non lié par la proposition de réduction de la sanction émise par le rapporteur général* ».

Dans la majorité des cas (six cas sur huit) cependant, le Conseil a prononcé le taux de réfaction proposé par le rapporteur général. Le seul cas qui s'est avéré défavorable à l'entreprise est resté un cas isolé.

Le Conseil, saisi d'une proposition favorable du rapporteur général, n'a encore jamais refusé le bénéfice de la procédure, ce qui impliquerait le renvoi à l'instruction de l'affaire, afin qu'il soit procédé selon la procédure « normale » (avec rédaction d'un rapport).

Le Conseil a eu l'occasion de combiner la procédure de non-contestation des griefs avec la procédure dite « procédure simplifiée ». Conformément aux dispositions de l'article L. 463-3 du Code de commerce, la décision de recourir à la procédure simplifiée revient au président du Conseil, qui notifie sa décision avec la notification de griefs ou après celle-ci<sup>19</sup>. Cette décision peut donc intervenir indifféremment avant l'accord de non-contestation de griefs entre le rapporteur général et l'entreprise, ou après. Il s'agit aussi d'une procédure rapide, sans établissement préalable de rapport, avec un contradictoire réduit à une étape.

Quand ces deux procédures sont menées ensemble, si les règles de calcul du montant de l'amende demeurent identiques, le plafond passe à 750 000 euros. Dès lors, dans l'hypothèse où une procédure simplifiée a été mise en œuvre concomitamment à une procédure de non-contestation des griefs, si le calcul de la sanction après application du taux de réfaction dépasse 750 000 euros, celle-ci est écartée à ce montant. L'application simultanée des deux procédures, qui vont toutes deux dans le sens de la rapidité et de l'efficacité, permet donc, dans certains cas, de garantir aux entreprises, avant la séance, que le maximum de sanction pécuniaire encourue sera celui du plafond de la procédure simplifiée.

18. Décision 04-D-65 du 30 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par La Poste dans le cadre de son contrat commercial.

19. Il faut rappeler que les parties ne disposent pas de la faculté de demander le renvoi à la procédure normale si la procédure simplifiée leur semble insuffisamment contradictoire.

Ces deux procédures ont été menées simultanément à trois reprises (04-D-30 ; 04-D-37 et 04-D-65) et cette possibilité a été récemment confirmée par la Cour de cassation<sup>20</sup>. Par arrêts avant-dire-droit des 22 février et 12 avril 2005, la cour d'appel de Paris a sollicité l'avis de la Cour de cassation sur la possibilité de mettre en œuvre cumulativement les deux procédures et sur le montant de sanction pécuniaire encourue en fonction de leur chronologie de mise en œuvre. La Cour de cassation, dans un avis du 11 juillet 2005, a estimé que « *dans le cas de mise en œuvre cumulative des procédures simplifiées et de transaction, et quel que soit l'ordre chronologique de cette mise en œuvre, le montant de la sanction qui sera infligée à l'entreprise doit être calculé conformément aux dispositions de l'article L. 464-2-II devenu L. 464-2-III, sans pouvoir dépasser le seuil fixé par l'article L. 464-5 du Code de commerce* », c'est-à-dire le plafond des sanctions de la procédure simplifiée. À la suite de cet avis, la cour d'appel de Paris, saisie d'un recours d'OGF contre la décision 04-D-37, a approuvé le mode de calcul adopté par le Conseil, dans un arrêt du 13 septembre 2005.

Le recours à la procédure simplifiée après la signature du procès-verbal de transaction présente l'avantage d'atténuer l'incertitude résultant, pour l'entreprise intéressée, de la liberté du Conseil de tenir compte ou non de la proposition de réfaction du rapporteur général. Elle peut donc constituer, au moment de la négociation avec le rapporteur général, un argument supplémentaire pour inciter les entreprises à recourir à la transaction.

Les engagements peuvent s'avérer quasi structurels quand ils portent, comme dans l'affaire 03-D-45, sur la structure des tarifs et les conditions générales de vente d'un fabricant ou encore sur l'aménagement intérieur ou extérieur des locaux d'une entreprise (04-D-37) ou sur les clauses d'un contrat-type de location-entretien (05-D-49).

La décision 04-D-37 prévoit une clause de révision des engagements, en cas de changement affectant le contexte des marchés ou dans le cadre législatif et réglementaire : « *Les engagements qui précèdent s'inscrivent dans le contexte actuel des marchés sur lesquels une position dominante a été constatée, ainsi que dans le cadre législatif et réglementaire existant à la date du présent procès-verbal. Ils devraient par conséquent être reconsidérés en cas de perte de cette position dominante ou en cas d'évolution du cadre législatif et réglementaire ayant un impact sur les conditions de respect des engagements pris.* » La décision 03-D-45 prévoit une telle révision en cas d'évolutions dans la pratique décisionnelle et la jurisprudence des autorités de concurrence et juridictions. Elle prévoit que la société Texas Instruments France « *tiendra le rapporteur général informé, pendant une durée de cinq ans, de toute décision de ne pas appliquer les engagements tels que souscrits à ce jour en raison d'une telle évolution* ». La même formule a été reprise dans l'affaire 05-D-70 qui précise en outre que « *la mise en œuvre effective des engagements sera contrôlée par le Conseil de la concurrence* ».

L'intérêt de cette disposition est de permettre d'exonérer de sanction les entreprises poursuivies pour non-respect des engagements, lorsque ce

20. Avis n° 005 0006 du 11 juillet 2005 de la Cour de cassation.

non-respect est dû à des causes étrangères et indépendantes de leur volonté. Si les entreprises estiment que, compte tenu de circonstances nouvelles, les changements à apporter aux engagements sont importants, elles doivent le signaler au Conseil, qui appréciera s'il y a lieu de se saisir d'office du cas, afin de les reformuler.

## La procédure d'engagements

L'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 a conféré au Conseil de la concurrence de nouveaux pouvoirs, alignés sur ceux de la Commission européenne et de la plupart des autorités de concurrence européennes, dans la perspective d'un fonctionnement équilibré du réseau constitué par ces autorités.

Ces nouveaux pouvoirs, et notamment le pouvoir d'accepter des engagements, indépendamment de toute reconnaissance des griefs, élargissent véritablement les outils d'intervention du Conseil et notamment son pouvoir de régulation des marchés <sup>21</sup>. La procédure d'engagements, contrairement à la procédure de non-contestation des griefs, comporte, pour le Conseil, un véritable pouvoir de transaction, de classement sous conditions, qui met fin aux poursuites devant lui.

### La procédure

#### • La pratique de la Commission européenne

La capacité d'accepter des engagements fait partie des compétences traditionnellement dévolues aux autorités de concurrence. Les deux agences de concurrence américaines, le Department of Justice (DOJ) et la Federal Trade Commission (FTC) en sont déjà dotées. Environ 70 % des cas se résolvent aux États-Unis par des « consent decrees ».

La Commission européenne a déjà développé sa pratique des engagements dans le domaine des concentrations et des aides d'État, et, s'agissant de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, acceptait déjà, dans certains cas, de mettre un terme à des procédures engagées devant elle, quand les entreprises lui proposaient des engagements de nature à répondre aux objections soulevées par la Commission.

Toutefois, si les entreprises ne respectaient pas leurs engagements, la Commission ne pouvait pas les sanctionner. L'article 9 du règlement 1/2003 du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, entérine la pratique décisionnelle de la Commission et crée un nouveau type de décision de la Commission, la décision d'acceptation d'engagements ou « compromis-décision ». Le non-respect des engagements fait encourir aux entreprises des peines d'amende ou le paiement d'astreintes, sans qu'il soit besoin de réouvrir la procédure.

<sup>21</sup>. Bruno Lasserre, « La politique des engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles : premiers pas et premier bilan en France », contribution à la 32<sup>e</sup> *Conference on International Antitrust Law and Policy*, Université de Fordham (22 et 23 septembre 2005), disponible sur le site internet du Conseil de la concurrence.

Désormais, les entreprises ont une forte incitation à respecter les engagements rendus obligatoires en vertu de l'article 9 du règlement. En effet, à défaut, elles s'exposent à une décision de sanction, laquelle, aux termes du 2° c) de l'article 23 du règlement 1/2003, peut aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise. Par ailleurs, la Commission a également le pouvoir d'assortir sa décision d'une astreinte, pouvant aller jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen par jour de retard.

Bien que les règles relatives à la procédure d'engagements figurent dans le règlement n° 1/2003, elles ne s'appliquent qu'à la Commission européenne. Pour les autorités nationales de concurrence, l'article 5 du règlement CE 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, se limite à poser le principe selon lequel elles sont compétentes pour « *accepter des engagements* », lorsqu'elles appliquent le droit communautaire de la concurrence.

### • La procédure devant le Conseil

Dans la perspective du fonctionnement du réseau des autorités de concurrence européennes, il était indispensable que le Conseil de la concurrence dispose des mêmes outils de régulation que les autres autorités de concurrence. C'est la raison pour laquelle l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 l'a doté de nouveaux pouvoirs, notamment ceux de prononcer et liquider des astreintes et de prendre des décisions d'acceptation d'engagements proposés par les entreprises.

En vertu de l'article 10 de l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004, codifié au I de l'article L. 464-2 du Code de commerce, « *Le Conseil de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Il peut aussi accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles.*

*Il peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions, soit en cas de non-respect des engagements qu'il a acceptés* ».

Le II du même article dispose : « **Le Conseil peut infliger aux intéressés des astreintes dans la limite de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen, par jour de retard à compter de la date qu'il fixe, pour les contraindre :** a) à exécuter une décision les ayant obligés à mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles, à exécuter une décision ayant imposé des conditions particulières ou à respecter une décision ayant rendu un engagement obligatoire en vertu du I [...] <sup>22</sup>. »

22. Les parties en gras soulignent les dispositions relatives aux engagements.

Si l'ordonnance du 4 novembre 2004 a introduit en droit français la possibilité, pour le Conseil de la concurrence, d'adopter des décisions rendant obligatoires des engagements souscrits par les entreprises, la procédure à appliquer par l'autorité française n'a été définie que tardivement par le décret n° 2005-1668 du 27 décembre 2005, qui codifie en réalité la pratique décisionnelle du Conseil.

Pendant une année, le Conseil, s'inspirant du cadre communautaire, a recherché comment adapter sa procédure traditionnelle pour la rendre compatible avec cette nouvelle procédure d'engagements et en garantir la pleine efficacité. En effet, compte tenu des problématiques nouvelles posées par la procédure d'engagements et de sa finalité, il n'était pas possible de suivre exactement le cadre procédural traditionnel. D'autres voies ont dû être explorées. Leur bon fonctionnement a inspiré la rédaction du décret n° 2005-1668 du 27 décembre 2005.

### *L'identification des nouvelles problématiques*

La mise en œuvre de cette procédure a mis en évidence trois problématiques nouvelles :

- la conciliation de son fonctionnement avec la procédure du Conseil séparant strictement les services d'instruction et l'organe de décision ;
- l'information des entreprises ;
- l'inclusion des tiers dans la procédure.

#### *– La séparation des fonctions d'instruction et de décision*

En droit français, dans les procédures traditionnelles conduisant au prononcé de sanctions pécuniaires, y compris la procédure de non-contestation des griefs, les services d'instruction (le rapporteur général et les rapporteurs) et l'organe de décision (le collège) du Conseil de la concurrence sont séparés. Cela signifie qu'il appartient aux seuls services d'instruction de mener l'instruction et au seul collège de décider sur les cas. Les rapporteurs ne participent ni n'assistent au délibéré du collège.

Si ces principes inspirés du fonctionnement juridictionnel peuvent se comprendre dans les procédures qui conduisent à sanctionner les opérateurs, parfois de manière très sévère, ils risquaient de poser un certain nombre de difficultés dans une procédure où la décision finale devait consister à rendre obligatoires des engagements proposés par les entreprises. En effet, il paraissait difficile que le collège soit absent, pendant toute la période précédant la séance, de la négociation des engagements. Il était probable que les entreprises ne s'engageraient dans cette procédure que si elles avaient la garantie que *in fine* les décisions d'acceptation d'engagements du Conseil seraient la suite logique des projets négociés en amont.

Le Conseil a donc décidé d'adopter une procédure souple, associant étroitement, dès le début de la négociation, le Conseil au rapporteur en charge du dossier, ceci afin de garantir une sécurité juridique aux entreprises.

Le Conseil de la concurrence a estimé, au regard de la jurisprudence de la cour d'appel de Paris, qu'était seul contraire au principe d'impartialité le cumul entre les mains du même organe des fonctions d'accusation et de

décision<sup>23</sup>. Cette interdiction de cumul ne s'applique pas, par exemple, aux procédures de saisine d'office<sup>24</sup> ou encore aux procédures d'avis, mais seulement aux procédures aboutissant, aux termes d'une procédure d'accusation, au prononcé de sanctions. Or, conformément à la pratique communautaire, et dans le silence des textes nationaux, la procédure d'engagements se situe en amont de la phase d'accusation de la procédure, qui s'ouvre par la notification des griefs. Elle se situe au stade nouveau du pouvoir du Conseil de classement des poursuites sous conditions. L'évaluation préliminaire des pratiques par le Conseil et la décision d'acceptation d'engagements ne contiennent pas de constat d'infraction. Elles font seulement référence à des « préoccupations de concurrence », non qualifiées au regard des textes d'incrimination. L'évaluation préliminaire ne saurait donc constituer un acte d'« accusation ». De plus, la décision d'acceptation d'engagements ne statue pas sur la culpabilité des entreprises et n'inflige pas de sanction. Dans ces conditions, le principe du non-cumul des fonctions d'accusation et de jugement découlant de l'interprétation de l'article 6 de la CEDH par les juridictions nationales ne s'applique pas à la procédure d'acceptation d'engagements.

Une récente décision d'irrecevabilité rendue le 3 juin 2004 par la Cour européenne des droits de l'homme (Nesté c/Russie n° 69042/01) confirme cette

**23.** S'agissant de la participation des rapporteurs au délibéré des autorités administratives indépendantes, la Cour de cassation et le Conseil d'État apprécient le rôle effectif des rapporteurs dans la procédure et prohibent la participation au délibéré des rapporteurs qui ont au préalable formulé l'accusation, comme contraire au principe d'impartialité. Dans un arrêt rendu en formation plénière le 5 février 1999, concernant la Commission des opérations de bourse (COB) (Cass. plénière 5 février 1999 COB c/ Oury), la Cour de cassation a souligné : « *l'arrêt relève que l'un des membres de la Commission, nommé rapporteur, a été chargé de procéder à une instruction sur les faits avec le concours des services administratifs et à toutes investigations utiles ; [...] c'est, dès lors, à bon droit que la cour d'appel a décidé qu'il ne pouvait pas participer au délibéré et par ce seul motif, a justifié sa décision* ». Le Conseil d'État a jugé, dans l'arrêt Didier, que la participation du rapporteur au délibéré du Conseil des marchés financiers ne violait pas le principe de l'impartialité, car celui-ci « *n'est pas à l'origine de la saisine, ne participe pas à la formulation des griefs* », ne peut classer l'affaire ou élargir le cadre de sa saisine, n'a pas de pouvoirs coercitifs ou de contrainte et détient des pouvoirs identiques à ceux de la formation collégiale. De même, s'agissant cette fois des pouvoirs des collègues des autorités administratives indépendantes, les deux hautes juridictions censurent, comme contraire au principe d'impartialité, le cumul entre les mêmes mains, du pouvoir de formuler l'accusation en matière pénale et celui de juger. Concernant le collège de la COB, la cour d'appel de Paris, se livrant à une appréciation concrète, a jugé, dans l'arrêt KPMG, que le cumul des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement n'était pas, en soi, contraire à l'exigence d'impartialité, mais constatant que le collège de la COB avait successivement décidé de la mise en accusation de la société, formulé les griefs et statué sur la culpabilité, qu'il y avait eu atteinte au principe du procès équitable et impartial, l'élément décisif étant le cumul, entre les mêmes mains, des fonctions d'accusation et de jugement.

**24.** Dans un arrêt du 23 juin 2004 rendu dans l'affaire des banques, la Cour de cassation s'est prononcée sur la saisine d'office du Conseil et sur les conditions de l'intervention du rapporteur dans le cadre de cette saisine d'office : il était soutenu que l'intervention du rapporteur lors du rassemblement des éléments ayant permis au Conseil de prendre sa décision de saisine d'office, puis sa participation au délibéré de la décision de saisine d'office et de la décision de demande d'enquête postérieure, son intervention enfin lors de l'instruction de la saisine ayant abouti à la décision au fond, contrevenaient aux principes du secret du délibéré, de séparation des fonctions de poursuite et d'instruction et d'impartialité. La Cour a réfuté cette argumentation, en précisant que « *la décision par laquelle le Conseil [...] décide de se saisir d'office n'est pas un acte de poursuite* ». Elle a confirmé la position de la cour d'appel selon laquelle aucun texte ne fait obstacle à ce que le Conseil demande à un rapporteur de rassembler les éléments lui permettant d'apprécier l'opportunité de se saisir d'office et que ce rapporteur présente des observations orales devant la Commission permanente appelée à se prononcer sur ce point. Elle en déduit que la présence du rapporteur à la séance de la formation appelée à décider de cette mesure, puis la désignation de ce rapporteur aux fins d'instruire cette saisine ne méconnaissent aucun des principes invoqués.

interprétation en excluant du champ d'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et du citoyen, certains des pouvoirs des autorités de concurrence qui visent essentiellement à prévenir les atteintes à la concurrence et à la restaurer en cas d'atteinte au fonctionnement du marché et qui « *appartiennent au champ de la régulation* », dès lors qu'ils ne visent pas l'imposition de sanctions <sup>25</sup>.

Ces raisons expliquent que le Conseil est associé dès le début de la procédure, le recours à la procédure d'engagements n'étant pas décidé par le seul rapporteur général, mais en étroite collaboration avec le collège qui juge de l'opportunité de faire usage de la procédure en question. Le collège suit ensuite l'élaboration des engagements par l'entreprise. Cette adaptation était d'autant plus opportune que le décret a expressément reconnu au Conseil le pouvoir de mener lui-même les négociations lorsque les engagements sont proposés devant lui lors d'une séance d'examen d'une demande de mesures conservatoires.

Ainsi, contrairement à la procédure de non-contestation des griefs, la possibilité d'accepter des engagements constitue une compétence directe du Conseil dont l'exercice n'est nullement conditionné par l'action du rapporteur général.

– *L'information de l'entreprise à l'encontre de laquelle la procédure est dirigée*

L'entreprise à l'encontre de laquelle une affaire a été engagée doit pouvoir connaître les pratiques qui lui sont reprochées pour pouvoir, le cas échéant, formuler des engagements.

Or, en droit français, le Code de commerce ne connaissait que la notification de griefs, qui constitue un acte d'accusation formel et n'avait pas prévu d'acte spécifique pour signaler, avant même le début de la procédure contradictoire, des « problèmes de concurrence » ou des « préoccupations de concurrence ». Il importait donc d'imaginer un nouveau mode d'information des entreprises.

Le Conseil a décidé d'envoyer à l'entreprise concernée une évaluation préliminaire des pratiques. Cet acte préliminaire ne doit pas avoir un caractère aussi formel qu'une notification des griefs. Il doit exposer à l'entreprise les préoccupations de concurrence suscitées par l'affaire dont le Conseil est saisi, sans aller jusqu'à une qualification précise des faits.

<sup>25</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme a, dans une décision d'irrecevabilité du 3 juin 2004 Nestlé c/Russie n° 69042/01, rejeté la plainte de la société Nestlé qui prétendait que la procédure devant l'autorité de concurrence russe relevait de la matière pénale et que les principes d'égalité des armes et de présomption d'innocence garantis par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme avaient été violés à son encontre. La Cour a en effet estimé que les dispositions de droit de la concurrence ne relevaient pas en elles-mêmes de la matière pénale au sens de l'article 6. Elle a relevé notamment que les pouvoirs des autorités de concurrence visaient essentiellement à prévenir les atteintes à la concurrence et à restaurer le fonctionnement de la concurrence en cas d'atteinte au fonctionnement du marché, que certains comportements pouvaient être exonérés s'ils visaient à satisfaire l'intérêt général et qu'enfin la réglementation (russe) qui lui était soumise ne prévoyait pas de sanctions en tant que telles mais des pouvoirs d'injonction allant d'une simple injonction de cesser les pratiques à l'injonction de démanteler des structures d'entreprises ou certains pouvoirs de confiscation des profits indus, qui « *appartiennent au champ de la régulation* ». Cette décision semble donc écarter le champ de la régulation et ses outils d'intervention de l'emprise de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors qu'ils ne visent pas à l'imposition de sanctions.

En pratique, c'est le rapporteur qui fait connaître aux entreprises ou organismes concernés son évaluation préliminaire des pratiques en cause. Cette évaluation préliminaire peut être faite, selon les cas, par courrier, par procès-verbal ou, lorsque le Conseil est saisi d'une demande de mesures conservatoires, en complément de la saisine au fond, par la présentation d'un rapport oral en séance.

Si l'entreprise mise en cause accepte, sur la base de cette évaluation préliminaire, d'entrer dans une procédure d'engagements, elle devra formaliser ces derniers dans un certain délai.

*– La place des tiers dans la procédure*

La procédure d'engagements a enfin conduit le Conseil de la concurrence à s'interroger sur les moyens d'associer les tiers, c'est-à-dire les entreprises qui ne sont pas parties en droit français (c'est-à-dire qui ne sont ni plaignantes ni poursuivies), à la procédure. En effet, dans les procédures traditionnelles, les tiers ne participent pas à la procédure devant le Conseil de la concurrence. Ils peuvent bien entendu être associés indirectement lors de l'enquête, ils peuvent aussi être attirés dans la procédure, mais leur avis n'est pas sollicité systématiquement et ils ne bénéficient d'aucun droit dans la procédure contentieuse.

Or, la procédure d'engagements présente certaines spécificités. Elle doit conduire à régler rapidement des préoccupations de concurrence. Il est donc nécessaire de veiller à ce que les tiers, dont les intérêts peuvent être affectés, soient entendus, leurs observations pouvant contribuer à l'analyse de marché menée par l'autorité de concurrence quand elle apprécie les engagements proposés.

À cet effet, le Conseil de la concurrence a prévu, comme dans la procédure déjà suivie en matière d'engagements par la Commission européenne ou encore dans le domaine des concentrations, la publication d'une communication à destination des tiers intéressés.

En pratique, le Conseil publie par tout moyen, en général par une diffusion sur son site Internet, un résumé de l'affaire et des engagements pour permettre aux tiers intéressés de présenter leurs observations.

À cette occasion, il fixe un délai pour la production des observations des tiers intéressés. Ces observations sont versées au dossier. Elles seront prises en compte par le Conseil dans son appréciation finale des engagements proposés par l'entreprise.

*Le décret n° 2005-1668 du 27 décembre 2005*

Le succès de l'approche pragmatique du Conseil lui a permis d'intégrer les principaux éléments de sa pratique dans le nouveau décret d'application du livre IV du Code de commerce, le décret n° 2005-1668 du 27 décembre 2005 portant modification du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du Code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence. La procédure est dorénavant régie par le nouvel article 42-1 du décret du 30 avril 2002 modifié.

Lorsque le Conseil envisage de faire application de la procédure d'engagements, le rapporteur identifie les problèmes de concurrence au stade d'une



évaluation préliminaire. Cette évaluation peut être faite par courrier, par procès-verbal ou lorsque le Conseil est saisi d'une demande de mesures conservatoires, par la présentation d'un rapport oral en séance. Cette évaluation est communiquée aux entreprises en cause et une copie en est adressée à l'auteur de la saisine et au commissaire du Gouvernement, sauf lorsqu'elle est présentée oralement lors d'une séance en présence des parties. La partie en cause peut à ce stade solliciter le bénéfice de la procédure d'engagements au Conseil de la concurrence afin de remédier aux préoccupations de concurrence soulevées. Un délai, qui ne peut être inférieur à un mois lui est alors imparti pour transmettre ses engagements par écrit, soit par le rapporteur, soit par le collègue quand l'évaluation est présentée oralement.

À la réception de ces engagements, le rapporteur général communique leur contenu à l'auteur de la saisine et au commissaire du Gouvernement. Il publie sur internet un résumé de l'affaire et des engagements pour permettre aux tiers intéressés de présenter des observations avant une date déterminée (le délai ne peut être inférieur à un mois). Les parties et le commissaire du Gouvernement sont convoqués en séance. Après avoir pris connaissance des observations des parties et tiers intéressés, le Conseil peut, en séance, reprendre la discussion des engagements avec la partie en cause et éventuellement demander une nouvelle version des engagements, plus à même de répondre aux préoccupations de concurrence (05-D-29). À l'issue de sa discussion, si le Conseil considère que les engagements proposés répondent aux problèmes de concurrence identifiés au stade de l'évaluation préliminaire, il peut décider d'accepter les engagements et mettre fin aux procédures.

### **La portée de la procédure d'engagements**

Le Conseil de la concurrence a déjà appliqué cette procédure à six reprises, ce qui témoigne de son attractivité. Un premier bilan fait apparaître, dans quatre cas sur six, son utilisation dans des procédures ayant donné lieu à des demandes de mesures conservatoires<sup>26</sup> ; des préoccupations de concurrence ont également été soulevées au stade d'auditions réalisées par le rapporteur<sup>27</sup>.

On peut déduire de cette pratique des indications sur le champ d'application de la procédure, la portée et la valeur des engagements, ainsi que leur nature, ce qui permettra de conclure sur les avantages de cette procédure, partagés entre le Conseil et les entreprises.

#### **• La période pendant laquelle les engagements peuvent être proposés**

Le bénéfice de la procédure d'engagements ne peut être sollicité que pendant la période antérieure à l'envoi de la notification des griefs, comme le

26. Décision 05-D-12 du 17 mars 2005, relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la mesure d'audience dans le secteur de la presse quotidienne nationale et sur le marché connexe de la publicité dans ce secteur ; décision 05-D-25 du 31 mai 2005, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Yvert & Tellier sur le marché des catalogues de cotation de timbres-poste ; décision 06-C-03 du 17 janvier 2006, relative à un désistement concernant des pratiques mises en œuvre par France Télécom ; décision 06-D-01 du 7 février 2006, relative à des pratiques mises en œuvre par la société des Nouvelles Messageries de presse parisienne (NMPP).

27. Décision 06-D-01 du 7 février 2006, relative à des pratiques mises en œuvre par la société des Nouvelles Messageries de presse parisienne (NMPP).

confirme le nouvel article 42.1 du décret du 30 avril 2002 qui évoque une « évaluation préliminaire » nécessairement préalable à la notification des griefs. Après cette dernière, la procédure de non-contestation des griefs a vocation à permettre aux entreprises de proposer des engagements en contrepartie d'une réduction de la sanction (voir la décision 06-D-03 du 9 mars 2006).

### • Le champ d'application de la procédure

Le Code de commerce français ne précise pas dans quel type d'affaires la procédure d'engagements peut être utilisée. En théorie, elle peut donc être utilisée pour toute catégorie de pratiques susceptibles de restreindre la concurrence. Pour autant, il est clair que le Conseil de la concurrence entend circonscrire les cas dans lesquels il fera usage de ce nouvel instrument.

Au terme d'une année de pratique, les six affaires tranchées par le Conseil permettent de dessiner un profil type des pratiques pouvant bénéficier de la procédure d'engagements : il s'agit principalement de pratiques unilatérales commises par un opérateur en position dominante, n'ayant pas cessé au jour de la prise des engagements et pour lesquelles les sanctions pécuniaires n'apparaissent pas être la voie la plus appropriée. Ces affaires ont notamment soulevé la question de l'accès à des ressources rares détenues par un opérateur en position dominante et actif sur un marché aval.

Dans la première affaire d'engagements qu'il a eu à connaître, le Conseil de la concurrence a accepté des engagements proposés par l'association EUROPQN, le Syndicat de la presse quotidienne régionale (SPQR) et l'Association pour l'étude et la promotion de la presse hebdomadaire régionale (AEPHR) tendant à intégrer les quotidiens gratuits *20 Minutes* et *Métro* dans leur étude de mesure d'audience de la presse quotidienne nationale. Les engagements ont clos les procédures au fond et en mesures conservatoires diligentées par les sociétés « 20 Minutes » et « Métro »<sup>28</sup>, à l'encontre de l'association EUROPQN (Études et unités de recherches opérationnelles de la presse quotidienne nationale) qui rassemble les grands quotidiens à tirage national. Ces engagements ont permis l'intégration des quotidiens gratuits à l'enquête de mesure d'audience de la presse quotidienne nationale, qui sert de référence aux professionnels de l'achat d'espaces publicitaires pour établir les tarifs de ces achats d'espace.

De même, dans une décision 05-D-29 du 16 juin 2005<sup>29</sup>, le Conseil a accepté des engagements de la part des Haras Nationaux. Cet établissement public administratif, chargé d'une mission de service public et en situation de position dominante sur le marché français des saillies et inséminations artificielles, favorisait ses propres centres d'insémination au détriment des centres privés, en pratiquant des prix de saillies nettement inférieurs aux prix du marché et inférieurs aux coûts réels supportés par

28. Décision 05-D-12 du 17 mars 2005 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la mesure d'audience dans le secteur de la presse quotidienne nationale et sur le marché connexe de la publicité dans ce secteur.

29. Décision 05-D-29 du 16 juin 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par « Les Haras Nationaux » sur le marché de la reproduction équine.

l'établissement public. Les engagements ont eu pour objet de mettre fin aux pratiques potentiellement discriminatoires.

La décision 06-D-01 fournit un autre exemple de refus d'accès à une ressource indispensable sur un marché aval. La société Export Press, société exportatrice de presse, avait saisi le Conseil au fond et en mesures conservatoires de pratiques mises en œuvre par le groupe des Nouvelles Messageries de presse parisienne (NMPP) dans le secteur de la distribution de la presse dans les DOM-TOM. Les prix de gros que lui facturaient les dépositaires des NMPP empêchaient cette société de formuler des prix attractifs pour les éditeurs de presse et la plaçaient ainsi dans l'impossibilité de concurrencer les NMPP sur ce marché. En effet, cette société, en tant qu'exportateur, doit obligatoirement utiliser les services des dépositaires pour assurer l'exportation des titres qui lui sont confiés par les éditeurs.

Au vu de ces premières décisions, la procédure d'engagements serait donc dédiée à des pratiques essentiellement unilatérales, pour lesquelles le Conseil disposerait d'indices de « préoccupations de concurrence » et auxquelles il pourrait être mis fin rapidement au moyen d'engagements. Elle s'adresserait donc principalement à certains cas d'abus de position dominante ou d'ententes verticales.

Ainsi que le précise le treizième considérant du règlement n° 1/2003, « *de telles décisions ne sont pas opportunes dans les cas où la Commission entend imposer une amende* ». Le Conseil, comme la Commission s'interdisent donc d'utiliser la procédure d'engagements dans les cas où l'atteinte à l'ordre public économique justifie le prononcé de sanctions pécuniaires, ce qui exclut les ententes entre concurrents, comme par exemple les cartels horizontaux.

Au-delà de la nature des pratiques, on peut identifier deux raisons essentielles de recourir à la procédure d'acceptation d'engagements :

- la nécessité d'agir en urgence ;
- l'existence de domaines dans lesquels la pratique décisionnelle des autorités de concurrence est moins solidement établie.

Ainsi que l'ont relevé des membres de la direction générale de la concurrence de la Commission européenne : « *certaines infractions, moins graves ou moins clairement définies par la pratique décisionnelle, requièrent simplement qu'il y soit mis un terme rapidement et efficacement* »<sup>30</sup>.

En France, le Conseil de la concurrence met en œuvre la procédure d'engagements lorsqu'il désire mettre un terme, sans délai, à des pratiques susceptibles de poser des problèmes de concurrence dans des affaires où le prononcé de sanctions n'est pas nécessairement adapté et où la coopération des parties s'avère nécessaire pour trouver la meilleure solution.

La mise en œuvre de cette procédure peut s'avérer opportune dans les cas où la ligne de partage entre un comportement conforme aux usages commerciaux et un comportement clairement anticoncurrentiel est ténue. La confluence du droit de la concurrence et des droits de propriété intellectuelle

30. Emil Paulis et Céline Gauer, Journal des tribunaux européens n° 97, mars 2003.

en fournit l'illustration la plus topique et a nourri, à ce jour, la moitié des affaires d'engagements <sup>31</sup>.

Le Conseil a fait part, dans une décision 05-D-16, de ses préoccupations de concurrence sur le marché de la gestion des droits audiovisuels, où la SACD imposait à ses adhérents, par l'intermédiaire d'une clause statutaire, un couplage obligatoire de la gestion de leurs droits de représentation dramatique et de leurs droits audiovisuels, sans fractionnement possible. Cette clause de prestations liées permettait en définitive à la SACD « *d'utiliser sa position de monopole sur le marché non contestable et incontournable de la gestion des droits audiovisuels pour consolider et maintenir sa position de monopole sur le marché, potentiellement contestable et ouvert, de la gestion des droits de représentation publique des œuvres dramatiques* ». Les engagements ont permis de modifier les statuts dans le sens souhaité par le Conseil de la concurrence.

Dans une décision 05-D-25, le Conseil de la concurrence a estimé que l'on pouvait raisonnablement présumer que la société Yvert et Tellier, présente sur le marché des catalogues de cotation de timbres-poste depuis plus d'un siècle, possédait une notoriété telle que sa numérotation jouait le rôle d'une norme de fait pour la cotation et le négoce des timbres. Cette société pouvait de ce fait abuser de sa position dominante sur le marché des catalogues de cotation de timbres français, en refusant de donner l'accès – par l'octroi d'une licence – à la numérotation de son catalogue à ses concurrents directs, lesquels souhaitaient produire des tables de concordance entre les différentes numérotations. Ces tables étant susceptibles de constituer un produit nouveau pour lequel il pouvait exister une demande potentielle, les pratiques en cause étaient susceptibles d'entraver le développement du marché des catalogues de cotation de timbres de collection. Les engagements ont permis de régler dans de brefs délais, les conditions d'accès et notamment tarifaires des concurrents à la numérotation Yvert & Tellier.

Dans une affaire qui a donné lieu à un désistement de la partie plaignante et à un donner acte du Conseil, le Conseil avait considéré qu'il n'était pas exclu que France Télécom <sup>32</sup> soit en position dominante sur le marché des services téléphoniques spéciaux de libre appel et à coûts partagés et que son utilisation restrictive du droit des marques lors des changements d'opérateurs puisse être constitutive d'un abus de cette position dominante. Les clients professionnels de France Télécom, titulaires de numéros spéciaux, étaient entravés dans leur faculté de changer d'opérateur téléphonique et dans la mise en œuvre du principe de portabilité des numéros, par l'utilisation abusive par France Télécom du droit de propriété intellectuelle sur les appellations commerciales Numéro Vert,

31. Bruno Lasserre, contribution à la 32<sup>e</sup> *Conference on International Antitrust Law and Policy* de l'Université de Fordham (22 et 23 septembre 2005), précité.

Voir aussi : décision 05-D-16 du 26 avril 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD) ; décision 05-D-25 du 31 mai 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Yvert & Tellier sur le marché des catalogues de cotation de timbres-poste ; décision 06-C-03 du 17 janvier 2006 relative à un désistement concernant des pratiques mises en œuvre par France Télécom.

32. Décision 03-MC-02 du 5 mars 2003 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société Cegetel.

Numéro Azur et Numéro Indigo, qui leur faisait perdre l'usage de ces appellations, en cas de changement d'opérateurs. Après l'examen des faits lors d'une séance consacrée à des engagements devant le Conseil, un système de licence a finalement été mis en place dans un cadre transactionnel avec le plaignant, système ensuite élargi à tous les opérateurs.

### ● La portée et la valeur des engagements

*Les décisions acceptant et rendant obligatoires les engagements ne se prononcent pas sur le caractère prohibé des pratiques ou sur la culpabilité des entreprises*

Le considérant n° 13 du règlement 1/2003 précise que :

*« Lorsque, dans le cadre d'une procédure susceptible de déboucher sur l'interdiction d'un accord ou d'une pratique, des entreprises présentent à la Commission des engagements de nature à répondre à ses préoccupations, la Commission doit pouvoir, par décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises concernées. Les décisions relatives aux engagements devraient constater qu'il n'y a plus lieu que la Commission agisse, sans établir s'il y a eu ou s'il y a toujours une infraction. Ces décisions sont sans préjudice de la faculté qu'ont les autorités de concurrence et les juridictions des États membres de faire de telles constatations et de statuer sur l'affaire. De telles décisions ne sont pas opportunes dans les cas où la Commission entend imposer une amende. »*

Aux termes de ce considérant, les décisions relatives aux engagements ne se prononcent pas sur la culpabilité des entreprises en cause. Elles ne contiennent aucune constatation d'infraction au droit de la concurrence et ne font état que de « préoccupations » au regard de la concurrence. « Pour les entreprises, ces décisions présentent l'avantage de raccourcir la procédure et les frais qu'elle induit mais surtout de ne pas comporter de constat d'infraction qui pourrait être utilisé par les tiers pour obtenir plus aisément des dommages et intérêts devant les juridictions nationales <sup>33</sup>. »

Elles ne peuvent donc permettre le déclenchement, sur leur seul fondement, de poursuites pénales en application de l'article L. 420-6 du Code de commerce, ni d'action en dommages-intérêts. Le demandeur d'une réparation devant le juge civil serait, en l'occurrence, renvoyé à sa propre capacité à démontrer son préjudice et la faute de son adversaire à partir des éléments qu'il apporte lui-même et non pas sur la base d'une infraction qu'aurait constatée le Conseil, celle-ci n'ayant pas été établie.

*Ces décisions n'ont pas d'effet obligatoire à l'égard des autres autorités de concurrence et juridictions des États membres*

Les décisions d'acceptation d'engagements présentent de grandes similitudes avec les mesures de transaction pénale, dès lors qu'elles permettent d'arrêter les poursuites d'ordre public d'infractions au droit de la concurrence.

N'ayant pas autorité de chose décidée, car elles ne prennent pas partie sur un chef d'accusation, elles ne préjugent en rien de la faculté qu'ont les autorités

33. Emil Paulis et Céline Gauer, Journal des tribunaux européens n° 97, mars 2003.

de concurrence et les juridictions des États membres d'être saisies, ou de se saisir d'office, des mêmes faits et de constater des infractions au droit de la concurrence. Dans le cadre du fonctionnement du réseau des autorités de concurrence<sup>34</sup>, une telle possibilité semble cependant improbable et peu productive, si les atteintes à la concurrence ont cessé du fait des engagements proposés et acceptés dans un État membre.

*Ces décisions permettent de clôturer la procédure et de rejeter les plaintes fondées sur les pratiques visées*

Si la Commission est saisie d'une plainte à l'encontre de pratiques qui font l'objet de la décision d'acceptation d'engagements, elle peut la rejeter, conformément à l'article 7 du règlement CE n° 773/2004 du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE, en se référant dans sa décision de rejet au fait que les pratiques dénoncées dans la plainte ont donné lieu à une décision d'acceptation d'engagements<sup>35</sup>, et que donc, il n'y a plus lieu d'agir.

Si le Conseil est saisi d'une plainte à l'encontre de pratiques qui ont fait l'objet d'une décision d'acceptation d'engagements, aucune disposition du Code de commerce ne l'autorise à classer la plainte sur ce fondement. En outre, le principe *non bis in idem* ne s'applique pas, en l'absence de décision au fond. Toutefois, le Conseil pourrait constater qu'il n'y a plus lieu à agir, compte tenu de la cessation de la pratique.

*Ces décisions sont susceptibles de recours*

Le pouvoir d'accepter des engagements figurant à l'article L. 464-2 du Code de commerce (c'est-à-dire dans l'article relatif aux sanctions, injonctions, transaction et clémence) induit que les décisions acceptant des engagements suivent le régime défini à l'article L. 464-8 du Code de commerce, à savoir qu'elles sont notifiées aux parties en cause et au ministre chargé de l'Économie, qui peuvent, dans le délai d'un mois, introduire un recours en annulation ou en réformation devant la cour d'appel de Paris.

Sans doute, l'incorporation de ces décisions dans les décisions susceptibles de recours est-elle fortuite et résulte-t-elle d'un oubli du législateur. La philosophie de cette procédure est, en effet, d'échapper aux voies de recours, puisqu'il s'agit, non d'une décision au fond, mais d'une sorte de contrat librement consenti entre l'autorité de poursuite et l'entreprise poursuivie.

Aucun recours n'a, à ce jour, été déposé contre les décisions du Conseil acceptant les engagements. On voit mal quel serait l'intérêt à agir des parties, puisque, s'agissant des entreprises à l'encontre desquelles pèsent des préoccupations de concurrence, elles ont elles-mêmes proposé les engagements et, s'agissant des entreprises plaignantes, leur point de vue est recueilli en cours de procédure. Le ministre de l'Économie ou le plaignant

34. Les décisions acceptant des engagements et mettant en jeu le droit communautaire sont notifiées, trente jours avant leur adoption, à la Commission et au réseau des autorités de concurrence européennes sur le fondement du 4 de l'article 11 du règlement 1/2003.

35. Cf. Communication de la Commission relative au traitement des plaintes déposées au titre des articles 81 et 82 du Traité CE, § 76.

pourrait cependant former un recours en cas de désaccord complet avec la solution retenue par le Conseil.

Quant aux tiers, leur recours serait irrecevable, sauf à leur conférer la qualité de « partie intéressée ». Toutefois, la publicité des engagements garantit à ces tiers la possibilité de présenter leurs observations au Conseil avant qu'il n'accepte les engagements.

### • La nature des engagements

On notera en premier lieu que, si, contrairement à la Commission européenne, le Conseil de la concurrence n'a pas la possibilité d'imposer des mesures correctives de nature structurelle, mais seulement comportementale quand il fait usage de son pouvoir d'injonction traditionnel, il peut, dans la procédure d'engagements, accepter des mesures proposées par les entreprises des deux natures.

En pratique, les engagements rendus obligatoires par le Conseil de la concurrence ont été essentiellement comportementaux, même si certains d'entre eux pouvaient être qualifiés de quasi structurels. Il en a été notamment ainsi, quand les engagements ont porté sur la cession d'une licence d'exploitation d'un droit d'auteur<sup>36</sup> ou sur la modification substantielle des règles d'organisation ou de fonctionnement d'une entreprise<sup>37</sup>, telle l'intégration d'une entreprise dans une mesure nationale d'audience, la modification des statuts de la SACD permettant le fractionnement des apports de droits, ou encore sur la modification de la structure des barèmes de distribution de la presse en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie.

Il importe ensuite de rappeler que les engagements n'obligent que la partie qui les prend.

C'est ainsi que le Conseil de la concurrence ne rend obligatoires dans ses décisions que les engagements unilatéraux pris par l'entreprise dont les pratiques ont fait l'objet d'une évaluation préliminaire. Le caractère unilatéral de ces engagements implique que le Conseil de la concurrence ne peut rendre obligatoires des engagements dont la réalisation serait conditionnée à l'accord ou une action particulière d'autres parties. Dans l'affaire EUROPQN, le Conseil a mis en cause les entreprises qui étaient partenaires d'EUROPQN dans le financement de l'étude, afin qu'un accord puisse être trouvé avec toutes les parties. En effet, EUROPQN n'aurait pu prendre des engagements alors que ses partenaires n'étaient pas consultés et n'avaient pas pris le même engagement.

On notera également qu'au cours des discussions avec la partie concernée, celle-ci peut être amenée à proposer des mesures qui vont au-delà des préoccupations de concurrence exprimées par le Conseil de la concurrence ou qui complètent ou explicitent les engagements proposés par ailleurs. Au terme de sa décision, le Conseil ne rend obligatoires que les engagements.

36. Voir la décision 05-D-25 du 31 mai 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Yvert & Tellier, précitée.

37. Voir les décisions 05-D-12 du 17 mars 2005, EUROPQN, et 05-D-29 du 16 juin 2005 relative aux pratiques des « Haras Nationaux », précitées.

Pour autant, il prend généralement acte des mesures complémentaires prévues par les parties, dans le dispositif de sa décision, ce qui n'emporte aucune conséquence juridique. Dans l'affaire SACD, par exemple, le Conseil n'a pas souhaité se prononcer sur certaines modifications statutaires proposées par la SACD en matière d'apport des droits audiovisuels par territoire, dans la mesure où il considère que « *dans le cadre d'une procédure d'engagements destinée à répondre à des problèmes de concurrence préalablement portés à la connaissance de la partie mise en cause, il ne revient pas au Conseil de se prononcer sur une réforme statutaire allant au-delà des remèdes nécessaires pour mettre fin aux problèmes de concurrence préalablement identifiés* ».

La pratique montre également que le Conseil n'accepte des engagements proposés par les entreprises en cause que s'ils remplissent des conditions précises.

La loi précise en effet que les engagements doivent apporter une réponse satisfaisante aux préoccupations de concurrence identifiées dans son évaluation préliminaire. Si tel n'est pas le cas, les engagements doivent être modifiés ou, à défaut, ils seront refusés<sup>38</sup>. Dans ce cadre, le Conseil de la concurrence attache une importance particulière aux observations du plaignant et des tiers intéressés, tout en considérant que la procédure n'a pas pour objet d'emporter l'adhésion du plaignant dont les demandes peuvent excéder ce qui est strictement nécessaire au règlement des préoccupations de concurrence exprimées.

S'agissant du contrôle de l'exécution des engagements, le Conseil n'a pas, pour le moment, exigé des entreprises qu'elles mettent en place des mécanismes particuliers pour assurer la bonne exécution de sa décision. La désignation d'un tiers indépendant, comme cela est couramment le cas en matière de contrôle des concentrations, pourrait être préconisée. Les sociétés pourraient rendre compte de l'exécution des engagements par un rapport d'application (« *compliance reports* »). Mais ces solutions pourraient être réservées aux engagements les plus complexes.

Le suivi relève donc du Conseil et de la Direction générale de la concurrence de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF). Le plaignant, toute autre entreprise ayant un intérêt à agir ou la DGCCRF, peuvent saisir à nouveau le Conseil en non-respect de ces engagements. Le Conseil peut également se saisir d'office.

On relèvera également que, contrairement aux dispositions applicables à la Commission européenne, le texte français n'a pas prévu de mécanisme spécifique permettant au Conseil de rouvrir la procédure officiellement clôturée par l'acceptation des engagements, dans l'hypothèse où les faits sur lesquels la décision repose subiraient un changement profond. Pour autant, en pratique, dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs traditionnels, le Conseil

<sup>38</sup>. Ainsi, dans sa décision sur les Haras Nationaux, le Conseil de la concurrence a précisé que : « *Afin de permettre aux engagements proposés de mieux répondre aux préoccupations de concurrence exprimées et pour tenir compte des observations de la FADETEQ, le Conseil, lors des débats, a demandé des précisions ou des modifications dans la rédaction des engagements proposés* ».



pourrait parfaitement se saisir à nouveau de l'affaire si de telles circonstances se présentaient.

Le Conseil considère qu'en cas de changement de la situation de marché (par exemple une perte de situation dominante) de la loi ou de la jurisprudence des autorités de concurrence, les entreprises doivent signaler au Conseil leur intention de ne plus exécuter ou d'adapter leurs engagements. Il revient en effet au Conseil d'apprécier si les changements intervenus sont suffisamment substantiels pour justifier une révision des engagements et une saisine d'office du Conseil.

Cette réserve ou clause de révision a une portée générale, ce qui explique que les demandes particulières des entreprises pour limiter la portée temporelle de leurs engagements ou prévoir une possibilité de révision, ne sont pas systématiquement reprises dans le dispositif de la décision d'acceptation des engagements.

## La procédure de clémence

### Considérations générales

Comme cela vient d'être expliqué, la procédure d'engagements constitue une véritable alternative aux sanctions, dans la mesure où les autorités de concurrence ne prennent pas position sur la qualification des comportements au regard des règles de concurrence et ne prononcent donc aucune sanction. Quant à la procédure de non-contestation des griefs, elle ne constitue pas véritablement une alternative aux sanctions, même si au plan théorique on ne peut exclure que sa mise en œuvre puisse conduire à une exonération totale de sanction. Elle s'apparente davantage à un dispositif accessoire aux sanctions, permettant d'en moduler le niveau en contrepartie de la non-contestation des griefs et de la prise d'engagements par l'entreprise.

Dans ce cadre, la procédure de clémence – procédure qui permet de modérer le montant des sanctions encourues, jusqu'à le rendre nul, pour récompenser, sous certaines conditions, des entreprises parties à une infraction pour avoir révélé l'existence de ces comportements et coopéré avec les autorités de concurrence dans le cadre de la poursuite de ces infractions – peut s'analyser, selon les cas, comme une alternative ou comme un dispositif accessoire aux sanctions. Alternative quand une entreprise bénéficie d'une immunité totale d'amende, accessoire quand elle ne bénéficie que d'une réduction.

À titre liminaire, il convient de s'accorder sur ce que l'on entend par « clémence ». Dans le cadre de la présente étude, sous le vocable « clémence » seront visées tant les exonérations totales de sanctions pécuniaires, c'est-à-dire les immunités, que les exonérations partielles ou réductions d'amendes.

Les programmes de clémence constituent un nouveau moyen à la disposition des autorités de concurrence pour lutter contre les ententes, en particulier les plus graves d'entre elles, dites « injustifiables ».

Ainsi que le Conseil de la concurrence l'indiquait dans son rapport pour l'année 2000, par référence à la terminologie de l'OCDE <sup>39</sup>, les « cartels injustifiables », sont « *les ententes qui ont un caractère caché durable, qui couvrent la totalité ou la quasi-totalité d'un marché et qui portent sur les prix, les quantités livrées ou une répartition de la clientèle. Les affaires en question s'opposent à celles qui sont relatives à des ententes organisées en vue de répondre à des appels d'offres, lesquelles ont, au moins pour ce que l'on peut en juger au travers des dossiers examinés, un caractère plus ponctuel et ne réunissent le plus souvent qu'une partie des opérateurs. Lorsqu'ils fonctionnent à la satisfaction de leurs initiateurs, les "cartels injustifiables" peuvent provoquer des dommages redoutables à l'économie : le marché, malgré la pluralité des opérateurs qui y sont actifs, fonctionne alors comme s'il existait un véritable monopole, les prix étant fixés en commun à un niveau supérieur à ce que serait le prix résultant d'une concurrence par les mérites. La théorie économique démontre que de telles situations ont deux conséquences : un transfert de richesse des clients vers les producteurs engagés dans le cartel et une perte globale de richesse pour l'économie. La lutte contre ces cartels constitue donc, pour les autorités de la concurrence, une priorité* ». L'OCDE s'est également attachée à montrer combien de telles ententes « *gaspillent les ressources de l'ensemble de la collectivité, sont cause d'inefficience, et coûtent des milliards de dollars aux consommateurs du monde entier* » <sup>40</sup>.

De telles ententes continuent d'exister. Il est aujourd'hui possible d'en mesurer plus précisément les conséquences néfastes pour l'économie. Elles constituent donc une priorité pour les autorités de concurrence. Dans le même temps, leur détection et leur répression s'avèrent de plus en plus délicates. En effet, non seulement bon nombre d'ententes ont une dimension transnationale, alors que les compétences des autorités demeurent nationales, mais en plus elles sont de plus en plus difficiles à détecter dans la mesure où les entreprises, sachant que leurs comportements sont illicites, prennent davantage de précautions pour en dissimuler les traces. Si la détection des ententes est de plus en plus délicate, il en est de même pour leur répression dans la mesure où les juridictions qui contrôlent les autorités de concurrence se montrent particulièrement exigeantes quant au standard de preuve des infractions en cause.

C'est dans ce contexte que sont apparus les programmes de clémence, d'abord aux États-Unis en 1978, puis en 1996 en droit communautaire. L'objectif est assez simple : il s'agit de favoriser la détection des cartels en garantissant aux participants à l'entente qui coopèrent avec les autorités de concurrence un traitement favorable. L'on retrouve ici les principes essentiels des travaux de Becker menés sur l'économie du crime selon lesquels, en substance, un individu respectera la loi tant que le bénéfice qu'il retire de son comportement licite dépasse celui qu'il obtiendrait en devenant « criminel » <sup>41</sup>.

39. V. notamment la Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables, C (98) 35 final du 25 mars 1998.

40. OCDE, « Du recours à la clémence pour réprimer les ententes injustifiables », 2001.

41. V. G.S. Becker, « Crime and Punishment : An Economic Approach », *Journal of Political Economy*, 76 (2), p. 169-217, précité.

Cet objectif de détection doit aussi produire un effet de déstabilisation des cartels puisque l'existence d'un programme de clémence engendre une incertitude supplémentaire pour ses membres. D'une manière générale, une modification du cadre législatif change les incitations des opérateurs économiques. C'est particulièrement vrai pour la procédure de clémence qui donne aux membres d'un cartel des signaux qui peuvent avoir des conséquences opposées. D'un côté, la crainte d'une défection peut les conduire à fermer et à sécuriser plus encore l'entente secrète pour diminuer les risques d'éclatement de l'entente secrète, ce qui peut avoir sur le cartel un effet stabilisant, mais de l'autre, la crainte d'être victime d'une demande de clémence incite à une sortie précoce pour bénéficier soi-même des avantages accordés au premier sortant, ce qui peut avoir sur le cartel un effet déstabilisant. Les premières études théoriques et empiriques sur le sujet montrent que les effets déstabilisants l'emportent. À cela, il faut ajouter les effets de chocs exogènes – par exemple un changement d'actionnaire ou un projet de concentration – qui créent des conditions favorables à une modification stratégique d'un ou plusieurs des membres du cartel et renforcent l'intérêt de demander en premier le bénéfice de la clémence.

Si l'objectif paraît simple, sa mise en œuvre peut s'avérer plus délicate, dans la mesure où les autorités doivent réussir à attirer l'un des participants à l'entente pour faire cesser les pratiques illicites. De nombreuses études, en particulier économiques<sup>42</sup>, ont été entreprises pour analyser le fonctionnement des programmes de clémence et déterminer les caractéristiques qu'ils devaient revêtir pour être efficaces. L'analyse empirique des résultats obtenus par les autorités ayant une certaine expérience en la matière, comme le département de la justice aux États-Unis, a également permis de mieux cerner les conditions de réussite d'un programme de clémence<sup>43</sup>.

D'un point de vue général, l'on peut dire que la réussite d'un programme dépend en grande partie de trois éléments : deux craintes et une certitude.

En premier lieu, les entreprises doivent craindre de subir des sanctions importantes si leur comportement est détecté. Comme l'enseigne la littérature économique sur la collusion dynamique, il faut que l'entreprise comprenne que choisir de ne pas venir vers l'autorité de concurrence est une stratégie hautement risquée. À cet égard, comme cela l'a été montré dans la première partie de cette étude, depuis quelques années les autorités de concurrence ont eu tendance à augmenter les sanctions, et en particulier le montant des amendes, dans les cas d'ententes injustifiables. Ainsi, en France, l'entrée en vigueur du programme de clémence en 2001 est intervenue concomitamment au relèvement du plafond des amendes. De même, l'analyse de la pratique décisionnelle du Conseil montre que les sanctions prononcées ces dernières années à l'encontre des ententes les plus graves

42. V. notamment, M. Motta et M. Polo, « Leniency programs and cartel prosecution », Centre for Economic Policy Research, Paper n° 2349, janvier 2000 ; C. Aubert, P. Rey et W. Kovacic, « The Impact of Leniency Programs on Cartel », 18 novembre 2003 ; J. E. Harrington, « Optimal Corporate Leniency Programs », Johns Hopkins University, juillet 2005.

43. V. notamment, S.D. Hammond, « Cornerstones of an effective leniency program », ICN Workshop on Leniency Programs, Sydney, Australie, 22-23 novembre 2004, disponible sur le site Internet [www.usdoj.gov](http://www.usdoj.gov).

se sont sensiblement accrues. Aux sanctions administratives prononcées contre les entreprises s'ajoutent dans certains systèmes juridiques, dont la France, des sanctions pénales contre les personnes physiques qui concourent à cette dissuasion.

En deuxième lieu, les acteurs du marché doivent percevoir un haut risque de détection par les autorités de concurrence. En effet, plus les chances que la pratique anticoncurrentielle soit détectée sont élevées, plus l'incitation est forte pour les participants à sortir du cartel pour le dénoncer aux autorités en échange d'un traitement favorable. En France, les autorités de concurrence, l'une bénéficiant d'un maillage national permettant de recueillir en permanence des indices de pratiques anticoncurrentielles, l'autre sanctionnant chaque année de nombreuses infractions aux règles de concurrence, attestent de leur capacité à découvrir et sanctionner des ententes. De plus, le fonctionnement en réseau des autorités de concurrence au niveau européen devrait renforcer cette capacité de détection par la mise en commun de moyens humains et matériels.

En troisième lieu, à côté de ces craintes, les programmes de clémence doivent être les plus transparents et les plus prévisibles possible. Il importe, en effet, que l'entreprise, qui décide de cesser sa participation à une activité illécite et de coopérer avec les autorités de concurrence, sache précisément dans quelles conditions elle peut bénéficier d'un traitement favorable. S'il est vrai qu'en France la nécessité d'une meilleure prévisibilité et sécurité juridique avait parfois été mise en avant, des initiatives ont déjà été prises par le Conseil de la concurrence en ce sens<sup>44</sup>. La présente étude entend aussi favoriser la compréhension et accroître la lisibilité du programme français, qui a été clairement exposé dans le communiqué de procédure du Conseil de la concurrence en date du 11 avril 2006.

À la différence de la plupart des pays dans le monde, où les programmes de clémence résultent de lignes directrices ou communications des autorités de concurrence, le dispositif français résulte directement de la loi et de ses textes d'application.

Plus particulièrement, le IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce en fixe le principe et les grandes lignes. Celui-ci dispose : « *Une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à un organisme qui a, avec d'autres, mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'informations dont le conseil ou l'administration ne disposait pas antérieurement. À la suite de la démarche de l'entreprise ou de l'organisme, le Conseil de la concurrence adopte à cette fin un avis de clémence, qui précise les conditions auxquelles est subordonnée l'exonération envisagée, après le commissaire du gouvernement et l'entreprise ou l'organisme concerné ont présenté leurs observations ; cet avis est transmis à l'entreprise ou à l'organisme et n'est pas publié. Lors de la décision prise en application de l. du*

44. Sur ce sujet, voir en particulier, C. Lemaire, « Un regard français : De la loi NRE au programme de clémence », *Concurrences* n° 3 -2005, p. 12.

*présent article, le Conseil peut, si les conditions précisées dans l'avis de clémence ont été respectées, accorder une exonération des sanctions pécuniaires proportionnées à la contribution apportée à l'établissement de l'infraction. »*

Cette disposition a été complétée par l'article 44 du décret du 30 avril 2002 qui énonce : « *L'entreprise ou l'organisme qui effectue la démarche mentionnée au IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce s'adresse soit au directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, soit au rapporteur général du Conseil de la concurrence. La démarche est effectuée par courrier adressé en recommandé avec demande d'avis de réception ou oralement. Dans ce dernier cas, le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, ou le rapporteur général du Conseil de la concurrence constate par écrit la date de la démarche. La déclaration du représentant de l'entreprise ou de l'organisme est recueillie dans les délais les plus brefs par procès-verbal de déclaration par un enquêteur de la DGCCRF ou un rapporteur du Conseil de la concurrence.*

*Le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et le rapporteur général s'informent réciproquement de toute démarche faite auprès d'eux en application du premier alinéa du présent article ainsi que l'existence d'une éventuelle enquête ou instruction se rapportant aux pratiques en cause et déjà en cours avant cette démarche. »*

Un rapporteur du Conseil de la concurrence élabore des propositions d'exonération de sanctions et précise les conditions auxquelles le Conseil de la concurrence pourrait soumettre cette exonération dans son avis de clémence. Son rapport est adressé, au moins trois semaines avant la séance, à l'entreprise ou organisme concerné et au commissaire du Gouvernement.

Lorsque le bénéfice des dispositions du IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce a été demandé, le rapport d'enquête ou la notification de griefs et le rapport du rapporteur peuvent comporter une appréciation sur le respect par l'entreprise ou l'organisme bénéficiaire de l'avis de clémence des conditions prévues par celui-ci.

C'est sur la base de ces textes que le Conseil de la concurrence a forgé progressivement son programme de clémence. Pour ce faire, il a examiné avec attention l'expérience acquise par les programmes étrangers, en Europe et aux États-Unis en particulier. Dans sa pratique décisionnelle, il a choisi de s'inspirer du dispositif communautaire issu de la communication de la Commission du 19 février 2002.

Après avoir présenté les conditions requises pour obtenir le bénéfice de la clémence et les règles de mise œuvre de cette procédure, nous examinerons les premiers résultats de ce dispositif et son articulation avec d'autres procédures.

### **Les conditions du bénéfice de la clémence**

Comme cela l'a été dit précédemment, si les conditions imposées pour obtenir le bénéfice de la clémence en France résultent d'abord des dispositions du Code de commerce, elles ont néanmoins été précisées par la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence, en s'inspirant du dispositif

communautaire issu de la communication de la Commission du 19 février 2002. Le dispositif communautaire ne constitue toutefois qu'une source d'inspiration privilégiée par le Conseil, celui-ci s'en détachant parfois comme les développements qui suivent le montreront.

Afin d'examiner le programme de clémence français, il importe de distinguer la situation de l'immunité totale de sanction de celle de la réduction d'amende. Au préalable toutefois, il convient de préciser quel est son champ d'application.

### **Le champ d'application du programme de clémence**

Si l'on se réfère aux dispositions du Code de commerce, le champ d'application du programme de clémence est potentiellement large puisque le IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce vise « *une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1* », c'est-à-dire toute entente.

Au plan théorique, cette situation diffère de la situation de bon nombre d'autres autorités qui limitent le bénéfice de la clémence aux seules ententes injustifiables.

Ainsi, par exemple, en droit communautaire, la communication de la Commission s'applique aux « *ententes secrètes entre entreprises consistant à fixer des prix, des quotas de production ou de vente et à répartir les marchés, y compris le truquage d'appels d'offres, ou encore à restreindre les importations ou les exportations* ». À l'occasion de la mise en œuvre de ce texte, la Commission a précisé que seules les ententes secrètes et horizontales entraînent dans le champ de son programme de clémence <sup>45</sup>.

Au contraire, d'autres programmes n'ont pas de condition tenant au caractère « secret » des pratiques. D'autres encore en étendent l'application à des ententes autres que les ententes horizontales <sup>46</sup>.

Si les dispositions du Code de commerce sont relativement larges, elles laissent également au Conseil de la concurrence suffisamment de discrétion pour déterminer à quelle catégorie d'ententes il entend appliquer son programme de clémence. En effet, le IV de l'article L. 464-2 ne fait pas obligation au Conseil d'octroyer une exonération de sanction à toute entreprise qui a contribué à établir la réalité d'une pratique prohibée, puisqu'il indique clairement que le Conseil « *peut* » accorder une telle exonération. Cette situation se comprend si l'on se réfère aux raisons qui justifient l'adoption d'un programme de clémence. En effet, l'objectif consiste principalement à détecter des infractions et à déstabiliser les cartels.

L'examen des travaux parlementaires ne dément pas cette analyse. En effet, même s'il est indéniable que l'esprit qui a motivé l'adoption des programmes de clémence en droit français était bien la lutte contre les ententes injustifiables – les travaux parlementaires évoquant un instrument destiné à « *inciter*

45. Voir en particulier la décision du 30 octobre 2002, *PO Video Games, PO Nintendo Distribution*, JOUE n° L 255 du 8 octobre 2003, p. 33, spéc. point 453.

46. Ainsi, le programme de l'Office of Fair Trading s'étend non seulement aux ententes horizontales mais aussi aux ententes verticales qui conduisent à la fixation de prix.

*les entreprises à contribuer à la lutte contre les cartels* »<sup>47</sup> – le législateur ne l’a pas explicitement indiqué dans la loi, ce qui laisse une certaine latitude au Conseil de la concurrence pour décider de la politique qu’il entend mener en la matière.

À cet égard, le Conseil de la concurrence a indiqué dans un communiqué de procédure en date du 11 avril 2006 sur le programme de clémence français (disponible sur le site Internet du Conseil de la concurrence) que : « *Les infractions concernées sont, en principe, les ententes ou cartels entre entreprises consistant notamment à fixer des prix, des quotas de production ou de vente et à répartir les marchés, y compris lors d’appels d’offres, ou tout autre comportement anticoncurrentiel similaire entre concurrents. Ces infractions relèvent toutes des prévisions de l’article L. 420-1 du Code de commerce et, le cas échéant, de l’article 81 du traité CE.* ».

Le Conseil a encore eu l’occasion de préciser à de multiples reprises, que le bénéfice de l’exonération conditionnelle de sanction qu’il accordait, ne se limitait bien entendu pas à la seule violation des dispositions du Code de commerce, mais s’étendait aux dispositions de l’article 81 du traité CE.

### **Les conditions pour obtenir une immunité totale de sanction**

Dès lors que la demande entre dans le champ d’application du programme français, les conditions posées par le Conseil de la concurrence pour bénéficier d’une immunité d’amende sont maintenant clairement établies. À l’instar du droit communautaire, il importe de distinguer selon que la demande intervient alors que le Conseil ou la DGCCRF dispose ou non d’informations sur les pratiques en cause.

- **Le traitement des demandes de clémence intervenant alors que le Conseil ou l’administration ne dispose pas d’informations sur les pratiques révélées**

Pour obtenir le bénéfice conditionnel d’une immunité totale d’amende, le Conseil de la concurrence a fixé un certain nombre de conditions. Si ces conditions sont remplies par le demandeur de clémence, celui-ci obtiendra automatiquement un avis du Conseil de la concurrence lui accordant une immunité totale conditionnelle de sanction. Ces conditions sont au nombre de six. La réalisation des deux premières s’apprécie lors de l’examen de la demande d’immunité, les quatre suivantes lors de l’examen de l’affaire au fond.

Premièrement, le demandeur de clémence doit être le premier à informer le Conseil ou l’administration des pratiques en cause.

Deuxièmement, le demandeur doit apporter un certain nombre d’éléments susceptibles de démontrer l’existence d’une pratique prohibée, sur laquelle

<sup>47</sup>. Voir l’exposé des motifs du projet de loi sur les nouvelles régulations économiques, présenté par le ministre de l’Économie, des Finances et de l’Industrie, M. Christian Sautter, Assemblée nationale, 15 mars 2000, n° 2250 qui énonce, en présentant l’article 38, qu’il « *introduit un dispositif de clémence pour inciter les entreprises à contribuer à la lutte contre les cartels. Des systèmes de ce type ont été mis en place avec succès par la Commission européenne et certains pays étrangers* ».

le Conseil ou l'administration ne disposait pas antérieurement d'informations, et d'en identifier les auteurs.

Plus précisément, s'inspirant du cadre communautaire, le Conseil exige du demandeur qu'il soit le premier à fournir des éléments de preuve qui seraient de nature à permettre aux autorités de concurrence de recourir aux enquêtes coercitives de l'article L. 450-4 du Code de commerce, concernant l'entente présumée. Dans ce cadre, le Conseil de la concurrence a eu l'occasion de préciser qu'une demande qui ne porterait que sur des faits prescrits, pour laquelle le demandeur n'apporterait que des documents ou informations relatifs à cette période et dont le demandeur prétendrait que son comportement aurait cessé au cours de la période prescrite, n'entre pas dans le programme de clémence. En effet, pour qu'un traitement favorable soit accordé à une entreprise encore faut-il que son comportement soit susceptible d'être sanctionné par le Conseil, ce qui n'est pas le cas dans la situation décrite ci-dessus.

Troisièmement, le Conseil de la concurrence impose au demandeur de ne pas avoir contraint d'autres entreprises à participer aux infractions. Cette condition sera vérifiée au stade de la décision finale. Cette exigence est une fois encore tirée du programme communautaire. Comme cela l'a déjà été évoqué précédemment, le Conseil considère que le bénéfice pour les consommateurs et la société dans son ensemble de voir les ententes interdites dépasse l'intérêt qu'il peut y avoir à sanctionner individuellement l'entreprise. C'est la raison pour laquelle, contrairement à d'autres programmes<sup>48</sup>, la catégorie des entreprises qui ne peuvent bénéficier du programme de clémence français est limitée. Pour autant, le Conseil considère qu'il ne peut aller jusqu'à accorder l'immunité à une entreprise qui non seulement a commis une infraction, quel que soit son rôle, mais a en plus, sous la contrainte, obligé d'autres entreprises à y participer. C'est, en effet, la seule hypothèse dans laquelle les autres membres de l'entente n'avaient pas véritablement la possibilité de mettre fin à leur participation à la pratique illicite.

Quatrièmement, le Conseil exige du demandeur qu'il cesse sa participation à l'infraction. La cessation de la participation aux activités illégales présumées doit en principe intervenir au plus tard à compter de la notification de l'avis de clémence du Conseil. Toutefois, à la différence du dispositif communautaire actuel, le Conseil de la concurrence n'a pas exclu de reporter la date de cessation de la participation du demandeur aux activités illégales<sup>49</sup>. En effet, pour éviter d'alerter les autres participants aux infractions suspectées et assurer la plus grande efficacité des mesures d'enquête qui pourraient être mises en œuvre, il peut s'avérer indispensable dans certaines situations de ne pas exiger du demandeur qu'il mette fin trop rapidement à sa participation aux activités illégales. Dans ce cas, le Conseil renvoie au rapporteur général le soin de préciser au demandeur la date à compter de laquelle celui-ci doit

<sup>48</sup>. Ainsi, par exemple, aux termes du programme américain, non seulement l'entreprise qui a contraint les autres ne peut bénéficier d'une immunité, mais il en va de même pour le leader ou l'instigateur du cartel.

<sup>49</sup>. D'autres autorités, et notamment l'Office of Fair Trading et le Bundeskartellamt, peuvent également obtenir du demandeur de clémence qu'il poursuive, pour les besoins de l'enquête, sa participation à l'infraction.



mettre fin à ses activités illégales. Cette situation s'est déjà produite à deux reprises en droit français.

Il convient également de préciser qu'en cas de demande de clémence auprès de plusieurs autorités en Europe, le Conseil de la concurrence tient compte de la position des autres autorités pour appliquer ces principes. Si l'autre autorité dispose d'une certaine discrétion pour décider du moment de la cessation des pratiques par le demandeur, alors le Conseil se coordonne avec l'autorité en question. En revanche, quand cette autorité n'a pas cette discrétion, comme c'est le cas pour la Commission européenne, alors le Conseil « s'aligne » sur la condition posée par cette autorité (à savoir l'obligation de cesser la participation à l'infraction dénoncée), afin de ne pas placer le demandeur face à deux positions contradictoires. Cette solution résulte notamment des travaux menés au niveau communautaire sur la question de l'articulation des programmes de clémence en Europe.

Cinquièmement, le demandeur doit apporter au Conseil de la concurrence et aux services d'enquête du ministre de l'Économie une coopération totale, permanente et rapide tout au long de la procédure d'enquête et d'instruction et leur fournir tout élément de preuve qui viendrait en sa possession ou dont il dispose sur les infractions suspectées. Cette condition de coopération, exprimée en des termes généraux, peut parfois être précisée dans l'avis de clémence quand les circonstances de l'espèce l'exigent.

Sixièmement, le Conseil impose au demandeur de ne pas avoir informé de sa démarche les entreprises susceptibles d'être mises en cause dans le cadre des pratiques dénoncées. Si cette condition pouvait être rattachée à l'obligation de coopération évoquée ci-dessus, le Conseil de la concurrence a préféré en faire une condition autonome. Ainsi, est non seulement couverte la période postérieure à l'adoption de l'avis de clémence, période au cours de laquelle l'obligation de coopération s'applique<sup>50</sup>, mais également la période antérieure afin d'éviter que le demandeur n'ait averti les autres membres de l'entente avant de la dénoncer.

- **Le traitement des demandes de clémence intervenant alors que le Conseil ou l'administration dispose déjà d'informations sur les pratiques révélées**

Lorsqu'une demande de clémence intervient alors que le Conseil ou l'administration dispose déjà d'informations ou a déjà mené des investigations sur les pratiques relevées, le demandeur peut encore demander le bénéfice d'une immunité totale de sanction. À l'instar de la situation précédente, pour obtenir le bénéfice conditionnel d'une telle immunité, le Conseil de la concurrence a fixé un certain nombre de conditions. Si ces conditions sont remplies par le demandeur de clémence, celui-ci obtiendra automatiquement un avis du Conseil de la concurrence lui accordant une immunité totale conditionnelle de sanction.

50. Pour une illustration de la problématique en droit communautaire, voir la décision de la Commission du 20 octobre 2005, Row Tobacco Italy.

Ces conditions sont au nombre de cinq. Quatre d'entre elles sont communes aux demandes de clémence intervenant alors que le Conseil ou l'administration ne dispose pas d'informations sur les pratiques révélées.

Ainsi, le demandeur de clémence :

- ne doit pas avoir contraint d'autres entreprises à participer aux infractions ;
- doit mettre fin à sa participation aux activités illégales présumées au plus tard, en principe, à compter de la notification de l'avis de clémence du Conseil ;
- doit apporter au Conseil de la concurrence et aux services d'enquête du ministre de l'Économie une coopération totale, permanente et rapide tout au long de la procédure d'enquête et d'instruction et leur fournir tout élément de preuve qui viendrait en sa possession ou dont elle dispose sur les infractions suspectées ;
- ne doit pas avoir informé de sa démarche les entreprises susceptibles d'être mises en cause dans le cadre des pratiques dénoncées.

À ces quatre conditions s'en ajoute une cinquième relative aux éléments de preuve que doit fournir le demandeur.

À cet égard, on rappellera qu'en droit communautaire, conformément à la communication de la Commission du 19 février 2002, pour bénéficier d'une immunité totale d'amende dans de telles circonstances, la Commission exige de l'entreprise qu'elle soit « *la première à fournir des éléments de preuve qui, de l'avis de la Commission sont de nature à lui permettre de constater une infraction à l'article 81 du traité CE, en rapport avec une entente présumée affectant la Communauté* ». Le niveau d'information exigé par la Commission est donc substantiellement plus élevé que dans l'hypothèse où la demande intervient avant toute investigation, puisque les éléments apportés doivent permettre, à eux seuls, de « constater une infraction ».

Cette exigence paraît légitime dès lors que l'autorité disposait déjà d'informations sur les pratiques en cause. Le Conseil de la concurrence a donc décidé de la faire sienne. Ainsi, dans une telle situation, le Conseil exige du demandeur qu'il soit le premier à apporter des éléments de preuve, qui, de l'avis du Conseil, sont suffisants pour lui permettre d'établir une infraction à l'article L. 420-1 du Code de commerce et/ou à l'article 81 du traité CE. En pratique, le Conseil a déjà eu à examiner de telles demandes, mais n'a jamais accordé une immunité totale de sanction sur cette base.

### **Les conditions pour obtenir une réduction d'amende**

Si l'une des conditions posées par le Conseil pour obtenir une immunité d'amende fait défaut, le demandeur ne perd pas nécessairement le bénéfice de toute clémence, il ne peut simplement plus prétendre à une immunité totale. En revanche, il peut toujours obtenir une réduction d'amende. En effet, le Conseil de la concurrence considère qu'il est important d'inciter les entreprises en cause à coopérer lors de l'instruction du dossier afin de faciliter l'établissement de l'infraction et le déroulement de la procédure.

Pour obtenir une réduction d'amende, le Conseil de la concurrence a fixé un certain nombre de conditions. La réalisation de la première condition

s'apprécie lors de l'examen de la demande de clémence, les autres à l'occasion de l'examen de l'affaire au fond.

La première de ces conditions concerne les éléments de preuve de l'infraction présumée que doit fournir le demandeur de clémence. Le Conseil considère que, pour prétendre à une réduction d'amende, le demandeur doit fournir des éléments de preuve de l'infraction présumée qui apportent une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuve déjà en sa possession ou en celle de l'administration. Dans ce cadre, la notion de valeur ajoutée vise la mesure dans laquelle les éléments de preuve fournis renforcent, par leur nature même ou leur niveau de précision, la capacité du Conseil à établir les faits en question.

Au-delà de cette exigence concernant les éléments de preuve, le Conseil requiert encore du demandeur de clémence qui souhaite bénéficier d'une réduction :

- qu'il apporte au Conseil de la concurrence et aux services d'enquête du ministre de l'Économie une coopération totale, permanente et rapide tout au long de la procédure d'enquête et d'instruction et qu'il fournisse tout élément de preuve qui viendrait en sa possession ou dont il dispose sur les infractions suspectées ;
- qu'il mette fin à sa participation aux activités illégales présumées au plus tard, en principe, à compter de la notification de l'avis de clémence du Conseil ;
- qu'il n'ait pas contraint d'autres entreprises à participer aux infractions ;
- et qu'il n'ait pas informé de sa démarche les entreprises susceptibles d'être mises en cause dans le cadre des pratiques dénoncées.

Si les éléments apportés par le demandeur apportent une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuve déjà en la possession du Conseil ou de l'administration, le Conseil de la concurrence adopte un avis de clémence conditionnelle, dans lequel il indique le niveau de réduction dont l'entreprise bénéficiera à l'issue de la procédure si toutes les conditions sont satisfaites. Contrairement au dispositif communautaire, le Conseil n'a pas fixé à l'avance de seuils particuliers de réduction d'amende applicables aux entreprises en fonction de leur ordre d'arrivée. En revanche, le Conseil tient compte de cet ordre d'arrivée dans la fixation du niveau de réduction d'amende consenti.

Privilégiant une approche au cas par cas, le Conseil examine, pour chaque demande, la valeur ajoutée apportée et fixe sur cette base une fourchette de réduction de l'amende. Ainsi, par exemple, dans une affaire où une entreprise a demandé à bénéficier d'une réduction d'amende, le Conseil lui a accordé une réduction conditionnelle comprise entre 30 et 60 %, alors que dans une autre affaire, il n'a accordé qu'une réduction conditionnelle comprise entre 15 et 30 %.

### La mise en œuvre de la procédure de clémence

À l'instar des règles de fond, les règles de mise en œuvre de la procédure de clémence ont d'abord été fixées par le IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce, complété par l'article 44 du décret du 30 avril 2002, et ont ensuite été précisées par la pratique décisionnelle du Conseil et le programme de

clémence clarifié par le communiqué de procédure du 11 avril 2006. La procédure applicable à l'examen d'une demande de clémence peut schématiquement être répartie en trois temps : l'approche des autorités de concurrence, l'instruction de la demande et l'adoption de l'avis de clémence.

### *L'approche des autorités de concurrence*

L'article 44 du décret du 30 avril 2002 précise quelles sont les premières étapes d'une demande de clémence.

En premier lieu, le décret indique que l'entreprise ou l'organisme qui effectue la démarche mentionnée au IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce doit s'adresser soit au directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, soit au rapporteur général du Conseil de la concurrence. Les entreprises ont donc deux guichets pour effectuer leur première approche. En pratique, on constate toutefois que la quasi-totalité des demandes sont effectuées auprès du rapporteur général du Conseil de la concurrence.

En deuxième lieu, cette démarche doit être effectuée par courrier adressé en recommandé avec demande d'avis de réception ou oralement. Le texte précise que, dans ce dernier cas, le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, ou le rapporteur général du Conseil de la concurrence doit constater par écrit la date de la démarche. La pratique montre que la voie privilégiée par les entreprises est la voie orale. À ce jour, la quasi-totalité des demandes de clémence reçues par le Conseil ou l'administration ont été réalisées par oral. Seule une demande a été faite par courrier.

168

En pratique, il n'est pas rare que de premiers contacts téléphoniques se nouent entre l'autorité et le demandeur potentiel ou, comme c'est le cas en pratique, son conseil, avant que n'intervienne formellement la demande de clémence. Ces contacts peuvent poursuivre plusieurs objectifs. Ils peuvent simplement permettre de fixer un rendez-vous, qui peut intervenir dans les plus brefs délais, le jour même ou le lendemain si nécessaire. Ils permettent encore de donner des informations plus précises sur le déroulement de la procédure. Mais ils peuvent aussi être l'occasion pour le demandeur ou son conseil d'interroger, sur une base anonyme et informelle, le rapporteur général sur l'applicabilité du programme de clémence aux pratiques présumées et sur la pertinence des informations qu'il pourrait le cas échéant révéler. Le rapporteur général du Conseil s'est toujours montré très ouvert à ces démarches informelles qui permettent de préparer la première rencontre, laquelle donnera lieu à l'établissement d'un procès-verbal constatant la date de la démarche. Bien entendu, lors de ces contacts préliminaires le rapporteur général, qui ne connaît ni l'identité du demandeur ni le marché concerné, ne se prononce pas sur l'existence d'informations ou d'une autre demande au sein de l'autorité.

Après ces éventuels premiers contacts, le demandeur effectue sa démarche auprès du rapporteur général ou du directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes. À l'occasion de ce rendez-vous, un procès-verbal, dit de réception d'une demande de mise en œuvre du IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce, est dressé. Pour qu'un tel

procès-verbal soit établi, le demandeur ou son conseil doit donner un certain nombre d'informations aux autorités de concurrence. Sont ainsi généralement exigées les informations suivantes : l'identité du demandeur, le marché de produit et le marché géographique concernés, les participants à l'infraction présumée et une description sommaire des caractéristiques de l'infraction. Le demandeur est également invité à préciser si possible les éléments de preuve qu'il entend ou qu'il pense pouvoir fournir par la suite aux autorités. L'objectif n'est pas ici d'avoir une demande de clémence complète qui remplisse l'ensemble des conditions évoquées précédemment. L'établissement de ce procès-verbal, sur lequel figurent la date et l'heure de la demande, permet de déterminer l'ordre d'arrivée des demandes de clémence. Le demandeur bénéficie ensuite d'un certain délai, fixé par le rapporteur général et le rapporteur en charge du dossier, en fonction des circonstances de l'espèce, pour compléter sa demande.

Ainsi, dans la procédure française, les entreprises bénéficient d'un marqueur permettant de garantir l'ordre d'arrivée des demandeurs, tout en bénéficiant d'un délai raisonnable pour compléter leur dossier en recueillant l'ensemble des preuves matérielles auxquelles elles ont accès dans une première phase où la confidentialité de la procédure doit être préservée.

En troisième lieu, dans les plus brefs délais, le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et le rapporteur général s'informent réciproquement de cette nouvelle démarche. À cette occasion, les autorités s'informent également de l'existence d'une éventuelle enquête ou instruction se rapportant aux pratiques en cause et déjà en cours avant cette démarche. Si tel est le cas, le demandeur en est informé immédiatement. Celui-ci a alors le choix de maintenir sa demande pour obtenir une immunité ou une réduction d'amende dans les conditions définies précédemment ou de la retirer en reprenant les éventuels éléments de preuve déjà remis aux autorités de concurrence.

### *L'instruction de la demande de clémence*

Une fois cette démarche accomplie et la position du demandeur « sécurisée » auprès des autorités de concurrence, le décret précise que la déclaration du représentant de l'entreprise ou de l'organisme est recueillie dans les délais les plus brefs par procès-verbal de déclaration par un enquêteur de la DGCCRF ou un rapporteur du Conseil de la concurrence.

Ainsi, le demandeur doit, au cours de cette phase d'instruction de la demande de clémence délivrer aux autorités de concurrence un certain nombre d'informations et d'éléments de preuve. En pratique, deux situations doivent être distinguées.

La première est celle dans laquelle la demande est instruite sur la base d'une procédure « écrite » traditionnelle. Dans ce cas, les entreprises remettent aux autorités plusieurs catégories d'informations. D'abord, elles remettent une déclaration décrivant de la manière la plus précise possible les pratiques présumées (nature des pratiques, participants, durée, fonctionnement des ententes, mise en œuvre, etc.). Ensuite, elles transmettent tous les éléments de preuve dont elles disposent déjà sur l'infraction présumée. À ce stade, le Conseil n'exige pas du demandeur qu'il remette tous les éléments de preuve

en sa possession. En effet, l'atteinte de cet objectif suppose, le plus souvent, des recherches poussées au sein de l'entreprise en cause, la plupart du temps peu compatibles avec l'impérieuse nécessité de maintenir la démarche la plus secrète possible afin de ne pas alerter les membres du cartel. La transmission de tous les éléments de preuve est imposée par l'avis de clémence et son respect sera vérifié au stade de la décision finale. Au moment de la démarche, pour examiner la demande de clémence, le Conseil exige du demandeur qu'il remette les éléments de preuve dont il dispose déjà. C'est sur la base de ces informations, dont la collecte est de la seule responsabilité du demandeur, que le Conseil appréciera ensuite si les conditions d'octroi de la clémence sont remplies.

La seconde situation est celle dans laquelle l'entreprise souhaite que sa demande de clémence soit traitée sur une base entièrement « orale », afin d'éviter que les informations divulguées puissent être ensuite utilisées à l'occasion d'une action en dommages-intérêts, en particulier si la pratique en cause présente des liens avec des territoires tiers, et notamment les États-Unis, où existent des procédures de *discovery*. Dans ce cas, le Conseil de la concurrence a pris un certain nombre de dispositions procédurales, à l'image de ce que fait la Commission européenne dans pareille situation<sup>51</sup>, afin d'assurer une protection aux déclarations du demandeur. Ainsi, quand le demandeur souhaite faire sa déclaration à l'oral, celle-ci est enregistrée sur un CD-Rom, dont l'original figure au dossier. Pour les besoins de l'instruction et de la séance devant le Conseil, un procès-verbal de transcription de la déclaration est dressé par le rapporteur. Par ailleurs, le Conseil accepte que le demandeur ne signe aucun document, qu'il s'agisse du procès-verbal constatant la démarche initiale ou des procès-verbaux d'audition et de déclaration rédigés par le rapporteur. De même, le Conseil admet que le demandeur ne soit pas destinataire des documents relatifs à l'examen de sa demande de clémence, comme les procès-verbaux ou le rapport du rapporteur. Ces documents sont, bien entendu, consultables dans les locaux du Conseil.

Sur la base des informations et éléments de preuve remis par le demandeur, le rapporteur désigné pour instruire la demande de clémence prépare un rapport dans lequel il élabore des propositions d'exonération de sanctions et précise les conditions auxquelles le Conseil de la concurrence pourrait soumettre cette exonération dans son avis de clémence. Son rapport est en principe adressé, au moins trois semaines avant la séance, à l'entreprise ou l'organisme concerné et au commissaire du Gouvernement. En pratique toutefois, quand les besoins de l'enquête l'exigent, les entreprises peuvent renoncer au délai de trois semaines.

### **L'avis de clémence**

Sur la base du rapport établi par le rapporteur, le demandeur est convoqué à une séance devant le collège du Conseil de la concurrence. À l'issue de cette séance, le Conseil rend son avis de clémence.

<sup>51</sup>. Sur ce point, voir en particulier, B. Van Barlingen et M. Barennes, « The European Commission's 2002 Leniency Notice in practice », *Competition Policy Newsletter*, n° 3, 2005, p. 6.

Dans son avis, le Conseil vérifie que les conditions énumérées précédemment sont remplies. Si tel est le cas et s'il s'agit d'une demande d'immunité, celle-ci est accordée automatiquement par le Conseil. Celui-ci rappellera également, dans son avis, les conditions qui pèsent sur le bénéficiaire de cette immunité conditionnelle. Il pourra également préciser l'une ou l'autre de ces conditions, comme celle relative à la coopération avec les autorités ou encore celle relative à la cessation de la participation à l'infraction présumée. Pour une demande de réduction d'amende, le Conseil vérifie que les conditions énumérées précédemment sont remplies. Il apprécie en particulier la valeur ajoutée apportée de la demande et fixe sur cette base une fourchette de réduction d'amende.

En revanche, si le Conseil considère que les conditions ne sont pas remplies, il rend un avis négatif et l'entreprise a la possibilité de récupérer les éléments de preuve qu'elle avait apportés au Conseil.

La procédure d'examen des demandes de clémence peut paraître relativement formalisée, dans la mesure où elle implique l'établissement d'un rapport par le rapporteur et un passage en séance devant le Conseil. Les conséquences de cette organisation doivent toutefois être relativisées. En effet, d'une part, quand la demande de clémence est bien préparée et qu'il est nécessaire de procéder à des perquisitions rapidement, le Conseil peut rendre son avis quelques jours seulement après la demande initiale, comme la pratique a pu le montrer à plusieurs reprises. D'autre part, la procédure française, qui conduit le Conseil à s'engager dans le cadre d'un avis de clémence sur l'exonération future de sanction, offre une bonne sécurité juridique aux entreprises.

Une fois l'avis de clémence adopté, le Conseil doit encore décider de se saisir d'office des pratiques dénoncées, afin de permettre aux services d'instruction d'engager les enquêtes. Puisque les demandes de clémence portent sur les ententes les plus graves, le Conseil de la concurrence se saisit en principe d'office à l'issue de chaque avis positif. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'une ou plusieurs autorités de concurrence membres du réseau européen de concurrence seraient mieux placées que lui pour traiter le cas que le Conseil pourrait décider de ne pas se saisir d'office de tout ou partie des pratiques dénoncées<sup>52</sup>.

### Premier bilan statistique des résultats du programme de clémence

Depuis l'introduction du programme de clémence en droit français par la loi NRE de 2001, le Conseil de la concurrence a eu l'occasion d'examiner dix affaires sous l'angle de la procédure de clémence.

Ces dix affaires couvrent toutefois plus de dix marchés ou dix pratiques distinctes. En effet, certaines demandes, formulées dans un même secteur économique, concernent plusieurs marchés et plusieurs pratiques.

52. Sur ce sujet, voir en particulier le rapport annuel du Conseil de la concurrence pour l'année 2004, spéc. p. 61 et s. Voir également, B. Lasserre, « Le Conseil de la concurrence dans le réseau communautaire », *Concurrences* n° 3-2005, p. 42.

Sur ces dix affaires, le Conseil a reçu dix-sept demandes de clémence. Le nombre d'avis adopté par le Conseil est à ce jour de quinze. Les autres demandes sont encore en cours d'instruction.

L'existence d'un nombre d'avis supérieur au nombre d'affaires s'explique par le fait que certaines affaires peuvent donner lieu à plusieurs avis du Conseil, soit parce que le demandeur initial révèle au cours de la procédure l'existence de nouveaux cartels, soit parce que d'autres demandeurs sont apparus.

Si l'on observe plus en détail les demandes déjà examinées par le Conseil de la concurrence, il apparaît que celles-ci peuvent être classées en quatre catégories :

- à onze reprises, le Conseil a adopté un avis conditionnel d'immunité d'amende ;
- à une occasion, il a rendu un avis négatif, rejetant une demande d'immunité d'amende au motif que les conditions n'étaient pas remplies ;
- à deux reprises, le Conseil a accordé une exonération partielle d'amende conditionnelle, soit parce que l'entreprise était la deuxième à former une demande de clémence, soit parce que la demande ne remplissait pas complètement les conditions pour bénéficier d'une immunité conditionnelle ;
- finalement, dans une affaire, le Conseil a dû préciser dans un second avis les conditions fixées dans le premier avis de clémence, en particulier sur la délicate question de la cessation de la participation à l'infraction du demandeur.

172

D'un point de vue temporel, il semble à ce stade possible de distinguer trois phases successives. Si les deux premières avaient déjà été identifiées <sup>53</sup>, une troisième semble à présent se dessiner.

Tout d'abord, entre l'entrée en vigueur de la loi NRE de 2001 et l'entrée en vigueur du règlement n° 1/2003 <sup>54</sup> le 1<sup>er</sup> mai 2004, le Conseil a reçu et examiné trois demandes de clémence. Le Conseil a, pendant cette période, octroyé deux avis d'immunité conditionnelle et rejeté une demande aux motifs que les conditions du bénéfice de la clémence n'étaient pas satisfaites.

Ensuite, une deuxième phase peut être identifiée. Celle-ci a débuté avec l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2004 du règlement n° 1/2003 et a duré un peu plus d'une année. Au cours de cette période, le nombre de demandes de clémence et d'avis rendus par le Conseil a augmenté. Cet accroissement sensible du nombre de demandes pendant cette période s'explique en grande partie par la mise en place du réseau européen de concurrence et la décentralisation des règles de concurrence ainsi que par le nouveau comportement des entreprises consistant à formuler des demandes de clémence auprès de l'ensemble des autorités, communautaire et nationales, susceptibles d'être bien placées pour traiter le cas. Pendant cette phase, toutes les demandes reçues par le Conseil de la concurrence ont d'ailleurs fait l'objet de

53. Voir en particulier, le rapport annuel du Conseil de la concurrence pour l'année 2004 ; B. Lasserre, « Le Conseil de la concurrence dans le réseau communautaire » et C. Lemaire, « Un regard français : De la loi NRE au programme de clémence », précité.

54. Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JOUE* n° L 1 du 4 janvier 2003, p. 1.



demandes parallèles auprès de la Commission et parfois auprès d'une ou plusieurs autres autorités nationales.

Plus récemment, depuis l'été 2005, une troisième phase semble s'engager. En effet, si le Conseil continue de recevoir des demandes faisant l'objet de demandes parallèles auprès de la Commission ou d'autres autorités nationales, le Conseil a surtout reçu des demandes concernant spécifiquement le marché national. Cette évolution témoigne d'une nouvelle dynamique du programme de clémence, y compris pour des affaires de dimension essentiellement nationale.

## L'articulation des procédures

Les dispositions sur la clémence ont été introduites en droit français concomitamment à la procédure de non-contestation des griefs, examinée précédemment, procédure qui peut également conduire à une modération – parfois substantielle – des sanctions encourues. Plus récemment, est apparue en droit français la procédure d'engagements qui ne débouche sur aucune sanction. Par ailleurs, les dispositions relatives à la clémence sont circonscrites aux contentieux traités par le Conseil de la concurrence, alors même qu'en droit français, des actions civiles et pénales peuvent être engagées simultanément ou consécutivement à l'action de ce dernier. Qu'il s'agisse des procédures de non-contestation des griefs et d'engagements ou des actions civiles et pénales, la question de leur articulation avec les dispositions sur la clémence se pose.

### L'articulation des procédures applicables devant le Conseil de la concurrence : la procédure de clémence et les procédures de non-contestation des griefs et d'engagements

Les dispositions du Code de commerce ne précisent pas comment les procédures de clémence, de non-contestation des griefs et d'engagements doivent s'articuler entre elles. La pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence a montré qu'elles poursuivaient des finalités distinctes. Il est donc possible d'en tirer quelques conclusions quant à leur articulation.

La question de l'articulation de la procédure de clémence et de la procédure d'engagements peut être rapidement réglée. Le cumul de ces procédures paraît en effet exclu. Les affaires dans lesquelles le programme de clémence est applicable, sont par nature des affaires portant sur des pratiques particulièrement graves qui ne peuvent bénéficier de la procédure d'engagements. Les deux procédures sont donc exclusives l'une de l'autre.

La question est plus délicate s'agissant de l'articulation des procédures de non-contestation des griefs et de clémence. En effet, on peut imaginer que, dans une affaire où une ou plusieurs demandes de clémence ont été formulées, une entreprise, à laquelle le bénéfice de la clémence aurait été refusé ou qui n'en aurait pas fait la demande, souhaite bénéficier de la procédure de non-contestation des griefs. On observera que, juridiquement, rien ne s'oppose à ce que le rapporteur général fasse droit à une telle demande, dès

lors que l'entreprise renonce effectivement à contester les griefs et prend un certain nombre d'engagements. Pour autant, en pratique, le rapporteur général s'est, à ce jour, toujours refusé à faire droit à une telle demande.

Tout d'abord, on perçoit mal quel serait l'intérêt pour le Conseil d'accepter de mettre en œuvre la procédure de non-contestation des griefs dans un dossier de clémence. Sur le plan de la gestion du dossier, dans une telle situation, cette procédure ne présenterait aucun intérêt puisque le rapporteur devrait, en tout état de cause, préparer un rapport écrit pour les autres parties. Par ailleurs, vis-à-vis des parties qui ont demandé le bénéfice de la clémence, et en particulier de ceux qui auraient demandé le bénéfice d'une réduction d'amende, cette solution pourrait conduire à une situation inéquitable. En effet, pour obtenir un avis de réduction conditionnelle de l'amende encourue, le demandeur de clémence aurait dû apporter des éléments de preuve de l'infraction présumée constituant une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuve déjà en la possession du Conseil ou de l'administration. Il serait en outre soumis à un certain nombre d'obligations, dont celle de coopérer de manière permanente avec l'autorité. Accepter de récompenser une entreprise alors même qu'elle n'aurait apporté aucune contribution à l'instruction du dossier ne paraît pas justifié. En pratique, l'entreprise qui souhaite faire l'objet d'un traitement favorable doit donc demander le bénéfice de la clémence.

Ensuite, pour que la procédure de non-contestation des griefs puisse être mise en œuvre, l'entreprise doit prendre un certain nombre d'engagements. Or, les infractions susceptibles de bénéficier du programme de clémence présentent en général deux caractéristiques. D'une part, il s'agit généralement des ententes les plus graves et, d'autre part, ces pratiques ont en principe cessé au moment où le Conseil adopte sa décision finale. Dans ces conditions, on voit mal quels engagements, si ce n'est celui de ne pas recommencer, et donc de respecter la loi, l'entreprise pourrait prendre.

### **L'articulation de la procédure de clémence et des actions devant les juridictions de droit commun**

Même s'il n'est pas possible, dans le cadre de la présente étude, d'examiner en détail la question de l'articulation de la procédure de clémence avec les actions qui peuvent être engagées devant les juridictions de droit commun, quelques précisions ou réflexions méritent d'être apportées, tant pour les actions en dommages-intérêts que pour les actions pénales.

#### ***L'articulation entre la procédure de clémence et les actions en dommages-intérêts***

La question de l'articulation de la procédure de clémence et des actions civiles, ou plus particulièrement des actions en dommages-intérêts, appelle trois observations.

En premier lieu, il faut relever que l'existence d'un programme de clémence n'a aucune incidence sur la possibilité pour les victimes des pratiques

anticoncurrentielles d'obtenir réparation du préjudice causé par les pratiques en cause<sup>55</sup>.

En deuxième lieu, l'une des difficultés que suscitent les actions civiles après l'adoption d'une décision du Conseil de la concurrence est relative à l'accès aux documents figurant dans le dossier du Conseil. Bien qu'il n'existe pas encore de jurisprudence spécifique sur ce point, plusieurs remarques peuvent être formulées.

Au préalable, il convient de rappeler l'existence de sanctions pénales pour « *la divulgation par l'une des parties des informations concernant une autre partie ou un tiers et dont elle n'a pu avoir connaissance qu'à la suite des communications et consultations auxquelles il a été procédé* »<sup>56</sup>. Les parties ne peuvent donc, en théorie, utiliser les documents figurant au dossier du Conseil au soutien d'une éventuelle action civile.

Cependant, s'agissant des ententes soumises à la procédure de la clémence, les recours viendront davantage des victimes que des auteurs des pratiques. Dans ce cadre, on sait que le juge judiciaire peut demander au Conseil la communication de documents. En effet, aux termes de l'article 11 du NCPC, le juge « *peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime* ». Cette procédure a été mise en œuvre à plusieurs reprises dans des affaires pour lesquelles il n'y avait pas de demandeur de clémence. Si une telle demande parvenait au Conseil dans une affaire dans laquelle il a accordé le bénéfice de la clémence, le Conseil considère d'une manière générale que la divulgation de documents reçus dans le cadre de la demande de clémence porterait atteinte à l'efficacité de son programme de clémence et pourrait constituer un empêchement légitime à la transmission de ces documents.

En troisième lieu, on observera que si, à ce jour, les questions liées aux actions en dommages-intérêts intentées après l'adoption d'une décision du Conseil trouvant son origine dans une demande de clémence sont plus théoriques que pratiques, cette situation pourrait bien évoluer. En effet, des réflexions sont actuellement en cours, tant au niveau national que communautaire, sur les actions privées<sup>57</sup>. Dans ce cadre, une réflexion devra être

**55.** On observera, dans ce cadre, que la Commission européenne n'hésite pas à inciter les victimes de pratiques anticoncurrentielles à se tourner vers les juridictions pour obtenir réparation de leur préjudice. Ainsi, par exemple, dans un communiqué de presse récent, elle indique que « *toute personne ou entreprise lésée par des pratiques anticoncurrentielles telles que celles décrites ci-dessus peut porter l'affaire devant les tribunaux des États membres pour obtenir des dommages-intérêts, en faisant référence à la décision publiée pour prouver que la pratique a eu lieu et qu'elle était illégale. Même si la Commission a infligé des amendes aux entreprises concernées, des dommages-intérêts peuvent être accordés sans que le montant en soit réduit au titre de l'amende infligée par la Commission. Un livre vert sur l'application des règles antitrust par les entreprises et les particuliers vient d'être publié* ». Voir par exemple le communiqué de presse de la Commission IP/05/1656 du 21 décembre 2005, « *Concurrence : la Commission inflige des amendes d'un montant total de 75,86 millions d'euros à quatre entreprises pour participation à une entente dans le domaine des produits chimiques pour le traitement du caoutchouc* ».

**56.** Voir l'article L. 463-6 du Code de commerce.

**57.** Voir, au niveau national, le Rapport sur l'action de groupe, Groupe de travail présidé par MM. G. Cerutti et M. Guillaume, du 16 décembre 2005 et, au niveau communautaire, le Livre vert de la Commission du 19 décembre 2005, Actions en dommages intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, COM (2005) 672 final.

menée sur les moyens d'articuler l'action publique et les actions privées, en tenant compte en particulier de la nécessité de préserver l'efficacité et l'attractivité des programmes de clémence.

### **L'articulation entre la procédure de clémence et les actions pénales**

En droit français, l'article L. 420-6 du Code de commerce énonce : « *Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75 000 euros le fait, pour toute personne physique, de prendre 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.* » Si l'existence de sanctions pénales pour les personnes physiques peut constituer un outil majeur de dissuasion et de répression des infractions les plus graves, comme les ententes injustifiables, celles-ci doivent être conciliées et articulées avec l'action des autorités qui, comme le Conseil de la concurrence, imposent des sanctions administratives aux entreprises.

Or, force est de constater qu'en droit français, l'introduction d'un programme de clémence ne s'est pas accompagnée d'une réflexion sur l'articulation entre les deux catégories d'actions. Ainsi, les exonérations de sanctions que le Conseil de la concurrence peut accorder aux entreprises au titre du programme de clémence, ne garantissent pas aux personnes physiques une immunité de sanction devant le juge pénal. On observera que, dans d'autres systèmes juridiques, comme au Royaume-Uni, les deux voies d'action ont été articulées entre elles et les procédures de clémence peuvent s'appliquer pour les différentes catégories de sanctions et les différentes catégories de personnes, physiques et morales.

Plusieurs observations peuvent toutefois être formulées pour relativiser le prétendu « risque pénal » qui menacerait les demandeurs de clémence par l'application de l'article L. 420-6 du Code de commerce.

En premier lieu, il faut rappeler qu'en pratique, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, seules quelques affaires ont fait l'objet d'une transmission au Parquet. Ces transmissions n'ont débouché sur des poursuites effectives que dans des cas encore moins nombreux.

De plus, comme cela a été indiqué publiquement par le président du Conseil, celui-ci ne transmettra pas au procureur de la République les dossiers dans lesquels le ou les bénéficiaires de la clémence sont susceptibles de faire l'objet de sanctions pénales. Indépendamment de la volonté de sécuriser le programme de clémence français, ce choix peut s'expliquer par des éléments objectifs. On peut ainsi noter que, lorsque le Conseil a considéré qu'il était utile de faire usage de l'article L. 420-6, il s'agissait souvent de cas dans lesquels l'instigateur de l'entente avait exercé une contrainte ou avait fait usage de menaces à l'encontre des autres membres de l'entente pour les y entraîner ou les y maintenir. Or, ce cas est précisément l'un de ceux pour lesquels la clémence ne peut être accordée. Il faut donc garder à l'esprit que, par principe, les bénéficiaires de la clémence n'auront jamais exercé de contraintes ou de représailles sur leurs concurrents et qu'il n'y aura donc pas matière à rechercher, sur ce motif, une responsabilité pénale. Les craintes des demandeurs peuvent donc être dissipées.

Pour autant, cette situation ne peut être jugée complètement satisfaisante à long terme. En effet, pour éviter les effets potentiellement néfastes qu'une telle transmission pourrait avoir sur le programme de clémence français (voire également sur celui d'autres autorités) et protéger les personnes physiques qui ont décidé d'apporter l'affaire, le Conseil est conduit à renoncer à utiliser, à l'encontre des autres membres du cartel non bénéficiaires de la clémence, une catégorie de sanctions particulièrement dissuasive dans des affaires portant sur les infractions les plus graves et pour lesquelles les éléments constitutifs de l'infraction ont potentiellement le plus de chance d'être réunis. Il y a là quelque paradoxe. Pour améliorer le dispositif, une nouvelle réflexion sur les sanctions et leur articulation devrait être entreprise au niveau national.

## ■ Conclusion

Au terme de cette étude, on constate que la multiplication des instruments mis à la disposition de l'autorité de concurrence (sanctions, injonctions, mesures conservatoires, engagements, clémence, non-contestation des griefs, procédure dite « *de minimis* »), qui répond à la grande variété des situations de marché qu'il connaît, doit logiquement conduire à l'affectation privilégiée de certains instruments à certaines pratiques ou à certaines situations de concurrence. De même, la pleine efficacité de chaque instrument nécessite que l'on élimine les effets de brouillage entre eux et que l'on veille à ne pas donner aux entreprises des incitations contradictoires.

À cet égard, le couple « sanction pécuniaire / clémence » s'articule naturellement, la sévérité des sanctions rendant plus attractive la possibilité d'en être exonéré lorsqu'on dénonce un cartel. De même, le couple « mesure conservatoire / engagement » est assez complémentaire, la menace de mesures conservatoires, subies plus que choisies, rendant plus attractif pour une entreprise le choix de proposer elle-même des remèdes adaptés à sa situation et au problème de concurrence soulevé. Cette option intéresse également le Conseil car elle lui permet d'obtenir le résultat visé par la concertation, moyen probablement plus efficace que la voie autoritaire des injonctions, qui risquent d'être contestées, contournées ou appliquées à minima.

En revanche, la procédure de non-contestation des griefs se distingue par son caractère hybride, empruntant des caractéristiques aux deux autres procédures alternatives. D'un côté, le fait d'exiger des entreprises des engagements pour l'avenir afin de pouvoir bénéficier d'une réduction de sanction la rapproche de la procédure d'engagements. D'un autre côté, le fait que la non-contestation des griefs permette d'obtenir une réduction de l'amende, l'apparente à une procédure de coopération dont le modèle reste par excellence la demande de clémence. Le fait que les commentateurs répugnent depuis sa création à la désigner clairement par le terme de transaction, alors même qu'elle en possède beaucoup des attributs, montre qu'une clarification est nécessaire. Pour tenir compte de la montée en puissance du

programme de clémence français et des avantages de la procédure d'engagements, dont le succès a été immédiat, il est souhaitable que la procédure de non-contestation, qui constitue un instrument intéressant auquel s'intéresse d'ailleurs la Commission européenne, fasse l'objet de quelques adaptations pour trouver sa place définitive dans le dispositif général des outils du droit de la concurrence.

# ...Analyse de la jurisprudence





# Analyse de la jurisprudence

Titre I – La jurisprudence du Conseil de la concurrence . . .	187
<b>Chapitre I – Questions de compétence, de procédure et de preuve</b> . . . . .	187
<b>Champ de compétence du Conseil de la concurrence</b> . . . . .	187
Applicabilité de l'article L. 410-1 du Code de commerce . . . . .	187
Pratiques relevant de la compétence exclusive d'autres juridictions . . . . .	189
<b>Prescription</b> . . . . .	191
Caractère continu des pratiques . . . . .	191
Décompte du délai de prescription . . . . .	192
Effet interruptif à l'égard de l'ensemble des entreprises impliquées dans les pratiques ou à l'égard de l'ensemble des saisines ou des faits connexes . . . . .	192
Actes interruptifs . . . . .	193
<b>Déroulement de la procédure</b> . . . . .	198
Enquêtes administratives . . . . .	198
Saisine du Conseil de la concurrence . . . . .	207
Examen des mesures conservatoires . . . . .	209
Instruction . . . . .	210
Contradictoire, droits de la défense, impartialité, loyauté dans la recherche des preuves . . . . .	220
Secret des affaires . . . . .	223
Transaction . . . . .	224
Engagements . . . . .	225
<b>Preuve des pratiques anticoncurrentielles</b> . . . . .	226
Démonstration de l'entente . . . . .	226
<b>Imputabilité des pratiques</b> . . . . .	229
Modification de la structure, de la situation juridique ou de l'activité de l'entreprise auteur des pratiques . . . . .	229
Autonomie des sociétés / Imputabilité entre société mère et filiale . . . . .	232

<b>La règle <i>non bis in idem</i> et le prononcé de sanctions dans des procédures connexes</b> . . . . .	233
<b>Mesures de publication, de diffusion et d'affichage des décisions</b>	234

<b>Chapitre II – Les marchés pertinents</b> . . . . .	235
<b>Le marché pertinent de produit ou de service</b> . . . . .	236
<b>La substituabilité du point de vue des demandeurs</b> . . . . .	236
<b>La substituabilité de l'offre</b> . . . . .	240
<b>Le marché géographique</b> . . . . .	240
<b>Dimension nationale</b> . . . . .	241
<b>Dimension régionale ou locale</b> . . . . .	242
<b>Dimension européenne ou mondiale</b> . . . . .	243

<b>Chapitre III – Les ententes illicites</b> . . . . .	244
<b>La forme des ententes prohibées</b> . . . . .	244
<b>Les ententes horizontales</b> . . . . .	244
<b>Les groupements d'entreprises</b> . . . . .	245
<b>Les entreprises appartenant à un même groupe</b> . . . . .	246
<b>Les ententes verticales</b> . . . . .	247
<b>Les preuves des ententes prohibées</b> . . . . .	248
<b>La distinction entre un simple parallélisme de comportement et une entente</b> . . . . .	248
<b>La démonstration de l'accord de volonté constitutif d'une entente</b> . . . . .	250
<b>Les participants aux ententes</b> . . . . .	250
<b>La nature des participants</b> . . . . .	250
<b>Le rôle des organisations et associations professionnelles</b> . . . . .	251
<b>Les ententes anticoncurrentielles</b> . . . . .	252
<b>Concertations ou ententes à l'occasion d'appels d'offres publics</b> . . . . .	252
<b>Ententes et échanges d'informations sur les prix et marges</b> . . . . .	258
<b>Ententes et échanges d'informations ne portant pas directement sur les prix</b> . . . . .	260
<b>Entraves à l'accès au marché</b> . . . . .	261
<b>Répartition du marché</b> . . . . .	264
<b>Restrictions verticales</b> . . . . .	265

<b>Chapitre IV – Positions dominantes, situations de dépendance économique et abus anticoncurrentiels</b> . . . . .	272
<b>Les abus de position dominante</b> . . . . .	273
<b>L'appréciation de la position dominante</b> . . . . .	273
<b>Qualification des pratiques imputables à une entreprise en position dominante</b> . . . . .	278
<b>Les abus de dépendance économique</b> . . . . .	286
<b>La notion de dépendance économique</b> . . . . .	286
<b>La notion d'abus de dépendance économique prohibé</b> . . . . .	288

<b>Chapitre V – Les conditions d’application de l’article L. 420-4-I du Code de commerce</b> .....	288
<b>Les pratiques résultant d’un texte</b> .....	288
<b>Les pratiques contribuant au progrès économique</b> .....	288
<b>Chapitre VI – Les pratiques de prix abusivement bas</b> .....	290
<b>Chapitre VII – La politique du Conseil en matière de sanctions</b> .....	290
<b>L’aspect correctif : les injonctions</b> .....	291
<b>Injonction de s’abstenir de certaines pratiques</b> .....	291
<b>L’aspect dissuasif : les sanctions pécuniaires et la publication des décisions</b> .....	294
<b>Application des nouveaux plafonds de sanction prévus par la loi dite NRE du 15 mai 2001</b> .....	294
<b>Motivations des sanctions pécuniaires</b> .....	295
<b>Le plafond des sanctions</b> .....	302
<b>Publication des décisions</b> .....	302
<b>Astreintes</b> .....	304
<b>Transmission au ministre de l’Économie</b> .....	304
<b>Transmission du dossier au procureur de la République</b> .....	304
<b>Transmission du dossier à la commission d’examen des pratiques commerciales</b> .....	304
<b>Chapitre VIII – La procédure d’engagements</b> .....	305
<b>Les engagements de l’association EUROPQN, du SPQR et de l’AEPHR (05-D-12)</b> .....	305
<b>Les engagements de la SACD (05-D-16)</b> .....	306
<b>Les engagements d’Yvert &amp; Tellier (05-D-25)</b> .....	308
<b>Les engagements des Haras nationaux (05-D-29)</b> .....	308
<b>Chapitre IX – Les avis rendus en matière de concentration</b> .....	310
<b>La contrôlabilité de l’opération</b> .....	311
<b>La définition des marchés pertinents</b> .....	312
<b>Les effets des opérations</b> .....	313
<b>Les suites données aux avis</b> .....	316

Titre II – Jurisprudence de la cour d’appel de Paris et de la Cour de cassation.....	317
---	-----

**Chapitre I – Jurisprudence de la cour d’appel de Paris** ..... 317

<b>Sur la procédure</b> .....	317
<b>Sur l’enquête administrative</b> .....	317
<b>Sur la recevabilité de la saisine</b> .....	318
<b>Sur la compétence du Conseil</b> .....	318
<b>Sur l’étendue de la saisine du Conseil</b> .....	319
<b>Sur la procédure suivie devant le Conseil</b> .....	320
<b>Sur la procédure suivie devant la cour d’appel</b> .....	325
<b>Sur le fond</b> .....	327
<b>Sur la définition du marché pertinent</b> .....	327
<b>Sur les pratiques d’entente</b> .....	330
<b>Sur les pratiques d’abus de position dominante</b> .....	333
<b>Sur les pratiques d’abus de dépendance économique</b> .....	340
<b>Sur le non-respect des injonctions</b> .....	341
<b>Sur l’imputabilité des pratiques</b> .....	342
<b>Sur l’application du droit communautaire</b> .....	343
<b>Sur les mesures conservatoires</b> .....	343
<b>Sur les sanctions</b> .....	345
<b>Sur la gravité des pratiques</b> .....	345
<b>Sur le dommage à l’économie</b> .....	346
<b>Sur le plafond de sanction applicable en fonction de la date de commission des pratiques</b> .....	346
<b>Sur le mécanisme applicable en cas de mise en œuvre cumulative de la procédure de transaction et de la procédure simplifiée</b> .....	347
<b>Sur la mesure de publication</b> .....	348
<b>Sur la transmission du dossier au procureur de la République</b> .....	349

**Chapitre II – Jurisprudence de la Cour de cassation**..... 349

<b>Sur la procédure</b> .....	349
<b>La compétence d’attribution du Conseil</b> .....	349
<b>La prescription</b> .....	350
<b>Le respect du principe du contradictoire</b> .....	351
<b>L’égalité des armes du point de vue des délais laissés respectivement au rapporteur et aux entreprises</b> .....	352
<b>La durée de la procédure</b> .....	353
<b>Le caractère non public des séances du Conseil</b> .....	353
<b>Les observations écrites du Conseil de la concurrence</b> .....	353
<b>L’étendue de la saisine de la cour d’appel</b> .....	353

<b>L'irrecevabilité du pourvoi formé par le Procureur général près la cour d'appel de Paris</b> .....	354
<b>Sur les mesures conservatoires</b> .....	355
<b>Sur le fond</b> .....	358
<b>Le marché pertinent</b> .....	358
<b>L'entente anticoncurrentielle</b> .....	360
<b>L'abus de position dominante</b> .....	362
<b>L'imputabilité des pratiques</b> .....	362
<b>La mise en œuvre cumulative de la procédure de transaction et de la procédure simplifiée</b> .....	363
<b>La détermination des sanctions</b> .....	363

## **AVERTISSEMENT**

La présente partie a été rédigée alors que certaines décisions du Conseil de la concurrence faisaient l'objet d'un recours toujours pendant devant la cour d'appel de Paris.

Le lecteur trouvera en fin d'ouvrage un tableau listant les décisions de 2005 ayant fait l'objet d'un recours, et indiquant le cas échéant, 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. Ces développements 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

## La jurisprudence du Conseil de la concurrence

### ■ Questions de compétence, de procédure et de preuve

187

#### Champ de compétence du Conseil de la concurrence

##### Applicabilité de l'article L. 410-1 du Code de commerce

Aux termes de l'article L. 410-1 du Code de commerce, les règles du Titre II, relatives aux pratiques anticoncurrentielles, « *s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de délégations de service public* ».

La mise à disposition par une association chargée de l'organisation de manifestations culturelles ou commerciales, de locaux d'exposition à des antiquaires et brocanteurs, est une activité de services qui relève de la compétence du Conseil. Le fait que l'association n'ait pas poursuivi un but lucratif ne détermine pas le caractère non économique de l'activité (cf. CJCE, 12 septembre 2000, Pavel Pavlov) **(05-D-14)**.

Dans la décision **05-D-41**, le Conseil s'est reconnu compétent pour examiner le refus de la commission paritaire nationale de l'emploi et de la formation professionnelle (CPNE-FP) des jardineries-graineteries d'accorder une habilitation à une société de formation aux métiers de l'animalerie. Le Conseil a relevé que les décisions de la CPNE-FP étaient prises, pour le collège des employeurs, par les dirigeants de sociétés membres des organisations

syndicales représentatives, c'est-à-dire par les représentants d'entreprises au sens du droit de la concurrence, exerçant des activités sur le marché des jardineries-graineteries et aussi, pour certaines d'entre elles, sur le marché de la formation professionnelle. Par ailleurs, la CPNE-FP ne s'était vu confier aucune mission de service public ni prérogatives de puissance publique qui auraient été de nature à exclure la compétence du Conseil de la concurrence, selon les critères définis par la jurisprudence du Tribunal des conflits (18 octobre 1999, Aéroports de Paris). Dès lors, le refus d'habilitation de la CPNE-FP constitue un acte de production relevant de l'article L. 410-1 du Code de commerce.

Si l'appréciation de la conformité du comportement d'une entreprise aux clauses d'un contrat ne relève pas de la compétence du Conseil (Cour de cassation, 24 septembre 2002, société Phototelem), il appartient au Conseil d'apprécier si des stipulations contractuelles ou l'application qui en est faite, ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché (**05-D-42**).

Le Conseil a retenu sa compétence, dans la décision **05-D-43**<sup>1</sup>, pour connaître du courrier adressé par un conseil départemental de l'Ordre des chirurgiens-dentistes à des maisons de retraite afin de dénoncer les conditions, prétendument illégales, dans lesquelles un prothésiste dentaire exerçait son activité et préciser que le nettoyage des prothèses dentaires devait être prescrit par un chirurgien-dentiste. Il est de jurisprudence constante que lorsqu'un ordre professionnel, sortant de la mission de service public qui lui est conférée, adresse à des tiers un courrier ou une note dans lequel il se livre à une interprétation de la législation applicable à son activité, il intervient dans une activité de services entrant dans le champ d'application de l'article L. 410-1 du Code de commerce (voir notamment 97-D-26, Ordre des pharmaciens /02-D-14, Ordre des géomètres-experts /CA de Paris, 13 novembre 2002, Conseil supérieur des géomètres-experts /Cour de cassation, 16 mai 2000, Ordre national des pharmaciens).

Le Conseil de la concurrence s'est estimé compétent pour apprécier si l'activité de transport de passagers mise en œuvre par la Congrégation cistercienne de l'Immaculée Conception, par l'intermédiaire d'une société de transport, pour desservir l'île Saint Honorat respectait le jeu de la concurrence. L'activité concernée consiste en effet en une activité commerciale de prestation de service, au sens de l'article L. 410-1 du Code du commerce, étrangère à toute mission de service public, le transport de passagers vers une île privée ne constituant pas un service public (CE, 12 mars 1999, Ville de Paris contre Société Stella Maillot) et ne comportant pas l'usage de prérogatives de puissance publique (**05-D-60**).

Dans la décision **05-D-61** relative à des pratiques relevées à l'occasion de marchés de construction de l'autoroute A 51 dans le département de l'Isère, le Conseil, après avoir écarté le grief d'entente notifié, a indiqué qu'il ne pouvait être exclu, en l'espèce, que sa jurisprudence traditionnelle selon laquelle l'acte d'achat, par un acheteur public, ne constitue pas un « *acte de production, de*

1. Ce point a été confirmé dans l'arrêt de la CA de Paris du 07/03/2006.



*distribution ou de services* » au sens de l'article L. 410-1 du Code de commerce, doit être revue à la lumière de la solution dégagée par le Tribunal de première instance des Communautés européennes dans son arrêt Fenin du 4 mars 2003. Dans cet arrêt, relatif à l'activité d'achat exercé par les organismes espagnols participant au système national de santé publique espagnol, le TPI a estimé que ce n'est pas l'activité d'achat qui détermine la notion d'activité économique propre à l'entreprise au sens des articles 81 § 1 et 82 du TCE, mais la nature économique ou non de l'activité pour l'exercice de laquelle l'entreprise achète les produits <sup>2</sup>.

### Pratiques relevant de la compétence exclusive d'autres juridictions

Les décisions par lesquelles, des personnes publiques assurent la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique, relèvent de la compétence de la juridiction administrative pour en apprécier la légalité et, le cas échéant, pour statuer sur la mise en jeu de la responsabilité encourue par ces personnes publiques (Tribunal des conflits, 18 octobre 1999, Aéroports de Paris). Les critères de répartition des compétences entre le Conseil de la concurrence et les juridictions administratives pour appliquer les règles de concurrence aux personnes publiques ou aux personnes privées chargées d'une mission de service public ainsi définie font aujourd'hui l'objet d'une application uniforme par les juridictions judiciaires et administratives : si la décision ou la mesure contestée au regard du droit de la concurrence met en œuvre des prérogatives de puissance publique se rattachant à une mission de service public, la juridiction administrative est seule compétente pour en apprécier la légalité et, le cas échéant, pour statuer sur la mise en jeu de la responsabilité encourue par les personnes concernées.

Ces solutions, rappelées dans la décision **05-D-23**, ont été appliquées à plusieurs reprises. Ont été considérés comme relevant de la compétence des juridictions administratives :

- le contentieux relatif à une décision de refus d'autorisation d'occupation du domaine public émanant d'une chambre de commerce et d'industrie, personne morale de droit public, qui met en cause des prérogatives de puissance publique (**05-D-02**) ;
- une saisine mettant directement et exclusivement en cause l'organisation et le fonctionnement du service public de l'hébergement des personnes âgées ou dépendantes, assuré par une commune (en ce sens, CA de Paris, 24 février 2004, M. V., relatif aux consultations juridiques gratuites dispensées dans une maison de justice et du droit). Pour autant, la gestion des résidences pour personnes âgées est une activité économique de prestations de service, susceptible d'entrer dans le champ d'application des règles du droit de la concurrence (**05-D-05** <sup>3</sup>) ;

2. Ainsi, une entité qui achète un produit pour exercer une activité de nature purement sociale, n'agit pas en qualité d'entreprise du seul fait de sa qualité d'acheteur sur un marché : dans la mesure où l'activité pour l'exercice de laquelle elle achète les produits n'est pas de nature économique, elle n'agit pas en tant qu'entreprise au sens des règles communautaires de concurrence et n'est donc pas visée par les interdictions prévues aux articles 81 § 1 et 82 du TCE.

3. Décision confirmée par la CA de Paris, 15 novembre 2005, SARL Les Oliviers.

- l'examen des modalités de financement des résidences pour personnes âgées au regard notamment de l'article L. 420-5 du Code de commerce (les prestations relatives à l'hébergement, aux soins et à la dépendance étaient arrêtées et tarifées par le président du conseil général, les caisses d'assurance maladie et le préfet et les budgets étaient contrôlés par la commune et les autorités de tarification), l'examen de la décision d'allouer une subvention au centre communal d'action social gérant les résidences, ainsi que l'examen de la tarification des prix de journée dans les résidences fixée par le président du conseil général (**même décision**) ;
- l'appréciation de la légalité du comportement de l'AFNOR, organisme chargé d'une mission de service public et utilisant des prérogatives de puissance publique dans son activité de normalisation (voir Conseil d'État, 5 juin 2002) : le Conseil n'est pas compétent pour connaître de la décision d'homologation d'une norme par l'AFNOR et l'apposition par cet organisme de la marque NF (03-D-13 ; **05-D-23**) ;
- les décisions prises par les Commissions départementales d'équipement commercial (CDEC), qui sont des actes administratifs pris par des personnes publiques mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique et qui sont susceptibles d'être contestées devant le tribunal administratif et la Commission nationale d'équipement commercial (**05-D-30**) (voir aussi 04-D-12).

Dans la décision **05-D-20**<sup>4</sup>, le Conseil a également décliné sa compétence pour connaître de la contestation d'une décision ministérielle ayant refusé au saisissant l'autorisation d'exploiter une maison de jeux. La décision du ministre n'entre pas en effet dans les catégories d'activités mentionnées à l'article L. 410-1 du Code de commerce. L'appréciation de sa légalité, éventuellement au regard du droit de la concurrence, relève des seules juridictions administratives (décision du Conseil d'État du 3 novembre 1997, Million et Marais).

Le Conseil a rappelé, dans la décision **05-D-23** qu'il est de jurisprudence constante que l'appréciation de la façon dont les personnes publiques organisent leurs appels d'offres ne relève pas de sa compétence (03-D-56).

Le Conseil a précisé dans la décision **05-D-19**<sup>5</sup> qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur des demandes de dommages-intérêts présentées par des sociétés, motif pris de la durée excessive de la procédure, ces demandes ne pouvant donc venir en déduction des sanctions susceptibles d'être prononcées (dans le même sens, voir aussi **05-D-51**).

De même, dans la décision **05-D-39**, le Conseil a rappelé qu'il n'est pas compétent pour condamner une personne à payer des dommages-intérêts en réparation du préjudice causé par des pratiques anticoncurrentielles.

Des décisions préfectorales revêtent un caractère administratif, étant prises en vertu de prérogatives de puissance publique, pour répondre à des missions de service public qui incombent au préfet en sa qualité de représentant de l'État et de gestionnaire du domaine public maritime. Le Conseil de la

4. Décision confirmée par la CA de Paris, 13 décembre 2005, société Casino du lac de la Magdeleine.

5. Ce point a été confirmé par l'arrêt de la CA de Paris du 07/03/2006.

concurrence n'est donc pas compétent pour en connaître. Il en est de même de décisions prises par une commune pour refuser de sanctionner des infractions prétendues au Code de l'urbanisme ou d'organiser des transports maritimes desservant des îles (**05-D-60**).

L'acte par lequel le préfet accepte ou rejette une demande de création ou d'extension d'une chambre funéraire est une décision administrative, prise dans le cadre de sa mission de service public au moyen de prérogatives de puissance publique. Seule la juridiction administrative est donc compétente pour examiner si cette décision est ou non contraire aux dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce. Il en est de même de l'exercice par une mairie d'un droit de rétrocession d'un terrain à son profit ainsi que des réquisitions du maire pour l'enlèvement des corps en cas de décès sur la voie publique (**05-D-39**).

## Prescription

Aux termes des dispositions de l'article L. 462-7 du Code de commerce dans sa rédaction applicable jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 novembre 2004 <sup>6</sup> : « *Le Conseil 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.* »

## Caractère continu des pratiques

Dans la décision **05-D-13** <sup>7</sup>, le Conseil a considéré que les pratiques relatives à l'offre couplée « Canal Plus/CanalSatellite » proposée par la société Canal Plus, de septembre 1997 à janvier 1998, étaient des pratiques continues qui avaient perduré jusqu'à la fin de l'abonnement d'un an proposé dans l'offre litigieuse, soit jusqu'au 1<sup>er</sup> février 1999, faute de résiliation des contrats conclus avec les abonnés, et non pas seulement jusqu'à la fin de la commercialisation de cette offre. Ainsi, une audition effectuée par le rapporteur le 31 janvier 2002, moins de trois ans après cette date, avait interrompu la prescription.

Le Conseil a estimé, dans les décisions **05-D-56** et **05-D-57**, que la diffusion par un barreau de barèmes et de « *recommandations* » relatifs à des honoraires d'avocats, même si ces documents n'avaient pas fait l'objet d'un retrait ou d'un démenti postérieurement à leur diffusion, ne peut être regardée comme une pratique continue, dans la mesure où elle concerne des documents édités pour le compte d'une année judiciaire et qui doivent être périodiquement réactualisés. Dès lors qu'aucun élément ne permettait d'établir que ces documents avaient fait l'objet d'une application au cours d'une période non prescrite, les pratiques devaient être considérées comme prescrites.

6. La nouvelle rédaction de l'art. L. 462-7 issue de l'ordonnance du 4 novembre 2004 porte ce délai à cinq ans mais n'a pas encore connu d'application en 2005.

7. Décision confirmée par la CA de Paris, 15 novembre 2005.

## Décompte du délai de prescription

Si pour des pratiques instantanées qui se réalisent en un trait de temps, le point de départ de la prescription se situe le lendemain du jour où l'acte a été accompli, le délai de prescription ne commence à courir, pour les pratiques continues qui se poursuivent dans le temps, qu'à compter de la cessation de ces pratiques. Dans la décision **05-D-48**, le Conseil a donc considéré comme prescrits une série de faits, à défaut d'acte interruptif intervenu dans le délai de trois ans après leur réalisation, mais a pu examiner un contrat, constitutif d'une pratique continue, qui était toujours en vigueur.

De même, dans la décision **05-D-69**, il a considéré que la prescription de pratiques revêtant un caractère continu (en l'espèce, une entente ayant perduré de 1988 à 1998) ne commençait à courir qu'à compter de la cessation de ces pratiques (en l'espèce, rupture de l'entente).

## Effet interruptif à l'égard de l'ensemble des entreprises impliquées dans les pratiques ou à l'égard de l'ensemble des saisines ou des faits connexes

Dans la décision **05-D-63**, le Conseil a rappelé la jurisprudence constante selon laquelle l'effet interruptif des actes d'enquête vaut à l'égard de toutes les parties à la procédure : « *Un acte tendant à la recherche, la constatation ou la sanction de pratiques anticoncurrentielles, même s'il ne concerne que certaines 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 dès lors que ceux-ci présentent entre eux un lien de connexité [...].* » (Cour de cassation, 12 juillet 2005, CNPA.)

Ces principes ont trouvé application dans la décision **05-D-19**<sup>8</sup>, le Conseil rappelant que dans la mesure où il est saisi *in rem* de pratiques d'entente dans leur ensemble et non marché par marché, l'interruption de la prescription produit son effet à l'égard de toutes les parties impliquées, y compris à l'égard de celles qui n'ont pas fait l'objet d'un acte d'instruction (Cour de cassation, 13 juillet 2004, pratiques constatées à l'occasion des grands travaux dans le secteur du génie civil / CA de Paris, 9 mars 1999, SA Seco Desquenne). Dès lors que les arrêts rendus par la Cour de cassation sur les pourvois formés par des entreprises mises en cause dans la saisine du Conseil avaient interrompu la prescription, cette interruption produisait également effet à l'égard de sociétés qui étaient étrangères à la procédure de visite et saisie et aux contestations auxquelles elle avait donné lieu.

Dans la décision **05-D-32**, le Conseil a écarté le moyen soulevé par lequel plusieurs distributeurs des produits Royal Canin soutenaient que ne pouvait leur être opposée une demande de renseignements adressée par le rapporteur au fabricant d'aliments pour chiens, au motif qu'aucun lien de connexité n'existait entre les faits d'entente sur les prix qui leur étaient reprochés et

8. Ce point a été confirmé par l'arrêt de la CA de Paris du 07/03/2006.

ceux d'abus de position dominante reprochés au fabricant de croquettes, seuls visés dans la demande du rapporteur. Il est en effet de jurisprudence constante que, le Conseil étant saisi *in rem*, un acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction de pratiques anticoncurrentielles – même s'il ne concerne qu'une des entreprises incriminées ou une partie seulement des faits commis pendant la période visée par la saisine – intervenu avant le terme du délai légal de trois ans suivant le dernier acte interruptif, interrompt la prescription à l'égard de toutes les entreprises concernées et pour l'ensemble des faits dénoncés dès lors que ces derniers présentent entre eux un lien de connexité.

Voir dans le même sens la décision **05-D-51**.

Dans la décision **05-D-63**, le Conseil a rappelé que sa saisine *in rem* l'autorisait à enquêter sur toutes pratiques visées dans la saisine, sans être lié par les demandes ou les qualifications de la partie saisissante. Dès lors, même si la saisine initiale avait dénoncé des pratiques d'abus de position dominante, la demande d'enquête avait pu viser des pratiques contractuelles et tarifaires également mentionnées dans cette saisine et avait valablement interrompu la prescription.

Le Conseil a considéré, dans sa décision **05-D-69**, que les pratiques d'entente en cause étant des pratiques continues, sa saisine *in rem* lui permettait d'être valablement saisi de la continuation de ces pratiques durant la période postérieure à sa saisine. Il a rappelé à cet égard la jurisprudence de la cour d'appel de Paris (22 février 2005, société JC Decaux) : « [...] *le Conseil, qui est saisi in rem de l'ensemble des faits et pratiques affectant le fonctionnement d'un marché et n'est pas lié par les demandes et qualifications de la partie saisissante, peut, sans avoir à se saisir d'office, retenir les pratiques révélées par les investigations auxquelles il a procédé à la suite de sa saisine, qui, quoique non visées expressément dans celle-ci, ont le même objet ou le même effet ; [...] il peut également retenir, parmi ces pratiques, celles qui se sont poursuivies après sa saisine.* »

## Actes interruptifs

### Utilité des actes d'instruction

À plusieurs reprises, le Conseil a eu à répondre à l'argumentation, fondée sur la jurisprudence communautaire issue de l'arrêt du TPICE CMA CGM (affaire T-213/00) du 19 mars 2003, selon laquelle ne peuvent interrompre la prescription des actes purement formels, sans utilité réelle pour l'avancée de l'instruction.

Ainsi, dans la décision **05-D-51**, le Conseil a considéré que la convocation adressée par le rapporteur à une partie aux fins d'audition avait valablement interrompu la prescription, même si elle n'avait pas été suivie d'effet, l'intéressée, après avoir demandé un report de l'audition, ne s'étant pas présentée et n'ayant finalement jamais été entendue. Le Conseil a estimé que la jurisprudence communautaire invoquée ne pouvait recevoir application en l'espèce, la circonstance que l'audition n'ait jamais eu lieu étant imputable à

la seule carence de l'intéressée et ne démontrant donc pas que l'acte n'était pas nécessaire à la poursuite de l'instruction <sup>9</sup>.

La même argumentation a été rejetée dans la décision **05-D-67**, les parties soutenant que les demandes du rapporteur adressées, l'une à l'administration, l'autre à des entreprises, visaient uniquement à interrompre la prescription sans être utiles à la recherche, la constatation ou la sanction des pratiques. Le Conseil s'est fondé sur le principe de l'autonomie procédurale des autorités nationales de concurrence, rappelé par la Cour de cassation dans un arrêt Pharmalab du 14 décembre 2004. La règle énoncée dans l'arrêt du TPICE, relatif à une procédure communautaire, ne saurait donc être utilisée pour interpréter l'article L. 462-7 du Code de commerce. Le Conseil a estimé en outre que la demande adressée par le rapporteur à l'administration pour solliciter la transmission d'une note établie par ces services et d'annexes citées dans l'ordonnance judiciaire, et celle adressée aux sociétés pour solliciter la communication de leurs bilans et comptes de résultats ainsi que des modifications éventuelles intervenues dans leur situation juridique ou économique, constituaient des actes tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction des pratiques et avaient donc interrompu la prescription. La circonstance que la demande adressée à l'administration soit restée sans réponse est sans influence sur son caractère interruptif. Les demandes adressées aux entreprises permettaient de déterminer leur situation financière et leurs chiffres d'affaires, données nécessaires pour déterminer les éventuelles sanctions pécuniaires à venir. La recherche des modifications survenues dans la structure d'une entreprise était nécessaire, quant à elle, pour déterminer, plusieurs années après leur commission, l'exacte imputation des pratiques.

Dans la décision **05-D-73**, le Conseil a précisé qu'il appartient au rapporteur, dans le cadre de l'instruction, de procéder à tous les actes qu'il juge utiles à la recherche de la vérité dans les conditions et limites fixées par le Code de commerce (en l'espèce, la convocation d'une société à une audition afin de procéder à des vérifications quant aux changements intervenus dans sa situation juridique, peu important que le rapporteur ait pris soin, préalablement à l'envoi de cette convocation, de procéder lui-même à certaines vérifications).

### ***L'auteur des actes interruptifs***

Dans la décision **05-D-69**, le Conseil a précisé que l'article L. 462-7 du Code de commerce définit les actes interruptifs de prescription en fonction de leur objet ou de leur finalité, sans préciser quels en sont les auteurs. Il ne peut donc être soutenu que seuls le rapporteur et les enquêteurs mandatés par lui, pourraient procéder à des actes interruptifs de prescription après la saisine du Conseil. C'est ce que confirme la jurisprudence de la cour d'appel de

<sup>9</sup>. Cette décision a été annulée par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 23 mai 2006. La cour, se référant implicitement à la notion d'« *acte utile* » énoncée dans l'arrêt du Tribunal de première instance cité plus haut, a relevé, après un examen détaillé des actes d'enquête, que le jour de l'envoi de la convocation, le rapporteur disposait de « *tous éléments utiles à la recherche, la constatation et à la sanction des pratiques anticoncurrentielles en cause, de sorte que cette lettre avait pour seule finalité de prolonger artificiellement le délai de prescription* ». Cette lettre de convocation n'a, dès lors, selon la cour, présenté aucune utilité dans l'instruction de l'affaire et n'a pu interrompre la prescription.

Paris qui considère comme interruptifs de prescription des actes émanant d'autres autorités que le rapporteur ou les enquêteurs, comme la décision sur le secret des affaires rendue par le président du Conseil (CA de Paris, 13 décembre 2001, GammVert) ou la demande d'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CA de Paris, 15 novembre 2005, TPS Canal Plus) ou encore les observations adressées par le ministre de l'Économie en réponse au rapport (CA de Paris, 14 janvier 2003, SA Bouygues).

### **Les voies de recours exercées par les entreprises contre les ordonnances judiciaires ayant autorisé les opérations de visite et de saisie**

Dans la décision **05-D-19**<sup>10</sup>, le Conseil a retenu l'effet interruptif de prescription des voies de recours exercées par des entreprises contre les ordonnances ayant autorisé les opérations de visite et de saisie. Il a estimé que « *dès lors que les opérations de visite et de saisie constituent des actes de recherche et de constatation des faits susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles prohibées par les articles L. 420-1, L. 420-2 ou L. 420-5 du Code de commerce, les décisions rendues sur les contestations élevées à l'encontre des décisions qui autorisent ces actes, constituent des actes interruptifs de prescription car elles peuvent conduire à l'annulation des actes et retirer ainsi à la poursuite les éléments de preuve sur lesquels elle s'appuie* ». En l'espèce, les pourvois formés par les entreprises contre les ordonnances qui avaient rejeté les recours en annulation des ordonnances d'autorisation des opérations de visite et de saisie, avaient été déclarés irrecevables ou rejetés. La Cour de cassation avait donc validé définitivement les autorisations judiciaires, au contraire de l'affaire qui avait donné lieu à l'arrêt « Groupe Camif » de la cour d'appel de Paris du 4 juillet 2003, dans lequel une interprétation restrictive de l'article L. 462-7 du Code de commerce a été adoptée. Le Conseil a considéré en outre qu'en diligentant une procédure visant à l'annulation des autorisations des opérations de visite et de saisie, les entreprises avaient agi, non pour la défense d'un intérêt privé, mais dans le cadre d'une procédure destinée à réunir les preuves de pratiques prohibées que le Conseil était appelé à sanctionner afin d'assurer l'ordre public économique, et qui interférait – même si le pourvoi en cassation formé n'est pas suspensif – avec la procédure dont il était saisi. En effet, si l'autorisation de visite et de saisie était annulée, le rapporteur devait retirer du dossier les pièces saisies lors des opérations annulées et tous les actes et rapports fondés sur ces pièces. À l'inverse, si l'autorisation était validée, il pouvait valablement instruire l'affaire en se fondant sur les documents saisis. Dès lors, l'interaction entre la procédure diligentée par les entreprises afin de faire contrôler la validité des autorisations judiciaires et celle qui était instruite devant le Conseil afin de réunir les preuves de l'existence de pratiques prohibées implique nécessairement que les actes de procédure et les décisions, qui jalonnent la première procédure, interrompent la prescription dans la seconde.

Le Conseil a rappelé également que la jurisprudence de la cour d'appel de Paris ne retient pas, par principe, une interprétation restrictive de l'article L. 462-7 du Code de commerce selon laquelle seuls les actes émanant des

<sup>10</sup>. Ce point a été confirmé par l'arrêt de la CA de Paris du 07/03/2006.

« *autorités de poursuite* » ont un effet interruptif de prescription. Ont en effet déjà été reconnus comme interruptifs de prescription des actes, quels qu'en soient les auteurs, qui n'étaient pas à proprement parler des actes d'instruction mais qui avaient un impact sur la conduite de la procédure de sanction du Conseil : la déposition spontanée d'un chef d'entreprise devant un agent de la DGCCRF (CA de Paris, 25 novembre 2003, Prefall), la décision de secret des affaires prise par le président du Conseil (CA de Paris, 13 décembre 2001, Gamm Vert), le dépôt des observations du ministre de l'Économie et du ministère public devant la cour d'appel (CA de Paris, 14 janvier 2003, SA Bouygues).

Le Conseil a encore observé que son interprétation de l'article L. 462-7 du Code de commerce était conforme au principe de sécurité juridique, évitant que des entreprises ne soient sanctionnées sur le fondement d'éléments de preuve qui auraient dû être écartés du dossier et ne soient tenues d'exécuter leur sanction avant qu'il ait été statué sur la validité des décisions ayant permis la réunion de ces preuves. En outre, le droit reconnu aux entreprises de demander immédiatement l'annulation des ordonnances autorisant les visites et saisies doit avoir pour corollaire l'impossibilité d'opposer la prescription à l'action dont est saisi le Conseil, dont l'instruction dépend des résultats de la contestation élevée par les entreprises.

### **Les actes accomplis dans le cadre d'une procédure pénale**

Dans la décision **05-D-69**, le Conseil a affirmé le caractère interruptif de prescription pour la procédure de concurrence, d'actes accomplis dans le cadre d'une procédure pénale suivie concurremment, malgré l'absence de texte le prévoyant explicitement, alors que la réciproque est prévue par l'alinéa 3, introduit par la loi NRE du 15 mai 2001, de l'article L. 420-6 du Code de commerce : « *Les actes interruptifs de la prescription devant le Conseil de la concurrence, en application de l'article L. 462-7, sont également interruptifs de la prescription de l'action publique.* » Le Conseil a relevé qu'il existe des liens étroits entre les faits à la source du délit pénal de l'article L. 420-6 et les infractions au droit de la concurrence des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce : les juridictions pénales sont en effet compétentes en matière de pratiques anticoncurrentielles, sur le fondement de L. 420-6 du Code de commerce, pour sanctionner les personnes physiques qui ont pris une part personnelle et déterminante dans la commission des pratiques anticoncurrentielles. Ces liens montrent que les actes afférents à l'instruction pénale, en ce qu'ils portent sur des faits dont la matérialité a une incidence directe sur la constitution des infractions de concurrence des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce, tendent à la recherche, à la constatation ou à la sanction des pratiques anticoncurrentielles. Par ailleurs, le caractère interruptif d'actes relatifs à l'action pénale à l'égard d'autres actions, a déjà été admis par la Cour de cassation (Cass., Crim., 30 mai 1994, n° 93-81 943, Bull. n° 210, pour l'effet interruptif à l'égard d'une procédure fiscale).

### **Actes ayant également valablement interrompu la prescription**

- La demande d'avis adressée au Conseil supérieur de l'audiovisuel par la présidente du Conseil, en application de l'article 16 du décret du 29 décembre 1986 (alors en vigueur), ainsi que l'avis rendu subséquemment par cette



- autorité : la saisine du CSA constituait une formalité obligatoire et aucune disposition n'imposait que la nomination du rapporteur ait été effectuée préalablement à cette demande d'avis **(05-D-13)** <sup>11</sup> ;
- la demande de communication d'informations et de pièces portant sur l'identification d'entreprises attributaires de marchés publics adressée par le rapporteur au président d'un conseil général **(05-D-24)** ;
  - la demande de renseignements adressée par le rapporteur à une entreprise **(05-D-32)** ;
  - le procès-verbal de communication de documents adressé par un syndicat de transports publics en réponse à une demande de la DGCCRF formulée dans le cadre de l'enquête administrative préliminaire **(05-D-38)** <sup>12</sup> ;
  - la lettre de convocation à une audition adressée par le rapporteur à une partie, même si celle-ci n'a pas comparu et que l'audition n'a finalement jamais eu lieu **(05-D-51 supra et 05-D-73)** ;
  - une notification de griefs complémentaire **(05-D-51)** ;
  - un procès-verbal d'audition **(05-D-63)** ;
  - la demande de renseignements et la convocation à une audition adressées par la DGCCRF à l'une des sociétés **(05-D-63)** ;
  - une saisine complémentaire **(05-D-63)** ; une saisine complémentaire du ministre de l'Économie portant sur les mêmes pratiques que la saisine initiale et apportant de nouveaux éléments de preuve, et ce, même si la jonction des deux procédures est intervenue postérieurement : en effet, le caractère interruptif d'un acte ne saurait dépendre des mesures d'administration de la procédure (Cass., Crim., 1<sup>er</sup> décembre 2004, Ville de Paris, n<sup>o</sup> N 03-87 883) **(05-D-69)** ;
  - la saisine d'office du Conseil **(05-D-63)** ;
  - la transmission à la DGCCRF de la demande d'enquête du Conseil **(05-D-66)** ;
  - la transmission au Conseil du rapport administratif d'enquête **(05-D-66)** ;
  - les réponses des sociétés à une demande du rapporteur qui faisaient expressément référence à cette demande (02-D-48 ; **05-D-67)** ;
  - la réception d'un « soit transmis » communiqué par un juge d'instruction en réponse à une demande de communication de documents adressée par la présidente du Conseil de la concurrence **(05-D-71)** ;
  - la demande d'enquête du ministre de l'Économie signée par le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (qui était visée dans l'ordonnance du président du TGI) **(05-D-69)** ;
  - la délibération par laquelle la Commission permanente du Conseil a demandé communication de pièces au juge pénal ainsi que la lettre subséquente de transmission de cette demande au magistrat par la Présidente du Conseil **(05-D-69)** ;
  - la transmission par le juge d'instruction, en application de l'article L. 463-5 du Code de commerce et à la demande du Conseil, de certaines pièces de son dossier ainsi que le procès-verbal de réception de ces pièces par le rapporteur **(05-D-69)**.

11. Décision confirmée par la CA de Paris, 15 novembre 2005.

12. Décision confirmée par la CA de Paris (7 février 2006).

### Actes non interruptifs de prescription

Dans la décision **05-D-42**, le Conseil a estimé que ne constituaient pas un acte interruptif de prescription les conclusions déposées par le saisissant devant la juridiction judiciaire, dans le cadre d'une procédure en concurrence déloyale l'opposant à la société mise en cause, même si ces écritures tendaient notamment à faire constater que ce litige se situait dans le cadre de pratiques anticoncurrentielles et à faire « interroger pour avis » le Conseil de la concurrence. L'action civile en dommages et intérêts introduite par la société plaignante ne visait pas, en effet, à rechercher, constater ou sanctionner l'existence de pratiques anticoncurrentielles dans le cadre de la défense d'un ordre public économique et de la régulation du marché, mais à faire reconnaître un droit de nature privé. La cour d'appel ne s'était d'ailleurs pas prononcée sur le caractère anticoncurrentiel des pratiques visées et n'avait pas jugé nécessaire d'interroger le Conseil pour avis. Le Conseil a rappelé à cette occasion le caractère spécifique de sa mission, souligné par la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 8 septembre 1998 (Coca-Cola Entreprise) : « *La décision du Conseil de la concurrence, même si elle a le caractère d'une punition, est une décision administrative non juridictionnelle ; [...] rendue par un organisme qui remplit une mission ayant pour finalité la défense d'un ordre public économique, elle n'intervient pas pour satisfaire à la demande d'une partie, mais sanctionne les pratiques anticoncurrentielles dont le Conseil, régulateur du marché, a pu établir l'existence.* »

## Déroulement de la procédure

### Enquêtes administratives

#### Origine de la demande d'enquête

Dans la décision **05-D-63**, le Conseil a décidé que ne devaient pas être écartés du dossier le rapport d'enquête faisant référence à la demande d'enquête de la présidente du Conseil et les documents y étaient annexés. La référence faite par l'administration à la demande de la présidente était en effet une erreur matérielle, le courrier de transmission du rapport, signé par le directeur de la DGCCRF, visant expressément une demande d'enquête établie postérieurement, identique à la première, mais mentionnant le nom du rapporteur afin de satisfaire aux prescriptions de la cour d'appel de Paris énoncées dans l'arrêt Toffolutti du 25 février 1999<sup>13</sup>. Le Conseil a constaté en outre que les actes d'instruction ont été réalisés sur la base de la seconde demande d'enquête établie par la présidente.

<sup>13</sup>. Dans cet arrêt, la cour d'appel, motif pris de l'impossibilité d'identifier le rédacteur de la demande d'enquête adressée à la DGCCRF, avait estimé que devaient être écartées des débats les pièces adressées par l'administration. Toutefois, saisie d'un pourvoi contre cet arrêt, la Cour de cassation, dans un arrêt du 16 mai 2000, avait estimé que la cour d'appel aurait dû rechercher, dès lors que la lettre de la présidente ne comportait, en elle-même, aucune demande d'enquête et se bornait à inviter l'administration à communiquer des informations au rapporteur, si la note jointe à cette lettre, incluant des indications plus précises sur les diligences envisagées, n'était pas imputable au rapporteur désigné, même en l'absence de mentions l'identifiant expressément comme son auteur.

### Étendue des saisies autorisées par le juge

Dans la décision **05-D-38**<sup>14</sup>, le Conseil a estimé que les enquêteurs n'avaient pas outrepassé le champ de l'autorisation de visite et de saisie délivrée par le juge. Il était soutenu que les enquêteurs avaient saisi des documents afférents à d'autres marchés que ceux nommément visés dans les pièces produites par la DGCCRF à l'appui de sa requête et, au surplus, étrangers au champ de l'habilitation judiciaire, laquelle était limitée au « *secteur du transport urbain de voyageurs* ».

Le Conseil a estimé en premier lieu que l'autorisation judiciaire ne visait pas les seuls marchés locaux de transport urbain de voyageurs que l'administration avait mentionnés à l'appui de sa requête, à titre d'exemples, pour éclairer le juge sur la situation de la concurrence dans le secteur concerné. La pratique courante des enquêteurs, validée par la Cour de cassation dans un arrêt du 18 mai 1999 (Suburbaine de canalisation et de grands travaux), consiste en effet à produire devant le juge des éléments sur des marchés particuliers afin d'illustrer les présomptions de pratiques anticoncurrentielles pesant sur les autres marchés du secteur concerné auquel l'autorisation judiciaire doit s'appliquer. En l'espèce, le juge avait donné aux enquêteurs le pouvoir de procéder « *à l'ensemble des visites et à la saisie de tous les documents nécessaires pour apporter la preuve que dans le secteur du transport urbain de voyageurs, les pratiques, dans la mesure où elles ont été énoncées et présumées par notre ordonnance, entrent dans le champ de celles prohibées par les points 2 et 4 de l'article 7 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986..* ». L'habilitation du juge, visant des sociétés dont « *l'implantation nationale leur a permis d'obtenir des marchés dans des communes situées sur l'ensemble du territoire* », concernait donc, outre les marchés nommément cités à titre d'illustration, tous les marchés afférents au même secteur, à savoir le « *marché du transport urbain de personnes* ». Les juridictions de contrôle ont confirmé cette approche dans l'affaire dite « *pont de Normandie* » (CA de Paris, 14 janvier 2003, SA Bouygues et Cour de cassation, 13 juillet 2004, société DTP terrassement).

En second lieu, il résulte de cette même jurisprudence que les pièces saisies relatives aux catégories de marché non visées par l'ordonnance peuvent servir à faire la preuve des pratiques concernant le marché visé dans l'ordonnance, dès lors que, ces marchés présentant un lien entre eux, ces pièces ne sont pas étrangères à l'autorisation accordée et sont utiles pour apporter la preuve des agissements intervenus dans le secteur visé dans l'autorisation judiciaire. En l'espèce, le juge avait utilisé des pièces relatives au marché du transport « *interurbain* » du Calvados pour déterminer les marchés du « *transport urbain* » où les pratiques anticoncurrentielles étaient présumées. En outre, des éléments montraient l'imbrication existant entre les deux secteurs d'activité, les entreprises exerçant indifféremment leurs activités sur les deux secteurs du transport urbain et interurbain et estimant elles-mêmes qu'elles faisaient un seul métier, celui de transport public de voyageurs. Le Conseil a estimé par conséquent que les documents saisis relatifs au

14. Décision confirmée par la CA de Paris (7 février 2006).

transport « interurbain » pouvaient être utilisés pour faire la démonstration des pratiques d'entente dans le secteur du transport public urbain de voyageurs.

### **Absence au dossier des ordonnances autorisant les opérations de visite et de saisie**

Dans la décision **05-D-69**, le Conseil a repoussé le moyen tiré de la nullité de la procédure qui aurait résulté de l'absence au dossier des ordonnances judiciaires ayant autorisé les opérations de visite et saisie, absence qui aurait privé la société concernée de la possibilité de former le recours prévu par le dernier alinéa de l'article L. 450-4 du Code de commerce. Il a été observé que ces dispositions ne donnent pas compétence au Conseil pour apprécier la régularité des opérations effectuées en exécution des ordonnances du président du tribunal de grande instance autorisant les visites et saisies, ni ne commandent au Conseil de mettre ces ordonnances à la disposition des parties dans le dossier d'instruction. En outre, l'ordonnance rendue par le président du TGI avait été notifiée à la société à l'occasion de la visite qui s'était déroulée dans ses locaux et une copie certifiée conforme lui avait été remise. La société n'avait pas eu accès à la seconde ordonnance qui se bornait à désigner les enquêteurs et les OPJ compétents pour procéder aux opérations de visite et saisie dans des locaux situés hors du ressort du magistrat qui avait rendu l'ordonnance initiale. Selon la jurisprudence de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, les ordonnances secondaires ne peuvent donner lieu à un nouveau contrôle du bien-fondé de la demande initiale d'autorisation de visite et saisie (Cass., Com., 30 mai 2000, pourvoi 98-30289). Dès lors, la société ne démontrait pas en quoi l'absence de cette pièce au dossier avait porté atteinte à la préservation de ses droits. En outre, ayant eu accès à l'intégralité du dossier à compter de la notification de griefs, elle avait eu la possibilité de demander copie de l'ordonnance à l'autorité judiciaire qui l'avait rendue. Enfin, il n'était pas démontré qu'un recours exercé devant le juge compétent aurait été vain du fait de l'absence au dossier du Conseil des ordonnances en question. Au surplus, le rapporteur avait obtenu copie des ordonnances en cause ainsi que des décisions de la Cour de cassation afférentes et les avait versées au dossier du Conseil.

### **Mention de l'objet de l'enquête sur les procès-verbaux**

Dans la décision **05-D-32**, le Conseil a écarté le moyen selon lequel la DGCCRF, lors de son enquête, n'aurait pas avisé les personnes entendues que leurs propos pouvaient être utilisés dans le cadre d'une procédure susceptible d'impliquer leur entreprise. Dans la lettre adressée à la société, préalablement à l'audition de ses représentants, l'enquêteur avait indiqué être chargé « *d'une enquête sur l'état de la concurrence dans le secteur de l'alimentation pour animaux familiers... en application des articles 45, 46 et 47 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986* » dont il avait joint une copie. En outre, il avait indiqué au directeur marketing de l'entreprise, lors de son audition, que l'objet de l'enquête concernait la vérification du respect des dispositions des titres III et IV de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 dans le secteur de l'alimentation pour animaux familiers, de sorte que ce responsable ne pouvait se méprendre sur la portée de ses déclarations (voir aussi CA de Paris, 12 décembre 2000 et Cour de cassation, 20 novembre 2001, Bec frères).

Dans la décision **05-D-51**, le Conseil a rejeté les moyens tirés de l'irrégularité d'un procès-verbal d'audition auquel il était reproché de ne pas comporter d'indications relatives, d'une part, à la référence à l'article 47 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 (actuellement l'article L. 450-3 du Code de commerce), d'autre part, à l'objet de l'enquête et au marché concerné, et enfin aux éléments permettant d'établir que la personne entendue avait été clairement informée que ses réponses seraient utilisées dans le cadre d'une instruction sur le fondement de l'ordonnance de 1986. Les procès-verbaux, établis lors d'enquêtes diligentées sur le fondement de l'article 47 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, devaient répondre aux prescriptions de l'article 46 de cette ordonnance qui prévoyaient : « *Les procès-verbaux sont transmis à l'autorité compétente. Un double en est laissé aux parties intéressées. Ils font foi jusqu'à preuve contraire.* » Ces dispositions étaient complétées par celles de l'article 31 du décret du 29 décembre 1986, aux termes desquelles : « *Les procès-verbaux prévus à l'article 46 de l'ordonnance sont rédigés dans le plus court délai. Ils énoncent la nature, la date et le lieu des constatations ou des contrôles effectués [...].* » En l'espèce, les enquêteurs avaient porté les mentions suivantes sur le procès-verbal : « *Nous soussignés [...] inspecteurs des services déconcentrés de la [DGCCRF] [...] habilités à procéder aux enquêtes nécessaires à l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986, par l'arrêté du 22 janvier 1993, pris en application de l'article 45 de ladite ordonnance. [...] Nous avons justifié de notre qualité et indiqué à M. W que l'objet de notre enquête concerne les conditions de fonctionnement de la concurrence pour le marché de travaux de construction d'un hémicycle et de bureaux pour le Parlement européen de Strasbourg.* » L'article 1<sup>er</sup> de l'arrêté du 22 janvier 1993 précise : « *Les fonctionnaires [...] placés sous l'autorité du directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes sont habilités, en application de l'article 45, alinéa I, de l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986, à procéder aux enquêtes dans les conditions prévues au titre IV de l'ordonnance précitée et au décret du 29 décembre 1986.* » Ainsi, le procès-verbal d'audition répondait aux exigences posées par la jurisprudence de la cour d'appel de Paris (5 juillet 1994, SA Bronzo) selon laquelle : « *L'acte d'enquête doit être suffisamment clair et précis pour ne pas créer de méprise sur son objet.* » La personne interrogée n'avait donc pu ignorer, lors de son audition, ni l'objet de l'enquête, ni le cadre juridique dans lequel elle était entendue et n'avait pu se méprendre sur la portée de ses déclarations.

Voir aussi **05-D-63**.

### **Mention des questions sur les procès-verbaux**

La décision **05-D-66** a permis au Conseil de préciser que l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence, qui a notamment modifié l'article 429 du Code de procédure pénale <sup>15</sup>, n'a pas eu pour effet de

<sup>15</sup>. « *Tout procès-verbal ou rapport n'a de valeur probante que s'il est régulier en la forme, si son auteur a agi dans l'exercice de ses fonctions et a rapporté sur une matière de sa compétence ce qu'il a vu, entendu ou constaté personnellement. Tout procès-verbal d'interrogatoire ou d'audition doit comporter les questions auxquelles il est répondu.* »

modifier les règles spécifiques applicables à l'élaboration des procès-verbaux dressés en application des articles L. 450-2 et L. 450-3 du Code de commerce. Ces procès-verbaux d'enquête, par lesquels sont recueillies des déclarations, n'ont pas à être établis conformément aux règles du Code de procédure pénale mais selon les dispositions spécifiques applicables à la procédure devant le Conseil et n'ont donc pas à être rédigés sous forme de questions et de réponses pour être valables.

### **Régularité des transmissions de pièces**

Dans la décision **05-D-32**, le Conseil a décidé d'écarter du dossier un document qui n'était pas accompagné d'un procès-verbal de communication de pièces ou d'une copie de celui-ci et dont on ne pouvait par conséquent contrôler la régularité. Il résulte des dispositions combinées des articles L. 450-2 et L. 450-3 du Code du commerce que toutes les opérations effectuées par les enquêteurs en application de l'article L. 450-3 doivent être constatées par procès-verbal, qu'il s'agisse de la transcription des déclarations des personnes entendues, de la description des démarches effectuées au sein de l'entreprise ou des remises de documents, afin de permettre de contrôler que les enquêteurs n'ont pas excédé les limites de l'article L. 450-3 susvisé (CA d'appel de Paris, 26 septembre 2000, Entreprise Jean Lefebvre).

### **Objectivité et loyauté des enquêteurs dans la recherche des preuves**

#### **• Connaissance et utilisation par les enquêteurs d'éléments extérieurs**

Le Conseil a écarté, dans la décision **05-D-55**, le moyen selon lequel la DGCCRF aurait manqué à son obligation de loyauté, en tirant parti de la connaissance qu'elle aurait nécessairement eu des pratiques, en raison de la présence d'un de ses représentants au sein d'un office interprofessionnel auquel siégeait l'organisme poursuivi. Aucun élément du dossier ne venait établir que les agents de la DDCCRF auraient, dans l'accomplissement de leurs diverses missions, manqué à l'obligation de loyauté en tolérant des pratiques au sein de l'office concerné qu'ils auraient ensuite poursuivies dans le cadre de leurs attributions en matière de concurrence. En toute hypothèse, la participation des pouvoirs publics à une entente, même si celle-ci était intervenue à leur demande, ne serait pas de nature à faire échapper les entreprises participant à la concertation à l'application des dispositions réprimant les pratiques anticoncurrentielles, à moins, que l'entente ne résulte de pressions irrésistibles exercées sur les entreprises par l'administration (TPICE, 18 septembre 1996, aff. T. 387/94 Asia Motors / France).

A été également repoussée, dans la même décision, l'argumentation selon laquelle l'administration avait commis un détournement de pouvoir en utilisant, dans le rapport qui avait motivé la décision d'ouvrir une enquête, des informations sur les prix obtenues lors d'une autre procédure : *« le déclenchement de l'enquête de concurrence à la suite du contrôle, par la DDCCRF, des quotas de vente du produit [concerné], ne peut en soi vicier la procédure de concurrence subséquente, dès lors que les déclarations ont été recueillies selon les formes prévues pour les enquêtes de concurrence et avec leurs garanties procédurales. Au surplus, à aucun moment de la procédure il n'a*

été fait mention ou usage des informations relatives aux prix obtenues lors de la procédure administrative de suivi des quotas. »

Voir aussi **05-D-63**.

## • Modes de preuve recevables

### *Clichés photographiques*

Dans la décision **05-D-24**, le Conseil a admis le principe de clichés photographiques de panneaux nominatifs d'entreprises pris par les enquêteurs sur la voie publique, à proximité du chantier de l'appel d'offres en cause : « *Si les pouvoirs des enquêteurs énumérés à l'article 47 de l'ordonnance de 1986 et repris à l'article L. 450-3 du Code de commerce ne font pas expressément référence à la prise de photographies et si les conditions de réalisation de ces photographies peuvent être considérées comme incertaines bien que paraissant avoir pris place lors de la phase antérieure à l'enquête à savoir celle du recueil d'indices de pratiques anticoncurrentielles, le pouvoir de recueillir des renseignements n'exclut pas l'utilisation de photographies.* »

### *Enregistrements de conversations téléphoniques*

La décision **05-D-66** relative à la saisine de la SARL Avantage à l'encontre de pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'électronique grand public, a été l'occasion pour le Conseil de se prononcer sur la recevabilité d'enregistrements sonores de conversations téléphoniques. Le saisissant avait enregistré, à l'insu de ses interlocuteurs, plusieurs conversations téléphoniques qu'il avait eues avec des fournisseurs de produits d'électronique grand public ou des grossistes. Certains de ces enregistrements avaient été communiqués au Conseil à l'appui de la saisine, sous forme de cassettes accompagnées de retranscriptions écrites <sup>16</sup>.

Après avoir procédé à un examen de la jurisprudence des différentes chambres de la Cour de cassation, qui ont adopté des positions dissemblables sur la question, le Conseil a basé son raisonnement sur deux principes régissant la procédure suivie devant lui.

– *Premier principe : l'autonomie de la procédure suivie devant le Conseil*

Le droit processuel applicable au Conseil, autorité administrative indépendante prenant des décisions à caractère punitif, est un droit *ad hoc*, qui tend à se démarquer des règles édictées par la CEDH ou des dispositions de procédure civile ou de procédure pénale.

<sup>16</sup>. Dans sa décision 98-MC-08 relative à la demande de mesures conservatoires accompagnant la saisine, le Conseil avait considéré que, chargé de la défense de l'ordre public économique, il pouvait, par application des principes dégagés par le juge pénal, conserver au dossier les enregistrements des conversations téléphoniques et leur transcription. Les recours formés contre la décision de rejet des mesures conservatoires pour contester la recevabilité de ce mode de preuve, ont été rejetés par la cour d'appel de Paris (arrêt du 4 décembre 1998) et par la Cour de cassation (arrêt du 27 mars 2001) qui ont estimé que les parties pourraient critiquer les modes de preuve éventuellement retenus dans le cadre de l'examen de la saisine au fond, par l'exercice des voies de recours contre la décision prononcée sur le fond.

Si, en raison de son pouvoir de sanction qui le conduit à statuer sur des griefs assimilés à des accusations pénales au sens de l'article 6 de la CEDH, le Conseil de la concurrence se voit appliquer certains principes du droit à un procès équitable rappelés par cette convention (respect des droits de la défense, contradiction, impartialité, indépendance), la Cour européenne des droits de l'homme considère que la Convention « *ne réglemente pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telle, matière qui dès lors relève au premier chef du droit interne* » (CEDH, 25 mars 1999, Pélissier et Sassi c/ France / CEDH, 8 février 2005). La Convention européenne ne peut donc avoir pour effet d'exclure, par principe, l'admissibilité de tel ou tel élément de preuve, même recueilli de manière déloyale ou illégale. Elle retrouve cependant son empire en ce qui concerne le mode d'administration de la preuve, qui relève du droit à un procès équitable.

Les règles du Nouveau Code de procédure civile (NCPC) qui définissent les principes directeurs du procès civil – notamment l'article 9 selon lequel « *il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* » et sur lequel se fondent les chambres civiles de la Cour de cassation pour déclarer irrecevable un procédé de preuve déloyal – ont été appliquées à la procédure suivie devant le Conseil par les juridictions de contrôle pour assurer aux parties le respect du droit à un procès équitable garanti par la CEDH (rôle respectif du juge et des parties, droits de la défense et de la contradiction, mise en cause des parties) ou pour combler les lacunes des dispositions réglementaires régissant la procédure de concurrence. Pour autant, les juridictions de contrôle ont affirmé à plusieurs reprises que les dispositions du nouveau Code de procédure civile ne s'appliquent pas à la procédure suivie devant le Conseil (notamment Cour de cassation, 14 janvier 2003, SOCAE Atlantique). Ainsi, l'article 9 du NCPC, qui fonde les règles de preuve du procès civil et le principe de la loyauté des preuves dégagé par la jurisprudence, ne s'applique pas à la procédure suivie devant le Conseil, dans laquelle le saisissant n'a pas la direction du procès. Le Conseil, comme l'a rappelé la cour d'appel de Paris (arrêt Coca-cola Entreprise du 8 septembre 1998), n'a pas pour objet de se prononcer sur le bien-fondé des demandes dirigées par une partie contre une autre, mais de sanctionner des pratiques anticoncurrentielles au nom de la défense de l'ordre public économique.

L'article 427 du Code de procédure pénale, qui s'applique au procès pénal mais aussi aux autorités administratives indépendantes qui, comme le Conseil de la concurrence, statuent sur des griefs assimilés à des « accusations pénales » et sanctionnent des comportements d'entreprises, énonce le principe de la liberté de la preuve : « *Hors le cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction. Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui.* » En application de ce principe, la chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé, au nom du respect de l'intimité de la vie privée, que « *les juges répressifs ne peuvent écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale* » (Cass., Crim., 6 avril 1993 JCP E 1993, I, 22144). Toutefois, au nom du principe de loyauté de la preuve, elle a approuvé une



cour d'appel d'avoir écarté de la procédure des enregistrements sonores réalisés à l'insu de la personne concernée qui, par un stratagème des policiers, avait été incitée à commettre un délit (Cass., Crim., 27 février 1996, D. 1996, J. p. 346). Le Conseil s'est inspiré de l'article 429 du Code de procédure pénale pour se prononcer sur la recevabilité d'un procès-verbal d'interrogatoire ou d'audition (décision 03-D-07 confirmée par un arrêt CA du 18 novembre 2003) et de l'article 6 du Code de procédure pénale pour se prononcer sur la règle *non bis in idem* (décision 02-D-62 confirmée par un arrêt CA du 17 juin 2003). Cependant, les juridictions de contrôle du Conseil, qui mettent l'accent sur le rôle spécifique du Conseil dans ses fonctions de régulateur du marché (CA de Paris, 8 septembre 1998 Coca-cola Entreprise), affirment néanmoins l'autonomie de la procédure devant le Conseil par rapport aux règles pénales (en ce qui concerne la question de la prescription, Cour de cassation 17 juillet 2001, Thomson Multimédia Marketing France / cour d'appel de Paris, 4 juillet 2003, Camif).

– *Second principe : la liberté de la preuve*

Devant le Conseil de la concurrence, la preuve de l'existence des pratiques anticoncurrentielles incombe au Conseil et non aux parties saisissantes qui ont seulement l'obligation d'étayer les faits qu'elles invoquent par des éléments suffisamment probants, faute de quoi le Conseil, en application du deuxième alinéa de l'article L. 462-8 du Code de commerce, peut rejeter la saisine.

À défaut de texte spécifique régissant l'administration de la preuve devant le Conseil, celle-ci peut être établie par tous moyens. Le plus souvent, celle-ci résulte d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants.

La pratique décisionnelle du Conseil, si elle empêche assurément un plaignant de produire une preuve obtenue par la commission d'un délit, ne lui interdit pas, par principe, de faire état d'éléments recueillis auprès d'une entreprise au moyen de procédés déloyaux, comme par exemple, des éléments obtenus par le biais d'une démarche présentée faussement comme émanant d'un consommateur (98-D-01) ou par le biais de l'enregistrement de conversations professionnelles au cours d'une réunion (94-D-30). Ce pragmatisme se justifie par la difficulté pour une entreprise ou une association de consommateurs, victimes de pratiques anticoncurrentielles, et notamment d'ententes secrètes (mettant en cause des entreprises averties des risques qu'elles encourent) ou même d'agissements unilatéraux (tels que des refus de vente), dont les vraies raisons sont souvent cachées, d'appuyer les faits décrits par des éléments tangibles qui sont rarement révélés par des écrits. En revanche, sous le contrôle de la cour d'appel de Paris (8 avril 1994, Hype-rallye), le Conseil veille strictement à ce que, lors du déroulement des enquêtes ou de l'instruction, ni le rapporteur, ni les enquêteurs n'utilisent des procédés déloyaux (97-D-40 : retrait de procès-verbaux de déclarations de personnes interrogées par des enquêteurs qui, s'étant fait passer pour des clients, n'avaient pas fait connaître l'objet de l'enquête / 04-D-07 : vérification que les enregistrements d'interventions orales avaient été communiqués aux enquêteurs dans des conditions régulières).

En définitive, trois considérations sont retenues pour apprécier si des éléments de preuve peuvent être ou non maintenus au dossier au regard du principe de loyauté :

- en premier lieu, en raison de la nature essentiellement punitive de sa mission, le Conseil est conduit à s'inspirer des règles qui gouvernent la preuve devant le juge répressif appelé à décider, d'après son intime conviction, à partir d'éléments qui lui ont été librement apportés au cours du procès, en application de l'article 427 du Code de procédure pénale<sup>17</sup> : de ce point de vue, les éléments de preuve apportés par les parties et obtenus par des procédés déloyaux, à la différence de ceux recueillis par les autorités de poursuite, ne sont pas écartés par principe ;
- en deuxième lieu, l'efficacité qui doit présider à l'action du Conseil, garant de l'ordre public concurrentiel et « régulateur des marchés », peut justifier, dans certains cas, la recherche de solutions adaptées, qui s'éloignent des règles applicables à un procès pénal : cette considération d'efficacité milite pour que ne soit pas bridée *a priori* la possibilité pour les acteurs économiques, qui est souvent malaisée à exercer en pratique, d'appuyer par tous moyens les faits qu'ils invoquent lorsqu'ils saisissent le Conseil, afin de faciliter la détection et la sanction des pratiques dénoncées ;
- en troisième lieu, seule une application circonstanciée du principe de loyauté, combinant les considérations précédentes et l'exigence de justice qui doivent régir le déroulement de tout procès, peut guider le Conseil dans la mise en œuvre du principe de liberté des preuves. Ainsi, ni l'enquêteur, ni le rapporteur en charge de l'instruction, ne sauraient se voir exempter de l'obligation de loyauté dans la recherche des preuves, la question ne se posant qu'en ce qui concerne les conditions dans lesquelles les parties, saisissantes ou mises en cause, peuvent étayer les faits qu'elles dénoncent, ou au contraire qu'elles défendent, par tous moyens aptes à contribuer à la manifestation de la vérité, sous le contrôle du Conseil et, *in fine*, des juridictions. En outre, des enregistrements sonores ne sauraient se voir reconnaître qu'une valeur relative d'éléments, d'indices, voire de commencements de preuve qui peuvent être corroborés ou, au contraire, contredits par d'autres éléments au dossier. Enfin, de tels éléments ne peuvent être utilisés dans la procédure et dans la décision rendue par le Conseil que s'ils ont été pleinement soumis au contradictoire.

En considération de l'ensemble de ces principes, le Conseil a décidé de ne pas écarter, par principe, les enregistrements litigieux, mais d'examiner leur force probante.

Les sociétés en cause faisaient valoir que les conditions dans lesquelles les enregistrements avaient été effectués puis sélectionnés (certaines cassettes n'ayant pas été transmises au Conseil), la nature et la qualité des enregistrements ne permettaient pas de leur accorder de valeur probante, et ce

<sup>17</sup>. « Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction. Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui. »

d'autant plus qu'il n'existait aucune possibilité de vérifier s'ils correspondaient aux dires des personnes enregistrées et que l'huissier de justice n'avait pas assisté à tous les entretiens enregistrés.

Le Conseil a estimé que le saisissant, ayant le choix des éléments de preuve qu'il entendait présenter à l'appui de sa saisine, pouvait valablement ne pas transmettre au Conseil l'intégralité des enregistrements effectués. Toutefois, aucun élément ne permettant de vérifier l'authenticité des propos enregistrés, il a décidé de ne retenir que les enregistrements non contestés par les intéressés. Ont en revanche été écartés ceux des sociétés dont les représentants n'avaient pas été entendus et n'avaient donc pas été mis en mesure de s'exprimer sur les propos enregistrés.

### **Contrôle de la régularité des ordonnances judiciaires et des opérations de visite et de saisie effectuées sur leur fondement**

Le Conseil de la concurrence n'est pas compétent pour apprécier la régularité des ordonnances délivrées par le président du tribunal de grande instance sur le fondement de l'article L. 450-4 du Code de commerce, ni celle des opérations de visite et de saisie effectuées sur leur fondement (**05-D-69**).

## **Saisine du Conseil de la concurrence**

### **Validité de la saisine**

Dans la décision **05-D-66**, le Conseil a rejeté les moyens tirés de l'irrégularité entachant la saisine. Il était soutenu, en premier lieu, que celle-ci était nulle et irrecevable, comme émanant d'une personne qui n'était pas un dirigeant de la société saisissante et qui, même si une régularisation était intervenue postérieurement, ne disposait pas de mandat de représentation au jour de la saisine. En second lieu, il était soutenu que le pouvoir daté du jour de la saisine figurant au dossier avait probablement été versé après la saisine puisqu'il figurait sur un papier à en-tête différent des courriers de saisine et au milieu d'une série de pièces qui n'avaient rien à voir avec le mémoire de saisine. Enfin, était mise en avant l'absence de dénomination sociale sur les lettres de saisine.

Ayant rappelé que selon l'article 30 du décret du 30 avril 2002, « *La saisine du Conseil de la concurrence [...] précise [...] les noms, prénoms, dénomination ou forme sociale, profession ou activité, et adresse du domicile ou du siège social du demandeur ainsi, que le cas échéant, ses statuts et le mandat donné à son représentant [...]* », le Conseil a observé que la recevabilité de la saisine n'avait pas été contestée lors de l'examen, par le Conseil puis par la cour d'appel de Paris, de la demande de mesure conservatoire qu'elle contenait et que le mémoire de saisine était accompagné du pouvoir donné à M. P. daté du jour de la saisine, rédigé sur un papier à en-tête identique à celui du mémoire de saisine et indiquant : « *Pour saisir le Conseil de la concurrence au fond et en demande de mesures conservatoires et pour ensuite représenter la société Avantage au cours de l'évolution des procédures.* » Ce pouvoir ayant été renouvelé à la suite du changement de gérant, M. P. avait donc été régulièrement habilité pour représenter la société auteur de la saisine, dont la dénomination et la forme sociale étaient établies tant par le pouvoir que par le mémoire de saisine.

## Étendue de la saisine

### • Continuité des pratiques

Dans la décision **05-D-07**, le Conseil a rappelé qu'étant saisi *in rem* de pratiques sur un marché, il peut, sans avoir à se saisir d'office, examiner et qualifier ces pratiques dans leur globalité. Ainsi, lorsqu'une pratique, intervenue antérieurement à la saisine, a continué à être mise en œuvre postérieurement, par exemple par la réitération d'un accord de volontés qui lui donne le caractère de pratique continue, le Conseil peut examiner et qualifier l'ensemble des faits qui la caractérisent. En l'espèce, alors que sa saisine datait de 1998, le Conseil a pu examiner la clause contractuelle litigieuse telle qu'elle avait été introduite dans les contrats en 1997, puis reprise à l'identique dans les contrats annuels signés entre 1998 et 2001 qui avaient réitéré l'accord de volontés des cocontractants (infraction continue successive caractérisée par la réitération de la volonté infractionnelle dans le temps et dont le régime de prescription est celui des infractions continues).

### • Pratiques non visées dans la saisine

Dans la décision **05-D-19**<sup>18</sup>, le Conseil a rappelé que sa saisine *in rem* vaut à l'égard de toutes les entreprises mises en cause et l'autorise à examiner des pratiques non visées dans la saisine, dès lors qu'elles se rattachent aux faits dénoncés dans celle-ci.

Les mêmes principes ont été mis en application dans la décision **05-D-65** relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile. Alors qu'il était soutenu que les griefs notifiés – échange d'informations et gel de parts de marché – étaient sans rapport avec l'objet des deux saisines, la première concernant « l'itinérance » et la seconde visant une pratique concertée de tarification par paliers de 30 secondes, le Conseil a cité l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 22 février 2005 (société JC Decaux) : « *Le Conseil, qui est saisi in rem de l'ensemble des faits et des pratiques affectant le fonctionnement d'un marché et n'est pas lié par les demandes et qualifications de la partie saisissante, peut, sans avoir à se saisir d'office, retenir les pratiques révélées par les investigations auxquelles il a procédé à la suite de sa saisine qui, quoique non visées expressément dans celle-ci, aient le même objet ou le même effet que celles qui lui ont été dénoncées.* » En l'espèce, la saisine d'office, si elle visait spécifiquement l'itinérance, portait sur le marché de la téléphonie mobile sur lequel opéraient les trois opérateurs mis en cause. La saisine postérieure d'une association de consommateurs dénonçait, quant à elle, le caractère anticoncurrentiel de la fixation par ces trois opérateurs, à quelques semaines d'intervalle, de paliers de facturation identiques, qui s'expliquait, selon elle, par une concertation ayant pour objet et pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché de la téléphonie mobile. Il avait par conséquent pu être valablement notifié aux opérateurs le grief d'avoir, d'une part, par des pratiques concertées d'échanges d'informations, limité le libre exercice de la concurrence sur le marché de la téléphonie fixe et, d'autre part, de s'être entendues afin de geler leurs parts

18. Ce point a été confirmé par l'arrêt de la CA de Paris du 07/03/2006.

sur ce même marché, pratiques qui avaient bien le même objet et le même effet que celles dénoncées dans les saisines.

### • Effets des pratiques

Dans la décision **05-D-72**, alors que les saisines portaient sur les seuls effets des politiques de distribution des laboratoires pharmaceutiques concernant les possibilités pour les exportateurs de médicaments de poursuivre normalement leur activité, le Conseil de la concurrence a considéré que sa saisine *in rem* et son rôle de défense de l'ordre public économique, lui permettaient d'apprécier les effets des pratiques dénoncées sur les marchés concernés sans se limiter aux atteintes portées aux intérêts des seules entreprises plaignantes et par conséquent de connaître des politiques de contingentement menées par les fabricants à l'égard de l'ensemble des distributeurs de médicaments, y compris les grossistes-répartiteurs actifs à l'exportation et leurs filiales spécialisées. Il a toutefois choisi de limiter le champ de sa saisine aux seules pratiques dénoncées par les exportateurs, les pratiques concernant les grossistes-répartiteurs faisant l'objet d'une procédure parallèle initiée par les intéressés.

### Recevabilité de la saisine

#### • Intérêt et qualité pour agir

Dans la décision **05-D-21**, le Conseil a déclaré recevable la saisine émanant d'une association déclarée, disposant à ce titre de la personnalité morale, et pouvant par conséquent défendre les intérêts de ses membres dans les conditions définies par ses statuts. Dès lors que la procédure prévue dans les statuts, relative à l'autorisation du conseil d'administration et à la délivrance d'un mandat à un représentant, avait été respectée, l'association ne pouvait se voir contester la capacité à agir.

Voir aussi *supra* Champ de compétence du Conseil de la concurrence

### Retrait de demandes – Désistement

Le retrait de tout ou partie des demandes d'une saisine, de même qu'un désistement, ne peut être implicite ou déduit et doit résulter d'un acte explicite du saisissant. Tel n'est pas le cas lorsque le saisissant se borne à énoncer dans des observations complémentaires que les conditions contractuelles initialement dénoncées ont disparu (**05-D-34**).

## Examen des mesures conservatoires

### Recevabilité des demandes de mesures conservatoires

L'article 42 du décret du 30 avril 2002 énonce que : « *La demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article L. 464-1 du Code de commerce ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond du Conseil de la concurrence. Elle peut être présentée à tout moment de la procédure et doit être motivée.* » Une demande de mesures conservatoires ne peut donc être examinée que pour autant que la saisine au fond soit recevable et ne soit pas rejetée faute d'éléments suffisamment probants, en application de l'alinéa 2

de l'article L. 462-8 du Code de commerce (**05-D-01, 05-D-06, 05-D-11, 05-D-20, 05-D-21, 05-D-22, 05-D-34, 05-D-60**).

### *Instruction des mesures conservatoires*

#### • **Respect du contradictoire et des droits de la défense**

Dans la décision **05-D-34**, le Conseil a rappelé qu'aucune disposition du Code de commerce n'impose de délai pour la mise en état des procédures de mesures conservatoires, qui se caractérisent par l'urgence mais dont l'instruction doit permettre, dans un temps nécessairement restreint, de réunir le plus d'éléments possibles sur le bien-fondé de la demande (01-MC-07 et 03-D-41). Lorsque le rapporteur général, usant de la faculté qu'il tient de l'article 34 du décret du 30 avril 2002, décide pour une meilleure organisation du débat, de fixer des délais aux parties, le dépôt des pièces après l'expiration du temps imparti ne saurait donc justifier, en soi, leur rejet de la procédure dès lors que la partie adverse a bénéficié d'un temps suffisant pour assurer sa défense au regard des pièces produites. En l'espèce, le Conseil a estimé que la transmission par la société saisissante, la veille de la séance, de nombreux documents contenant des éléments nouveaux de réflexion ou de contestation, qui, de surcroît, n'avaient pas été communiqués à l'ensemble des parties, ni au commissaire du Gouvernement, n'avait pas permis aux entreprises en cause de les examiner et d'y répondre. Ces documents ont par conséquent été écartés des débats.

### **Instruction**

#### *Désignation du rapporteur*

L'article L. 450-6 du Code de commerce, pas plus que l'ancien article 50 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, en vigueur avant l'entrée en vigueur de la loi NRE du 15 mai 2001, n'imposent de délai pour la désignation du rapporteur (**05-D-13**)<sup>19</sup>.

#### *La notification des griefs*

#### • **La notification de griefs complémentaire**

Dans la décision **05-D-24**, le Conseil a écarté les critiques visant une seconde notification de griefs qui ne comportait aucune précision sur sa nature (« complémentaire » ou « substitutive ») et qui ne rappelait pas la procédure antérieure. En effet, selon une jurisprudence constante, dès lors que le rapporteur n'est pas compétent pour substituer un nouveau grief à un grief notifié, toute notification de griefs faisant suite à une précédente notification de griefs constitue une notification de griefs « complémentaire » (voir notamment les décisions 99-D-14, 01-D-41, 01-D-59 et arrêts CA de Paris, 19 septembre 1990, Herlicq et 23 mai 1995, société Robert Bosch France).

<sup>19</sup>. Décision confirmée par la CA de Paris, 15 novembre 2005.

### • La précision des griefs notifiés

Dans la décision **05-D-69**, le Conseil a rejeté les moyens par lesquels il était soutenu que la notification de griefs était nulle car le rapporteur auquel il incombait de rapporter la preuve de l'implication des sociétés dans les pratiques reprochées, n'avait pas correctement imputé les griefs en les notifiant à plusieurs sociétés, procédé qui aurait contraint les entreprises à s'auto-incriminer. Le Conseil a relevé que le rapporteur avait notifié les mêmes griefs à plusieurs sociétés aux noms voisins, afin de parvenir à une imputation précise des pratiques grâce à une clarification réalisée de façon contradictoire de la situation juridique des entreprises sujettes à de nombreuses modifications et mesures de restructuration. Cette façon courante de procéder n'a pas pour effet de contraindre les entreprises à s'auto-incriminer dès lors qu'il ne s'agit pas pour elles de se reconnaître coupables de pratiques, mais seulement de déterminer quelle entité juridique doit répondre de l'accusation formée contre elles, accusation qu'elles peuvent ensuite contester sur le fond.

### • La pluralité de griefs concernant une pratique unique

Dans la décision **05-D-59**, le Conseil a écarté le moyen par lequel il était soutenu que dès lors que deux griefs incriminaient une seule pratique, ils étaient « *entachés d'une incohérence manifeste et grave* » qui les rendait irréguliers. Il a été relevé qu'en l'espèce, les deux griefs retenus n'étaient nullement incohérents puisque la pratique relevée dans le premier ne revêtait un caractère illicite que du fait de celle dénoncée dans le second (le premier grief était en réalité inclus dans le second dont il n'était que la conséquence). Le Conseil a rappelé qu'il pouvait en toute hypothèse ne retenir qu'une partie des griefs notifiés.

## Le rapport

### • L'exhaustivité du rapport

L'article L. 463-2 du Code du commerce ne déterminant pas le contenu du rapport, il ne peut être soutenu qu'il est porté atteinte au principe du contradictoire du seul fait que le rapport ne contient pas un exposé exhaustif des faits ou des « éléments de droit » ou d'appréciation économique des effets des pratiques. En l'espèce, le rapport, après un bref rappel des faits, répondait aux observations adressées par les entreprises mises en cause en réponse à la notification des griefs. Celle-ci comportait une analyse complète et détaillée de tous les faits et documents retenus comme indices des pratiques anticoncurrentielles. La société mise en cause avait eu accès à l'ensemble de la procédure et avait pu présenter ses observations, auxquelles le rapport avait répondu (**05-D-19**)<sup>20</sup>.

Dans la décision **05-D-37**<sup>21</sup>, le Conseil a écarté le moyen tiré de l'atteinte portée au principe de la contradiction qui aurait résulté de ce que le rapport d'enquête n'avait pas été joint en annexe au rapport du rapporteur. Ce rapport d'enquête ayant été transmis au rapporteur postérieurement à la notification

20. Ce point a été confirmé par l'arrêt de la CA de Paris du 07/03/2006.

21. Décision confirmée par la CA de Paris, 24 janvier 2006.

de son rapport, il n'en avait pas tenu compte. En revanche, les pièces sur lesquelles le rapporteur avait fondé son analyse avaient toutes été annexées à son rapport, conformément à l'article L. 463-2 du Code de commerce.

#### • L'abandon ou la modification des griefs au stade du rapport

L'article 36, alinéa 2, du décret du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du Code de commerce prévoit que : « *Le rapport soumet à la décision du Conseil de la concurrence une analyse des faits et de l'ensemble des griefs notifiés.* » Il appartient, en conséquence, au Conseil, d'examiner le bien-fondé des griefs notifiés, nonobstant la proposition d'abandon de ces griefs ultérieurement formulée par le rapporteur. En outre, ni le rapporteur, ni le rapporteur général ne sont compétents pour annuler un grief notifié (**05-D-26**).

L'étendue des pouvoirs du Conseil au regard de l'article 36, alinéa 2, du décret du 30 avril 2002 a été réaffirmée dans la décision **05-D-69**. Le Conseil a précisé qu'avant l'entrée en vigueur du décret du 30 avril 2002, l'article 18 du décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 prévoyait que le « *rapport contient l'exposé des faits et griefs finalement retenus par le rapporteur à la charge des intéressés* ». La modification du texte montre donc bien qu'elle a eu pour objet de permettre au Conseil de se prononcer sur tous les griefs notifiés, y compris sur ceux que le rapporteur est susceptible d'abandonner dans son rapport, et ce, sans avoir à surseoir à sa décision en renvoyant le dossier à l'instruction, faculté qui est ouverte au Conseil lorsque l'instruction lui paraît incomplète.

212

Dans la décision **05-D-64**, le Conseil a répondu au moyen tiré de la violation du principe du contradictoire et des droits de la défense qui aurait résulté de l'évolution d'un grief entre la notification des griefs et le rapport : il était soutenu, alors que l'illicéité des échanges entre les palaces parisiens était fondée, dans la notification de griefs, sur l'impact que ces échanges avaient eu sur l'autonomie commerciale des établissements, que le rapport avait retenu la nature oligopolistique du marché comme cause de l'illégalité de la concertation.

Le Conseil a précisé une nouvelle fois qu'un grief est un ensemble de faits, qualifiés juridiquement et imputés à une ou plusieurs entreprises (voir aussi **04-D-42**). La notification de griefs doit donc informer les parties des pratiques reprochées, de leur qualification juridique au regard du droit applicable et des personnes auxquelles elles sont imputées, afin de mettre les parties en mesure de contester utilement, au cours de la procédure contradictoire, soit la réalité des faits, soit leur qualification, soit leur imputation. Elle n'a pas pour objet d'anticiper ou d'épuiser dès l'origine le débat contradictoire ultérieur, ni de retirer au Conseil son pouvoir de motiver librement sa décision, dès lors qu'il s'en tient aux griefs notifiés et se fonde sur des éléments soumis au contradictoire. Le principe même de la séparation des fonctions d'instruction et de décision fait obstacle à ce que cette formation soit réduite à une simple chambre d'enregistrement des raisonnements du rapporteur.

En l'espèce, la notification des griefs, fondée sur l'article L. 420-1 du Code de commerce, visait des échanges d'informations confidentielles entre les six palaces parisiens sur leurs activités pour quatre années consécutives, grâce auxquels les établissements avaient pu orienter leurs politiques et stratégies,



les empêchant d'agir de manière autonome. Le rapport ne s'était écarté de la notification des griefs sur aucun de ces points, ni sur la nature des faits en cause, ni sur leur qualification, ni sur leur imputation. Le rapport ne visait donc pas des pratiques différentes de celles évoquées dans la notification des griefs et ne modifiait pas leur qualification. En développant une argumentation selon laquelle les échanges d'informations avaient accru l'interdépendance des palaces en leur donnant les moyens de surveiller leurs performances relatives, le rapport avait seulement étayé la partie du grief visant l'absence d'autonomie induite par les pratiques. Les précisions apportées par le rapport à cet égard avaient naturellement été soumises au contradictoire, les parties ayant pu y répondre, aussi bien dans leurs observations écrites qu'oralement en séance.

La même argumentation a été adoptée dans la décision **05-D-65** relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile. L'une des sociétés en cause ayant fait valoir que la « pratique concertée » de gel de parts de marché, objet d'un des griefs, avait été citée, au stade du rapport, comme un « accord » portant sur « l'évolution » des parts de marché, le Conseil, après avoir rappelé les principes énoncés dans la décision 05-D-64 précitée, a cité l'arrêt ODA de la cour d'appel de Paris du 18 février 1997 dans lequel il a été jugé que le grief notifié doit être interprété par référence aux développements préalables du rapporteur dans la notification des griefs. Il a été observé qu'en l'espèce, la partie relative à la qualification des pratiques dans la notification des griefs était conclue par un développement faisant clairement référence à un « pacte » – et donc à un accord – autour duquel s'était organisée la concertation et devait, de plus, être rapprochée de l'ensemble de la notification de griefs. La description de la pratique était suffisamment précise pour que ne puisse être invoquée une incertitude sur les pratiques reprochées, de nature à avoir compromis l'exercice des droits de la défense. Quant au rapport, il n'avait fait que développer l'argumentation au soutien du grief notifié, sans modifier celui-ci.

### ***Le formalisme de la notification de griefs et du rapport et l'identification de leur auteur***

#### **• La datation, la signature et l'authentification des actes**

Dans sa décision **05-D-26**, le Conseil a rejeté le moyen selon lequel la notification des griefs et le rapport, non signés, devaient être considérés comme nuls. Il a rappelé l'arrêt « Domoservices maintenance » de la Cour de cassation (28 janvier 2003) selon lequel la notification de griefs et le rapport sont suffisamment authentifiés par la mention du nom de leur auteur figurant sur la page de couverture. En outre, la notification de griefs et le rapport ne constituent pas des décisions administratives devant être signées et datées par leur auteur, conformément à l'article 4 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration.

Selon une jurisprudence constante des juridictions de contrôle, la notification de griefs constitue un acte d'instruction d'une procédure soumise aux textes spécifiques régissant le droit de la concurrence. Ne revêtant pas la qualification de décision prise par une administration de l'État au sens de la loi du 12 avril 2000, elle n'est pas soumise à l'obligation de signature prévue

par l'article 4 de cette loi. Au demeurant, dès lors que l'auteur de l'acte dont le nom est indiqué en page de couverture est identifié et que la date de la notification résulte de la lettre d'envoi adressée par le Conseil aux entreprises, il n'est porté aucune atteinte au droit à un procès loyal et équitable (Cour de cassation, 28 janvier 2003, Société Domoservices maintenance ; CA de Paris, 30 mars 2004, SAS Novartis Pharma). La régularité de la notification de griefs n'exige pas une authentification **(05-D-19)** <sup>22</sup>.

#### ● **L'erreur commise sur la dénomination des entreprises ou leur adresse**

Le Conseil a estimé, dans sa décision **05-D-51**, que l'erreur matérielle relative à la dénomination de l'entreprise (ayant consisté à adresser la notification de griefs à la « *SARL S.* » au lieu de « *l'Entreprise Pierre-Guillaume S.* » et, ainsi, à son « *gérant* » et non à son « *Président* ») était sans incidence sur le déroulement de la procédure, dès lors que la notification de griefs avait été envoyée à la bonne adresse et que l'entreprise avait été à même de faire valoir ses arguments en défense (voir aussi 99-D-50). La même solution a été adoptée pour l'erreur matérielle ayant affecté l'envoi du rapport, à la bonne adresse, mais à une entreprise presque homonyme de celle qui était en cause. En l'espèce, la société mise en cause s'était bien considérée comme destinataire, puisque, représentée par le même conseil que l'autre entreprise, elle avait produit des observations en réponse au rapport et avait en outre informé le Conseil de la concurrence de sa décision de renoncer à ce moyen de procédure en lui indiquant qu'elle le dispensait de lui notifier le rapport dont elle déclarait avoir pris connaissance.

#### *Liens entre l'instruction du rapporteur et une instruction pénale*

#### ● **Demande de communication de pièces effectuée par le Conseil auprès du juge sur le fondement de l'article L. 463-5 du Code de commerce**

Dans la décision **05-D-69**, le Conseil a écarté le moyen par lequel les entreprises soutenaient que la délibération de la Commission permanente du Conseil portant demande de communication de pièces à une juridiction d'instruction était nulle et que devait être retiré du dossier l'ensemble des pièces transmises au Conseil à la suite de cette demande. Les sociétés alléguaient que l'article L. 463-5 du Code de commerce était incompatible avec l'article 6 de la CEDH en ce qu'il confondait les fonctions dévolues aux autorités d'instruction et de jugement.

L'article L. 463-5 du Code de commerce dispose que : « *Les juridictions d'instruction et de jugement peuvent communiquer au Conseil de la concurrence, sur sa demande, les procès-verbaux ou rapports d'enquête ayant un lien direct avec les faits dont le Conseil est saisi.* » La cour d'appel de Paris a jugé, dans un arrêt du 27 novembre 2001 (SA Caisse nationale du Crédit agricole), confirmé par la Cour de cassation (23 juin 2004), que « *le cumul au sein du Conseil de la concurrence des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement n'est pas, en soi, contraire aux exigences inhérentes au droit à un procès équitable ; qu'il y a lieu de rechercher si, compte tenu des modalités*

<sup>22</sup>. Ce point a été confirmé par l'arrêt de la CA de Paris du 07/03/2006.

*concrètes de mise en œuvre de ces attributions, ce droit a été ou non méconnu* ». Cette position est conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui dans un arrêt Padovani c. Italie du 26 février 1993 (Rec., 1993, série A, n° 257/B), a rappelé qu'« *il ne lui incombe pas d'examiner in abstracto la législation et la pratique pertinentes, mais de rechercher si la manière dont elles ont été appliquées au requérant [...] a enfreint l'article 6-1* » et a jugé conforme à l'article 6 le fait qu'un juge ait procédé, au cours de la phase préalable au procès, à des actes d'instruction sommaires (auditions) avant de statuer sur la culpabilité du prévenu. En l'espèce, la demande de communication de pièces ne constituait pas une décision par laquelle les membres du Conseil, siégeant en commission permanente, auraient été conduits à formuler une accusation ou encore à préjuger de l'affaire au fond. Le Conseil s'était borné à transmettre une demande émanant du rapporteur qui sollicitait des pièces du dossier d'instruction. En outre, aucun des membres ayant siégé lors de cette délibération ne faisait partie de la composition de la formation ayant statué au fond. Cette demande ne pouvait donc être considérée comme ayant influencé le délibéré.

Dans la même décision, le Conseil a validé une demande de communication de pièces, adressée ultérieurement par le rapporteur général au juge pénal, à la demande du rapporteur. Cette demande faisait expressément référence à la demande initiale et à l'envoi subséquent de pièces par le juge d'instruction mais n'avait pas donné lieu à une nouvelle délibération du Conseil. En effet, la loi NRE du 15 mai 2001 a transféré au rapporteur général plusieurs des attributions précédemment dévolues au Conseil (*cf.* nouvelle rédaction de l'article L. 450-4). L'évolution du statut du rapporteur général a encore été accentuée par l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004. La mise en œuvre de ces textes, qui ont clairement distingué les attributions respectives des services d'instruction et des formations de décisions au sein du Conseil, a créé un contexte juridique nouveau qui justifie, à la lumière de ces évolutions, que le rapporteur général ait pu valablement exercer, au nom du Conseil, le pouvoir de mettre en œuvre l'article L. 463-5 du Code de commerce.

#### ● Accès par le rapporteur aux pièces de la procédure pénale

Dans la décision **05-D-69**, le Conseil a rejeté l'argumentation des parties qui soutenaient qu'étaient irrégulières – comme caractérisant tout à la fois, une violation du secret de l'instruction protégé par l'article 11 du Code de procédure pénale, de la lettre de l'article L. 463-5 du Code de commerce et du principe de l'égalité des armes – les conditions dans lesquelles le rapporteur, à l'invitation du juge d'instruction, avait consulté le dossier pénal dans le cabinet du magistrat avant de recevoir une sélection de pièces qui avaient été versées ensuite au dossier du Conseil.

Le Conseil a relevé qu'il n'entrait pas dans ses attributions d'apprécier les conditions d'application des dispositions du Code pénal et du Code de procédure pénale relatives au secret de l'instruction, sauf à usurper les prérogatives de l'autorité judiciaire et à violer le principe de la séparation des pouvoirs. Le contrôle du Conseil de la concurrence ne peut porter que sur le respect de l'article L. 463-5 du Code de commerce et celui de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Par ailleurs, rien ne permettait d'établir que le rapporteur avait procédé à une consultation intégrale du

dossier : au contraire, le procès-verbal de communication de pièces visait le fax du magistrat qui précisait que les documents offerts à la consultation étaient les pièces de l'information ayant un lien direct avec les faits dont était saisi le Conseil de la concurrence et les pièces remises correspondaient toutes à la liste des pièces demandées. De même, il ne résultait pas des énonciations du procès-verbal ou d'autres éléments extrinsèques que le juge n'avait pas sélectionné lui-même les pièces remises en copie, ni examiné le lien direct existant entre les documents transmis et les faits dont était saisi le Conseil. Enfin, aucun texte n'exige une habilitation spéciale du rapporteur par le Conseil pour consulter les pièces d'un dossier détenu par une juridiction : la demande préalable du rapporteur général adressé au juge d'instruction et l'accord subséquent du magistrat constituent un fondement suffisant pour permettre la communication des pièces et établir la régularité de la procédure suivie.

Le Conseil a encore précisé que : « *De façon générale, la lettre et la finalité de l'article L. 463-5 du Code de commerce sont de permettre aux juridictions de décider souverainement, notamment, de l'opportunité, de la forme et de la périodicité de la communication des pièces sollicitées, cette communication permettant au rapporteur d'exploiter des pièces extraites d'une procédure judiciaire.* » L'article L. 463-5 n'impose aucune forme particulière à la « communication » des pièces « *ayant un lien direct avec les faits dont le Conseil est saisi* » et autorise donc tant leur consultation sur place que la transmission de copies. Il autorise également le Conseil à adresser au juge d'instruction plusieurs demandes successives de communication de pièces et le juge à communiquer des pièces de son dossier au fur et à mesure de l'évolution de son instruction sur la base de la demande initiale du Conseil ou à transmettre en une seule communication la copie de pièces extraites de son dossier en réponse à plusieurs demandes du Conseil.

Le Conseil a par conséquent refusé de faire droit à la demande des parties tendant à ce que soient retirés du dossier les éléments ne constituant ni des « *procès-verbaux* », ni des « *rapports d'enquête* » au sens de l'article L. 463-5, constatant qu'il s'agissait de pièces nécessaires à l'exploitation des documents entrant dans ces deux premières catégories (pièces remises à l'occasion d'auditions, citées ou commentées dans les procès-verbaux d'audition ; rapport de synthèse).

Le Conseil a observé enfin que le principe de l'égalité des armes « *doit permettre à chaque partie d'avoir la possibilité raisonnable d'exposer sa cause dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse, ce qui suppose que la procédure permette un débat contradictoire effectif* » (CA de Paris, 15 juin 1999 et 12 décembre 2000). Les griefs retenus par le rapporteur étaient fondés sur des pièces dont il avait été dressé inventaire, qui avaient été citées, versées au dossier, proposées à la consultation et soumises à la contradiction. Les parties avaient eu toute latitude pour produire tous éléments à décharge. Le rapporteur n'a pas, par ailleurs, à rendre accessible des documents qu'il n'a pas l'intention d'utiliser à charge. Le fait, nullement démontré, que le rapporteur ait pu lire des pièces du dossier d'instruction auxquelles les requérantes n'auraient pas eu accès, n'est pas en soi de nature à démontrer qu'il aurait sciemment écarté des pièces à décharge, toute autorité d'instruction ayant le loisir de

sélectionner les pièces qu'elle estime nécessaires à ses investigations. Par ailleurs, la cour d'appel de Paris juge que les parties acquérant la qualité de partie en cause à compter de la notification de griefs, il leur est loisible de soumettre à l'examen du Conseil les moyens et les pièces qu'elles estiment utiles à la défense de leurs intérêts (27 novembre 2001, CNCA).

#### • Demande de sursis à statuer dans l'attente de l'issue d'une procédure pénale

Dans la décision **05-D-69**, le Conseil a rejeté la demande de sursis à statuer dans l'attente de l'issue de la procédure pénale en cours concernant les faits objet de la procédure suivie devant lui. Il a estimé qu'il n'avait pas à attendre que le tribunal correctionnel ait statué pour qualifier au regard des règles de concurrence les comportements dénoncés devant lui, le litige porté devant la juridiction pénale n'ayant pas le même objet, et la règle *non bis in idem* ne pouvant trouver application en la matière (Cour de cassation, 10 décembre 1996, Ciments Lafarge ; CA de Paris, 17 mars 1998, SMIP). En outre, ayant reçu les pièces de l'instruction pénale nécessaires à son information, il disposait de tous les éléments pour statuer. Il était par conséquent d'une bonne administration de la justice que l'affaire instruite au Conseil soit jugée sans délai supplémentaire.

#### Violation du secret de l'instruction

Le Conseil a estimé, dans la décision **05-D-65** relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile, que la divulgation dans la presse de certains éléments du rapport d'enquête de la DGCCRF ne pouvait constituer ni une violation de la présomption d'innocence, ni une violation du secret de l'instruction et partant, un vice de procédure devant entraîner la nullité de la décision, comme il avait été jugé par la cour d'appel de Paris dans l'affaire « des carburants sur autoroutes ». Dans son arrêt société Total du 9 décembre 2003, la cour avait sanctionné en effet une violation du secret du délibéré et non la violation du secret de l'instruction. La violation du secret de l'instruction, qui est assimilée à la violation du secret professionnel, est punie aux articles L. 226-13 et L. 226-14 du Code pénal d'une peine d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 15 000 euros, et n'entraîne pas la nullité de la procédure. Ce n'est que dans l'hypothèse où les droits de la défense seraient irrémédiablement atteints par une telle violation – ce qui n'était pas démontré en l'espèce – que la procédure en serait affectée.

#### La durée de la procédure

La décision **05-D-19**<sup>23</sup> a été l'occasion pour le Conseil de rappeler la jurisprudence constante selon laquelle, d'une part, en l'absence de démonstration établissant que la durée de l'instruction a irrémédiablement compromis l'exercice des droits de la défense, la procédure ne saurait être déclarée irrégulière du seul fait de sa durée et, d'autre part, à supposer la durée de la procédure excessive, la sanction qui s'attache à la violation de l'obligation pour

23. Ce point a été confirmé par l'arrêt de la CA de Paris du 07/03/2006.

le Conseil de se prononcer dans un délai raisonnable n'est pas l'annulation ou la réformation de la décision mais la réparation du préjudice résultant de la durée excessive du procès (cf. notamment, Cour de cassation, 13 juillet 2004 société DTP terrassement).

Dans la décision **05-D-13**<sup>24</sup>, le Conseil a estimé que malgré la longueur de l'instruction, l'entreprise mise en cause n'avait pas été empêchée d'exercer utilement sa défense, ayant notamment été en mesure de s'expliquer sur les pratiques qui trouvaient leur origine dans des documents commerciaux largement diffusés dont elle ne pouvait par conséquent invoquer la disparition. Le Conseil a relevé également que le rapporteur avait entendu un des dirigeants de l'entreprise qui exerçait ses fonctions au moment des faits et qui avait donc eu connaissance de l'existence de la saisine.

Dans la décision **05-D-32** relative à des pratiques mises en œuvre par la société Royal Canin et son réseau de distribution, le Conseil a considéré qu'eu égard aux enjeux, à la difficulté du dossier et aux nombreuses parties incriminées, la longueur de la procédure ne semblait pas excessive (les pratiques examinées remontaient à une période comprise entre 1998 et 2000, le Conseil avait été saisi par le ministre de l'Économie fin décembre 2000 et les griefs notifiés en avril 2004). Il a estimé en outre que les sociétés ne pouvaient se prévaloir des dispositions de l'article L. 441-3<sup>25</sup> du Code de commerce, inapplicable en l'espèce, pour arguer de l'impossibilité de produire leurs documents comptables au-delà de la période de trois ans prévue par ce texte, les dispositions applicables étant celles de l'article L. 123-22 figurant au chapitre III du titre II du livre premier du Code de commerce relatif aux obligations générales des commerçants, qui prévoient que : « *Les documents comptables et les pièces justificatives sont conservés pendant dix ans.* »

Les mêmes principes ont trouvé application dans l'affaire ayant conduit à la décision **05-D-38**<sup>26</sup> relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché du transport public urbain de voyageurs. Le Conseil a estimé que, compte tenu tant du nombre de marchés que de l'importance des documents à analyser, la durée de l'instruction entre la saisine du ministre en juillet 2000 et l'envoi de la première notification de griefs en septembre 2003 ne paraissait pas anormale. En toute hypothèse, la durée de l'instruction n'avait pu gêner la défense du groupe mis en cause. La société ne démontrait pas en effet en quoi le départ de plusieurs de ses dirigeants, qui avaient été, au demeurant, entendus durant l'enquête administrative, l'avait empêchée de réunir des informations et de développer des arguments utiles à sa défense.

La même analyse a été reprise dans la décision **05-D-69**. Malgré l'écoulement d'un délai de plus de dix ans entre les opérations de visites et saisies et la notification de griefs, le Conseil a observé que l'entreprise, qui avait fait

24. Décision confirmée par la CA de Paris, 15 novembre 2005.

25. Le deuxième alinéa de cet article dispose : « *Le vendeur est tenu de délivrer la facture dès la réalisation de la vente ou la prestation de service. L'acheteur doit la réclamer. La facture doit être rédigée en double exemplaire. Le vendeur et l'acheteur doivent en conserver chacun un exemplaire.* »

26. Décision confirmée par la CA de Paris, 7 février 2006.

l'objet d'une visite domiciliaire et d'une saisie de pièces, avait eu connaissance de l'enquête administrative, que la poursuite des pratiques détectées avait entraîné le prolongement de l'enquête et une saisine complémentaire du Conseil par le ministre et que le rapporteur avait instruit l'affaire en considération de pièces transmises à une date récente par le juge d'instruction en charge du volet pénal du dossier. Ainsi, le délai dénoncé n'était pas en soi excessif eu égard à la complexité des faits dont le Conseil était saisi et des investigations approfondies auxquelles avait donné lieu l'information pénale. La notification des griefs était d'ailleurs intervenue antérieurement au jugement de l'affaire pénale par le tribunal correctionnel.

Voir application des mêmes principes dans la décision **05-D-44** : « *Il convient d'apprécier la durée de la procédure au regard de la durée des pratiques incriminées, dont l'origine est ancienne et qui ont pris fin en 1997 pour la première et en 2005 pour la seconde. Par ailleurs, en raison, notamment, de la simplicité alléguée du cas d'espèce, le groupe P... n'a pu être gêné dans sa défense et ne démontre aucunement, autrement que par de simples affirmations, qu'il aurait été placé dans l'impossibilité de faire valoir ses moyens de défense, ou de rassembler les éléments de preuve susceptibles d'être opposés aux indices retenus à son encontre.* »

Voir aussi **05-D-51 et 05-D-70** : « *Toutefois, l'enquête administrative, au cours de laquelle de nombreux responsables des entreprises mises en cause ont été régulièrement entendus et mis en mesure de présenter tous les documents utiles, a débuté en février 1996. En tout état de cause, la qualification des pratiques ne repose pas sur le fait que les sociétés mises en cause n'ont pas été en mesure de donner des explications satisfaisantes au cours de l'instruction, mais sur des éléments de fait et de droit dont les parties n'allèguent pas qu'ils pourraient être utilement contredits à l'aide d'éléments qui ne pourraient plus être produits compte tenu de la longueur de la procédure.* »

Dans la décision **05-D-67**, le Conseil a écarté les moyens relatifs à la durée excessive de la procédure qui aurait empêché les sociétés de préparer utilement leur défense en observant d'une part, qu'elles avaient eu accès à l'intégralité des pièces fondant les griefs, d'autre part, que les griefs notifiés n'étaient pas fondés sur une analyse des éléments prétendument impossibles à réunir en raison de l'ancienneté des faits, et enfin que les sociétés, dès la phase d'enquête administrative, avaient indiqué ne plus détenir les éléments matériels permettant de donner des explications sur cette identité de prix détectée, de sorte qu'elles ne pouvaient imputer à la durée de l'instruction menée devant le Conseil, postérieurement à la saisine du ministre, le fait qu'elles ne disposaient plus des éléments nécessaires à leur défense.

Les mêmes principes ont été repris dans la décision **05-D-66**. Le Conseil a estimé en particulier, en se fondant sur l'arrêt Domoservices maintenance du 28 janvier 2003 rendu par la Cour de cassation, que les entreprises ne peuvent, pour se plaindre de la durée excessive de la procédure suivie devant le Conseil, s'appuyer sur des circonstances étrangères à celle-ci, liées par exemple à des changements intervenus en interne dans leurs directions, à la mise en place de plans sociaux ou au transfert de leur siège.

## Contradictoire, droits de la défense, impartialité, loyauté dans la recherche des preuves

### Information des parties

Dans la décision **05-D-24**, le Conseil a estimé que l'envoi tardif à une société d'une notification de griefs à laquelle n'avaient pas été jointes diverses annexes qui y étaient mentionnées, ne portait pas atteinte à ses droits de sa défense, dès lors cette société avait été informée, comme l'ensemble des entreprises mises en cause, du délai de deux mois qui lui était imparti pour consulter le dossier et déposer des observations écrites, et que ces dernières avaient été, au demeurant, reçues au Conseil dans le délai précité.

Dans la décision **05-D-32**, le Conseil a considéré que les entreprises ne sauraient arguer de ce qu'elles n'ont pas été entendues au cours de l'enquête et de ce qu'elles n'ont été informées des pratiques anticoncurrentielles qui leur étaient reprochées qu'à la réception de la notification de griefs, dès lors que la procédure ne devient contradictoire qu'à compter de la notification de griefs et que les parties, après avoir reçu la notification des griefs, ont pu consulter le dossier, présenter des observations et faire valoir leurs arguments conformément aux dispositions de l'article L. 463-2 du Code de commerce (cf. Cour de cassation, 15 juin 1999, société Lilly France).

Dans la même décision, le Conseil a repoussé l'argumentation selon laquelle certaines pièces du dossier remis sur CD Rom auraient été illisibles. En effet, la remise éventuelle d'un CD Rom n'a pas pour objet de remplacer la faculté pour les parties de venir au Conseil consulter le dossier, prévue à l'article L. 463-2 du Code de commerce. Cette remise ne constitue qu'une facilité supplémentaire offerte par le Conseil aux parties. Par suite, la circonstance que certains documents seraient difficilement lisibles sur ce CD Rom est sans incidence sur leur validité.

Dans la décision **05-D-37**<sup>27</sup>, le Conseil a écarté l'argumentation selon laquelle les droits de la défense auraient été violés aux motifs que la lettre de notification du rapport ne mentionnait pas la possibilité de consulter le dossier, que le rapport d'enquête avait été transmis tardivement aux parties qui n'avaient donc pu bénéficier du délai de deux mois pour en prendre connaissance et enfin, que ce rapport d'enquête avait été communiqué par le chef du bureau de la procédure et non par rapporteur général, seul compétent pour notifier les griefs. Le Conseil a observé que l'introduction du rapport faisait référence aux dispositions de l'article 47 du décret du 30 avril 2002, alors applicable, qui accorde un délai de deux mois aux parties pour présenter leurs observations écrites après la notification du rapport et qu'aucun texte n'imposait de préciser aux parties qu'elles disposaient de la possibilité de consulter le dossier. En outre, en l'espèce, la partie mise en cause, usant de son droit reconnu par l'article L. 463-2 du Code de commerce qu'elle ne pouvait ignorer, avait consulté le dossier. Par ailleurs, la transmission aux parties du rapport d'enquête de la DGCCRF consistait en une simple transmission de pièce – et non en une notification de griefs – relevant des attributions du chef

27. Décision confirmée par la CA de Paris, 24 janvier 2006.



du bureau de la procédure, chargé de procéder à la gestion des procédures et à l'envoi aux parties ou à leur conseil des documents afférents.

En outre, la transmission du rapport d'enquête, postérieure à la notification du rapport, avait été effectuée bien avant l'expiration du délai de deux mois précité, laissant un temps suffisant à la partie pour prendre connaissance de son contenu. Enfin, le délai de deux mois à compter de la notification du rapport est prévu pour présenter les observations écrites sur le rapport et ses annexes contenant les pièces sur lesquelles le rapporteur s'est fondé. La communication ultérieure de pièces, sur lesquelles le rapporteur ne s'est pas fondé, ne justifie pas en soi la réouverture du délai de deux mois. À la réception du rapport d'enquête qui ne comprenait que cinq pages, la partie poursuivie n'avait d'ailleurs pas demandé une prorogation du délai de deux mois.

### *Origine des pièces transmises par les enquêteurs*

Dans la décision **05-D-32**, le Conseil a décidé d'écarter du dossier un document qui n'était pas accompagné d'un procès-verbal de communication de pièces ou d'une copie de celui-ci et dont on ne pouvait par conséquent contrôler la régularité. Il résulte des dispositions combinées des articles L. 450-2 et L. 450-3 du Code de commerce que toutes les opérations effectuées par les enquêteurs en application de l'article 450-3 doivent être constatées par procès-verbal, qu'il s'agisse de la transcription des déclarations des personnes entendues, de la description des démarches effectuées au sein de l'entreprise ou des remises de documents, afin de permettre de contrôler que les enquêteurs n'ont pas excédé les limites de leurs pouvoirs (CA de Paris, 26 septembre 2000, Entreprise Jean Lefebvre).

### *Égalité des armes : délais accordés respectivement aux parties et aux autorités de concurrence*

Le fait que les entreprises aient disposé d'un délai de trois mois pour présenter leurs observations alors que les autorités de concurrence ont bénéficié de cinq années pour constituer leur dossier, ne saurait démontrer, en soi, une atteinte au principe d'égalité des armes (CA de Paris, 12 décembre 2000, Société gazière de service et d'entretien), les intéressées ne démontrant d'ailleurs pas en quoi le délai à elles imparti, conforme aux dispositions de l'article L. 463-2 du Code de commerce, aurait été insuffisant pour leur permettre de réunir les éléments au soutien de leur défense (en ce sens, Cour de cassation, 13 juillet 2004, société DTP terrassement et 22 février 2005, société Socarel) (**05-D-32**).

### *Impartialité du rapporteur : instruction à charge/à décharge*

Il ne peut être soutenu que l'instruction a été menée à charge, au motif que la notification de griefs cite de manière incomplète certaines déclarations recueillies : ainsi que l'a rappelé la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 22 janvier 2002 (répartition pharmaceutique), le rapporteur instruit à charge et à décharge et, à ce titre, apprécie librement les enquêtes qui lui paraissent utiles, sans être tenu par les propositions éventuellement formulées par les mis en cause. En l'espèce, les sociétés ayant acquis la qualité de parties à compter de la notification de griefs, avaient pu accéder à l'intégralité du

dossier, notamment aux déclarations recueillies, et pu soumettre à l'examen du Conseil les moyens et les pièces qu'elles estimaient appropriés à la défense de leurs intérêts, de sorte qu'elles ne pouvaient se prévaloir d'un prétendu manquement, par le rapporteur, à son obligation d'impartialité (05-D-32).

Dans la décision **05-D-66**, le Conseil a écarté le moyen tiré de la partialité de l'instruction et de l'enquête prétendument menées exclusivement à charge dans la mesure où les enquêteurs auraient « ciblé » spécifiquement l'une des sociétés mises en cause, et le rapporteur, négligé ou minimisé de nombreux éléments à décharge. Le Conseil a rappelé que le rapporteur, « *qui dispose d'un pouvoir d'appréciation quant à la conduite de ses investigations* », est libre de décider quelles auditions lui paraissent les plus utiles à l'instruction (Cour de cassation, 15 juin 1999, société Lilly France). En outre, il est conforme au principe de l'instruction à charge et à décharge, d'interroger l'entreprise la plus souvent mise en cause pour lui permettre de présenter ses observations sur les faits relevés par les enquêteurs, ces derniers n'étant nullement tenus, en particulier, d'entendre toutes les entreprises visées (CA de Paris, arrêt du 14 janvier 2003, SA Bouygues). Enfin, si certains éléments à décharge relevés par la société n'avaient pas tous été repris dans le rapport, ils figuraient au dossier soumis à l'examen du Conseil qui apprécie l'ensemble de ses éléments, à charge et à décharge.

### **Indépendance du rapporteur**

Le Conseil a écarté, dans la décision **05-D-69**, le moyen par lequel il était soutenu que l'audition du rapporteur lors de la séance du Conseil relative à l'examen de sa demande de communication de pièces à une juridiction en application de l'article L. 463-5 du Code de commerce, était de nature à jeter le doute sur son indépendance. En effet, le pouvoir de demander à une juridiction d'instruction ou de jugement la communication de pièces appartient au Conseil, selon les dispositions de l'article L. 463-5 du Code de commerce. Celui-ci a la possibilité d'entendre le rapporteur avant de décider la mise en œuvre de ces dispositions. La Commission permanente n'avait pas excédé ses pouvoirs en empêchant le rapporteur d'exercer « *en pleine indépendance et sous sa seule responsabilité* » les pouvoirs propres qu'il tenait des articles L. 450-1 et L. 450-6 du Code de commerce. L'audition du rapporteur, strictement commandée par la mise en œuvre de l'article L. 463-5 du Code de commerce, n'était donc pas de nature à justifier un doute légitime quant à son indépendance.

### **Séparation des autorités d'instruction et de jugement**

#### **• Participation du rapporteur au délibéré**

Dans la décision **05-D-69** a été repoussée l'argumentation tirée de la nullité de la décision de demande de communication des pièces à la juridiction, intervenue avant l'entrée en vigueur de la loi NRE du 15 mai 2001, motif pris de la présence du rapporteur lors du délibéré. Il est en effet de jurisprudence constante que la mention « *Délibéré sur le rapport oral de M. [...]* » portée sur les décisions du Conseil avant l'entrée en vigueur de la loi NRE, indique seulement que le rapporteur a fait un exposé oral devant le Conseil et se réfère

au déroulement de la séance, aucun élément ne permettant de supposer que le rapporteur a également participé au délibéré du Conseil (CA de Paris, 30 mars 2004, Semiacs).

### • Immixtion de l'autorité de jugement dans le cours de l'instruction

Le fait que la demande d'avis soit adressée par la présidente du Conseil de la concurrence au Conseil supérieur de l'audiovisuel en application de l'article 16 du décret 86-1309 du 29 décembre 1986 (alors en vigueur), ne saurait entraîner aucune violation des principes d'impartialité et de séparation des autorités d'instruction et de jugement. Les attributions purement formelles du président du Conseil ne peuvent en effet constituer une immixtion de l'autorité de jugement dans le cours de l'instruction, dès lors qu'elles ne permettent pas au président d'orienter les poursuites et qu'elles ne sont pas l'occasion de prendre parti sur les faits ou leur qualification (CA de Paris, 14 janvier 2003, Bouygues et 14 janvier 2003, Eurovia) (**05-D-13**)<sup>28</sup>.

### Procédure de contrôle de respect d'injonction

Les injonctions formulées en application de l'article L. 464-1 du Code de commerce doivent être formulées en termes clairs, précis et exempts d'incertitude quant à leur exécution (CA de Paris, 29 mars 1996 et 10 septembre 1996). Les injonctions sont par conséquent d'interprétation stricte lorsqu'il s'agit de vérifier leur respect (voir rapport annuel 2001) (**05-D-36**)<sup>29</sup>.

Voir aussi sur ces questions touchant au contradictoire, aux droits de la défense, à l'impartialité et à la loyauté dans la recherche des preuves, *supra* : **05-D-34** sur l'instruction des mesures conservatoires, **05-D-64** sur la violation prétendue du principe du contradictoire et des droits de la défense résultant d'une modification des griefs au stade du rapport, **05-D-65** sur la précision des griefs notifiés.

### Secret des affaires

Dans la décision **05-D-65**, le Conseil a rejeté le moyen par lequel était contestée la décision de jonction de deux saisines – la saisine d'office du Conseil et la saisine d'une association de consommateurs – au motif que des demandes de secret des affaires ayant été rejetées, cette jonction portait atteinte au principe du droit au secret des affaires, en permettant à l'association d'avoir accès à l'ensemble des pièces d'un dossier prétendument sans rapport avec les pratiques qu'elle avait dénoncées. Le Conseil a observé que la mesure de jonction et la décision de secret des affaires, mises en œuvre par deux autorités distinctes au sein du Conseil, sont indépendantes l'une de l'autre : la première, à l'initiative du rapporteur général en vertu de l'article 31 du décret du 30 avril 2002, organise l'instruction de manière à ce qu'elle puisse porter, comme l'enquête demandée, sur l'ensemble des faits et des pratiques affectant le fonctionnement du marché visé par les deux saisines ;

28. Décision confirmée par la CA de Paris, 15 novembre 2005.

29. Voir aussi l'arrêt de la CA de Paris du 21/02/2006.

la seconde, relevant des attributions du président du Conseil, conformément à l'article L. 463-4 du Code de commerce (dans sa rédaction applicable à l'affaire), concerne le droit à la protection de la confidentialité, mis en balance avec les nécessités de la procédure. En outre, les éléments du dossier dont la société faisait état avaient été recueillis à une date postérieure à la jonction des deux saisines décidée par les services d'instruction, de sorte qu'il ne pouvait être soutenu que l'association de consommateurs avait eu accès à des pièces sans lien avec le dossier ouvert par sa saisine.

Dans la décision **05-D-66**, le Conseil a écarté le moyen tiré de la violation du secret des affaires. Il était soutenu que le Conseil avait méconnu la demande de secret des affaires formulée en ces termes dans un courrier de transmission de documents à la DNECCRF : « *s'agissant d'informations sensibles concernant les prix et les relations avec la clientèle, nous vous informons que nous demandons dès à présent à bénéficiaire de toutes les dispositions prévues par les textes visant la protection du secret des affaires [...]* ». Le Conseil a observé que la lettre de transmission, qui ne contenait aucune référence à l'article L. 463-4 du Code de commerce, ni de précision sur les pièces concernées, ne pouvait être regardée comme une demande tendant à ce que le président du Conseil statue en application de l'article L. 463-4 du Code de commerce. Aucune disposition n'autorisant un enquêteur à décider lui-même de ne pas transmettre des pièces au Conseil au motif qu'il estimerait qu'elles sont couvertes par le secret des affaires, la société ne pouvait soutenir qu'elle « *était en droit de penser que ces documents ne seraient pas transmis au Conseil* ».

## Transaction

Le bénéfice des dispositions du III de l'article L. 464-2 du Code de commerce est soumis à la double condition que les entreprises en cause, d'une part, ne contestent pas la réalité des griefs et, d'autre part, s'engagent à modifier leur comportement pour l'avenir. La non-contestation de la réalité des griefs notifiés consiste à ne contester ni la réalité des pratiques notifiées, ni leur qualification au regard des dispositions du Code de commerce, ni leur imputation à la personne morale qui demande le bénéfice de la procédure de transaction (04-D-42). Toutefois, la non-contestation des griefs n'exclut pas qu'en application du principe du contradictoire, soient exercés les droits afférents à la défense des entreprises en cause, s'agissant des éléments dont il est tenu compte dans la détermination des sanctions susceptibles d'être infligées. Par conséquent, les entreprises doivent être en mesure de présenter tous les éléments utiles à leur défense sur ce point, par le biais d'observations – écrites et orales – et par la production de pièces, dès lors qu'elles se bornent à contester la gravité des pratiques et le dommage à l'économie, ainsi que les propositions de sanctions éventuellement émises par le commissaire du Gouvernement (CA de Paris, arrêt du 21 septembre 2004, Texas Instruments France) et qu'elles ne remettent pas en cause, directement ou indirectement, la réalité des pratiques notifiées, leur qualification ou leur imputabilité. Dans la décision **05-D-49**, le Conseil a considéré que les conditions de mise en œuvre de la procédure de transaction étaient réunies car les observations écrites et orales des sociétés portaient sur les engagements souscrits, la gravité des pratiques et le dommage à l'économie et non sur la réalité des griefs notifiés.

## Engagements

Pour la première fois dans la décision **05-D-12**, le Conseil a fait application de la procédure d'engagements introduite par l'ordonnance 2004-1173 du 4 novembre 2004 et prévue au I de l'article L. 464-2 du Code de commerce : « *Le Conseil de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Il peut aussi accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes de nature à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles.* »

Cette décision concerne le secteur de la mesure d'audience de la presse quotidienne gratuite. Une première décision (04-D-40) du Conseil avait rejeté la demande de mesures conservatoires présentée par la société 20 Minutes France. Celle-ci, editrice d'un quotidien d'informations générales, financé par la publicité et diffusé gratuitement en région parisienne et dans plusieurs grandes villes françaises, se plaignait du refus injustifié d'EUROPQN, association créée à l'initiative des éditeurs des principaux titres de la presse quotidienne nationale, d'intégrer sa publication dans une étude consacrée à la mesure d'audience de la presse quotidienne nationale – étude présentée comme l'outil de référence des professionnels de l'achat d'espaces publicitaires et de media planning. Le Conseil avait retenu l'affaire au fond, n'excluant pas que les faits dénoncés soient constitutifs d'entente, voire d'abus de position dominante, aussi bien au plan national que communautaire, mais avait refusé les mesures provisoires demandées, estimant qu'aucune atteinte grave et immédiate à l'entreprise n'était démontrée. Par suite, la société 20 Minutes France avait formulé une nouvelle demande de mesures conservatoires à l'encontre de l'association EUROPQN et avait été rejointe par la société Métro Publications France, autre acteur du secteur de la presse gratuite, qui dénonçait des comportements similaires.

Le Conseil a largement adopté les règles procédurales posées par le droit communautaire aux articles 9 et 27 § 4 du règlement 1/2003. Ainsi, les engagements susceptibles de répondre aux préoccupations de concurrence qui ont été proposés par EUROPQN ont trouvé leur origine dans « *l'évaluation préliminaire* » exprimant les préoccupations de concurrence du Conseil, effectuée dans sa décision 04-D-40, rendue lors de l'examen de la première demande de mesures conservatoires. Lors d'une première séance du Conseil, le détail des engagements a été discuté, mais un délai supplémentaire étant apparu nécessaire pour qu'ils puissent être finalisés, le Conseil a décidé de surseoir à statuer et de renvoyer l'examen de l'affaire à une séance ultérieure. Dans une décision 05-S-01, le Conseil a imparti à EUROPQN un délai pour proposer des engagements conformes aux propositions issues des déclarations faites en séance, qui recueillent l'accord de ses partenaires SPQR et AEPHR. Le Conseil a transmis les engagements conjoints des intéressés aux parties saisissantes et au commissaire du Gouvernement. Il a également publié le texte intégral de ceux-ci sur son site internet et, par un communiqué de procédure, invité les tiers dont les intérêts pourraient être affectés à lui présenter leurs observations. La procédure a été étendue au SPQR et à l'AEPHR, auxquels l'intégralité du dossier a été transmise et qui ont été convoqués à la séance finale.

Au terme de sa décision, le Conseil a accepté les engagements présentés par l'EUROPQN, le SPQR et l'AEPHR qui sont devenus obligatoires dès la notification de la décision. Il a par ailleurs pris acte d'une part, des obligations prises réciproquement par les plaignantes et les familles de presse coproductrices de l'étude de mesure d'audience (PQN, PQR, PHR, PQUG), et d'autre part, du montant du droit d'entrée forfaitaire devant être acquitté par les titres de la presse quotidienne urbaine gratuite afin d'être intégrés dans l'étude de mesure d'audience. La décision d'acceptation des engagements a mis fin à la procédure.

Voir *infra* « *Étude thématique* », deuxième partie, pour d'autres développements sur cette décision d'acceptation d'engagements ainsi que sur les autres rendues au cours de cette année (05-D-16, 05-D-25, 05-D-29).

## Preuve des pratiques anticoncurrentielles

### Démonstration de l'entente

Le Conseil a rappelé dans la décision **05-D-03** qu'en droit communautaire, la participation, même passive, d'une entreprise à une réunion dont l'objet est anticoncurrentiel suffit à établir sa participation à l'entente, sauf si cette entreprise démontre qu'elle n'a pas souscrit aux pratiques anticoncurrentielles décidées lors de ladite réunion, en s'en distançant publiquement (CJCE, 16 novembre 2000, Sarrion SA C-291/98). En droit interne, si la participation à des réunions dont l'objet est anticoncurrentiel peut faire présumer une infraction, il est le plus souvent exigé par le Conseil et la cour d'appel de Paris que le concours de volontés nécessaire à l'incrimination d'une entreprise pour entente se soit manifesté par une adhésion plus explicite à l'action collective décidée lors de ladite réunion, soit par la participation ultérieure à d'autres réunions ayant le même objet anticoncurrentiel, soit par l'application concrète des mesures décidées lors de cette réunion.

*« Il n'est nullement demandé par la jurisprudence, pour établir une entente anticoncurrentielle, d'apporter la preuve que l'accord de volonté des entreprises parties à l'entente porte aussi sur l'obtention d'un effet anticoncurrentiel qu'elles auraient intentionnellement recherché. La démonstration d'un échange volontaire d'informations dans ces circonstances de marché suffit pour qualifier la pratique d'entente » (05-D-17)<sup>30</sup>. Voir aussi sur ce point, rapport annuel 2003 (p. 73-76).*

*« La preuve de l'antériorité de la concertation par rapport au dépôt de l'offre peut être déduite, à défaut de date certaine apposée sur un document, de l'analyse de son contenu et du rapprochement de celui-ci avec des éléments extrinsèques, et notamment avec le résultat des appels d'offres (cour d'appel de Paris, 2 avril 1996, société Pro Gec SA) » (05-D-19)<sup>31</sup>.*

30. Décision réformée sur les sanctions par la CA de Paris, 13 décembre 2005.

31. Ce point a été confirmé par l'arrêt de la CA de Paris du 07/03/2006.

Dans la décision **05-D-38**<sup>32</sup>, le Conseil a sanctionné trois entreprises de transport pour s'être concertées au niveau national en vue de se répartir le marché national du transport public urbain de voyageurs. Avaient été constatées des rencontres bilatérales entre l'entreprise A et l'entreprise B d'une part, et entre l'entreprise A et l'entreprise C d'autre part. Malgré l'absence de rencontres réunissant les trois entreprises, le Conseil a considéré que l'entente tripartite était démontrée dès lors que, dans ces échanges bilatéraux, l'une des entreprises, la plus importante, servait de pivot de fait à l'entente, et constituait l'interface naturelle entre les deux autres pour coordonner leur stratégie d'ensemble.

La décision **05-D-65** relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile a été l'occasion d'un rappel des règles relatives au niveau de preuve requis pour la démonstration d'une entente, tant en droit interne qu'en droit communautaire. Le Conseil a exposé que si la constatation d'un parallélisme de comportement ne suffit pas à elle seule à démontrer l'existence d'une entente anticoncurrentielle – une telle attitude pouvant résulter de décisions prises par des entreprises qui s'adaptent de façon autonome au contexte du marché – l'existence d'une entente peut être établie dès lors que des éléments autres que la constatation du seul parallélisme de comportement s'ajoutent à celui-ci pour constituer avec lui un faisceau d'indices graves, précis et concordants. Ainsi, dans la décision 00-D-28 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du crédit immobilier (confirmée par la CA de Paris dans un arrêt du 27 novembre 2001, approuvé le 23 juin 2004 par la Cour de cassation), il a été retenu que constituait un faisceau d'indices graves, précis et concordants d'une entente entre les principales banques françaises, la réunion de trois éléments : les références écrites ou orales – dans des documents ou des conversations internes aux banques – à l'existence d'un accord national ; la similitude des politiques commerciales des réseaux bancaires en France ; la conjonction de toute une série de comportements trouvant leur explication dans le « pacte de non-agression » conclu entre les banques. Le faisceau varie naturellement en fonction des circonstances propres à chaque affaire, du poids respectif des différents indices qui peuvent se rattacher à des preuves matérielles ou intellectuelles. Comme l'a relevé la Cour de cassation dans son arrêt du 8 décembre 1992 (chambre com., arrêt n° 1894), c'est moins la valeur intrinsèque de chaque indice pris isolément qui est déterminante que la force de conviction que fait naître, à l'issue du débat contradictoire, la réunion de tous les indices.

Pour la jurisprudence communautaire, un tel faisceau d'indices correspond à la notion de pratique concertée, qui a été précisée à de nombreuses reprises par les juridictions européennes, notamment par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'arrêt « John Deere » du 28 mai 1998, ou par le TPICE dans l'arrêt LVM/Commission du 29 avril 1999 (affaire T-305/94 et suivantes) : la pratique concertée vise « *une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre*

32. Décision confirmée par la CA de Paris, 7 février 2006.

elles aux risques de la concurrence (arrêt du 14 juillet 1972, ICI/Commission, précité, point 64). Les critères de coordination et de coopération retenus par la jurisprudence de la Cour, loin d'exiger l'élaboration d'un véritable "plan", doivent être compris à la lumière de la conception inhérente aux dispositions du traité relatives à la concurrence et selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché commun. S'il est exact que cette exigence d'autonomie n'exclut pas le droit des opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents, elle s'oppose cependant rigoureusement à toute prise de contact directe ou indirecte entre de tels opérateurs ayant pour objet ou pour effet soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de, tenir soi-même sur le marché ». Il ressort de cette définition que la qualification de pratique concertée n'est pas limitée aux seuls comportements constatés sur un marché mais peut aussi s'appliquer à une forme de coordination et à des prises de contacts entre les entreprises, supposant en cela un accord de volonté pour mener ensemble une telle concertation.

Les standards de preuve exigés par le droit national et le droit communautaire se rejoignent donc : la pratique concertée, qui est une forme des ententes prohibées par l'article L. 420-1 du Code de commerce, doit être démontrée au moyen d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants.

228

Dans l'affaire de la téléphonie mobile, ces indices ont été recherchés dans trois directions : les documents des entreprises se référant à l'existence d'un accord, l'observation des parts de marché sur la période considérée, la similitude des politiques commerciales menée par les trois opérateurs pendant cette période.

L'examen des documents ou notes manuscrites émanant des entreprises a révélé en particulier l'existence de plusieurs indices faisant tous référence, pour certains de manière particulièrement précise et explicite, à l'existence d'une concertation, et donc d'un accord de volonté, autour d'objectifs discutés en commun de 2000 à 2002. Le Conseil a estimé que la double circonstance qu'il s'agissait de documents unilatéraux évoquant l'accord, et non de documents établis en commun ou échangés entre les opérateurs, et qu'aucun de ces documents n'émanait de la société Bouygues Télécom n'enlevait rien à la valeur d'indice de ces pièces (voir décision précitée 00-D-28, confirmée par la CA de Paris dans un arrêt du 27 novembre 2001). En effet, s'agissant d'une concertation menée au plus haut niveau des entreprises, de la part de dirigeants que l'on peut supposer parfaitement avertis des risques encourus au cas où cette concertation – nécessairement secrète – serait mise à jour, la prudence imposait que « ces prises de contact » selon l'expression du juge communautaire dans l'affaire LVM (TPICE, 29 avril 1999), ne fassent pas l'objet de comptes rendus écrits, de documents formalisés ou d'échanges de lettres, voire de courriers électroniques entre les participants à l'accord. Il résulte d'ailleurs d'une jurisprudence constante que « les sociétés requérantes ne peuvent tirer argument de l'absence de preuves documentaires saisies dans leurs locaux propres, alors qu'un document régulièrement saisi, quel que soit le lieu où il l'a été, est opposable à l'entreprise qui l'a rédigé, à celle qui l'a reçu comme à celles qui y sont



mentionnées, et peut être utilisé comme preuve par le rapprochement avec d'autres indices concordants » (CA de Paris, 26 novembre 2003, société Préfall).

*« Il est de jurisprudence constante, tant en droit national qu'en droit communautaire, que la preuve d'une entente entre entreprises doit reposer sur la constatation directe ou indirecte d'un accord de volonté entre ces opérateurs économiques sur la mise en pratique d'une politique, la recherche d'un objectif ou l'adoption d'un comportement déterminé sur le marché » (05-D-72).*

### Opposabilité de pièces saisies

Un document régulièrement saisi, quel que soit le lieu où il l'a été, est opposable à l'entreprise qui l'a rédigé, à celle qui l'a reçu et à celles qui y sont mentionnées et peut être utilisé comme preuve, par le rapprochement avec d'autres indices concordants, d'une concertation ou d'un échange d'informations entre entreprises (CA de Paris, 18 décembre 2001 SA Bajus Transport et 26 novembre 2003, société Préfall / Cour de cassation, 12 janvier 1993 société SOGEA) (05-D-19)<sup>33</sup>.

Dans la décision **05-D-51**, le Conseil a admis le caractère probant d'une télécopie anonyme saisie dans les locaux d'une des entreprises : la cour d'appel de Paris a jugé en effet, dans un arrêt du 19 janvier 1999 (Gerland Routes), *« peu important, s'agissant de prouver un fait et non un acte juridique, que les noms des salariés des entreprises ayant expédié et réceptionné les télécopies n'aient pas été identifiés avec certitude, dès lors que l'identité des sociétés émettrice et réceptrice n'est pas contestable ».*

Dans la même décision, le Conseil a estimé que : *« Si la date de la communication [...] du document daté du 31 janvier 1995 [...] ne peut être déterminée avec certitude, ce document peut être utilisé, par le rapprochement avec les autres indices, comme élément de preuve de la concertation et de l'échange d'informations entre les entreprises [...] ».*

### Admission aux débats d'une pièce nouvelle

Dans la décision **05-D-64**, le Conseil a admis aux débats une pièce nouvelle fournie par une des sociétés mises en cause, qui n'avait donc pas été soumise préalablement à la contradiction, mais qui se bornait à reprendre des informations de prix déjà versées au dossier, et dont les erreurs matérielles avaient pu être rectifiées en séance.

## Imputabilité des pratiques

### Modification de la structure, de la situation juridique ou de l'activité de l'entreprise auteur des pratiques

La décision **05-D-47** a été l'occasion pour le Conseil de rappeler les principes régissant l'imputabilité des pratiques en cas de modification de la structure,

33. Ce point a été confirmé par l'arrêt de la CA de Paris du 07/03/2006.

de la situation juridique ou de l'activité d'une entreprise, entre la commission des pratiques et leur sanction. Le principe fondamental est de faire peser la sanction du comportement infractionnel sur la personne morale responsable de ce comportement. En conséquence, tant que la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise ayant mis en œuvre les pratiques subsiste juridiquement, c'est elle qui doit assumer la responsabilité de ces pratiques, même si les éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction ont été cédés à une tierce personne. Lorsque la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise a juridiquement disparu, les pratiques doivent être imputées à la personne morale à laquelle l'entreprise a juridiquement été transmise, c'est-à-dire à la personne morale qui a reçu les droits et obligations de la personne auteur des pratiques (il peut s'agir, par exemple, de la société qui a absorbé la société auteur des pratiques, à la suite d'une fusion entre l'auteur des pratiques et une autre entité). À défaut d'une transmission juridiquement opérée, les pratiques sont imputées à l'entreprise qui assure, en fait, la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise disparue. En cas de liquidation judiciaire, tant que la personne morale subsiste juridiquement, parce que les opérations de la liquidation ne sont pas terminées, c'est à elle que doivent être imputées les pratiques qui peuvent être relevées à son encontre. Toutefois, pour des raisons d'opportunité, le Conseil considère généralement qu'en cas de mise en liquidation judiciaire, il n'y a pas lieu de prononcer de sanction pécuniaire en raison de l'insolvabilité de l'entreprise en cause. Si les opérations de liquidation sociale sont terminées et que la personne morale a disparu, les griefs ne peuvent être imputés au cessionnaire eu égard aux dispositions de l'article L. 621-63, alinéa 3, du Code de commerce.

Ces principes ont été mis en œuvre dans plusieurs décisions en 2005.

### *Cession de l'activité à l'origine des pratiques*

La personne morale dont les moyens humains et matériels ont concouru à la mise en œuvre des pratiques encourt les sanctions tant qu'elle conserve la personnalité juridique, même si ces moyens ont été cédés à une autre société. Quand l'entreprise, auteur des pratiques, a disparu en tant que personne juridique, la personne morale qui a acquis les moyens matériels et humains ayant servi à la commission des faits doit répondre des pratiques reprochées **(05-D-03)**.

Malgré l'apport, avec effet rétroactif à une date antérieure aux faits, de sa branche d'activité à l'origine des pratiques incriminées, une société peut voir des poursuites valablement exercées contre elle tant qu'elle conserve la personnalité juridique **(05-D-19)** <sup>34</sup>.

Voir aussi **05-D-67**.

<sup>34</sup>. Voir également l'arrêt de la CA de Paris du 07/03/2006.

### Transformation de l'entreprise

L'entreprise qui a absorbé la société ayant mis en œuvre les pratiques doit répondre des pratiques et supporter la sanction pécuniaire (**05-D-17**<sup>35</sup>, **05-D-47**, **05-D-69**).

Si les sanctions pécuniaires infligées par le Conseil de la concurrence ont le caractère d'une punition prononcée par une autorité administrative et si, en vertu d'une règle fondamentale du droit pénal, la responsabilité pénale ne survit pas à l'auteur de l'infraction, le Conseil ne méconnaît pas ce principe en imputant la responsabilité des pratiques anticoncurrentielles à la personne morale absorbante qui assure la continuité économique et fonctionnelle de la société qui a fait l'objet de l'absorption (CA de Paris, 27 novembre 2001, Caisse nationale du Crédit Agricole) (**05-D-19**)<sup>36</sup>.

Ainsi, dans la décision **05-D-45**, le Conseil a rejeté l'argumentation de la société absorbante qui contestait la jurisprudence aboutissant à lui imputer les pratiques de la société qu'elle avait absorbée en invoquant le caractère délictuel et quasi-pénal des infractions reprochées et du principe général du droit pénal de la responsabilité personnelle et individuelle, consacré par l'article L. 121-1 du Code pénal.

Voir aussi les décisions **05-D-19**<sup>37</sup> et **05-D-26** pour les solutions apportées à différents cas de changements survenus dans la situation juridique des entreprises auteurs des pratiques : fusion-absorption, dissolution suivie de transmission universelle du patrimoine.

Voir aussi la décision **05-D-24** pour la mise hors de cause d'une entreprise à laquelle des griefs avaient été irrégulièrement notifiés à l'occasion de la réorganisation du groupe.

Une société ne peut chercher à s'exonérer en faisant valoir que depuis la mise en œuvre des pratiques, elle a changé de gérant, le nouveau n'étant en rien impliqué dans des faits. Les modifications dans l'organisation et les changements de personnes qui ont pu affecter l'entreprise auteur des pratiques n'ont en effet pas d'incidence sur l'imputabilité de ces dernières. Un changement de gérant, n'est pas de nature à affecter la personnalité juridique de l'entreprise (98-D-23 ; **05-D-51**).

Voir aussi **05-D-51** et **05-D-69**.

### Procédure collective

En cas de jugement ordonnant la liquidation judiciaire, l'article 1844-7-7° du Code civil dispose que la société « prend fin ». Les alinéas 1<sup>er</sup> et 3 de l'article 1844-8 du même code prévoient respectivement que « la dissolution de la société entraîne sa liquidation [...] » et que la personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de sa liquidation jusqu'à la publication de la clôture de celle-ci. C'est donc à la société que, jusqu'à cette date, doivent être

35. Décision réformée sur les sanctions par la CA de Paris, 13 décembre 2005.

36. Voir également l'arrêt de la CA de Paris du 07/03/2006.

37. Voir également l'arrêt de la CA de Paris du 07/03/2006.

imputées les pratiques. Néanmoins, il n’y a pas lieu de prononcer de sanction pécuniaire à l’encontre de la société qui a fait l’objet d’une liquidation (**05-D-17**<sup>38</sup> et **05-D-47**).

Voir aussi en ce sens **05-D-26**.

Pendant le déroulement de la procédure de redressement judiciaire, si le tribunal de commerce entérine un plan de continuation, c’est la même entreprise qui, poursuivant son activité, doit être tenue pour responsable de la pratique prohibée (**05-D-51**).

### Autonomie des sociétés / Imputabilité entre société mère et filiale

Dans la décision **05-D-26**, le Conseil a considéré qu’il ne pouvait être reproché au rapporteur d’avoir adressé les notifications de griefs à la fois au siège des sociétés et à leurs agences. Il était apparu en effet que les pratiques avaient été mises en œuvre par les agences locales, mais que ces dernières ne disposaient pas d’une autonomie commerciale suffisante pour en assumer la responsabilité. Dès lors, les griefs avaient été justement adressés aux sièges de ces sociétés, les agences n’étant pas poursuivies individuellement.

Dans la décision **05-D-44**, les pratiques d’abus de position dominante du journal *La Provence* sur le marché de la vente publicitaire par voie de la presse quotidienne à Marseille ont été imputées exclusivement à la maison-mère *La Provence* (anciennement *Le Provençal*), la régie Eurosud Publicité, également poursuivie mais qui avait agi au nom et pour le compte des sociétés éditrices, a été mise hors de cause.

Le Conseil a rappelé dans la décision **05-D-69** qu’il est de jurisprudence constante que les pratiques mises en œuvre par une société filiale lui sont imputables si celle-ci est en mesure de définir sa propre stratégie commerciale, financière et technique, et de s’affranchir du contrôle hiérarchique du siège de la société dont elle dépend (rapport du Conseil pour l’année 2003, page 225). Le Conseil a déjà reconnu l’autonomie d’une filiale par rapport à sa maison mère même lorsque la filiale demeure partiellement tributaire de sa maison mère pour l’exercice de son activité (04-D-44). En l’espèce, les éléments du dossier ne suffisaient pas à conclure à l’absence d’indépendance de la filiale à l’égard de sa maison mère : si les deux sociétés avaient l’une et l’autre participé à l’entente et étaient considérées par les autres parties à l’entente comme agissant de concert, elles n’en avaient pas moins conservé dans leurs rapports réciproques une autonomie de comportement dans la limite compatible avec les contraintes suscitées par la mise en œuvre de l’entente, contraintes que toutes les parties à l’entente avaient également subies. C’est donc à la filiale, et non à sa société mère, que les pratiques mises en œuvre par la filiale ont été imputées. La restructuration du groupe concerné témoignait également de l’autonomie de la filiale qui avait conservé son immatriculation au registre du commerce et des sociétés.

38. Décision réformée sur les sanctions par la CA de Paris, 13 décembre 2005.

Il résulte d'une jurisprudence constante que les pratiques enfreignant les dispositions des articles L. 420-1, 2 et 5 du Code de commerce et 81 et 82 du traité de l'Union, ne peuvent être imputées qu'aux entreprises pouvant être considérées comme les auteurs de ces pratiques, c'est-à-dire disposant d'une autonomie suffisante, en particulier dans les domaines de compétence concernés par les pratiques (cf. notamment 98-D-52 et 04-D-32). S'agissant de centrales d'achat communes à plusieurs distributeurs, les autorités chargées du contrôle des concentrations ont déjà été amenées à juger qu'une entreprise commune qui a pour seuls clients ou pour seuls fournisseurs ses entreprises fondatrices n'est pas suffisamment autonome pour relever du contrôle des concentrations<sup>39</sup>. Ayant rappelé ces principes, le Conseil, dans la décision **05-D-70**, a considéré que les centrales d'achat concernées ne disposaient pas d'une autonomie suffisante vis-à-vis des distributeurs qui les avaient créées, et qu'en tout état de cause, la pratique reprochée de fixation des prix de détail des vidéocassettes dans les lieux de vente, ne relevait pas de leur compétence.

### **La règle *non bis in idem* et le prononcé de sanctions dans des procédures connexes**

Dans la décision **05-D-59** relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom dans le secteur de l'internet haut débit, le Conseil a écarté la thèse selon laquelle la règle *non bis in idem* lui interdisait de sanctionner des faits qui auraient été déjà sanctionnés par la décision 04-D-18, sanction aggravée par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 11 janvier 2005. Le principe *non bis in idem* interdit de punir deux fois les mêmes faits. Or, en l'espèce, les pratiques reprochées étaient différentes de celles sanctionnées dans la décision 04-D-18. Il s'agissait de pratiques anticoncurrentielles, dont la sanction était régie pas les dispositions de l'article L. 464-2 du Code de commerce, ayant consisté en une préemption par France Télécom du marché de gros de l'ADSL entre novembre 1999 et septembre 2002 au préjudice notamment de la société Neuf Télécom. Les faits ayant donné lieu à la décision 04-D-18 et à l'arrêt de la cour d'appel concernaient, quant à eux, l'inexécution par le même opérateur d'injonctions prononcées dans une décision de mesures conservatoires 00-MC-01, comportement réprimé par les dispositions de l'article L. 464-3 du Code de commerce. L'élément punissable n'était donc pas le même : l'infraction aux règles de concurrence dans le premier cas, le refus de respecter une injonction du Conseil dans le second. La gravité de ces pratiques ne pouvait d'ailleurs être appréciée de la même façon : en fonction de la nature, de la durée et des effets de l'abus de position dominante dans le premier cas ; de manière plus forfaitaire dans le second car, comme l'a jugé la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 11 janvier 2005, le fait de ne pas respecter une injonction claire et dépourvue d'ambiguïté du Conseil de la concurrence revêt, « *en soi* », un caractère de « *gravité*

<sup>39</sup>. Le ministre, dans une décision du 11 août 1999, confirmée par le Conseil d'État dans une décision du 31 mai 2000, a estimé que la création de la centrale d'achat Opéra, qui avait pour objet social la négociation des conditions d'achat avec les producteurs, n'était pas une opération de concentration.

*exceptionnelle* ». Le fait que la cour d'appel, pour respecter les critères de détermination de la sanction fixés par l'article L. 464-2 du Code de commerce auxquels renvoie l'article L. 464-3, ait tenu compte de « *l'importance du dommage causé à l'économie* » par le refus de respecter les injonctions, dommage qui se confondait en partie avec celui né des pratiques en cause dans la seconde affaire, n'interdisait pas au Conseil de prononcer une sanction pour réprimer ces dernières pratiques. La mission du Conseil ne consiste pas, à la différence du juge civil, à réparer un préjudice causé de manière directe et certaine par un comportement mais à réprimer un comportement anti-concurrentiel, en fixant le montant de la sanction pécuniaire à un niveau qui, pour être dissuasif, doit être établi en proportion avec le dommage causé à l'économie, c'est-à-dire avec la perte de surplus économique subi par les entreprises concurrentes, les entreprises clientes et, *in fine*, les consommateurs finals, du fait du fonctionnement moins concurrentiel du marché en cause. Aucun obstacle juridique ne s'oppose donc à ce que deux sanctions successives, infligées à raison de pratiques différentes, prennent en compte, pour calculer leur montant, un critère partiellement commun.

## Mesures de publication, de diffusion et d'affichage des décisions

Aux termes de l'article L. 464-3 du Code de commerce, « *si les mesures, injonctions ou engagements prévus aux articles L. 464-1 et L. 464-2 ne sont pas respectés, le Conseil peut prononcer une sanction pécuniaire dans les limites fixées à l'article L. 464-2* ». L'article L. 464-2 prévoit quant à lui, dans son I, dernier alinéa : « *Le Conseil de la concurrence peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'il précise [...]*. » Sur le fondement de ces dispositions, le Conseil a décidé d'ordonner, dans sa décision **05-D-36**<sup>40</sup>, après avoir constaté le non-respect par les sociétés du groupe Decaux de certaines injonctions prononcées dans la décision 98-D-52 l'obligeant à modifier certaines de ses dispositions contractuelles, outre la mesure classique de publication de la décision dans un organe de presse (en l'espèce, la Gazette des communes, des départements et des régions), l'envoi par le groupe Decaux à chaque collectivité publique avec laquelle il était en relation contractuelle, d'une lettre d'information comportant une partie du dispositif de la décision. Le Conseil a estimé en effet que les mesures de diffusion et de publication constituent des modalités par lesquelles il peut assurer la publicité de ses décisions, conformément aux dispositions de l'article L. 464-2-I, lesquelles, étant de portée générale, s'appliquent également aux décisions de non-respect d'injonctions prises sur le fondement de l'article L. 464-3.

Toutefois, la cour d'appel de Paris, par une ordonnance rendue le 6 septembre 2005 par le magistrat délégué par le Premier Président de la cour d'appel de Paris pour exercer les attributions résultant de l'article 8 du décret du 19 octobre 1987, a fait droit partiellement à la demande de sursis à exécution portant sur cette mesure, présentée par la société Decaux sur le fondement de l'article L. 464-8, alinéa 3 du Code de commerce. La cour a estimé

40. Voir également l'arrêt de la CA de Paris du 21/02/2006.

que l'injonction relative à la diffusion de la lettre aux collectivités territoriales était de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives, en ce qu'elle porterait une atteinte sérieuse à l'image du groupe et risquerait de compromettre ses activités de manière irréversible, dans un contexte concurrentiel très tendu, en le privant de la conclusion de contrats de longue durée. La cour a estimé qu'« aucune circonstance [n'imposait] que cette injonction soit exécutée avant que la décision statuant sur le bien-fondé du recours ne soit rendue ». En revanche, la demande de sursis en ce qu'elle portait sur la publication dans *La Gazette des communes, des départements et des régions* a été rejetée. Voir *infra* Jurisprudence de la cour d'appel de Paris – *Sur la mesure de publication*.

## ■ Les marchés pertinents

La délimitation du marché pertinent est 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 œuvre. 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.

Le Conseil a donné dans ses rapports précédents la définition suivante du marché pertinent : « *Le marché, au sens où l'entend le droit de la concurrence, est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. En théorie, sur un marché, les unités offertes sont parfaitement substituables pour les consommateurs qui peuvent ainsi arbitrer entre les offreurs lorsqu'il y en a plusieurs, ce qui implique que chaque offreur est soumis à la concurrence par les prix des autres. À l'inverse, un offreur sur un marché n'est pas directement contraint par les stratégies de prix des offreurs sur des marchés différents, parce que ces derniers commercialisent des produits ou des services qui ne répondent pas à la même demande et qui ne constituent donc pas, pour les consommateurs, des produits substituables. Une substituabilité parfaite entre produits ou services s'observant rarement, le Conseil regarde comme substituables et comme se trouvant sur un même marché les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les considèrent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande.* » Cette définition a été rappelée en partie dans une affaire relative au secteur de la télévision à péage (**05-D-13**). Le Conseil a par ailleurs observé, dans une affaire relative au secteur de l'eau potable en Île-de-France, qu'il existe un marché dès que se révèlent et se confrontent une offre et une demande (**05-D-58**).

La délimitation du marché pertinent doit procéder de l'examen des caractéristiques objectives du produit en cause mais aussi des conditions de concurrence et de structure de la demande et de l'offre.

Cette définition peut varier au fil du temps, à mesure que les caractéristiques des produits et des services évoluent et que les possibilités de substitution, du côté de la demande ou de l'offre, se modifient. Dès lors, le Conseil doit

apprécier le marché dans sa situation contemporaine des pratiques (**05-D-13**, **05-D-42**, **05-D-59**).

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

S'agissant de la détermination du marché pertinent dans le cadre du contrôle des concentrations, le lecteur est invité à se reporter aux développements consacrés à cette notion au chapitre relatif aux concentrations *infra*.

## Le marché pertinent de produit ou de service

Comme il apparaît dans la définition du marché pertinent donnée ci-dessus, la substituabilité entre différents biens ou services du point de vue de la demande constitue pour le Conseil le critère déterminant pour la délimitation du marché pertinent. La plupart du temps, faute d'éléments quantitatifs permettant de mesurer directement cette substituabilité, il l'apprécie de façon qualitative en prenant en compte un faisceau d'indices convergents, et non un seul élément.

### La substituabilité du point de vue des demandeurs

Dans une affaire relative au secteur de la télévision à péage, le Conseil a rappelé que se situent sur un même marché les produits et services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les regardent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande (**05-D-13**).

#### *L'identité des demandeurs*

Les marchés peuvent faire l'objet d'une distinction en fonction de la nature de la demande, soit selon le stade du processus de commercialisation auquel elle se situe (producteurs, grossistes, distributeurs, utilisateurs finaux), soit à un même stade de commercialisation. Le comportement des demandeurs, et donc le pouvoir de marché de l'entreprise, peut en effet différer d'un groupe de demandeurs à l'autre.

Dans une affaire relative au secteur de l'eau potable en Île-de-France, le Conseil a rappelé l'existence d'un marché de la délégation de service public de la distribution d'eau, sur lequel se rencontrent la demande des communes ou collectivités délégantes et l'offre des entreprises de distribution d'eau. Il a cependant observé que, lorsque le délégant ne possède qu'une fraction de la chaîne des installations mises en œuvre pour alimenter en eau le consommateur final, il convient de distinguer deux marchés, dont le marché amont (fourniture d'eau en gros). Sur ce marché amont, les demandeurs sont dans le cas le plus général les concurrents délégataires qui se portent demandeurs afin de pouvoir présenter une offre sur le marché aval soumis à délégation (**05-D-58**).

L'existence de groupes distincts de demandeurs est un indice utile dans la délimitation d'un marché pertinent. Le Conseil a ainsi distingué, dans une affaire relative à la distribution d'électricité, le marché de la distribution



d'électricité (dans le département du Bas-Rhin) à des consommateurs non éligibles, c'est-à-dire à des particuliers et des petites entreprises, sur lequel la société Électricité de Strasbourg jouit d'un monopole légal, et le marché des consommateurs éligibles, qui ont le choix de leur fournisseur **(05-D-15)**.

Malgré une certaine porosité, le Conseil a distingué, parmi les marchés de l'eau de javel, un marché à destination finale des collectivités (*via* des grossistes) et un marché à destination finale du grand public (*via* des grandes surfaces). Dans cette affaire, et bien qu'il ait relevé certains points communs, le Conseil s'est appuyé sur les différences existant entre les deux circuits, qu'il s'agisse des acteurs, des produits ou de la commercialisation **(05-D-03)**.

Le Conseil a confirmé son analyse du comportement de la demande et de ses besoins dans les affaires relatives au secteur des pompes funèbres. Ainsi, compte tenu du comportement des familles et des conditions dans lesquelles les entreprises répondent à leur demande, les prestations de services extérieurs, de services intérieurs et de prestations libres sont indissociables et forment un marché unique des prestations de pompes funèbres **(05-D-39)**.

Dans le cas de pratiques d'ententes relevées dans le cadre de réponses à des appels d'offres, chaque consultation est considérée comme un marché en soi, la demande étant circonscrite dans chacun des cahiers des charges **(05-D-17 ; 05-D-26 ; 05-D-45 ; 05-D-51 ; 05-D-61 ; 05-D-67)**. Mais le Conseil a rappelé que, si plusieurs marchés publics constituent des marchés pertinents différents, une entente organisée à un échelon plus vaste que chacun des marchés considérés peut être sanctionnée si elle conduit les entreprises qui y sont présentes à s'en repartir illicitement les parts **(05-D-19)**. Des ententes ont été appréciées au niveau d'un marché global composé de plusieurs appels d'offres, lots ou sous-marchés **(05-D-47 ; 05-D-69)** ou d'un marché national composé de plusieurs marchés locaux **(05-D-38)**.

Enfin, dans une affaire relative au secteur du routage, le Conseil a considéré, étant donné les contraintes imposées par La Poste (notamment l'obligation de déposer les envois au centre de tri correspondant à l'adresse de la machine à affranchir) et la capacité de traitement des routeurs, qu'il existait un sous-marché du routage local répondant à une demande locale, servie par des routeurs locaux, peu mécanisés et travaillant de manière « *artisanale* » et un sous-marché du routage national, répondant à une demande émanant de grands comptes, servie par des routeurs fortement mécanisés et à même de proposer toute une gamme de services **(05-D-63)**.

### **Les préférences des demandeurs**

Le comportement des demandeurs peut ne pas s'expliquer par des considérations objectives, mais être simplement constaté et relever de considérations plus subjectives. Ce type d'indice n'a pas été retenu par le Conseil en 2005.

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

Les demandeurs peuvent considérer que différents biens ou services sont ou ne sont pas substituables entre eux, notamment en fonction de la nature ou des caractéristiques des biens et services concernés.

Ainsi, dans une affaire relative à des prestations de services de manutention et de stockage de produits forestiers sur le port de commerce de La Rochelle, le Conseil a considéré comme spécifiques les services de manutention de pâte à papier, produit fragile dont le déchargement nécessite un savoir-faire particulier **(05-D-28)**.

De même, dans une affaire relative au secteur de la bière, le Conseil a confirmé que la bière se distinguait des autres boissons en raison, notamment, de ses propriétés alcooliques, de son goût et de son prix **(05-D-50)**. Dans une affaire relative au secteur des images satellitaires, le Conseil a souligné que les photographies de la terre prises par des satellites présentaient des caractéristiques uniques et ne sont substituables à aucun autre produit **(05-D-54)**. Enfin, dans une affaire relative au secteur des vidéocassettes préenregistrées, le Conseil s'est appuyé sur les spécificités dans le mode de création et le contenu des œuvres à destination des enfants pour distinguer celles-ci des autres vidéocassettes **(05-D-70)**.

Le Conseil a par ailleurs confirmé, dans une affaire relative au secteur des espaces publicitaires du réseau des transports en commun urbains, que les espaces publicitaires offerts par les différents médias constituent des marchés distincts du point de vue des annonceurs, notamment parce qu'ils présentent des spécificités techniques qui permettent de décliner différents modes de perception et de mémorisation des messages, visuels et/ ou auditifs. Il a, à cet égard, précisé que les divers types de supports de la publicité extérieure sont considérés comme substituables **(05-D-53)**.

Dans une affaire relative à la presse, le Conseil a rappelé la distinction entre la presse quotidienne nationale, la presse quotidienne régionale, la presse quotidienne locale, la presse magazine, la presse spécialisée et la presse gratuite, chacune constituant un service spécifique d'information, en raison de sa nature, de ses caractéristiques et des informations qu'elle contient **(05-D-44)**.

Le Conseil a confirmé que, pour délimiter les marchés dans le secteur du transport maritime ou aérien, chaque combinaison point d'origine/point de destination doit être considérée comme un marché séparé du point de vue du client, les points d'origine pouvant, notamment en raison de leur proximité géographique, être appréciés comme faisant partie du même marché **(05-D-60)**.

Dans une affaire relative au secteur de la distribution de croquettes pour chien, le Conseil a relevé des différences entre les produits, les gammes et les marques de croquettes commercialisées selon qu'il s'agisse du circuit de distribution en grandes surfaces ou du circuit de distribution en magasins spécialisés et a dès lors considéré qu'il existait un marché pertinent par circuit **(05-D-32)**.

Enfin, dans une affaire relative au marché des palaces parisiens, le Conseil s'est appuyé sur le cumul d'un ensemble de critères pertinents qui, pris séparément, ne suffisent pas à distinguer les palaces des autres hôtels de luxe : une adresse prestigieuse, un personnel nombreux dédié au service de la clientèle, un ensemble de services annexes de luxe, un restaurant de prestige, une proportion de suites élevée, dont certaines très prestigieuses par leur taille, leur décoration ou leur histoire **(05-D-64)**.

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

Ces éléments sont souvent essentiels aux yeux des demandeurs. Des produits différenciés, mais ayant la même fonction ou destinés à la même utilisation, peuvent être considérés comme substituables du point de vue de la demande. À l'inverse, des produits similaires, mais n'ayant pas le même usage, n'appartiennent pas au même marché.

Le Conseil a ainsi confirmé que le marché pertinent est distinct selon que la bière est consommée hors domicile – dans les cafés, hôtels et restaurants – ou à domicile (marché alimentaire), après achat dans le commerce de détail **(05-D-50)**. Il a également confirmé l'existence de marchés différents s'agissant du lectorat, de la publicité et des petites annonces **(05-D-44)**. De même, dans une affaire relative à la distribution de la presse, il a rappelé que la vente au numéro forme un marché distinct de la vente par abonnements **(05-D-01)**.

Définissant le marché pertinent dans sa situation contemporaine des pratiques, le Conseil a rappelé, dans une affaire relative au secteur de la télévision à péage, la position exprimée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 15 juin 1999, selon laquelle il n'y a pas lieu de distinguer entre les différentes technologies de transmission des programmes de télévision à péage : celles-ci ne constituent pas un critère de segmentation pertinent du marché concerné dans la mesure où les produits offerts présentent toujours une même finalité et une similarité importante dans le contenu des programmes offerts **(05-D-13)**.

Dans une affaire relative au secteur des services télématiques, le Conseil a confirmé que, pour les fournisseurs de service, les recours au Minitel et à internet ne permettaient pas d'atteindre la même clientèle, ni de lui offrir des conditions de paiement comparables et que ces deux choix n'étaient donc pas substituables **(05-D-42)**.

Le Conseil a enfin considéré, dans une affaire relative au secteur des soins prothétiques, qu'un nettoyage ponctuel des prothèses amovibles effectué par un prothésiste dentaire, employant des techniques spécifiques telles que les ultrasons, n'était pas substituable mais complémentaire d'un nettoyage quotidien effectué par le porteur, un proche ou un membre du personnel d'une maison de retraite à l'aide d'une brosse et de dentifrice ou d'un comprimé effervescent et se distinguait également des autres prestations offertes par les prothésistes dentaires, par sa finalité, qui est celle du nettoyage, et par sa faible technicité **(05-D-43)**.

### *Les différences de prix*

Un écart de prix substantiel durable entre différents produits peut être un indice de non-substituabilité entre ces derniers et donc de non appartenance au même marché.

Dans une affaire relative au marché des palaces parisiens, le Conseil s'est notamment appuyé, pour distinguer les palaces des autres hôtels de luxe, sur l'existence d'écarts significatifs sur les prix minimaux, les prix maximaux et les prix moyens (information utile pour mesurer la capacité de l'établissement à réellement commercialiser son offre aux prix affichés et pour suivre ses performances) **(05-D-64)**.

De même, dans une affaire relative au secteur des croquettes pour chien, le Conseil a pris en compte la persistance d'un différentiel de prix pour distinguer le circuit de distribution en grandes surfaces du circuit de distribution en magasins spécialisés **(05-D-32)**.

Enfin, dans une affaire relative au secteur des télécommunications, le Conseil a confirmé que l'écart de prix était l'un des éléments faisant du marché de la téléphonie mobile un marché pertinent distinct de celui de la téléphonie fixe **(05-D-65)**.

### *L'environnement juridique*

L'existence d'une réglementation spécifique ou d'une norme légale est également susceptible d'influer sur le comportement de la demande.

Ainsi, dans une affaire relative au marché du chou-fleur, le Conseil s'est appuyé sur des règlements communautaires, qui organisent le marché du chou-fleur et définissent les caractéristiques que les produits doivent y avoir **(05-D-10)**.

### *Les caractéristiques de l'offre*

Les caractéristiques de l'offre peuvent influencer sur la substituabilité de l'offre (cf. ci-dessous) mais aussi sur le comportement des demandeurs, et donc sur la substituabilité des produits du point de vue de la demande.

Définissant le marché pertinent dans sa situation contemporaine des pratiques, le Conseil a souligné que le marché de la télévision à péage, financé par le paiement des spectateurs, était distinct du marché de la télévision gratuite commerciale, financé par la vente d'espaces publicitaires aux annonceurs. Il a noté que, dans le premier cas, l'exploitant commercial était un prestataire de services qui recrute des consommateurs et gère des abonnés et, dans le second cas, une régie publicitaire qui observe les audiences et gère ses parts de marché **(05-D-13)**.

Dans une affaire relative au secteur des croquettes pour chien, le Conseil a notamment relevé que la gamme et la présentation des produits, les structures commerciales et logistiques, la politique marketing ainsi que le rôle des revendeurs étaient spécifiques au circuit de la distribution spécialisée et le distinguaient du circuit alimentaire **(05-D-32)**.

### *La substituabilité de l'offre*

Le Conseil s'appuie rarement sur des indices relatifs aux possibilités d'entrée sur le marché, c'est-à-dire à la substituabilité de l'offre, qui confortent l'analyse faite dans un premier temps selon le critère de substituabilité de la demande. Ce type d'indice n'a pas été retenu par le Conseil en 2005 (voir par exemple la décision **05-D-64**).

## **Le marché géographique**

La délimitation d'un marché de produit s'entend sur une zone géographique définie, soit parce que l'analyse faite du comportement de la demande n'est

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

Un marché géographique pertinent comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre de biens et services en cause et sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes. Il ne comprend pas les zones géographiques voisines dès lors que les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable.

### Dimension nationale

La dimension nationale d'un marché peut résulter de l'existence d'une réglementation nationale spécifique. Il en a été ainsi dans une affaire relative au secteur des taximètres **(05-D-48)**. De même, dans une affaire relative au secteur de l'affranchissement postal, le Conseil a considéré que le marché pertinent était de dimension nationale compte tenu de la réglementation applicable, concernant le régime de propriété des machines, le système de paiement, le régime d'agrément des concessionnaires et des machines ainsi que du surcoût engendré par ces spécificités nationales **(05-D-49)**. Enfin, dans une affaire relative au secteur des vidéocassettes préenregistrées, le Conseil a constaté qu'en raison de l'application en France d'un standard SECAM ainsi que de la particularité de la langue, le marché géographique était le marché national **(05-D-70)**.

Il en est de même dans les cas où des entreprises détiennent des monopoles nationaux d'origine légale, au moins sur une partie du marché de produit en cause.

La dimension nationale du marché doit également être retenue lorsque l'offre et la demande se présentent de manière uniforme et continue sur l'ensemble du territoire national. C'est le cas dans une affaire relative au secteur de la croquette pour chien **(05-D-32)**. De la même manière, dans une affaire relative au secteur des espaces publicitaires du réseau des transports en commun urbains, le Conseil a constaté que les demandeurs de services de régie mettaient en concurrence les régies présentes sur l'ensemble du territoire **(05-D-53)**.

Le Conseil a par ailleurs confirmé que les marchés amonts de la bière étaient des marchés nationaux, au regard notamment des préférences et des habitudes des consommateurs, de l'organisation nationale des réseaux de distribution et des différences entre les législations et normes nationales, par exemple en matière de taxation des boissons alcoolisées, de recyclage des emballages, de publicité et de réglementation des débits **(05-D-50)**.

Enfin, le Conseil a confirmé que le marché géographique pertinent dans les affaires relatives au secteur des télécommunications est national **(05-D-59 ; 05-D-65)**.

## Dimension régionale ou locale

### *La zone de chalandise*

La détermination des zones de chalandise est effectuée en fonction de plusieurs critères, dont le temps de déplacement des clients, les voies de communication existantes et la qualité de leur desserte ou encore l'attractivité des points de vente. La distance que sont prêts à parcourir les clients est donc un élément important dans la détermination du marché géographique pertinent.

Ainsi, dans une affaire relative aux marchés de la bière, le Conseil a confirmé que le marché aval de la distribution de la bière, sur lequel opèrent les entrepreneurs grossistes, est de dimension locale, compte tenu des contraintes liées notamment à la livraison des fûts et aux opérations de sanitation des installations de tirage **(05-D-50)**. De même, le Conseil a rappelé qu'en matière de vente de biens de consommation courante, les marchés pertinents sont, d'une part, les marchés locaux de vente au détail de biens de consommation courante, et d'autre part, les marchés nationaux de l'approvisionnement de ces mêmes biens **(05-D-62)**.

Le Conseil a rappelé la jurisprudence communautaire selon laquelle le critère de la définition géographique du marché est celui d'une zone de chalandise correspondant à une heure de transport en voiture et a dès lors observé que le marché de l'exploitation des jeux dans les casinos était de dimension locale **(05-D-20)**.

Dans une affaire relative à des prestations de services de manutention et de stockage de produits forestiers sur le port de commerce de La Rochelle, le Conseil a considéré que la délimitation géographique des marchés est liée aux « *hinterlands* » des ports, qui peuvent être définis comme les zones d'influence économique, structurées et innervées par des axes de desserte terrestre des ports **(05-D-28)**.

Le Conseil a également eu cette année à connaître de la délimitation géographique d'un marché des prestations funéraires. Il a confirmé que, malgré la suppression progressive des restrictions au libre choix des familles, celles-ci, dans la très grande majorité des cas, font appel, pour l'organisation des funérailles, à des entreprises locales dont les bureaux se trouvent à proximité du domicile du défunt, du lieu de déclaration du décès et, surtout, du centre hospitalier général et de sa chambre mortuaire. Il a ainsi défini un marché géographique pertinent s'étendant à l'arrondissement du secteur de Pontarlier **(05-D-39)**.

Dans une affaire relative aux soins prothétiques, le Conseil a estimé que la dimension géographique du marché du nettoyage des prothèses amovibles effectué par un prothésiste dentaire était limitée par les contraintes de déplacement des demandeurs ou des offreurs dans le cas de prestations à domicile **(05-D-43)**.

Enfin, dans une affaire relative au secteur des palaces, le Conseil a considéré que la ville était le niveau pertinent auquel s'exerçait la dimension locale de la concurrence entre établissements. Le premier critère du choix d'un hôtel étant sa localisation, la substituabilité s'exerce en effet, aux yeux des

consommateurs, entre établissements d'une même ville et le Conseil a défini un marché géographique parisien **(05-D-64)**.

### **Les particularités de la zone géographique**

Les particularités d'une zone géographique donnée peuvent également amener à dégager un marché géographique pertinent distinct.

C'est par exemple le cas s'agissant des spécificités des marchés dans les départements et territoires d'outre-mer. Ainsi, dans une affaire relative à la publicité dans les annuaires de France Télécom, le Conseil a relevé que les caractéristiques économiques existant dans les DOM et les contraintes liées à l'éloignement géographique et aux particularités socio-économiques de ce département (moindre solvabilité, nombre plus important de défaillances d'entreprises), rendaient nécessaires des conditions de commercialisation spécifiques. Il a par conséquent distingué le marché pertinent des DOM de celui du territoire métropolitain **(05-D-73)**.

Par ailleurs, dans une affaire relative au secteur des foires d'antiquité et de brocante, le Conseil a rappelé qu'un salon ou une foire à caractère commercial constituait un marché en soi en ce qu'il s'agit d'un lieu spécifique et géographiquement limité où se rencontrent l'offre et la demande **(05-D-14)**.

Dans une affaire relative au secteur de l'eau potable en Île-de-France, le Conseil a, d'une part, examiné un marché géographique de l'eau déterminé par l'existence d'un réseau d'approvisionnement privé appartenant à la Lyonnaise des Eaux et desservant 55 communes. D'autre part, il a estimé – après avoir rappelé qu'il existe un marché dès que se révèlent et se confrontent une offre et une demande – qu'il y avait lieu de considérer un marché très local, ponctuel et révélé par les faits, de la fourniture d'eau de la Semmaris **(05-D-58)**.

La particularité de la zone géographique peut également être déduite de la délimitation régionale précise des cibles que visent des annonceurs. Ainsi, dans une affaire relative au secteur de la presse, le Conseil a considéré que pouvaient être distingués sur les marchés distincts du lectorat, de la publicité et des petites annonces, des marchés géographiques régionaux et départementaux, les titres de la presse nationale n'étant pas substituables à la presse quotidienne régionale (et départementale) pour les annonceurs qui souhaitent faire de la publicité sur la région de Marseille **(05-D-44)**.

Enfin, et de la même manière que pour les monopoles nationaux, l'existence d'un monopole légal géographiquement plus délimité permet de définir un marché d'une dimension plus réduite. Dans une affaire relative à la distribution d'électricité, le Conseil a ainsi relevé que la société Électricité de Strasbourg bénéficiait d'un monopole légal pour la fourniture d'électricité dans le Bas-Rhin **(05-D-15)**.

### **Dimension européenne ou mondiale**

Le marché pertinent peut également dépasser les frontières nationales. Ainsi, dans une affaire relative au secteur du chou-fleur, le Conseil a observé qu'en application des normes européennes, tout chou-fleur entrant, sortant

et circulant dans l'espace communautaire répond aux mêmes caractéristiques. Dès lors, il a estimé qu'un chou-fleur breton est strictement substituable à un chou-fleur produit dans un autre pays de l'Union européenne et que le marché du chou-fleur, au stade du commerce en gros, est par conséquent de dimension européenne **(05-D-10)**.

Dans une affaire relative au secteur des données satellites, le Conseil a repris et étoffé l'analyse de la Commission européenne. Il a estimé que le marché de l'observation par satellite avait une dimension mondiale, eu égard à la portée géographique des instruments concernés, aux politiques commerciales des différents fournisseurs d'images, à l'offre diversifiée des sociétés de distribution d'images, aux niveaux de prix comparables, à la bonne connaissance par les demandeurs des différentes offres et à l'absence d'obstacles pour eux de s'adresser à un opérateur étranger **(05-D-54)**.

## ■ Les ententes illicites

### La forme des ententes prohibées

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 horizontales

Les ententes horizontales, qui sont nouées entre des entreprises situées au même niveau de la chaîne commerciale, 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 2005, le Conseil a été conduit à se prononcer sur la plupart de ces cas de figure.

Les articles L. 464-6-1 et L. 464-6-2 du Code de commerce, dans la rédaction issue de l'article 24 de l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 portant



simplification du droit et des formalités pour les entreprises, permettent au Conseil d'exonérer des accords ou pratiques horizontales, quand « *la part de marché cumulée détenue par les entreprises ou organismes parties à l'accord ou à la pratique en cause ne dépasse pas [...] 10 % sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'un accord entre les entreprises ou organismes qui sont des concurrents, existants ou potentiels, sur l'un des marchés en cause [...]* ». Il faut par ailleurs que ces pratiques ne visent pas des contrats passés en application du Code des marchés publics et ne comportent pas de restrictions caractérisées de concurrence, identiques à celles énumérées au considérant 11 de la communication relative aux accords d'importance mineure de la Commission européenne, en date du 22 décembre 2001, 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. En 2005, le Conseil a fait application de l'article L. 464-6-1 du Code de commerce à une entente horizontale dans une décision **05-D-11**.

### Les groupements d'entreprises

Le Conseil de la concurrence a rappelé que la constitution par des entreprises indépendantes et concurrentes, de groupements, en vue de répondre à un appel d'offres, n'est pas illicite en soi. De tels groupements peuvent avoir un effet proconcurrentiel s'ils permettent à des entreprises, ainsi regroupées, de concourir, alors qu'elles n'auraient pas été en état de le faire isolément, ou de concourir sur la base d'une offre plus compétitive. Ils peuvent, à l'inverse, avoir un effet anticoncurrentiel s'ils provoquent une diminution artificielle du nombre des entreprises candidates ou dissimulent une entente de prix ou de répartition des marchés. Si l'absence de nécessités techniques et économiques de nature à justifier ces groupements peut faire présumer leur caractère anticoncurrentiel, elle ne suffit pas à apporter la preuve d'un tel caractère (**05-D-24, 05-D-26**).

La cour d'appel de Paris a précisé dans un arrêt du 18 février 2003 (Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la région de Dunkerque) que la formule du groupement pouvait aider une entreprise à acquérir une compétence lui faisant défaut, lui assurer de meilleures chances de succès, lui permettre de répartir la charge de travail afin de gagner en souplesse ou encore de réaliser des travaux qu'il lui aurait été difficile de réaliser seule compte tenu de leur importance.

Dans la décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés publics d'aménagement routier dans le département de la Somme (**05-D-24**), le Conseil a estimé que la succession des appels d'offres étudiés ne permettait pas de démontrer la réponse systématique des entreprises en groupements, et que la taille variable des entreprises les composant (certaines entreprises étant des PME), la simultanéité des chantiers et la rapidité d'exécution imposée par le maître d'ouvrage pouvaient expliquer la soumission en groupements des entreprises impliquées dans la procédure. Il a relevé que « *cette situation est de nature à engendrer des difficultés organisationnelles majeures en termes d'approvisionnement et de mobilisation de moyens humains et matériels qu'une candidature en groupement permet de*

*répartir entre les différents partenaires tout en assurant une meilleure maîtrise des autres activités en cours ou programmées ».*

Il a ajouté que « *la complémentarité technique entre les membres d'un groupement peut tout autant recouvrir l'addition de spécialités différentes, de procédés techniques exclusifs, de facilités d'approvisionnement en matériaux que la simple disponibilité de matériels ou de personnels. L'existence supposée ou avérée de moyens matériels et humains au sein d'une entreprise ne permet pas de préjuger des capacités de mobilisation rapide, voire simultanée, sur un territoire géographique aussi étendu qu'un département dans le cadre d'un processus de réalisation technique de travaux offrant peu de souplesse. Une soumission en partenariat permet d'accroître les marges de manœuvre en termes de moyens mobilisables et de limiter les surcoûts propres à des opérations de location de matériels ou de recours à du personnel intérimaire auquel les entreprises sont parfois contraintes de recourir, hors toute constitution de groupement [...]* ». Dans la même décision, le Conseil a souligné que le recours, inexplicable techniquement, à des sous-traitants pour l'exécution de marchés obtenus en groupement, ne constituait pas un indice suffisant pour démontrer le caractère anticoncurrentiel des groupements.

Dans une décision **05-D-74**, le Conseil a, de même, écarté la qualification d'entente à la constitution de groupements, justifiée par les circonstances qu'aucune des entreprises composant le groupement ne fournissait à elle seule les catégories de granulats prévues dans l'appel d'offres et que le marché revêtait la forme d'un marché à bons de commande et présentait donc une forte variabilité des quantités demandées.

Il convient de noter que le Conseil a, à plusieurs reprises, rappelé la vigilance nécessaire des maîtres d'ouvrage (**décisions 05-D-26 et 05-D-70**), ces derniers ayant toujours la faculté de refuser l'offre d'un groupement sur le seul soupçon que son objet serait anticoncurrentiel et ayant « *toujours la possibilité de diviser le marché offert et de fixer le règlement des appels d'offres en constituant des lots tels que le plus grand nombre d'entreprises puissent individuellement y concourir, et en se ménageant la possibilité de refuser a priori, selon des critères dont ils sont juges, que les entreprises se groupent* ».

Dans la décision **05-D-69**, le Conseil a retenu les pratiques de réponses en groupements non justifiées économiquement, comme un des éléments constitutifs d'une infraction générale de répartition des marchés d'épandage d'enrobés bitumineux en Seine-Maritime. Le respect de la clé de répartition des tonnages convenue entre les membres de l'entente nécessitait notamment la constitution de tels groupements.

### **Les entreprises appartenant à un même groupe**

Le Conseil de la concurrence a clarifié à plusieurs reprises les conditions dans lesquelles des entreprises appartenant à un même groupe peuvent soumissionner à un appel d'offres.

Selon une jurisprudence constante, les dispositions prohibant les ententes illicites ne s'appliquent pas aux accords intragroupes, dès lors que les filiales ne disposent pas d'une autonomie commerciale.

Le Conseil en a tiré trois conséquences :

- il est possible, pour des entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers mais disposant d'une autonomie commerciale, de présenter des offres distinctes et concurrentes, à la condition de ne pas se concerter avant le dépôt des offres ;
- il est possible, pour des entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers mais disposant d'une autonomie commerciale, de renoncer, généralement ou ponctuellement, à cette autonomie commerciale à l'occasion d'une mise en concurrence et de se concerter, pour décider quelle sera l'entreprise qui déposera une offre ou pour établir cette offre, à la condition de ne déposer qu'une seule offre ;
- en revanche, si de telles entreprises déposent plusieurs offres, la pluralité de ces offres manifeste l'autonomie commerciale des entreprises qui les présentent et l'indépendance de ces offres. Si ces offres multiples ont été établies en concertation, ou après que les entreprises ont communiqué entre elles, elles ne sont plus indépendantes. Dès lors, les présenter comme telles trompe le responsable du marché sur la nature, la portée, l'étendue ou l'intensité de la concurrence et cette pratique a, en conséquence, un objet ou, potentiellement, un effet anticoncurrentiel. Il est, par ailleurs, sans incidence sur la qualification de cette pratique, que le responsable du marché ait connu les liens juridiques unissant les sociétés concernées, dès lors que l'existence de tels liens n'implique pas nécessairement la concertation ou l'échange d'informations. Le Conseil a fait application de ces principes dans les décisions **05-D-04** ; **05-D-17** ; **05-D-26** et **05-D-47**.

L'échange d'informations réalisé entre des entreprises avant le dépôt des offres au motif d'un projet de groupement, finalement abandonné, interdit aux entreprises en cause de présenter des offres en concurrence apparente, car la concurrence entre ces offres est irrémédiablement faussée par l'échange initial (**05-D-17**).

## 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 (**05-D-06** ; **05-D-07** ; **05-D-18** ; **05-D-32** ; **05-D-48** ; **05-D-49** ; **05-D-50** ; **05-D-66** ; **05-D-70** ; **05-D-72**).

Par ailleurs, conformément à la jurisprudence communautaire, le Conseil admet le principe selon lequel des contrats d'exclusivité identiques passés entre des fournisseurs et leurs distributeurs qui, considérés individuellement, ne poseraient pas de problèmes de concurrence, peuvent, par leur effet cumulatif, devenir anticoncurrentiels lorsque l'accès au marché s'en trouve limité ou les parts de marché figées.

En 2005, le Conseil n'a pas sanctionné en tant que tel l'effet cumulatif de contrats identiques, mais l'a pris en considération au titre des effets des pratiques. Dans une décision **05-D-49**, le Conseil a estimé que les clauses de tacite reconduction, de résiliation anticipée et la clause pénale, contenues dans les

contrats de maintenance conclus entre les trois principaux fabricants des machines à affranchir (détenant ensemble plus de 95 % du marché national) et leurs utilisateurs respectifs, verrouillaient le marché en rendant difficile la prospection des utilisateurs par les concurrents. Le Conseil a considéré qu'elles étaient constitutives d'ententes anticoncurrentielles et que, mettant en cause des fournisseurs dont la part de marché individuelle dépassait 30 %, elles ne pouvaient être exemptées sur le fondement du paragraphe 3 de l'article 81 du traité CE et de l'article L. 420-4 du Code de commerce. Le Conseil a relevé que les atteintes à la concurrence étaient d'autant plus graves qu'elles étaient « *le résultat d'un ensemble significatif de contrats similaires couvrant la quasi-totalité du marché concerné et produisant un effet cumulatif* ».

## Les preuves des ententes prohibées

### La distinction entre un simple parallélisme de comportement et une entente

Un simple parallélisme de comportement ne suffit pas à démontrer une entente.

Dans une décision **05-D-52** relative à des pratiques mises en œuvre par des laboratoires pharmaceutiques, le Conseil a considéré que la pratique commune des laboratoires consistant à appliquer à la Coopérative des pharmaciens d'Île-de-France les conditions de vente appliquées aux grossistes-répartiteurs trouvait son explication dans la politique commerciale suivie par les laboratoires à cette époque : « *Il ne ressort pas de l'instruction et des pièces versées aux débats que les laboratoires se soient entendus pour définir en commun une position concernant la CPIF. Le parallélisme de comportement constaté tient à la structure économique du secteur en 1997-1998. Dans ces conditions, le moyen tiré de l'existence d'une entente au sens de l'article L. 420-1 du Code de commerce tendant à restreindre pour un opérateur l'accès au marché doit être écarté.* »

En revanche, un parallélisme de comportement peut résulter d'une entente dont la démonstration exige alors des preuves supplémentaires.

Dans la décision relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché du transport public urbain de voyageurs (**05-D-38**), le Conseil a sanctionné des ententes mises en œuvre de 1994 à 1999 entre les entreprises Keolis, Connex et Transdev sur le marché du transport public urbain de voyageurs. Ces trois entreprises, qui détenaient 60 % des réseaux urbains de transport en France, se sont réparti les marchés lancés par les collectivités locales durant cette période. Les entreprises mises en cause exposaient en défense que leur reconduction systématique dans les attributions de marchés relevait de la structure même des marchés, chaque sortant disposant d'un avantage concurrentiel naturel tel, qu'il décourageait tout concurrent de tenter sa chance lors du renouvellement du marché. Le Conseil a, à cette occasion, expliqué que de tels effets coordonnés entre opérateurs en situation oligopolistique pouvaient en effet résulter, soit d'un simple parallélisme de comportement (coordination implicite) ne nécessitant pas d'échanges

d'informations entre concurrents et donc, non prohibé en droit de la concurrence, soit d'une entente matérialisée par un accord de volonté (coordination explicite), prohibée.

Le Conseil a rappelé les trois conditions qui peuvent expliquer les effets coordonnés résultant d'un simple parallélisme de comportement :

- « – en premier lieu, chaque membre de l'oligopole a connaissance du comportement des autres membres du fait d'un degré de transparence suffisant du marché, et la répétition de ce comportement sur des marchés successifs permet d'identifier la règle commune à laquelle il obéit, au point que le comportement de chacun est déterminé, sans ambiguïté, par cette règle, et que ce comportement devient prévisible et vérifiable par tous les autres ;
- en deuxième lieu, des mécanismes crédibles de représailles existent à un degré suffisant pour inciter les membres de l'oligopole à ne pas s'écarter de la règle de comportement commune, ces représailles pouvant être exercées sur le même marché lorsqu'il donne lieu à des attributions répétitives ou sur des marchés connexes lorsque les mêmes entreprises y sont présentes et vulnérables ;
- en troisième lieu, ni le pouvoir de marché des demandeurs, ni l'offre des « francs-tireurs » [mavericks] n'est en état de faire dévier la coordination. »

Lorsque ces circonstances sont réunies, les comportements des membres de l'oligopole peuvent, *de facto*, se trouver coordonnés du fait qu'ils se conforment individuellement à la règle commune, sans qu'aucune concertation relevant d'un accord de volonté ne soit nécessaire entre eux. Cette situation ne révèle pas un comportement illicite.

Mais à l'inverse, les effets coordonnés peuvent aussi résulter d'une entente : c'est la coordination explicite, qui se trouvait en l'espèce, établie : « *Il en est ainsi lorsque la seule application décentralisée et individuelle de la règle commune ou la seule disponibilité de l'information spontanément fournie par le marché sont insuffisantes pour assurer le parallélisme de comportements. Cette circonstance peut provenir d'aléas affectant les marchés, comme par exemple l'apparition de lots nouveaux ou de conflits imprévus, rendant nécessaire d'adapter le comportement commun à la situation nouvelle créée par la survenance de ces aléas. Elle se rencontre aussi lorsque les informations dont disposent les entreprises sur leurs comportements réciproques leur apparaissent insuffisantes pour anticiper ces comportements, ce qui impose d'améliorer ces informations de façon volontariste. Les entreprises éprouvent alors le besoin d'unir leur volonté pour organiser l'échange d'information et mettre en œuvre la règle de comportement, de sorte que la coordination devient explicite. Un tel comportement relève de l'entente prohibée.* »

En l'espèce, l'accord de volonté et les échanges d'informations entre entreprises étaient démontrés par de nombreux indices prouvant la coordination des comportements des entreprises au niveau national en vue de l'attribution des marchés (rencontres au sommet entre dirigeants de chacune d'entre elles, au cours desquelles étaient évoqués les marchés ; systèmes de compensation entre entreprises relativement aux différents marchés ; pactes de non agression entre entreprises sur certains marchés). Par ailleurs, la

découverte d'indices de représailles à l'encontre des entreprises ne respectant pas le pacte, a permis d'expliquer le caractère durable de l'entente. Enfin, l'absence de contre-pouvoirs de marché ou de « francs-tireurs », éventuellement susceptibles de venir concurrencer les membres de l'entente, a renforcé les effets anticoncurrentiels du cartel.

## La démonstration de l'accord de volonté constitutif d'une entente

La démonstration d'une entente suppose d'abord la démonstration d'un accord de volonté entre deux ou plusieurs entreprises. En l'absence de contrat à objet anticoncurrentiel dont la signature, par les entreprises en cause, suffit à démontrer leur accord, celui-ci peut résulter d'un ensemble de circonstances factuelles, comme, par exemple, l'application, par une entreprise, des termes d'une décision prise par une autre.

Dans la décision **05-D-72** relative à des pratiques mises en œuvre par divers laboratoires dans le secteur des exportations parallèles de médicaments, le Conseil, faisant application de la jurisprudence Bayer, a jugé qu'une entente entre les laboratoires et les grossistes-répartiteurs visant à exclure les exportateurs du marché en contingentant les produits, n'était pas établie.

Dans cette décision, le Conseil a rappelé la jurisprudence issue de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 6 janvier 2004, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure e. a / Bayer AG* (C-2/01P et C-3/01P, Rec. p. I-23), selon laquelle : « *Pour qu'un accord au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité puisse être réputé conclu au moyen d'une acceptation tacite, il est nécessaire que la manifestation de volonté de l'une des parties contractantes visant un but anticoncurrentiel constitue une invitation à l'autre partie, qu'elle soit expresse ou implicite, à la réalisation commune d'un tel but, et ce d'autant plus qu'un tel accord n'est pas, comme en l'espèce, à première vue, dans l'intérêt de l'autre partie, à savoir les grossistes* » (point 102 de l'arrêt). Le Conseil a constaté qu'en l'espèce, aucun élément du dossier ne démontrait que les grossistes-répartiteurs appartenaient à des réseaux de distribution sélective organisés par les laboratoires. Par ailleurs, il a estimé qu'« [...] *il ne résult [ait] pas non plus des éléments recueillis, notamment auprès des différents interlocuteurs des laboratoires, qu'une interdiction d'exporter ait été demandée par aucun des vingt et un laboratoires visés par les parties plaignantes et a fortiori que les grossistes-répartiteurs aient pu répondre favorablement à une telle invitation* ». L'accord de volonté visant à exclure les exportateurs du marché n'était donc pas démontré.

## Les participants aux ententes

### La nature des participants

Si dans la majorité des cas, les ententes anticoncurrentielles sont le fait de sociétés commerciales, de telles 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.

Au cours de l'année 2005, le Conseil a ainsi été conduit à examiner des pratiques mises en œuvre par des organismes ou syndicats professionnels tels que le Comité économique agricole régional fruits et légumes de la région Bretagne (Cerafel), l'Union des coopératives de Paimpol et Tréguier (UCPT) **(05-D-10)**, le Syndicat des antiquaires et brocanteurs des Vosges **(05-D-14)**, le Conseil national de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes et le Conseil départemental de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes du Puy-de-Dôme **(05-D-43)**.

Le Conseil a également eu à connaître de pratiques mises en œuvre par des associations, telles que l'Association des amis du Valamont **(05-D-14)**, l'association Agriculture et tourisme en Dordogne-Périgord **(05-D-22)** ou l'Institut de liaison et d'études des industries de consommation (Ilec) **(05-D-33)**.

### Le rôle des organisations et associations professionnelles

Une association professionnelle ou un syndicat sort de sa mission de défense de ses adhérents lorsqu'il se livre à des pratiques anticoncurrentielles. Dans la décision relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion des foires d'antiquité et de brocante dans le département des Vosges, le Conseil a sanctionné pour entente le Syndicat des antiquaires et brocanteurs des Vosges pour avoir, dans le cadre de son activité d'organisation de la foire de Xaronval – c'est-à-dire dans le cadre d'une activité de services – exclu de ses membres et interdit de foire pendant deux ans, quatre antiquaires qui avaient voulu étendre la foire de Xaronval, pratique de nature à limiter l'accès de ces quatre professionnels au marché **(05-D-14)**.

Le Conseil a également rappelé qu'il est de jurisprudence constante qu'un Ordre professionnel représente la collectivité de ses membres et, qu'une pratique susceptible d'avoir un objet ou un effet anticoncurrentiel, mise en œuvre par un tel organisme révèle nécessairement une entente, au sens de l'article L. 420-1 du Code de commerce **(05-D-43)**. En l'espèce, le Conseil a estimé que le nettoyage de prothèse amovible par ultrason ne relevait pas du monopole des chirurgiens-dentistes. Dès lors, « *En adressant [une] lettre circulaire aux directeurs de maisons de retraite et en diffusant l'information [erronée] selon laquelle "le chirurgien-dentiste est le seul habilité à décider de la nécessité d'un éventuel nettoyage d'une prothèse par une technique appropriée", le Conseil départemental, soutenu et conforté par le Conseil national, a incité les destinataires à ne pas donner à M<sup>me</sup> Thomas [prothésiste] l'autorisation de proposer ses services [de nettoyage des prothèses à domicile] à leurs pensionnaires. Une telle intervention fausse nécessairement le libre jeu de la concurrence sur le marché du nettoyage des prothèses dentaires amovibles puisqu'elle interdit le libre accès à la clientèle. [...]* »

Le Conseil a, en revanche, au contraire, estimé, dans deux décisions, que les organisations professionnelles n'étaient pas sorties de leur rôle et ne pouvaient donc être poursuivies pour pratiques anticoncurrentielles.

Dans la décision relative à une saisine de la société Le Casino du Lac de la Magdeleine, le Conseil a estimé qu'une note du syndicat des Casinos modernes, adressée au ministre, qui, selon la saisissante aurait visé à influencer le ministre afin qu'il refuse l'implantation d'un casino, n'avait pas d'objet

anticoncurrentiel en soi, car elle s'inscrivait dans le « *contexte d'un débat public dans lequel les groupes socioprofessionnels font connaître leur point de vue pour défendre les intérêts de leurs membres* » (05-D-20).

Dans la décision relative à des pratiques mises en œuvre par l'Ilec, le Conseil a rappelé qu'il était loisible à un syndicat professionnel de diffuser des informations destinées à aider ses membres dans l'exercice de leur activité (05-D-33). En l'espèce, le Conseil a estimé que « *l'Ilec [était] resté dans son rôle d'information et de conseil de ses adhérents en analysant la jurisprudence relative aux centrales d'achat, en les informant de la saisine du Conseil de la concurrence, [...] à l'encontre des centrales d'achat Lucie et Opéra et en leur conseillant de garder des traces écrites des demandes de Lucie en prévision d'un éventuel contentieux* ». De même, l'Ilec n'a pas outrepassé son rôle de défense collective des fournisseurs en leur rappelant l'illégalité des ristournes sans contreparties. Il ne s'est pas immiscé dans les négociations entre les fournisseurs et les centrales d'achat et ne s'est donc pas rendu coupable d'une entente anticoncurrentielle.

## Les ententes anticoncurrentielles

### Concertations ou ententes à l'occasion d'appels d'offres publics

#### *Ce qui a été qualifié d'anticoncurrentiel*

À 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, antérieure 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.

#### ● **Échange d'informations, participation à des réunions de concertation, antérieurement au dépôt des offres**

Dans la décision relative à la situation de la concurrence dans le secteur des marchés de travaux de voirie en Côte-d'Or (05-D-17), le Conseil a rappelé dans un considérant de principe, la raison pour laquelle de simples échanges d'informations avant le dépôt des offres sont anticoncurrentiels : « *[...] s'agissant de l'objet de la pratique en cause et selon la jurisprudence constante du Conseil, les échanges d'informations, et spécialement ceux portant sur les prix, entre sociétés soumissionnaires avant le dépôt des offres, perturbent nécessairement le jeu normal de la concurrence. En effet, lors d'un appel d'offres basé sur le critère du moins disant comme c'est le cas en l'espèce, chaque soumissionnaire subit deux incitations opposées : offrir un*



*prix élevé pour maximiser son profit ; offrir un prix faible pour maximiser ses chances de remporter le marché. L'intégrité concurrentielle du marché suppose que chacun choisisse son risque et effectue son choix, solitairement, en fonction de l'information commune résultant du cahier des charges de l'appel d'offres que tous les opérateurs du marché partagent et de celles concernant sa situation propre, mais sans disposer d'aucune information privilégiée concernant un ou plusieurs concurrents. En effet, toute information privilégiée éclairant les choix opérés par les autres concurrents, spécialement les informations relatives aux prix que ces concurrents sont susceptibles d'avoir retenus, diminue artificiellement le risque pris par celui qui bénéficie de cette information au moment d'établir le prix de son offre, en réduisant ou supprimant l'incertitude dans laquelle chaque concurrent doit rester au regard du comportement des autres concurrents. Par suite, le seul fait de procéder à un échange d'informations avant le dépôt des offres, spécialement sur les prix, suffit à caractériser la volonté des entreprises de fausser la concurrence devant s'exercer entre elles. »*

Le Conseil a aussi rappelé dans cette décision qu'il n'est pas nécessaire de démontrer que les informations ainsi échangées ont servi à l'élaboration des offres ou encore que l'accord de volonté a porté sur l'obtention de l'effet anticoncurrentiel : « [...] *le caractère anticoncurrentiel des échanges d'informations résulte avant tout de la diminution de l'incertitude portant sur l'attribution du marché et sur le prix auquel il sera attribué. Cette réduction de l'incertitude est sensible dès l'échange d'informations entre les sociétés Roger Martin et Gerland BFC. Il n'est donc pas nécessaire de démontrer une élaboration en commun des offres à partir des informations échangées pour établir l'effet anticoncurrentiel de ces échanges.*

*En outre, il n'est nullement demandé par la jurisprudence, pour établir une entente anticoncurrentielle, d'apporter la preuve que l'accord de volonté des entreprises parties à l'entente porte aussi sur l'obtention d'un effet anticoncurrentiel qu'elles auraient intentionnellement recherché. La démonstration d'un échange volontaire d'informations dans ces circonstances de marché suffit pour qualifier la pratique d'entente, comme l'a rappelé le Conseil dans son rapport annuel 2003 [...] » (sur l'intention, voir aussi la décision **05-D-45**, § 39 à 42).*

Enfin, toujours dans cette décision, le Conseil a rappelé que la seule circonstance d'avoir signé une offre de soumission en groupement avec des entreprises coupables d'entente ne suffisait pas à démontrer la participation d'une entreprise à une entente.

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre des marchés de construction des ouvrages d'art pour la réalisation de l'autoroute A 84, dite « Route des Estuaires », dans le département de la Manche, le Conseil a rappelé que l'échange d'informations préalable entre entreprises est sanctionnable, même si l'une de ces entreprises n'a pas présenté d'offre ou si une autre entreprise, extérieure à l'entente, a finalement été retenue (**05-D-19**).

Dans la décision relative aux marchés de travaux publics réalisés dans le département de la Meuse, le Conseil a condamné des échanges d'informations préalablement au dépôt des offres portant sur huit marchés de la région (**05-D-26**).

Dans la décision relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché du transport public urbain de voyageurs, le Conseil a conclu à la constitution d'un cartel par les sociétés Keolis, Connex et Transdev. Ces dernières ont institué une entente horizontale stable et pérenne afin de se partager les marchés et ne pas se faire concurrence (**05-D-38**).

Dans la décision relative à des pratiques mises en œuvre lors de la passation de marché de rénovation de l'usine d'incinération d'Issy-les-Moulineaux (**05-D-45**), le Conseil a estimé que les échanges d'informations entre deux entreprises, lors de deux appels d'offres, n'étaient pas justifiés par le recours à la sous-traitance, mais avaient bien eu pour objet de coordonner leurs comportements dans l'établissement de leurs offres respectives. Cette pratique a eu pour effet de tromper le maître d'ouvrage sur la réalité de la concurrence. Par ailleurs, le Conseil a également rappelé la jurisprudence de la cour d'appel en matière d'appels d'offres, selon laquelle le concours de volontés caractérisant une pratique concertée au sens de l'article L. 420-1 du Code de commerce, est réalisé dès lors qu'une des entreprises a repris, au moins partiellement, des éléments de l'offre de l'autre pour réaliser sa propre offre (arrêt du 22 septembre 1993, Entreprise Pascal).

Enfin, dans une décision **05-D-51** relative au marché de travaux pour la construction d'un hémicycle et de bureaux pour le Parlement européen de Strasbourg, le Conseil a sanctionné des échanges d'informations entre entreprises soumissionnaires lors de deux appels d'offres, la décision **05-D-67**, ayant, quant à elle, sanctionné des pratiques d'échanges d'informations préalables au dépôt des offres dans plusieurs marchés de signalisation routière horizontale de Picardie et Nord-Pas de Calais.

#### • Offre de couverture

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre des marchés de construction des ouvrages d'art pour la réalisation de l'autoroute A 84, dite « Route des Estuaires », dans le département de la Manche, le Conseil a rappelé sa jurisprudence en matière d'offres de couverture, aux termes de laquelle contreviennent de manière caractérisée au principe d'autonomie des offres, les offres de couverture déposées par des entreprises afin de permettre à un candidat préalablement désigné de présenter l'offre la plus compétitive tout en préservant vis-à-vis du maître de l'ouvrage l'apparence d'une compétition effective (**05-D-19**).

Dans la décision relative aux marchés de travaux publics réalisés dans le département de la Meuse, le Conseil a constaté qu'une société avait déposé une offre de couverture au bénéfice d'un autre groupement, pratique prohibée par l'article L. 420-1 du Code de commerce (**05-D-26**).

#### • Les relations de sous-traitance

Le Conseil a considéré, dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion des marchés de travaux passés par la société d'économie mixte Gaz de Strasbourg, que s'il est loisible, à une société qui n'est pas en mesure d'assurer seule l'ensemble des travaux concernés par un appel d'offres, d'échanger des informations avec un éventuel sous-traitant afin d'élaborer son offre, les deux entreprises ne peuvent déposer des offres

distinctes et concurrentes après ces échanges d'informations (**05-D-04**). Si des relations de sous-traitance permettent des échanges d'informations entre des entreprises, un projet de sous-traitance non abouti, qui a donné lieu à de tels échanges, empêche les entreprises en cause de soumissionner séparément par la suite (**05-D-17**).

#### • La stabilité dans la reconduction des lots

La stabilité dans la reconduction des lots est souvent le signe de l'existence d'une entente qui doit être démontrée par d'autres indices. Dans la décision **05-D-38**, la reconduction systématique des entreprises dans les marchés de transport public urbain de voyageurs s'expliquait par une entente, étayée par la preuve d'échanges d'informations entre les entreprises en cause.

#### • Les accords de partage de marchés

Les ententes sur les marchés publics peuvent s'inscrire dans des pratiques générales de répartition des marchés sur un échelon plus ou moins vaste (local, départemental, national...) ; chaque marché est pris en compte, dans cette stratégie plus vaste de partage, et comptabilisé ; des systèmes de compensation permettent de respecter la clé de répartition préétablie entre les entreprises.

#### *Niveaux local et départemental*

Dans une décision **05-D-19** relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre des marchés de construction des ouvrages d'art pour la réalisation de l'autoroute A 84, dite « Route des estuaires », le Conseil a sanctionné 21 entreprises de BTP pour s'être entendues lors de la passation de 51 des 79 ouvrages d'art nécessaires dans le seul département de la Manche pour la construction de cette route. Le Conseil de la concurrence a établi que ces entreprises s'étaient réparties les marchés en se livrant à des pratiques illicites d'échanges d'informations préalablement au dépôt des offres, à des dépôts d'offres de couverture et d'offres de compensation en cas d'abstention à soumissionner, selon un partage préétabli entre elles.

Dans une décision **05-D-26** relative aux marchés de travaux publics réalisés dans le département de la Meuse, le Conseil de la concurrence a constaté que six sociétés se réunissaient régulièrement, avant la date de dépôt des offres, pour se répartir par avance entre elles des marchés de travaux d'adduction d'eau, d'assainissement ou d'aménagement routier. Quatre d'entre elles se sont ainsi notamment réunies le 5 novembre 1996 pour se répartir entre elles, par avance, cinq marchés.

Dans une décision **05-D-69**, le Conseil a sanctionné une pratique continue entre 1991 et fin 1998, de répartition des tonnages d'enrobés à épandre sur les routes de 1<sup>re</sup> et 2<sup>e</sup> catégories du département de Seine-Maritime entre les sociétés, devenues depuis filiales des groupes Bouygues, Vinci et Eiffage, associées à quelques sociétés de moindre envergure. Le Conseil de la concurrence a établi que ces entreprises de BTP s'étaient entendues sur une clé de répartition des tonnages d'enrobés bitumineux destinés aux routes de Seine-Maritime, pour l'exécution de l'ensemble des marchés de l'État et du Conseil général. Les données chiffrées transmises par le Conseil général

prouvaient que cette clef de répartition, qui prévoyait la répartition des tonnages d'enrobés entre les membres de l'entente, le contrôle mutuel et régulier de l'application de ces quotas ainsi que des systèmes de compensation pour en garantir le respect, avait été appliquée de 1992 à 1998. Le Conseil a également prouvé l'existence d'échanges réguliers d'informations relatives aux prix antérieurement au dépôt des offres. Le système a pris fin au cours de l'année 1999, avec la dénonciation d'une entreprise nouvellement arrivée sur le marché.

### *Niveau national*

Dans une décision **05-D-38** relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché du transport public urbain de voyageurs, le Conseil de la concurrence a sanctionné des pratiques mises en œuvre entre 1994 et 1999 par les entreprises Keolis, Connex et Transdev. Ces sociétés se sont concertées à un niveau national pour se répartir les marchés lancés par les collectivités publiques durant cette période.

Il a été constaté tout d'abord que les dirigeants de ces groupes de transport de dimension nationale et internationale se sont rencontrés à plusieurs reprises pour coordonner leur politique de soumission et s'échanger des informations sur leur stratégie et les propositions qu'elles-mêmes ou leurs filiales ont présentées aux autorités organisatrices pour être choisies comme gestionnaires, des réseaux de transport.

De nombreux indices graves, précis et concordants ont permis d'établir que les entreprises en cause se sont non seulement mises explicitement d'accord pour ne pas se faire concurrence sur la base du maintien du gestionnaire sortant, mais ont activement fait fonctionner le cartel en surveillant l'attribution des marchés dans au moins 27 villes réparties sur l'ensemble du territoire sous la menace de représailles à l'encontre des entreprises susceptibles de troubler leur jeu anticoncurrentiel.

Il a été démontré que ce jeu anticoncurrentiel explicite a conduit les entreprises à imposer leur prix aux collectivités territoriales qui ont été de ce fait amenées à supporter dans le cadre de la concession de leurs réseaux de transport, des charges plus élevées que celles qui auraient résulté d'un fonctionnement concurrentiel de ces marchés.

Le Conseil a également démontré que la concertation nationale organisée par ces groupes, qui surveillaient étroitement l'activité de leurs filiales, a eu des applications locales caractérisées sur les marchés du transport public de Bordeaux, Bar-le-Duc, Epernay, Laval, Chalon-sur-Saône, Saint-Claude, Oyonnax et Sens. Dans ces villes, à l'occasion des appels d'offres, les entreprises se sont mises d'accord soit pour ne pas présenter d'offre ou pour se désister, soit pour présenter des offres qui ne gênent pas le titulaire du marché. Elles ont ainsi trompé ces collectivités sur la réalité de la concurrence qui s'est exercée aussi bien pour l'attribution de la gestion déléguée du réseau proprement dit que pour l'attribution par le gestionnaire aux autres entreprises de lignes sous-traitées ou affrétées dépendant directement de ce réseau.

Dans une décision **05-D-47** le Conseil a sanctionné la concertation générale, portant en l'espèce sur 11 appels d'offres, entre les seules cinq entreprises

agréées par le ministère de la défense, pour les marchés de destruction d'armement et de munitions, entre janvier 1998 et mars 2000. Le Conseil a souligné que ces entreprises s'étaient réparti les marchés entre elles selon une clé préétablie et avaient instauré des systèmes de compensation pour en garantir l'exécution. Soulignant la gravité de ces pratiques, le Conseil a rejeté les arguments en défense tirés de la spécificité du marché réglementé en question où la concurrence était déjà limitée. Les entreprises ont aussi avancé que les pratiques n'avaient eu aucun objet anticoncurrentiel, aucune entreprise n'ayant été évincée des marchés, et les pratiques ayant, au contraire, garanti la pérennité des entreprises en cause : « [...] *il ne peut être valablement soutenu qu'une concertation entre toutes les entreprises présentes sur un marché ne serait pas anticoncurrentielle parce qu'elle n'aurait pas pour objet ou pour effet d'évincer une des entreprises présentes sur le marché mais au contraire de les y maintenir. La prohibition des ententes visant à fixer artificiellement le niveau des prix et la répartition des marchés n'est pas nécessairement fondée sur l'effet d'éviction qu'elles peuvent avoir sur des entreprises non parties à l'entente. Au contraire, des ententes qui ont pour effet d'élever le niveau des prix peuvent entraîner l'entrée de nouvelles entreprises sur le marché concerné, effet limité, au cas d'espèce par la nécessité d'obtenir l'agrément des pouvoirs publics.* » Le Conseil a aussi souligné la mauvaise allocation des ressources résultant des pratiques visant à encourager la survie d'entreprises inefficaces.

### **Ce qui n'a pas été qualifié d'anticoncurrentiel**

#### **● Échange d'informations, participation à des réunions de concertation, antérieurement au dépôt des offres**

Dans plusieurs décisions, le Conseil n'a pas été en mesure d'établir l'existence d'une concertation ou d'un échange d'informations.

Dans la décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés publics d'aménagement routier dans le département de la Somme, le Conseil a considéré, relativement à plusieurs griefs, que les concertations alléguées ayant abouti à des échanges d'informations avant le dépôt d'offres distinctes n'avaient pas été démontrées **(05-D-24)**.

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre lors d'un appel d'offres visant à renouveler le contrat de collecte sélective de déchets ménagers et assimilés, le Conseil a estimé que la circonstance, alléguée par le saisissant, que les soumissions des entreprises aient été peu éloignées les unes des autres, alors que le montant total des marchés avait considérablement augmenté, était, à défaut d'autres indices, insuffisante pour constituer le commencement de preuve d'une entente **(05-D-35)**.

Dans une décision **05-D-61** relative à des pratiques relevées à l'occasion de marchés de construction de l'autoroute A 51 dans l'Isère, le Conseil a estimé que la constitution d'une association d'entreprises destinée à répartir entre ses membres les marchés après leur dévolution n'était pas anticoncurrentielle, dès lors qu'aucun élément du dossier ne permettait de démontrer que les consultations avaient été faussées par les membres de cette association, par des échanges d'informations préalables au dépôt des offres par exemple. En outre, dans la même décision, il a considéré qu'une remise

proposée par une entreprise au maître d'ouvrage en cas d'attribution à elle-même de deux marchés n'avait pas faussé les consultations afférentes à ces deux marchés.

#### • Bordereau de prix unitaires

Dans sa décision relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion des marchés de travaux passés par la société d'économie mixte Gaz de France, le Conseil a repris la position de la cour d'appel de Paris, telle qu'elle résulte d'un arrêt du 12 février 2002 (SA Entreprise industrielle). Il a rappelé que la participation des entreprises aux consultations organisées par le maître d'ouvrage pour la révision d'un bordereau de prix unitaires (BPU) ne revêtait un caractère anticoncurrentiel que si, sous couvert de révision du BPU, les sociétés en cause en profitaient pour échanger des informations susceptibles d'être utilisées dans des soumissions à appels d'offres ultérieurs, faussant ainsi le jeu de la concurrence. En l'espèce, le Conseil a considéré qu'aucun élément du dossier ne permettait d'établir que l'unique réunion de présentation technique du BPU, intervenue postérieurement à la date limite du dépôt des offres, avait été l'occasion d'échanges sur les offres entre les sociétés participantes, ni même qu'elles aient pu influencer sur des consultations postérieures (05-D-04).

### Ententes et échanges d'informations sur les prix et marges

258

#### *Ce qui a été qualifié d'anticoncurrentiel*

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'eau de javel (05-D-03), le Conseil de la concurrence a mis en lumière une entente anticoncurrentielle entre cinq sociétés (groupe dit « Dalton »), contraire à l'article L. 420-1 du Code de commerce. Il est ressorti du dossier que ces sociétés avaient, pour quatre d'entre elles, échangé des informations sur les prix et élaboré pour 1999 un tarif commun dit « tarif Dalton ». Ces pratiques se sont poursuivies jusqu'à la finalisation du « tarif Dalton » et ont même été réitérées en 1999 et 2000 pour donner lieu à l'établissement du « tarif Dalton 2000 ». Il est également ressorti de l'enquête et de l'instruction que les représentants de chaque société en cause avaient eu un rôle actif dans la mise en place du tarif minimum commun. L'entente a été confirmée par l'application ultérieure des tarifs Dalton par chacune des entreprises. En outre, le Conseil a relevé que les dirigeants de ces entreprises n'ignoraient pas le caractère illégal de leur comportement.

S'agissant de la cinquième entreprise partie à l'entente, il est intéressant de noter que le Conseil a rappelé qu'« *en droit interne, si la participation à des réunions dont l'objet est anticoncurrentiel peut faire présumer une infraction [...], le plus souvent, le Conseil et la cour d'appel de Paris exigent que le concours de volontés nécessaire à l'incrimination d'une entreprise pour entente se soit manifesté par une adhésion plus explicite à l'action collective décidée lors de ladite réunion, soit par la participation ultérieure à d'autres réunions ayant le même objet anticoncurrentiel, soit par l'application concrète des mesures décidées lors de cette réunion [...]* ». En l'espèce, le Conseil a estimé que cet ensemble de faits constituait un faisceau d'indices

graves, précis et concordants permettant d'établir la participation de cette entreprise à l'entente : l'entente sur les prix menée par les quatre sociétés du marché collectivité ne pouvait être scellée sans l'assentiment de cette cinquième société ; cette dernière avait participé à des réunions où avaient été échangées des informations sur les prix et son assentiment, même tacite, avait été donné de manière suffisamment claire pour être compris par les autres parties à l'entente. Par conséquent, cette société avait eu connaissance de l'importance de cet engagement et après s'être engagée tacitement à ne pas gêner le projet d'entente élaboré par les quatre autres, avait sciemment adhéré à l'entente en appliquant le « tarif Dalton » relatif au prix de la dose.

Dans la décision relative à des pratiques relevées dans le secteur du thon blanc, le Conseil a considéré que la pratique concertée qui avait consisté, de la part des organisations de producteurs en cause, à fixer des prix minima de vente communs préalablement à la commercialisation des produits concernés était bien constitutive d'une infraction à l'article L. 420-1 du Code de commerce (05-D-27). Le Conseil a estimé que la détermination en commun de prix minima de vente lors de réunions suffisait à impliquer dans l'entente tous les participants à ces réunions, nonobstant le fait que la preuve de mise en œuvre effective de ces prix minima n'était établie que pour une seule organisation de producteurs : « *L'action qui consiste à déterminer en commun des prix minima de vente a un objet anticoncurrentiel puisqu'elle vise à faire en sorte que l'ensemble des prises débarquées dans les ports français ne soient pas vendues en dessous d'un prix de vente minimum convenu de concert et, par conséquent, elle vise à limiter la concurrence par les prix au-delà de la limitation qui résulte de l'application du prix de retrait prévu par le règlement européen 3759/92. Par ailleurs, ces réunions ont précédé la mise sur le marché des productions, permettant ainsi aux participants d'avoir des informations susceptibles d'éliminer par avance l'incertitude relative au comportement futur des concurrents. En outre, grâce à la seule participation aux dites réunions, chaque participant a pu prendre en compte, directement ou indirectement, les informations obtenues au cours de ces réunions pour déterminer la politique qu'il entendait suivre sur le marché.*

*Au surplus, au moment où ces réunions de précampagne ont eu lieu et où les décisions communes ont été prises, si les organisations de producteurs participantes ne pouvaient préjuger du degré d'application de ces décisions pendant la campagne, néanmoins, leur volonté, à ce moment-là, était bien de définir des prix minima communs. En conséquence, le fait, pour ces organisations de producteurs, de participer à des réunions où ont été décidés des prix minima communs, ne laisse aucun doute sur leur volonté de participer à une concertation sur les prix, car la nature même de ces décisions établit leur caractère anticoncurrentiel, quand bien même il serait constaté, comme c'est le cas pour deux d'entre elles, une seule participation à ces réunions. »*

Dans la décision relative à des pratiques relevées dans le secteur de la production d'huiles essentielles de lavande et de lavandin, le Conseil a considéré que la pratique concertée qui a consisté, de la part du Comité interprofessionnel des huiles essentielles françaises (CIHEF), à fixer et diffuser des prix minima de vente communs en début de commercialisation des produits concernés, était bien constitutive d'une infraction à l'article L. 420-1 du

Code de commerce. Il est en outre ressorti du dossier que ces prix planchers avaient bien été respectés par les opérateurs du marché (**05-D-55**).

### **Ce qui n'a pas été qualifié d'anticoncurrentiel**

Dans sa décision relative à des pratiques mises en œuvre par l'Illec, le Conseil a estimé qu'aucune entente visant à faire obstacle à la libre fixation des prix ne pouvait être reprochée à l'Illec (**05-D-33** / voir *infra* dans « boycott »).

## **Ententes et échanges d'informations ne portant pas directement sur les prix**

### **Ce qui a été qualifié d'anticoncurrentiel**

Dans une décision **05-D-64** relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces parisiens, le Conseil a rappelé que des échanges d'informations entre concurrents de nature à accroître la transparence du marché et à permettre la connaissance mutuelle des performances des concurrents, même s'ils ne portent pas sur les prix, sont anticoncurrentiels : « *La jurisprudence communautaire considère que sur un marché oligopolistique concentré, un accord prévoyant un système d'échanges d'informations entre les entreprises de ce marché, de nature à atténuer le degré d'incertitude sur le fonctionnement de ce dernier, altère la concurrence entre les opérateurs économiques, dès lors que les informations échangées, selon une périodicité rapprochée et de manière systématique, sont des secrets d'affaires présentant un caractère sensible et précis, et qu'elles sont échangées seulement entre concurrents, sans être mises à disposition des clients. Un tel accord est jugé contraire aux stipulations de l'article 81 du traité.*

*Cette jurisprudence a été notamment développée dans l'affaire dite des "tracteurs anglais", dans laquelle la Commission a considéré comme contraire au droit des ententes un système d'échanges d'informations sur les ventes de tracteurs en Grande-Bretagne mis en place par un groupement professionnel de constructeurs ou importateurs de tracteurs (Agricultural Engineers Association Ltd) auquel adhéraient huit constructeurs de tracteurs qui détenaient 87 à 88 % du marché (décision 92/157/CEE du 17 février 1992). Cette décision a été confirmée par le Tribunal de première instance (arrêts du TPI du 27 octobre 1994, Fiatagri UK Ltd et New Holland Ford Ltd contre Commission européenne et John Deere Ltd contre Commission européenne), puis par la Cour de justice des Communautés européennes (arrêt de la Cour du 28 mai 1998, John Deere Ltd contre Commission des Communautés européennes). »*

Le Conseil a considéré qu'en l'espèce, les six palaces parisiens, le Bristol, le Crillon, le George V, le Meurice, le Plaza Athénée et le Ritz avaient régulièrement échangé des informations confidentielles sur leur activité commerciale respective, par le biais de réunions régulières et d'échanges de courriels. Les informations échangées étaient hebdomadaires et mensuelles, en ce qui concerne l'activité passée, mais pouvaient aussi porter sur l'activité prévisionnelle de chacun d'entre eux. Après avoir démontré la nature oligopolistique du marché des palaces parisiens, le Conseil a estimé que les informations échangées étaient de nature confidentielle et stratégique. En effet,



ces informations – qu’il aurait été impossible de se procurer par d’autres moyens, compte tenu de la multiplicité des tarifs en cause et du nombre de réductions de tarifs proposées par les palaces – ont permis de renseigner chaque membre de l’entente sur les performances des autres, supprimant ainsi toute autonomie des palaces dans la détermination de leur politique commerciale.

Ces échanges d’informations leur ont permis de s’assurer que leur niveau de performances ne variait pas de façon trop sensible d’un établissement à l’autre et qu’aucun d’entre eux ne cherchait à s’engager dans des stratégies de nature à remettre en cause les positions des autres membres de l’oligopole. De fait, le Conseil a constaté que ces hôtels avaient eu, même en période de crise, des performances très comparables.

Le Conseil a aussi souligné que l’absence d’alignement tarifaire complet des palaces s’expliquait par la diversité des prestations en cause et qu’en tout état de cause, *« ce qui est requis pour démontrer l’effet anticoncurrentiel est la seule augmentation artificielle de la transparence du marché au profit des membres de l’oligopole afin de leur permettre d’ajuster leurs stratégies respectives »*.

Le Conseil a appliqué la même jurisprudence dans une décision **05-D-65** relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile. Le Conseil a estimé que Orange France, SFR France et Bouygues Télécom France s’étaient entendus en échangeant entre eux, de 1997 à 2003, tous les mois, des chiffres précis et confidentiels concernant les nouveaux abonnements qu’ils avaient vendus durant le mois écoulé, ainsi que le nombre de clients ayant résilié leur abonnement. Le Conseil a considéré que, bien que ne portant pas sur les décisions de prix qu’ils avaient l’intention de prendre, ces échanges d’informations étaient de nature à réduire l’intensité de la concurrence sur le marché des mobiles, en réduisant l’incertitude sur la stratégie des autres acteurs et en diminuant l’autonomie commerciale de chaque entreprise.

Le Conseil a en outre souligné que ces échanges avaient permis aux opérateurs de surveiller l’accord de partage de marché qu’ils avaient conclu par ailleurs.

## Entraves à l’accès au marché

### *Ce qui a été qualifié d’anticoncurrentiel*

#### ● Pratiques d’exclusion

Le Conseil, dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre à l’occasion des foires d’antiquité et de brocante dans le département des Vosges, a estimé que l’Association des amis du Valamont et le Syndicat des antiquaires et brocanteurs des Vosges (SABV) avaient conclu une entente anticoncurrentielle en signant une convention comportant, d’une part, une clause par laquelle l’Association s’engageait à réserver la priorité de l’accès à la foire de Xaronval aux adhérents du SABV et, d’autre part, une clause par laquelle le SABV s’engageait à ne pas organiser de foires concurrentes. De

plus, l'analyse des pratiques a permis de démontrer un système de représailles menées par le SABV à l'égard de quatre de ses membres qui avaient voulu étendre la foire de Xaronval **(05-D-14)**.

#### • Conditions d'agrément

Dans une décision **05-D-10** relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché du chou-fleur de Bretagne, le Conseil a estimé que les conditions posées aux négociants de choux-fleurs pour avoir accès aux marchés au cadran, relatives à une obligation d'achat exclusif sur ce marché, à l'obligation pour l'opérateur de posséder un magasin de conditionnement dans la zone du marché au cadran et à l'obligation de n'acheter la marchandise que pour son propre compte, étaient anticoncurrentielles en ce qu'elles permettaient de limiter, empêcher ou contrôler l'accès de nouveaux expéditeurs aux ventes aux enchères bretonnes.

#### *Ce qui n'a pas été qualifié d'anticoncurrentiel*

##### • Discrimination

Dans une décision relative à une saisine de la SARL Les Oliviers relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'hébergement en long séjour des personnes âgées dépendantes, le Conseil a estimé qu'aucun élément probant n'était venu étayer l'allégation selon laquelle il aurait existé une entente entre la SAIEM, le CCAS et la commune de Saint-Étienne visant, par le biais de loyers très élevés, à empêcher l'Hermitage de Saint-Étienne de proposer des prix d'hébergement aussi compétitifs que ceux des établissements gérés par le CCAS grâce aux subventions de la commune **(05-D-05)**.

Dans la décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'affichage publicitaire au sein du réseau ferroviaire et dans celui du transport de personnes sur la route Paris-Londres, le Conseil a considéré que l'entente entre France Rail Publicité et la SNCF résultant d'un refus d'affichage opposé à British Airways par France Rail Publicité dans la gare du Nord et visant la clientèle de l'Eurostar n'avait pas d'objet anticoncurrentiel car elle était justifiée par la protection des intérêts de la SNCF et était dépourvue d'effets anticoncurrentiels, compte tenu de la très faible part détenue par France Rail Publicité sur le marché de l'affichage extérieur, inférieure au seuil de *minimis* communautaire et national de 10 % **(05-D-11)**.

##### • Conditions d'agrément

Dans une décision **05-D-22** relative au secteur de l'accueil touristique des agriculteurs sur leurs exploitations, le Conseil a rappelé sa jurisprudence en matière de labels de qualité : « *Une démarche collective de qualité comme, par exemple, la constitution d'un label de qualité ou encore la constitution d'un système d'identification professionnelle conduisant à sélectionner des entreprises en fonction de leur aptitude à réaliser certains travaux ou en fonction de certains critères de qualité, constitue une entente entre les entreprises qui adhèrent à cette démarche, mais elle ne peut, a priori, être considérée comme un comportement anticoncurrentiel lorsqu'elle tend à l'amélioration de la qualité des produits et des services vendus aux consommateurs finals.*

*Une telle entente serait en revanche anticoncurrentielle si les critères d'octroi d'un label dont la détention est indispensable pour exercer une activité, n'étaient pas suffisamment objectifs et clairs et se prêtaient à une application discriminatoire, permettant ainsi d'évincer des concurrents du marché concerné par le label, par des moyens autres que ceux fondés sur les mérites des entreprises ou encore si la charte régissant le label contenait des clauses de prix imposés ou des restrictions territoriales absolues. »*

En l'espèce, le Conseil a considéré que la détention du label « *Bienvenue à la ferme* » n'était pas nécessaire pour exercer une activité de ferme-auberge en Périgord et que les critères d'octroi du label, et notamment la clause imposant l'approvisionnement exclusif des fermes-auberges auprès d'exploitations agricoles identifiées par le réseau, n'avaient pas excédé l'objectif légitime de protection de la qualité du réseau et n'avaient pas eu d'objet ni d'effet anticoncurrentiel.

Dans la décision relative à des pratiques mises en œuvre par la commission mixte paritaire nationale de l'emploi et de la formation professionnelle des jardineries et graineteries, le Conseil, faisant application de sa jurisprudence rappelée plus haut, a estimé que le refus d'habiliter la société Audreco à préparer le certificat de qualification professionnelle de vendeur en jardinerie option animalerie n'était pas discriminatoire, au regard des références produites par la société Audreco **(05-D-41)**.

#### • **Boycott**

Dans une décision relative au secteur de l'accueil touristique des agriculteurs sur leurs exploitations, le Conseil a rappelé la définition du *boycott* telle qu'elle résulte d'un arrêt SA Vidal de la Cour de cassation du 22 octobre 2002, selon laquelle le boycott est « *une action délibérée en vue d'évincer un opérateur de marché* ». Cette qualification nécessite l'établissement de la volonté d'éviction de la part de l'auteur de la pratique alléguée. En l'espèce, le Conseil a considéré que les pratiques dénoncées n'étaient pas appuyées d'éléments suffisamment probants **(05-D-22)**.

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre par l'Ilec, le Conseil a rappelé que « *le fait pour une centrale de référencement d'organiser entre les distributeurs indépendants qu'elle regroupe le boycott des produits d'un fournisseur qu'elle avait référencés pour la période en cours, et l'élimination de ces produits des linéaires était de nature à limiter artificiellement l'accès du fournisseur au marché et constituait une action prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 (décision n° 94-D-60 du 13 décembre 1994) [...]* ». Il a estimé en l'espèce que les prises de position de l'Ilec et la circulaire adressée à ses adhérents ne contenaient aucun appel à ne pas négocier avec la centrale d'achat Lucie ou à ne plus approvisionner les adhérents de Lucie. Par conséquent, aucune pratique de boycott n'a pu être reprochée à l'Ilec **(05-D-33)**.

Dans la décision relative à des pratiques mises en œuvre par des laboratoires pharmaceutiques, le Conseil n'a pas constaté de pratique de boycott de la part des différents laboratoires mis en cause visant à organiser un refus commun d'approvisionnement de l'officine de la gare de l'Est **(05-D-52)** : « *En l'espèce, l'instruction n'a pas permis d'établir l'existence d'indices d'entente*

*entre les différents laboratoires mis en cause initialement visant à organiser un refus commun d'approvisionnement de l'officine de la gare de l'Est. La similitude dans les comportements tendant à réduire les quantités de produits demandés apparaît clairement comme liée aux volumes des commandes de l'officine, identifiés par les laboratoires comme étant disproportionnés au regard des capacités d'écoulement de l'officine, en dépit de la localisation de l'officine dans le hall d'une gare parisienne. La rétrocession de médicaments ou de produits parapharmaceutiques qu'une telle pratique de commandes semblait révéler, constitue le motif des restrictions apportées par les laboratoires aux commandes de l'officine. Ces restrictions n'ont pas un caractère anticoncurrentiel en l'absence d'entente entre les laboratoires. Dès lors le moyen tiré de la violation de l'article L. 420-1 du Code de commerce n'est pas fondé. »*

### ● Pratiques d'achat

Dans la décision **05-D-62** relative à des pratiques mises en œuvre par la centrale Lucie, le Conseil a rappelé que : *« Le libre choix de l'acheteur est l'un des ressorts majeurs de la concurrence et le principal moyen par lequel le commerce stimule, chez les producteurs, la productivité, l'amélioration de la qualité des produits et des services ainsi que l'abaissement des prix. En vertu de ce principe, la négociation des accords de référencement et des conditions commerciales dont ils sont assortis ou au contraire le refus de référencer, comme le déréférencement ne constituent pas, en eux-mêmes, des pratiques anticoncurrentielles. »*

264

Le Conseil a, en application de ces principes, considéré que le fait, pour Leclerc et Système U – qui avaient créé une centrale d'achat commune, Lucie – de renégocier leurs conditions d'achat avec leurs fournisseurs ne pouvait être anticoncurrentiel que si cette pratique avait pour objet ou pour effet de restreindre l'accès de certains fournisseurs aux consommateurs ou s'il était démontré que les distributeurs en question *« ont utilisé leur centrale commune d'achat pour s'échanger des informations en vue d'harmoniser leurs conditions d'achat dont dépendent en partie les prix proposés dans leurs magasins aux consommateurs [...] »*.

En l'espèce, aucune pratique d'exclusion n'a été établie (pas de déréférencements abusifs, pas de demandes de ristournes sans justifications, pas d'alignement des conditions d'achat entre Leclerc et Système U, sous l'égide de Lucie).

## Répartition du marché

### *Ce qui a été qualifié d'anticoncurrentiel*

Le Conseil de la concurrence a sanctionné à plusieurs reprises des pratiques ayant pour objet la répartition des marchés.

Pour une analyse de ces différentes décisions, il convient de se référer aux développements relatifs aux concertations ou ententes à l'occasion d'appels d'offres (*cf. supra* dans le présent chapitre).

Dans un autre domaine, il convient de citer la décision **05-D-65** relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile. Orange France, SFR et Bouygues Télécom se sont concertés pour stabiliser leurs parts de marché respectives sur la période 2000-2002. Le faisceau d'indices reposait sur des preuves documentaires établissant l'existence d'un accord et d'échanges fréquents d'informations, certaines notes mentionnant un « *Yalta de part de marché* » et sur la similitude de la politique commerciale de chaque acteur, ainsi que sur les évolutions comparables de parts de marché de chacun. Le Conseil a souligné qu'à partir de 2000, les trois opérateurs, cherchant à rentabiliser leur clientèle acquise, avaient notamment relevé les prix et donné la priorité aux forfaits avec engagements contre les cartes pré-payées ou encore instauré des paliers de tarification nouveaux, comme la tarification de 30 secondes après une première minute indivisible. Ces mesures, défavorables au consommateur, ne pouvaient être profitables pour chacun que si les trois opérateurs poursuivaient simultanément la même politique ; dans le cas contraire, une telle pratique aurait pu avoir pour effet de provoquer la baisse des ventes de l'opérateur qui l'aurait mise en œuvre unilatéralement.

### ***Ce qui n'a pas été qualifié d'anticoncurrentiel***

Dans la décision relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion de marchés de travaux passés par la société d'économie mixte Gaz de Strasbourg, le Conseil n'a pas retenu d'entente sur la répartition des marchés dans la mesure où aucun élément de l'instruction n'a permis d'établir que cette répartition des lots aurait résulté d'une concertation entre entreprises (**05-D-04**).

## **Restrictions verticales**

### ***La méthode d'analyse des restrictions verticales***

Le règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité de Rome à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées constitue, dans le cadre de l'application du droit interne, un « *guide d'analyse* », depuis 2000. Le Conseil considère en effet que les restrictions verticales doivent être analysées en tenant compte de ces principes, même lorsque l'analyse n'est effectuée qu'au regard du droit national. C'est dans la décision 00-D-82 du 26 février 2001, relative aux glaces et crèmes glacées d'impulsion (confirmée en appel le 7 mai 2002), que le Conseil s'est, pour la première fois, explicitement référé aux principes du règlement communautaire, s'agissant d'une clause de non-concurrence de trois années imposée par Findus à ses concessionnaires exclusifs. La décision qualifie le règlement de « *guide d'analyse utile* ».

Ce règlement prévoit une exemption d'application du paragraphe 1 de l'article 81 aux accords de distribution, dits « accords verticaux », conclus entre des distributeurs et un fournisseur, lorsque, notamment, la part détenue par le fournisseur sur le marché pertinent sur lequel il vend ses biens et services ne dépasse pas 30 %, et ce, sous réserve que ces accords ne comportent pas de restrictions caractérisées, à savoir, pour l'essentiel, celles qui obligeraient chaque distributeur à respecter un prix de vente

identique, à s'interdire de revendre à un autre distributeur du réseau ou à s'interdire de répondre passivement à des commandes de clients situés hors de sa zone d'exclusivité (article 4 du règlement).

L'article 5 de ce règlement ajoute que ne sont pas exemptables certaines obligations et, notamment toute obligation directe ou indirecte de non-concurrence, dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans, étant précisé qu'une obligation de non-concurrence tacitement renouvelable au-delà d'une période de cinq ans doit être considérée comme ayant été imposée pour une durée indéterminée. L'article 1<sup>er</sup> (a) définit une obligation de non-concurrence comme « *toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec des biens ou des services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur d'acquiescer auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou services contractuels [...]* ».

Faisant application de ces principes, dans une décision **05-D-48**, relative à des pratiques mises en œuvre par la société ATA dans le secteur des taximètres, le Conseil a estimé que le système de quotas instauré par ATA dans ses contrats de distribution sélective ne constituait pas une clause de non concurrence. Dès lors, la part de marché d'ATA étant inférieure à 30 % et en l'absence de clause noire, cette clause a bénéficié de l'exemption automatique (pour d'autres applications du règlement 2790/1999, décisions **05-D-18** ; **05-D-32** ; **05-D-49**).

266

La nouvelle approche adoptée par le Conseil de la concurrence dans l'analyse des accords et restrictions verticales au regard du droit français de la concurrence depuis 2000 a été récemment renforcée par l'adoption de l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 qui instaure un « *de minimis* » (article L. 464-6-1 du Code de commerce) autorisant le Conseil à ne pas poursuivre une procédure dès lors que la part de marché des entreprises en cause n'excède pas certains seuils : « *15 % sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'un accord ou d'une pratique entre des entreprises ou organismes qui ne sont pas concurrents existants ou potentiels sur l'un des marchés en cause.* »

L'application de cet article doit cependant être écartée en présence de restrictions caractérisées dont la liste est fournie à l'article L. 464-6-2 du Code de commerce.

En conséquence, une entente, qui se trouverait en deçà de ces seuils, dits « *de minimis* » et qui ne mettrait pas en œuvre une de ces restrictions caractérisées, ne saurait revêtir d'effet sensible, la pratique sortant ainsi du champ de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

S'agissant des restrictions caractérisées, le Conseil a rappelé dans une décision relative à une saisine de la société Studio 26 à l'encontre des sociétés Rossimoda, Marc Jacob's International et LVMH Fashion Group que les pratiques alléguées étaient des pratiques de prix de revente imposés qui échappaient à la règle *de minimis* et qui étaient sanctionnables indépendamment de la part de marché du fournisseur (**05-D-06**).

## La mise en œuvre de cette méthode d'analyse

### • Les principes d'organisation d'un réseau de distribution sélective

Dans la décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de la bière (**05-D-50**), le Conseil a rappelé les trois conditions cumulatives qui justifient que les effets restrictifs de concurrence apportés par les contrats de distribution sélective soient considérés comme compensés par l'amélioration de la distribution permise par de tels contrats :

- « *premièrement, la nature du produit en question doit requérir un système de distribution sélective, c'est-à-dire qu'un tel système doit constituer une exigence légitime eu égard à la nature du produit concerné afin d'en préserver la qualité et d'en assurer le bon usage ;*
- *deuxièmement, les revendeurs doivent être choisis sur la base de critères objectifs de caractère qualitatif, qui sont fixés de manière uniforme pour tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire ;*
- *troisièmement, les critères définis ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire ».*

En l'espèce, le Conseil a précisé que la mise en place d'un contrat de distribution sélective par la société Brasseries Kronenbourg était justifiée par le fait que la commercialisation de la bière en fûts requiert, à la différence de celle vendue en bouteille ou en boîtes, la mise en œuvre d'équipements, de services d'assistance et de soins particuliers, en vue de préserver la qualité du produit jusqu'à son tirage destiné au consommateur final. Le fait que la société Brasseries Kronenbourg ait distribué la bière en fûts, sans contrat de distribution sélective, pendant longtemps, ne saurait l'empêcher de recourir à un tel système de vente.

Par ailleurs, la clause du contrat de distribution sélective imposant aux distributeurs la communication à Kronenbourg des factures relatives à la vente des produits Kronenbourg est licite au regard des règles rappelées plus haut, « *la possibilité de contrôle par le fournisseur du respect de l'étanchéité du réseau [étant] un élément nécessaire au bon fonctionnement du système ».*

### • L'interdiction de prix imposés

Dans une décision relative à une saisine de la société Studio 26 à l'encontre des sociétés Rossimoda, Marc Jacob's International, LVMH Fashion Group et LVMH Fashion Group France, le Conseil a rappelé sa jurisprudence concernant l'établissement de l'existence d'une entente verticale visant l'imposition d'un prix de revente. Selon cette jurisprudence, il faut démontrer que ces prix ont été évoqués au cours de négociations commerciales entre le fournisseur et ses distributeurs, que les prix ainsi déterminés ont été effectivement pratiqués par ces distributeurs – révélant l'existence d'un accord de volontés, donc d'une entente – et enfin, qu'un système de contrôle des prix a été mis en place par le fournisseur, un tel système étant, en général, nécessaire au fonctionnement durable d'une entente sur les prix. En l'espèce, le Conseil a relevé qu'aucun accord de volonté entre le fabricant et Studio 26 (un de ses distributeurs) n'était démontré, le seul élément figurant au dossier consistant en un courrier en date du 16 septembre 2003 du fabricant Rossimoda demandant à la société Studio 26 d'appliquer les coefficients multiplicateurs

aux prix de gros, auquel la société Studio 26 n'a pas obtempéré. Par ailleurs, il n'existait dans le dossier, aucun autre indice permettant de penser qu'il aurait existé une pratique de prix imposé suivie par d'autres distributeurs, et notamment des concurrents de la société Studio 26. Enfin, aucun des éléments recueillis au cours de l'instruction n'a permis de conclure à l'existence et l'efficacité d'un système de contrôle des prix. Par conséquent, le Conseil a rejeté la saisine pour défaut d'éléments probants **(05-D-06)**.

De même, dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'accueil touristique des agriculteurs sur leur exploitation, le Conseil a relevé qu'aucun élément du dossier ne permettait de qualifier une pratique de prix imposés **(05-D-22)**.

Dans quatre décisions, le Conseil a, au contraire, considéré que l'entente verticale sur les prix était établie.

Dans la décision relative à des pratiques mises en œuvre sur les marchés des armes et des munitions civiles, le Conseil a considéré que la société Browning Winchester avait imposé des prix de vente aux membres de son réseau de distribution. L'article 7.2. du contrat d'armurier pilote demandait aux revendeurs pilotes de s'engager à respecter la politique commerciale de Browning Winchester, notamment en matière de politique tarifaire et à s'abstenir de toute publicité centrée sur la possibilité d'acquérir des produits Browning et Winchester à des conditions incompatibles avec les prestations de conseil et de service à la clientèle auxquelles le revendeur pilote est tenu. Le Conseil a considéré que cet article exprimait la volonté du fournisseur de maîtriser son réseau de distribution en imposant un prix au revendeur pilote et que l'accord de volontés des membres de ce réseau avait résulté de la signature réitérée chaque année et pendant cinq ans de ce contrat de revendeur pilote. Enfin, Browning Winchester a diffusé dans son réseau des tarifs de vente. Ces agissements ont constitué un faisceau d'indices concordants d'entente sur les prix, malgré l'absence d'un relevé exhaustif des prix pratiqués par les distributeurs, d'autant plus que ce faisceau était étayé par des indices supplémentaires (intimidation de deux armuriers qui n'avaient pas adhéré aux pratiques, présentation, dans les catalogues des deux principales entreprises de vente par correspondance, des gammes Winchester et Browning à des prix publics très proches des tarifs de Browning Winchester) **(05-D-07)**.

Dans la décision relative à des pratiques mises en œuvre par la société Royal Canin et son réseau de distribution, le Conseil a constaté qu'il existait sur la période en cause une entente, entre Royal Canin et certains de ses grossistes, visant à imposer des prix de vente à ces derniers au stade de la vente de gros. Par ailleurs, le Conseil a également relevé la mise en œuvre d'une entente au niveau des prix de détails : l'existence de prix publics indicatifs établis et diffusés par Royal Canin, les conditions de cette diffusion, le respect de ces prix publics par les revendeurs et la mise en place d'un système de contrôle des prix, ont conduit à constater la participation d'entreprises du réseau de distribution Royal Canin à une série d'ententes verticales pour l'imposition d'un prix de vente aux consommateurs pour les gammes RCCI Size et Premium. Cette entente a impliqué les grossistes-distributeurs, les centrales de franchisés, les détaillants et Royal Canin **(05-D-32)**.



Dans une décision relative à la saisine de la SARL Avantage à l'encontre de pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'électronique grand public (**05-D-66**), le Conseil a rappelé les indices qui démontrent l'existence d'une série d'ententes verticales entre chaque fournisseur et chacun des distributeurs : l'évocation des prix de vente de détail au cours de négociations commerciales entre fournisseur et distributeurs, l'application par les distributeurs du prix de détail « conseillé » par le fournisseur et enfin l'existence d'un système de contrôle des prix, en général nécessaire au fonctionnement durable d'une entente sur les prix. Le Conseil a rappelé que l'entente entre un fabricant et ses distributeurs pouvait aussi être démontrée s'il « *existe un contrat prévoyant que le distributeur s'engage à respecter la politique commerciale de son cocontractant en matière de politique tarifaire ou permettant au fabricant de contrôler la publicité sur les prix faite par le distributeur [...]* ». Dans ce cas, l'accord de volonté des distributeurs qui peut, par ailleurs, être démontré par leur respect des prix « conseillés » par le fabricant, résulte de la signature de ce contrat. Le Conseil a précisé que « *dans les deux cas, l'entente est démontrée sans qu'il soit nécessaire d'avoir mis en cause chacun des distributeurs au stade de la notification de griefs, les fournisseurs prenant une part prépondérante dans la constitution de l'entente en diffusant des prix minimums conseillés et en veillant à ce qu'ils soient respectés par ces distributeurs* ».

En l'espèce, le Conseil a considéré qu'il était établi que Philips, Sony et Panasonic avaient diffusé à leurs distributeurs des prix de détail imposés, que ces derniers les avaient appliqués, l'alignement remarquable des prix pratiqués sur les prix « conseillés » ne pouvant résulter d'un simple parallélisme de comportement (alignement des prix de vente des nouveaux produits, avant même leur commercialisation ; coûts des distributeurs très différents entre les GMS, les discounters, les petites surfaces...), et enfin que les fabricants avaient exercé sur eux une véritable police des prix. S'agissant de Philips et de Sony, les revendeurs avaient en outre signé une charte selon laquelle ils devaient respecter la politique de communication des fabricants à travers leurs annonces de prix dans les publicités, ce qui venait encore renforcer l'entente.

Suivant la même analyse, dans une décision **05-D-70** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des vidéocassettes préenregistrées, le Conseil a considéré qu'il était établi que « *les prix aux consommateurs ont été systématiquement conseillés par BVHE (Buena Vista Home Entertainment) [...], que ces prix ont été effectivement et uniformément appliqués par les distributeurs [...] et que les parties, fournisseurs, grossistes et distributeurs, ont mis en place une politique de surveillance des prix et de remontées d'informations [...]. Ces trois éléments démontrent que l'alignement des prix résultait d'une entente verticale entre BVHE et ses distributeurs [...]* ». S'agissant de l'accord de volonté des distributeurs à l'entente sur les prix du fabricant, le Conseil a rappelé que « *lorsque l'entente s'appuie sur un système de ristournes faussement conditionnelles, l'accord de volonté des distributeurs est démontré par leur acceptation des conditions commerciales du fournisseur et leur volonté de considérer les prix de vente au détail "conseillés" comme le seuil de revente à perte alors qu'il est artificiel* ». En l'espèce, le caractère faussement conditionnel de certaines remises avait

artificiellement relevé le seuil de revente à perte, et donc les prix aux consommateurs.

#### • Les clauses d'exclusivité

Dans la décision relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché du chou-fleur de Bretagne, l'analyse des contrats « Industrie » a fait apparaître une clause d'exclusivité anticoncurrentielle (**05-D-10**).

Dans la décision relative à des pratiques mises en œuvre par la société Royal Canin et son réseau de distribution, le Conseil a estimé que Royal Canin et certains de ses grossistes avaient mis en œuvre des accords de restriction de clientèle, qui avaient eu pour objet et pour effet de restreindre le libre jeu de la concurrence intramarque sur le marché de gros des produits Royal Canin et avaient donc enfreint l'article L. 420-1 du Code de commerce (**05-D-32**).

En effet, Royal Canin et ses grossistes avaient signé des accords d'exclusivité réciproque aux termes desquels ces derniers bénéficiaient d'une exclusivité territoriale en contrepartie de laquelle ils s'interdisaient de distribuer des marques d'aliments secs pour chiens concurrentes de Royal Canin. Ces accords à durée illimitée limitaient également la clientèle servie par les grossistes à la distribution spécialisée, aux éleveurs professionnels et aux vétérinaires. Il résultait de la combinaison de ces clauses une totale étanchéité des réseaux de distribution entre eux et une absence totale, à l'époque des faits, des croquettes haut de gamme Royal Canin dans la grande distribution. La part de marché de Royal Canin excédant les 30 % sur le marché des croquettes haut de gamme et la clause d'exclusivité de clientèle se combinant avec une obligation d'achat exclusif et un accord de distribution exclusif, aucune exemption automatique ne pouvait couvrir ces pratiques en application du règlement 2790/1999 du 22 décembre 1999, contrairement à ce qui était allégué par Royal Canin.

#### • Les pratiques discriminatoires

Dans une décision **05-D-10** relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché du chou-fleur de Bretagne, le Conseil a jugé que des contrats à terme mis en place par le Cerafel (association regroupant les organisations de producteurs), garantissant à terme aux négociants la vente de quantités déterminées de choux-fleurs à des prix préfixés, recouvraient en réalité un procédé anticoncurrentiel, permettant de faire bénéficier certains clients d'un prix de faveur, inférieur aux prix du marché, tout en garantissant aux producteurs une rémunération égale aux prix du marché, grâce aux subventions accordées par l'ONIFLHOR et grâce à la contribution des organisations de producteurs. Ces clients privilégiés étaient choisis parmi les acheteurs importants, notamment les grands clients à l'exportation, tentés de faire jouer la concurrence en allant s'approvisionner dans d'autres pays européens. En outre, pour que la subvention ne profite qu'à ces clients et ne soit pas détournée vers ceux astreints à payer le prix du cadran, des restrictions quant à la destination finale des quantités ainsi commercialisées avaient été introduites dans les stipulations des contrats et un contrôle étroit du respect de ces clauses mises en place par le Cerafel. Au total, sous les apparences de contrats à terme, le Cerafel avait institué une entente anticoncurrentielle visant à avantager les exportations de choux-fleurs bretons, à destination de

certaines négociants prédéterminés, exerçant essentiellement hors de France, pratique contraire aux dispositions de l'article 81 § 1 du traité et L. 420-1 du Code de commerce.

En revanche, dans la décision relative à des pratiques mises en œuvre par la société Cinemat, le Conseil a estimé que les conditions de vente particulières accordées au réseau Videofutur par la société Cinemat, en ce qui concerne le cryptage des cartes de retrait, étaient justifiées par des contreparties objectives et réelles et qu'elles n'étaient donc pas discriminatoires **(05-D-18)**.

Dans une décision **05-D-34** relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la vente sur internet d'appareils audiovisuels, le Conseil a estimé qu'« [...] *aucun des éléments avancés concernant les pratiques de Sony France dans l'application de ses remises tarifaires qualitatives ne permet [tait] de présumer l'existence d'une dérogation accordée sciemment par Sony France à certains distributeurs à l'exclusion de certains autres, sans contrepartie réelle et sans justification, ni d'une absence de volonté de vérifier l'existence des services rendus ou encore d'une volonté de fausser la concurrence en avantageant une forme ou un canal de distribution. Aucune discrimination susceptible d'être qualifiée au titre de l'article L 420-1 du Code de commerce ne sembl [ait] donc pouvoir être caractérisée* ».

Dans la décision **05-D-72** relative à des pratiques mises en œuvre par divers laboratoires dans le secteur des exportations parallèles de médicaments, le Conseil a jugé que l'existence d'une discrimination par les laboratoires entre les exportateurs et les grossistes-répartiteurs n'était pas démontrée, la différence de traitement entre eux tenant avant tout au statut de chaque intervenant et à l'obligation d'approvisionnement du marché français pesant sur les grossistes-répartiteurs qui les plaçaient dans des situations différentes.

#### • **Autres restrictions verticales**

Dans la décision relative à des pratiques mises en œuvre par la société Cinemat, le Conseil a considéré que les conditions de vente de la société Cinemat à ses clients ne comportaient aucune restriction susceptible de limiter l'accès des fournisseurs concurrents au marché des distributeurs automatiques ou à un marché connexe. En effet, la limitation de la garantie des appareils, dans l'hypothèse où ceux-ci seraient réparés par des réparateurs non agréés ou avec des pièces qui ne seraient pas d'origine, était justifiée par la nécessité d'assurer le bon fonctionnement des appareils et était exemptable au titre du règlement de la Commission européenne CE n° 2790/1999 du 22 décembre 1999, relatif à l'application de l'article 81, § 3 du traité de Rome à des catégories d'accords verticaux, la part de marché de la société Cinemat étant estimée à environ 30 %. Par conséquent, le Conseil a prononcé un non-lieu à poursuivre la procédure **(05-D-18)**.

Dans la décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location entretien des machines d'affranchissement postal, le Conseil a considéré que les clauses de tacite reconduction, les clauses pénales et les clauses concernant les modalités de résiliation des contrats, insérées dans les contrats conclus respectivement entre les trois principaux opérateurs en place et les utilisateurs de machines à affranchir avaient verrouillé le marché et empêché les utilisateurs de changer de prestataires de service. Ces

pratiques verticales ont produit des effets d'éviction et de cloisonnement et n'étaient pas exemptables sur le fondement du règlement 2790/1999 du 22 décembre 1999, chacun des trois opérateurs détenant plus de 30 % de parts de marché. Ces accords relevaient ainsi de la prohibition des ententes anticoncurrentielles prévue par les articles 81 du traité CE et L. 420-1 du Code de commerce (05-D-49).

## ■ 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. »*

Aux termes de l'article 82 du traité instituant la Communauté européenne : « *Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci. Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :*

- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables,*
- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,*
- c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,*
- d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. »*

Le Conseil a souvent rappelé que le principe « *non bis in idem* » ne peut être valablement invoqué qu'en présence d'une éventuelle double condamnation pour les mêmes faits et sur le même fondement et que des faits examinés à la fois au titre de l'abus de position dominante et de l'abus de dépendance économique le sont sous deux qualifications différentes aux

éléments constitutifs distincts. En conséquence, aucun principe général du droit ne s'oppose à l'application cumulative de ces deux qualifications, à l'instar du cumul idéal d'infraction en matière pénale.

## 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, de même que celle de l'article 82 du traité, 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 opère, dans un deuxième temps de déterminer la position que cette ou ces dernières occupe sur ce marché puis, dans un troisième temps, au cas où la position dominante est caractérisée, d'examiner ces pratiques en vue de déterminer si elles présentent un caractère abusif et anticoncurrentiel.

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.

Toutefois, lorsqu'il rejette la saisine pour absence d'éléments suffisamment probants au titre de l'article L. 462-8, le Conseil peut être amené à considérer les faits non susceptibles d'être qualifiés d'abus prohibés par l'article L. 420-2 du Code de commerce et/ou l'article 82 du traité sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la délimitation exacte des marchés pertinents, ou encore sur l'existence d'une éventuelle position dominante **(05-D-52)**.

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 **(05-D-50)**.

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.

### Les situations de monopole de droit ou de fait

La détention d'un monopole, de droit ou de fait, suffit pour établir la position dominante de son titulaire. Il en est de même, lorsqu'une entreprise est en situation de quasi-monopole.

C'est ainsi que le Conseil a relevé, dans une affaire relative à la distribution d'électricité, que le monopole légal dont bénéficiait Électricité de Strasbourg

dans le département du Bas-Rhin en vertu de la loi du 8 avril 1946, existait toujours concernant les particuliers et les petites entreprises, après que la loi du 10 février 2000 a donné le droit à d'autres producteurs de vendre leur électricité à des consommateurs éligibles (industriels). Dès lors, Électricité de Strasbourg était en position dominante pour cette catégorie de clientèle **(05-D-15)**.

De même, dans une affaire relative au secteur des espaces publicitaires du réseau des transports en commun urbains, le Conseil a précisé que la SNCF détenait, à l'époque des faits, le monopole légal du transport public ferroviaire sur le territoire national **(05-D-53)**.

Dans une affaire relative au secteur de la distribution de l'eau en Île-de-France, le Conseil a apprécié le comportement de la société Lyonnaise des Eaux, détenteur d'un monopole de fait sur le marché amont de la fourniture d'eau en gros pour les 55 communes desservies par le réseau d'approvisionnement privé en sa possession, ainsi que celui du Syndicat des Eaux d'Île-de-France, en monopole de fait sur le marché de la fourniture d'eau aux consommateurs situés sur son territoire **(05-D-58)**.

De même, dans une affaire relative au secteur de l'internet haut débit, le Conseil a souligné, qu'à l'époque des faits, France Télécom détenait un monopole de fait sur les offres de gros d'accès haut débit à l'ADSL car, compte tenu de sa position prépondérante ou monopolistique sur la boucle locale reliant chaque abonné au répartiteur et sur le transport sur le réseau, l'opérateur historique était le seul à offrir des prestations de gros aux FAI permettant à ces derniers de bâtir des offres de détail d'accès internet ADSL **(05-D-59)**.

Le Conseil a adopté une approche similaire s'agissant des prestations nécessaires aux fournisseurs de services pour accéder au réseau Téléétel, pour lesquelles France Télécom était également en monopole à l'époque des faits **(05-D-42)**.

Enfin, le Conseil a relevé, dans une affaire relative au secteur du routage, que *La Poste* détenait, sur le segment aval des marchés du routage, le monopole sur la levée, le tri et la distribution de certains objets postaux (inférieurs à 350 grammes ou d'un tarif d'affranchissement inférieur à cinq fois le tarif de base jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2003, et, depuis cette date, à 100 grammes ou inférieurs à trois fois le tarif de base), ce qui suffisait à caractériser sa position dominante **(05-D-63)**.

Par ailleurs, dans une affaire relative au secteur de l'entretien et de la réparation des articles d'horlogerie, le Conseil a appliqué aux montres de la société Jaeger Lecoultré la jurisprudence constante selon laquelle il existe un marché distinct des pièces de rechange des appareils d'une marque sur lequel cette marque détient un monopole et selon laquelle l'entreprise gestionnaire de la marque se trouve ainsi en position dominante sur le marché de ses propres pièces de rechange **(05-D-46)**.

Dans une affaire relative à l'activité de transport de voyageurs à destination de l'île Saint Honorat, le Conseil a souligné que la Congrégation cistercienne de l'Immaculée Conception, détenant la concession exclusive de l'utilisation et de l'entretien de l'unique ponton permettant d'accoster sur l'île, était en

monopole et dès lors en position dominante sur le marché de la desserte de l'île Saint Honorat **(05-D-60)**.

Le Conseil a également retenu que, compte tenu de la relation de sous-régie exclusive entre la société ODA – en situation de monopole pour la publicité dans les annuaires de France Télécom – et la société Havas Dom concernant les DOM, cette dernière était en position dominante sur le marché distinct de la publicité dans les annuaires de France Télécom dans les DOM **(05-D-73)**.

Il a, enfin, relevé que La Monnaie de Paris était la seule société, à l'époque des faits, à fabriquer des médailles-souvenirs et était donc en position dominante sur ce marché **(05-D-75)**.

### *L'appréciation de la position dominante individuelle*

#### • Situation constitutive d'une position dominante

De manière générale, bien que la part de marché ne soit pas l'unique critère pour démontrer la position dominante, elle constitue cependant un paramètre important d'appréciation retenu par la jurisprudence.

Ainsi, dans une affaire relative à la presse quotidienne régionale, le Conseil a pris en compte le fait que le groupe La Provence (anciennement dénommé Le Provençal) détenait, en 1993, au travers de ses trois titres, *Le Provençal* (55 %), *Le Soir* (9 %) et *Le Méridional* (30 %), 92 % du marché de la presse quotidienne régionale à Marseille **(05-D-44)**.

De même, dans une affaire relative au marché des services de manutention des grumes, le Conseil a relevé que la société Delmas se trouvait en position dominante car elle avait une part de marché (en volume) de plus de 99 % sur le port de La Rochelle, de 83 % sur un marché regroupant La Rochelle et Nantes et, compte tenu de la place importante de La Rochelle dans les importations françaises de grumes, de plus de 50 % même si la dimension géographique du marché était élargie **(05-D-28)**.

L'examen des parts de marché peut de plus être confirmé par d'autres critères. C'est ainsi que, dans une décision relative au marché de la télévision à péage, le Conseil a repris l'analyse qu'il avait déjà réalisée dans une décision 98-D-70 du 24 novembre 1998 sur la situation du marché à l'époque des faits et a considéré qu'avec au moins deux tiers des abonnés, une spécialisation, une présence historique sur ce marché ainsi qu'une alliance avec une société puissante et aux activités complémentaires aux siennes, la société Canal Plus se trouvait en position dominante **(05-D-13)**.

À côté du calcul des parts de marché en valeur absolue, le Conseil s'attache à étudier la part relative de l'opérateur dominant par rapport à celle de ses concurrents, pour démontrer sa position dominante sur un marché. Il utilise également d'autres critères pour établir le pouvoir de marché d'une entreprise.

Ainsi, s'agissant d'un marché de prestations funéraires dans l'arrondissement de Pontarlier, le Conseil a déterminé la position dominante de la régie municipale des pompes funèbres de Pontarlier en s'appuyant notamment sur le fait que, sur les années concernées (1998 à 2000), sa part de marché

était de 64,56 % à 56,64 % alors que la part de son principal concurrent allait de 6,5 % à 8 % **(05-D-39)**.

Enfin, dans une affaire relative au marché des aliments secs pour chien vendus en magasins spécialisés, le Conseil a apprécié la position dominante de la société Royal Canin à partir d'une série d'éléments. Il a tout d'abord relevé que la société Royal Canin possédait, sur l'ensemble de la distribution spécialisée (magasins spécialisés et prescripteurs), une part de marché relative importante – les deuxième et troisième fabricants ne représentant respectivement que le tiers et le quart de la part de Royal Canin – ainsi qu'une part de marché d'au moins 40 % (de 63 % concernant les produits nutritionnels) dans les magasins spécialisés. Il a ensuite souligné que Royal Canin possédait deux des trois premières marques dans le canal des magasins spécialisés, considérées comme incontournables et dont l'une est la marque leader, sur un marché de marques où les investissements élevés constituent des barrières à l'entrée pour lancer des marques concurrentes. Le Conseil a enfin pris en compte les divers éléments témoignant de l'importance et de la notoriété de la société Royal Canin sur le marché, parmi lesquels son antériorité sur les produits nutritionnels, dont elle fut le précurseur en France, sa présence incomparable sur les lieux de vente, notamment *via* son réseau de distributeurs et ses contacts permanents avec 50 % des prescripteurs **(05-D-32)**.

#### ● Situation non constitutive d'une position dominante

Le Conseil a conclu à plusieurs reprises cette année, après la délimitation du marché pertinent, que la société dont la position était étudiée n'avait qu'une faible part sur le marché défini et ne pouvait, dès lors, être considérée comme en position dominante **(05-D-11 ; 05-D-31)**. Il en est de même quand la société n'est pas le leader du marché, bien qu'elle dispose d'une part de marché non négligeable **(05-D-53)**.

Le Conseil appuie ses conclusions sur les valeurs absolues ou relatives des parts de marché des opérateurs. Dans une affaire relative au secteur des distributeurs automatiques de vidéocassettes, le Conseil a relevé que, sur le marché pertinent sur lequel opérait la société Cinémat, et qui comprenait au moins les distributeurs automatiques de location de vidéocassettes et DVD, ses ventes étaient estimées à environ 30 % en 2001, alors que quatre autres fabricants ayant des parts de marché supérieures à 10 % avaient été recensés. Il a en outre noté que Cinebank, marque sous laquelle la société Cinemat commercialise ses distributeurs, n'était pas incontournable. Il en a dès lors conclu que la société Cinemat ne pouvait être considérée comme occupant une position dominante, qui lui permettrait d'évincer ses concurrents ou de fermer l'accès à ce marché ou à des marchés connexes **(05-D-18)**.

Dans une affaire relative au secteur de la bière, le Conseil a souligné que l'existence d'un concurrent d'une puissance équivalente à la sienne ne permettait pas à la société Brasseries Kronenbourg d'adopter le comportement indépendant caractérisant une position dominante **(05-D-50)**.

De même, dans une affaire relative au marché mondial de l'observation par satellite, le Conseil a estimé qu'il n'existait pas de position dominante sur ce marché, en l'absence de barrières à l'entrée et les sociétés exploitant les deux premiers satellites ayant chacune 40 % de parts de marché **(05-D-54)**.



Le Conseil examine également l'évolution des parts de marché. Dans une affaire relative au marché de la manutention de la pâte à papier, le Conseil a estimé que la société Cogema n'était plus en position dominante, compte tenu de l'entrée sur le marché d'une société lui ayant fait perdre en quelques mois la moitié de ses parts et de la création rapide d'un duopole équilibré en termes de parts de marché, le nouvel entrant proposant des niveaux de prix et de qualité supérieurs **(05-D-28)**.

De même, dans une affaire relative au secteur des taximètres, le Conseil a relevé que les parts de marché, en volume, de la société ATA étaient tombées de 42,5 % à 16,5 % de 1993 à 1995 et a noté que cette chute s'expliquait par l'introduction sur le marché de nouveaux modèles de taximètres, notamment ceux de la société Semel, ayant mis fin à l'avantage technologique dont bénéficiait la société ATA depuis le début des années 1980. Le Conseil a conclu que cette évolution montrait que la société ATA n'était pas, aux dates des saisines, en position dominante sur le marché des taximètres **(05-D-48)**.

### *L'appréciation de la position dominante collective*

Le Conseil s'est prononcé plusieurs fois cette année sur la question de la dominance collective.

Dans une affaire relative au secteur de la distribution de la presse, le Conseil a réaffirmé la position soutenue dans une décision 03-MC-04 du 22 décembre 2003 et confirmée par la cour d'appel dans un arrêt du 12 février 2004 et n'a pas exclu que, compte tenu du niveau respectif de leurs parts de marché, de leurs liens juridiques, financiers et commerciaux ainsi que de la mise en œuvre d'une stratégie commerciale conjointe, les sociétés NMPP et la SAEM-TP occupent, conjointement, une position dominante sur le marché de la distribution de la presse au numéro **(05-D-01)**.

Dans une affaire relative au secteur de l'affranchissement postal, le Conseil a estimé que les sociétés Neopost et Satas détenaient ensemble une position dominante sur le marché à hauteur d'une part de marché variant entre 63 % et 68 %. Le Conseil a pour ce faire tout d'abord relevé que les deux sociétés étaient toutes deux filiales à 100 % du groupe Neopost, mais qu'elles ne constituaient pas une entité unique au sens du droit de la concurrence, compte tenu notamment de leur autonomie commerciale, de l'indépendance de leurs dirigeants et de la concurrence qu'elles se livraient, notamment dans des appels d'offres pour lesquels elles proposaient des conditions tarifaires différentes. Il a ensuite souligné que l'ensemble Neopost-Satas pouvait, dans une certaine mesure, s'affranchir du comportement de leur principal concurrent, qui avait été incapable de constituer un réel contrepoids **(05-D-49)**.

Enfin, dans une affaire relative au secteur de la collecte des déchets, le Conseil a considéré qu'une situation de dominance collective était douteuse en l'espèce, dès lors que l'une des trois conditions d'existence de celle-ci, fixées par la jurisprudence communautaire (Tribunal de Première Instance, 6 juin 2002, Airtours, T-342/99) – à savoir, la transparence du marché, la possibilité d'exercer des représailles sur les « déviants » de l'entente et l'absence de « *francs-tireurs* » – n'était manifestement pas remplie. Il résultait, en effet, des éléments versés au dossier qu'il existait des « *francs-tireurs* » capables de remettre en cause la position commune éventuellement adoptée par les

leaders du marché, à savoir les PME présentes sur le marché, dont certaines avaient effectivement remporté deux des trois lots sur le marché local considéré (05-D-35).

### **Qualification des pratiques imputables à une entreprise en position dominante**

La simple détention d'une position dominante sur un marché n'est pas répréhensible en soi au regard de l'article L. 420-2 du Code de commerce. Une pratique n'entre sous cette qualification que si elle est considérée comme abusive.

#### *Les pratiques ayant été qualifiées d'abusives*

L'article L. 420-2 du Code de commerce comporte une liste non limitative de 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.

- **Pratiques commerciales, contractuelles et tarifaires visant à entraver ou à empêcher l'entrée d'opérateurs sur un marché**

#### *Clauses d'exclusivité*

Dans une décision relative au secteur de la distribution de croquettes pour chien, le Conseil a sanctionné la société Royal Canin pour avoir mis en place avec ses grossistes-distributeurs des accords d'exclusivité à durée illimitée concernant le territoire, les produits et la clientèle, ces clauses ayant abouti à une totale étanchéité des réseaux de distribution entre eux et à une absence totale, à l'époque des faits, de croquettes haut de gamme Royal Canin dans la grande distribution (05-D-32).

#### *Remises de fidélité*

Dans la même affaire, le Conseil a sanctionné des remises purement quantitatives calculées sur une période de référence d'un an ainsi que des remises de progression octroyées par la société Royal Canin et portant sur le chiffre d'affaires global réalisé. Pour établir le caractère fidélisant de ces remises, le Conseil a notamment relevé qu'elles n'étaient pas économiquement justifiées, qu'elles ne pouvaient être combattues par des concurrents qu'au prix d'efforts disproportionnés, qu'elles étaient calculées sur une gamme variée de produits, qu'elles étaient personnalisées, qu'un grand nombre de discriminations étaient opérées, qu'un grand nombre de seuils étaient prévus et que leur période de référence était relativement longue (05-D-32).

#### *Ventes liées ou rabais de couplage*

Dans une affaire relative à la presse quotidienne régionale à Marseille, le Conseil a rappelé une jurisprudence constante, selon laquelle lorsqu'un opérateur économique, en position dominante sur le marché d'un produit dit « *liant* », lie, de façon obligatoire, la vente de ce produit, considéré comme

indispensable, à la vente d'un autre produit, dit produit « *lié* », cette pratique de couplage est susceptible d'entrer dans le champ d'application de l'article L. 420-2 du Code de commerce. En l'espèce, le Conseil a relevé que *La Provence*, anciennement dénommée *Le Provençal*, avait lié, de façon obligatoire, la vente des insertions publicitaires dans le quotidien *Le Provençal* à la vente d'insertions publicitaires dans *Le Méridional*, alors qu'un découplage physique des espaces publicitaires des deux titres en cause était praticable, ce lien obligatoire n'ayant pu être imposé par *La Provence* qu'en raison de la position « *incontournable* » du journal *Le Provençal*, disposant de 55 % du marché du lectorat de la presse quotidienne régionale à Marseille et indispensable, pour tous les annonceurs et notamment les salles de cinéma de Marseille, afin de réaliser leurs encarts publicitaires. Le Conseil a considéré qu'en empêchant les annonceurs et notamment les exploitants de salles marseillais de diversifier leurs achats publicitaires, cette pratique avait porté atteinte aux autres opérateurs du marché, à savoir, notamment, le quotidien concurrent, *La Marseillaise* et avait eu pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché de la publicité dans la presse quotidienne régionale marseillaise **(05-D-44)**.

Par ailleurs, dans une décision relative à des engagements de la société des auteurs et compositeurs dramatiques, le Conseil a estimé que le couplage mis en œuvre par celle-ci, de l'ensemble des droits audiovisuels et de représentation constituait, au sens de la jurisprudence SABAM, une restriction qui pouvait être qualifiée d'abus de position dominante **(05-D-16)**.

Enfin, dans une affaire relative au secteur de la fourniture d'eau en Île-de-France, le Conseil a sanctionné la Lyonnaise des Eaux, en monopole de fait sur le marché amont de la fourniture d'eau en gros pour les 55 communes desservies par le réseau d'approvisionnement privé en sa possession, pour avoir proposé une discrimination à son avantage sur le prix de la fourniture d'eau dans le cadre de son offre globale (comprenant la fourniture de l'eau et sa distribution) pour la délégation du Syndicat NEE (regroupant sept communes) par rapport à celui de son offre dissociée ne concernant que la vente en gros de l'eau. Cette pratique avait un objet et pouvait avoir un effet anti-concurrentiel, dans la mesure où elle visait à handicaper l'offre concurrente sur le seul marché aval, c'est-à-dire celui de la distribution **(05-D-58)**.

#### *Durée excessive des contrats*

Dans une affaire relative au secteur de l'affranchissement postal, le Conseil a sanctionné les sociétés Neopost et Satas, détenant ensemble une position dominante collective, pour avoir mis durablement en œuvre des contrats d'une durée excessive et injustifiée, notamment au regard de la durée d'amortissement des machines concernées, comportant par ailleurs des clauses de dénonciation dissuasives et ayant eu pour effet de verrouiller le marché en cause **(05-D-49)**.

#### ● **Refus de vendre ou de contracter afin d'empêcher l'accès de concurrents au marché**

Dans une affaire relative au secteur des médailles-souvenirs, le Conseil a sanctionné la *Monnaie de Paris*, en position dominante sur le marché de la fabrication des médailles-souvenirs, pour avoir, sans justifications objectives, refusé de livrer les sociétés LB & Associés et Médailles et Souvenirs,

refus susceptible de créer un obstacle à l'entrée de sociétés concurrentes de la société EVM sur le marché de la distribution de médailles-souvenirs, qui disposait grâce à son partenariat avec la *Monnaie de Paris* d'un important avantage concurrentiel **(05-D-75)**.

- **Refus d'accès afin d'empêcher l'accès de concurrents au marché et ciseau tarifaire**

Dans une affaire relative au secteur de l'accès à l'internet haut débit, le Conseil a considéré que la société France Télécom avait abusé de sa position dominante en refusant, de façon injustifiée, à la société Neuf Télécom l'accès à la facilité essentielle que constituent la boucle locale et son prolongement jusqu'au *Broadband Access Server*. Ce refus avait eu pour objet et pour effet de maintenir artificiellement le quasi-monopole de l'opérateur historique sur le marché amont du haut débit par l'ADSL. Concernant la durée de la pratique, la société France Télécom avait tout d'abord entretenu l'ambiguïté puis avait opposé un refus à la demande d'accès de Neuf Télécom. Elle avait, un an plus tard, rendu disponible une offre à un tarif dont la structure et le niveau significativement supérieur aux coûts encourus pour la fourniture de ce service créaient un effet de ciseau tarifaire et ne permettaient pas aux opérateurs de concurrencer de manière effective ses propres offres destinées aux FAI. Cet effet de ciseau n'avait disparu qu'après deux ans et plusieurs baisses des tarifs de gros **(05-D-59)**.

- **Prix imposés**

Dans une affaire relative au secteur de la distribution de croquettes pour chien, le Conseil a sanctionné la société Royal Canin pour avoir, s'agissant des commandes de plus de 300 kg, imposé des prix pour la vente aux détaillants, respectés par les grossistes. Le Conseil a également considéré comme constituant un abus de position dominante le fait, pour Royal Canin, d'établir et de diffuser dans l'ensemble de son réseau des prix publics indicatifs, d'organiser un relevé exhaustif et une analyse des prix publics pratiqués et d'être intervenu auprès de détaillants pour faire respecter ces prix **(05-D-32)**.

- **Pratiques discriminatoires**

Dans une affaire relative au secteur du routage, le Conseil a sanctionné la société *La Poste* pour n'avoir pas respecté le principe de non-discrimination dans l'application de ses tarifs, en acceptant tout d'abord, *via* ses délégations, ses centres de tri ou ses bureaux de poste, des dépôts de certains émetteurs de courriers à des conditions dérogatoires et sans que ces dépôts répondent aux conditions de volume et de tri prévues par les tarifs de *La Poste*. Le Conseil a également sanctionné *La Poste* pour avoir, sans justification, accordé à sa filiale Datapost un taux de remise unique pour son activité en concurrence ne correspondant pas aux conditions des contrats et pour lui avoir autorisé les dépôts sans bordereau, ce qui avait procuré un avantage concurrentiel à Datapost par rapport à ses concurrents **(05-D-63)**.

- **Pressions**

Dans une affaire relative au secteur de la fourniture d'eau en Île-de-France, le Conseil a sanctionné le Syndicat des Eaux d'Île-de-France (Sedif) pour avoir

abusé du pouvoir de marché qu'il tirait de sa position de monopoleur de fait dans la production et la distribution d'eau sur le territoire de ses communes adhérentes, en exerçant des pressions sur les autorités de tutelle de son concurrent afin de l'empêcher de conquérir, à son détriment, un client important. Ces pressions, qui constituaient une immixtion dans la liberté contractuelle de ce concurrent fournisseur d'eau, avaient pour objet explicite d'empêcher la finalisation d'une convention tarifaire entre la Sagep et son prospect la Semmaris (05-D-58).

### *Les pratiques n'ayant pas été qualifiées d'abusives*

- **Pratiques commerciales, contractuelles, tarifaires visant à entraver ou à empêcher l'entrée d'opérateurs sur un marché**

#### *Ventes liées ou rabais de couplage*

Dans une affaire relative au marché de la télévision à péage, le Conseil a considéré que l'offre commerciale couplée comprenant les bouquets respectifs des sociétés Canal Plus et CanalSatellite à un prix inférieur à la somme des prix de chaque produit vendu séparément ne constituait pas un abus, par la société Canal Plus, de la position dominante qu'elle détenait sur ce marché à l'époque des faits. Le Conseil a pour cela tout d'abord rappelé que la position dominante occupée par la société Canal Plus sur le marché de la télévision à péage ne pouvait justifier que lui soit, *a priori* et par principe, interdit le lancement d'offres couplant la chaîne Canal Plus au bouquet Canal-Satellite et qu'il convenait donc de rechercher si cette pratique revêtait un objet ou présentait des effets anticoncurrentiels. Il a ensuite estimé que, compte tenu des économies de coûts, notamment dans la gestion des décodeurs, la facturation et la prospection commerciale que constituaient pour la société le fait de n'avoir qu'un seul abonné plutôt que deux pour les deux produits, il n'était pas démontré que l'offre couplée ait excédé les limites d'un comportement de concurrence par les mérites et ait eu un objet anticoncurrentiel, dès lors qu'elle pouvait permettre de répercuter ces économies sur les clients et d'offrir certains autres avantages aux consommateurs. Il a également relevé qu'aucune des trois conditions posées par la jurisprudence pour établir qu'une pratique de couplage a nécessairement eu des effets sur le marché affecté n'était vérifiée, dès lors que la société Canal Plus n'avait pas lié une prestation de monopole à une prestation offerte sur un marché connexe et concurrentiel, qu'il n'était pas démontré que son produit était incontournable sur le marché et que l'offre de couplage était « mixte » et non « pure », l'achat séparé restant toujours possible. Enfin, le Conseil a conclu que, malgré l'importance de la remise consentie sur l'abonnement à CanalSatellite (près de 50 %), l'offre couplée concernée n'avait pas été accompagnée de campagnes de publicité autres que du marketing direct, n'avait duré que cinq mois et qu'elle n'avait pas empêché la société TPS d'entrer sur le marché et d'y augmenter ses parts de marché, si bien qu'il n'était pas démontré qu'elle ait eu des effets anticoncurrentiels (05-D-13).

Dans une affaire relative à la presse quotidienne à Marseille, le Conseil a considéré qu'il ne pouvait être fait grief au groupe *Le Provençal* d'avoir opposé un refus d'insérer gratuitement la grille de programmes d'un cinéma dans la partie éditoriale du *Provençal*, eu égard à la liberté rédactionnelle

dont dispose tout organe de presse. Il a par ailleurs estimé, qu'étant donné que les exploitants de salles de cinéma disposaient de la faculté d'acheter séparément la publication de leurs programmes, en tant que publicité ou petites annonces, soit dans l'une des éditions quotidiennes du groupe, soit dans l'un des suppléments hebdomadaires des titres en cause, le groupe proposait un couplage « mixte », laissant aux acheteurs le choix d'acquérir des espaces publicitaires dans les éditions quotidiennes et hebdomadaires conjointement ou séparément, ce qui ne constituait pas une pratique anti-concurrentielle **(05-D-44)**.

#### *Remises*

Dans une affaire relative au marché de la télévision à péage, le Conseil a estimé que les diverses offres de remises et promotions mises en œuvre par le groupe Canal Plus depuis la création de TPS – lesquelles avaient toutes pour résultat de procurer un avantage financier au futur abonné et ne se justifiaient pas essentiellement par le passage à la technologie numérique, qui avait fait l'objet de promotions spécifiques antérieurement – n'avaient pas excédé les limites d'un comportement normal de concurrence par les mérites, en ce qu'elles constituaient une riposte à l'agressivité commerciale et aux propres promotions de TPS et en ce que chacune de ces pratiques constituait une pratique isolée, appliquée pendant une brève période, sans qu'il soit possible de démontrer qu'elles constituaient ensemble une opération unique visant à évincer TPS du marché **(05-D-13)**.

282

#### *Ciseau tarifaire*

Dans une affaire relative au marché de la manutention des grumes, le Conseil a considéré qu'il n'était pas établi que la société Delmas – en position dominante sur ce marché – avait proposé à la société Fast des tarifs pour le déchargement des grumes du bateau au terre-plein créant un effet de ciseau tarifaire et empêchant d'éventuels concurrents d'offrir des prix compétitifs aux acheteurs de grumes pour l'ensemble des prestations de passage portuaire. Il a en effet relevé, tout d'abord, que le tarif concerné ne figurait sur aucun document commercial signé de la société Delmas, si bien qu'une négociation ou une approbation de ce tarif par la société dominante n'était pas établie, et que le seul exemple de son application concernait la facturation de la prestation par la société Fast à la société Delmas et non l'inverse. Le Conseil a de plus pris en compte le fait qu'il ne semblait exister aucun obstacle dirimant à l'exercice de la prestation de déchargement par un concurrent de la société Delmas, l'accès au marché n'étant pas contraint, les équipements portuaires étant publics et tarifés sur une base horaire et les coûts de main-d'œuvre étant des coûts variables. Enfin, le Conseil a souligné qu'il était possible de douter de la réelle volonté de la société Fast de rentrer sur l'un ou l'autre des segments du marché de manutention des grumes, étant donné le peu de tentatives effectuées et l'absence de mise en place préalable d'une force commerciale dédiée **(05-D-28)**.

#### *Prix abusivement élevés*

Dans une affaire relative à la distribution de l'électricité dans le Bas-Rhin, le Conseil a rappelé les jurisprudences interne (décisions 00-D-27 du 13 juin 2000, Prison d'Osny, et 03-D-18 du 10 avril 2003, société GLEM contre Institut

national de l'audiovisuel) et communautaire (CJCE, General Motors, 13 novembre 1975 et CJCE, 11 novembre 1986, British Leyland), selon lesquelles une pratique de prix abusivement élevés peut être établie s'il existe une disproportion manifeste entre ce prix et la valeur du service correspondant, et si cette disproportion ne s'appuie sur aucune justification économique. Il a également rappelé que, s'il n'est pas possible d'établir cette disproportion par l'examen des coûts, la jurisprudence permet de recourir à une évaluation par comparaison avec les prix pratiqués par des entreprises placées dans des situations équivalentes. En l'espèce, le Conseil a estimé que l'augmentation de tarif dénoncée pouvait être justifiée par une prise en compte plus réaliste des coûts effectifs de raccordement, que la constatation d'une disproportion manifeste entre le prix et la valeur du service correspondant n'était appuyée d'aucun élément probant et, au surplus, qu'il fallait noter que l'effet des hausses en cause devait être relativisé au regard du montant absolu auquel les pourcentages mentionnés s'appliquaient, qui ne dépassait pas quelques dizaines d'euros (05-D-15).

- **Refus de vente ou de contracter afin d'empêcher l'accès de concurrents au marché**

Dans une affaire relative au secteur de l'entretien et de la réparation des articles d'horlogerie, le Conseil a rappelé que la liberté d'organisation de son réseau de distribution par un fournisseur constituait un principe de base, sous réserve que les modes de distribution mis en œuvre n'aient pas pour objet ou pour effet d'affecter le fonctionnement du marché. En l'espèce, le Conseil a estimé que l'entreprise Jaeger Lecoultre n'avait pas abusé de sa position dominante sur le marché de ses pièces détachées. Il a en effet tout d'abord relevé qu'elle produisait elle-même la quasi-totalité des pièces détachées utilisées dans la réparation de ses produits. Il a ensuite souligné que les restrictions qu'elle avait imposées dans la vente des pièces de rechange étaient la conséquence de la réorganisation de son service après-vente, effectuée en vue d'en améliorer la qualité et de promouvoir l'image de la marque et non pour accroître ses profits. Il a enfin noté que la société effectuait désormais elle-même les réparations sur ses montres ou avait recours à sept distributeurs agréés et que l'arrêt des livraisons de pièces détachées à des réparateurs indépendants était la conséquence logique de cette réorganisation (05-D-46).

Dans une affaire relative au secteur des exportations de médicaments, le Conseil a estimé que, dans le contexte français – caractérisé par une réglementation des prix et la présence d'exportateurs indépendants, dont la situation est spécifique et n'est notamment pas comparable à celle des grossistes-répartiteurs – il n'apparaissait pas abusif pour un laboratoire, de défendre ses intérêts commerciaux en refusant de livrer un de ses produits à un prix administré à un opérateur ne vendant aucun produit sur le marché national (pour lequel la réglementation des prix a été élaborée) et ne recherchant ce produit qu'à la condition que le prix fixé par les pouvoirs publics lui permette de le revendre sur un marché étranger avec profit (05-D-72).

- **Refus d'accès afin d'empêcher l'accès de concurrents au marché**

Dans une affaire relative à l'activité de transport de voyageurs à destination de l'île Saint Honorat, le Conseil a conclu que la Congrégation cistercienne de

l'Immaculée Conception n'avait pas abusé des droits exclusifs détenus pour l'utilisation et l'entretien des différents ouvrages d'accostage en interdisant aux autres compagnies maritimes de transport de passagers d'accoster sur l'unique débarcadère de l'île. Il a en effet considéré que la création de la compagnie de transport Planaria et sa desserte monopolistique de l'île répondaient à une nécessité objective, justifiée par la géographie particulière des lieux, le caractère privé de l'île et la nécessité d'assurer la maîtrise du flux des visiteurs, aucune autre solution permettant d'atteindre les mêmes objectifs mais présentant moins de restrictions de concurrence n'ayant pu être mise en évidence **(05-D-60)**.

### • Pratiques discriminatoires

Dans une affaire relative aux prestations nécessaires aux fournisseurs de services pour accéder au réseau Télétel, le Conseil a considéré que la dénonciation (mise en cause par le saisissant) du contrat Teletel le liant à la société France Télécom, ainsi que les cas évoqués d'attribution de codes Teletel par l'opérateur historique n'étaient pas abusifs, dès lors que les décisions de France Télécom étaient toujours justifiées objectivement, soit par le fait que le code concerné était générique (notamment suite au changement des noms des séries du baccalauréat), soit parce que la société France Télécom se conformait à des décisions du Comité de la Télématique Anonyme, en charge du respect des recommandations de nature déontologique applicables aux services offerts sur les accès télématiques anonymes, écrits ou vocaux, et à leurs conditions d'accès **(05-D-42)**.

De même, dans une affaire concernant le secteur du routage, le Conseil a considéré que, les seuils fixés par *La Poste* pour accéder à ses contrats commerciaux étant justifiés par des considérations techniques, *La Poste* n'avait pas commis d'abus de position dominante **(04-D-63)**.

### • Subventions croisées, aides commerciales accordées à une filiale, prix prédateurs

#### *Prix prédateurs*

Dans une affaire relative au marché de la télévision à péage, le Conseil a rappelé que la démonstration d'une pratique de prédation, qui suppose que l'entreprise prédatrice subisse des pertes, exigeait que plusieurs conditions soient réunies : domination de l'entreprise présumée prédatrice, prix inférieur au concept de coût pertinent et stratégie d'éviction rendue en particulier crédible par la possibilité de récupération des pertes, une fois le concurrent sorti du marché (cette possibilité étant évaluée au moment de la mise en œuvre de la stratégie). En l'espèce, il a précisé que l'appréciation d'un prix prédateur ainsi que l'évaluation du coût variable moyen devait s'appliquer sur l'ensemble de l'offre couplée et non pas seulement sur la prestation supplémentaire, le partage entre Canal Plus et CanalSatellite ou le fait que l'offre « *CanalSatellite numérique* » soit proposée dans l'offre couplée à un prix inférieur à ses coûts moyens variables n'étant donc pas pertinents. Le Conseil a estimé qu'il était hautement vraisemblable que la marge dégagée sur l'abonnement à Canal Plus, du fait d'un prix très au-dessus du coût marginal d'un abonné à cette chaîne, (et estimée par TPS



lui-même à  $175 - 40 = 135$  F) couvrait la différence entre le prix additionnel proposé pour l'abonnement à CanalSatellite dans l'offre couplée (50 F) et les diverses estimations du coût marginal d'un abonné à CanalSatellite (variant entre 64 F et 70 F selon les approches). Il a en outre précisé que la faible durée des pratiques en cause et la puissance financière de TPS, capable d'émettre des offres couplées, rendaient improbable la réussite, voire l'existence, d'une stratégie d'éviction **(05-D-13)**.

De même, dans une affaire relative au marché national du traitement des données satellites destinées à des applications dans les secteurs de l'agriculture et de l'environnement, le Conseil a considéré que les prix pratiqués par la société Scot Conseil, en position dominante sur ce marché n'étaient pas prédateurs : ses prix journaliers (soit 700 € la journée d'ingénieur) constituant l'essentiel des coûts variables dans cette activité de service, permettaient de dégager une marge de 44 % sur le coût du salarié. Il ne ressortait par ailleurs pas du dossier que Scot ait sous-estimé le nombre d'unités mises en œuvre ou la qualification des personnels nécessaires, ni que les prix des principales offres déposées par Scot Conseil pour les appels d'offres concernés sur la période en cause aient été systématiquement plus bas que ceux de ses concurrents **(05-D-54)**.

### *Subventions croisées*

Dans une affaire relative au secteur de la régie des emplacements publicitaires dans les réseaux de transport en commun, le Conseil a rappelé sa jurisprudence constante sur les subventions croisées, tirée notamment des décisions 00-D-50 du 5 mars 2001 et 03-D-44 du 17 septembre 2003, selon laquelle est susceptible de constituer un abus, le fait pour une entreprise disposant d'un monopole légal, d'utiliser en tout ou partie de l'excédent des ressources que lui procure son activité sous monopole pour subventionner une offre présentée sur un marché concurrentiel et lorsque la subvention est utilisée pour pratiquer des prix prédateurs ou lorsqu'elle a conditionné une pratique commerciale qui, sans être prédatrice, a entraîné une perturbation durable du marché. En l'espèce, le Conseil a relevé, s'agissant de l'existence d'une subvention, que le taux de redevance de France Rail Publicité à la SNCF, plus faible que celui versé habituellement, compensait les surcoûts liés au caractère atypique du réseau de la SNCF, et notamment à la très grande hétérogénéité des taux de fréquentation des gares et des degrés de visibilité des panneaux publicitaires situés dans les transports publics des différentes villes et qu'il n'était pas établi que France Rail Publicité soit plus rentable que les autres entreprises du secteur, notamment à durée égale d'exploitation. Sur l'existence de prix prédateurs, le Conseil a considéré que les conditions des offres déposées par France Rail Publicité et les pertes réalisées sur ses contrats ne suffisaient pas à démontrer qu'elle entendait au moment de sa candidature réaliser des pertes sur ce contrat dans le dessein d'évincer ses concurrents. Les coûts variables engendrés par l'exploitation étaient en effet couverts par les revenus et la preuve n'a pas été apportée que les pertes étaient prévisibles ou prévues. En outre, le fonctionnement et la structure du marché, marqués par une absence de contrats de long terme, une remise en concurrence par des appels d'offres réguliers, un nombre d'emplacements permettant d'atteindre rapidement une taille critique et des concurrents adossés à des groupes de taille internationale comme Publicis ou Decaux, offraient

peu de possibilités pour établir un plan de récupération des pertes consenties lors de la mise en œuvre de prix prédateurs, rendant ainsi inexplicable par une stratégie anticoncurrentielle les comportements observés (05-D-53).

De même, dans une affaire relative au secteur du routage, le Conseil a tout d'abord relevé que, si une remise exceptionnelle octroyée par *La Poste* avait permis à sa filiale Datapost d'obtenir un marché, celui-ci ne représentait que 0,15 % du chiffre d'affaires annuel du routage et que cette pratique n'était donc pas suffisante pour entraîner une perturbation durable du marché. S'agissant des activités déficitaires que *La Poste* a tolérées dans certains de ses centres de tri, le Conseil a souligné qu'il était impossible de savoir si *La Poste* avait utilisé des ressources issues de son monopole pour subventionner des activités en concurrence, les centres de tri traitant indistinctement le courrier en monopole et le courrier en concurrence et que n'étaient démontrés ni prix inférieurs au concept de coûts pertinents, ni stratégie d'éviction crédible, ni perturbation durable du marché (05-D-63).

#### • Pratique n'ayant pas d'effet sensible sur le marché

Conformément à sa décision 03-D-33 du 3 juillet 2003 relative à la régie municipale des pompes funèbres de Toulouse, le Conseil a relevé, dans une affaire relative à un marché de prestations funéraires dans l'arrondissement de Pontarlier, que l'apposition des mentions « *régie officielle de la ville de Pontarlier* » et « *transport avant mise en bière* » dans la description de la régie municipale figurant dans l'annuaire téléphonique 1998, avaient donné lieu à une application limitée au cours de la période qui a suivi immédiatement l'abolition du monopole municipal et qu'elles ne pouvaient donc pas être qualifiées de manœuvres de nature à exploiter, dans l'esprit des familles, la confusion sur les rôles respectifs de la commune et de sa régie, au détriment des opérateurs concurrents. Dans cette affaire, le Conseil a par ailleurs considéré que le stationnement gratuit des véhicules de la régie sur le parking du centre technique municipal ne saurait, à lui seul, établir une confusion des frais de fonctionnement entre les deux entités, d'autant que la municipalité s'était engagée à mettre fin à cette gratuité (05-D-39).

## 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

Le Conseil a rappelé cette année sa jurisprudence constante, développée notamment dans deux décisions (01-D-49 du 31 août 2001 et 02-D-77 du

27 décembre 2002) : « *la dépendance économique, au sens de l'article L. 420-2, alinéa 2, du Code de commerce, résulte de la notoriété de la marque du fournisseur, de l'importance de la part de marché du fournisseur, de l'importance de la part de fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur, à condition toutefois que cette part ne résulte pas d'un choix délibéré de politique commerciale de l'entreprise cliente, enfin, de la difficulté pour le distributeur d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents. Cette jurisprudence précise que ces conditions doivent être simultanément réunies pour entraîner cette qualification* » (05-D-05 ; 05-D-44).

La modification de l'article L. 420-2 introduite par la loi du 15 mai 2001, qui a éliminé de l'article la référence à la notion de « *solution équivalente* », n'exempte pas les parties d'en démontrer l'existence. En effet, la notion même de dépendance suppose l'absence de solution équivalente, de telle sorte que l'état de dépendance implique l'impossibilité dans laquelle se trouve une entreprise de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées (03-D-42).

Le Conseil a rappelé cette année la précision apportée par la Cour de cassation dans un arrêt du 3 mars 2004 : « [...] *L'état de dépendance économique, pour un distributeur, se définit comme la situation d'une entreprise qui ne dispose pas de la possibilité de substituer à son ou ses fournisseurs un ou plusieurs autres fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables ; qu'il s'en déduit que la seule circonstance qu'un distributeur réalise une part très importante voire exclusive de son approvisionnement auprès d'un seul fournisseur ne suffit pas à caractériser son état de dépendance économique au sens de l'article L. 420-2 du Code de commerce* » (05-D-05 ; 05-D-44).

Dans une affaire relative au secteur de l'hébergement des personnes âgées, le Conseil a considéré, qu'à supposer que la dépendance économique puisse être invoquée par un locataire à l'encontre d'un bailleur commercial, il n'était pas démontré que la SARL Les Oliviers ne pouvait trouver de solution équivalente pour l'exercice de son activité, voire à un prix plus adapté à ses perspectives de rentabilité. Il a, à cet égard, précisé que, compte tenu des circonstances dans lesquelles elle avait finalement obtenu son autorisation, la SARL Les Oliviers avait bénéficié d'un délai suffisamment long pour trouver une solution d'hébergement plus adaptée (05-D-05).

Dans une affaire relative à la presse quotidienne régionale à Marseille, le Conseil a estimé que la preuve n'avait pas été apportée qu'il n'existait pas, pour le cinéma Le César, de solutions alternatives à la parution d'encarts publicitaires dans *Le Provençal* et *Le Méridional* pour réaliser la publicité de ses salles (publication d'encarts publicitaires dans d'autres journaux, publicité par d'autres médias, tels radio, télévision, affiches, papillons publicitaires...). Il a en effet noté que, même si le chiffre d'affaires de ce cinéma avait chuté de 46 % postérieurement à la cessation de la parution d'encarts publicitaires dans *Le Provençal* puis dans *Le Méridional*, d'autres facteurs, mis en évidence par l'enquête, avaient pu concourir à cette baisse d'activité, et notamment une erreur de programmation sur le film *Germinal* (05-D-44).

Dans une affaire relative au secteur des taximètres, le Conseil a relevé que, bien que la société ATA soit pour certains de ses distributeurs un fournisseur

quasi exclusif ou exclusif de fait, ceux-ci avaient l'opportunité de vendre et de maintenir des produits de même nature, qui ne nécessitaient aucun lien particulier avec le fabricant dans la mesure où la méthode de programmation adoptée par certains fabricants concurrents d'ATA était exempte de contraintes techniques et juridiques particulières. La situation économique de ces distributeurs résultait donc d'un choix délibéré de privilégier l'une de leurs sources d'approvisionnement et les distributeurs agréés avaient la possibilité de se tourner vers la maintenance de produits concurrents installés à l'époque du changement de mode de distribution opéré par la société ATA (05-D-48).

Enfin, dans une affaire relative au secteur de la distribution de la bière, le Conseil a considéré que, malgré la notoriété des Brasseries Kronenbourg, la SCOB avait pu diversifier son approvisionnement en bière, compensant la réduction de son volume en marques Kronenbourg en développant son activité auprès d'autres brasseurs et ne se trouvait dès lors pas en état de dépendance économique vis-à-vis de la société Brasseries Kronenbourg (05-D-50).

### 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 2005, le Conseil n'ayant pas retenu, au préalable, d'état de dépendance économique.

288

## ■ Les conditions d'application de l'article L. 420-4-I du Code de commerce

### Les pratiques résultant d'un texte

Le 1<sup>o</sup> du I de l'article L. 420-4 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.

L'application de ce paragraphe a été écartée dans deux décisions (05-D-43 ; 05-D-47).

### Les pratiques contribuant au progrès économique

Le 2<sup>o</sup> du I de l'article L. 420-4 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 un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans

*donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause ».*

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 pas 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.

En 2005, le Conseil de la concurrence a pu se prononcer à cinq reprises sur le fondement de l'article L. 420-4-I, 2° du Code de commerce, le bénéfice de cette disposition ayant été invoqué par les entreprises en cause afin d'exempter des pratiques relevant des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce. Le Conseil a écarté les demandes d'exemption dans ses décisions **05-D-03**, **05-D-10**, **05-D-44**, **05-D-49** et **05-D-55**.

Dans sa décision **05-D-03** du 10 février 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'eau de javel, le Conseil a rappelé la position de la cour d'appel tirée de son arrêt du 17 juin 1992, Compagnie générale de vidéocommunication, à savoir qu'« *il appartient aux auteurs des pratiques anticoncurrentielles de démontrer, non seulement que ces actions comportent des avantages économiques, mais encore que ceux-ci sont suffisants pour compenser les incidences des pratiques sur la concurrence* ». Le Conseil a également rappelé son avis 99-A-17 du 17 novembre 1999 dans lequel il avait considéré que le progrès économique doit « *constituer un progrès pour la collectivité dans son ensemble et non seulement permettre une amélioration conjoncturelle de la situation des entreprises concernées* » et qu'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* ». En l'espèce, le Conseil a constaté que le progrès économique invoqué reposait sur les seules allégations des parties.

Dans la décision **05-D-44** relative à des pratiques mises en œuvre par le groupe *La Provence* dans le secteur de la publicité dans la presse quotidienne régionale à Marseille, le groupe *La Provence* – auquel était reproché une pratique de couplage de la vente d'espaces publicitaires dans les quotidiens *Le Provençal* et *Le Méridional* constitutive d'abus de position dominante – exposait que cette pratique lui avait permis d'assurer la survie du journal *Le Méridional* et qu'elle avait donc contribué au progrès économique au sens de l'alinéa 2 de l'article L. 420-4-I du Code de commerce.

Le Conseil a estimé qu'« [...] *en l'espèce, La Provence ne démonstr[ait] pas en quoi la pratique en cause était nécessaire à l'obtention du progrès allégué pour la collectivité, l'aide apportée au Méridional par l'ajout obligatoire, dans ce média, de la publicité qui se portait spontanément sur Le Provençal pouvant prendre toute autre forme de soutien non anticoncurrentielle d'un titre par l'autre* ».

S'agissant enfin de la décision **05-D-55** du 12 octobre 2005 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la production d'huiles essentielles de lavande et de lavandin, l'entreprise en cause avançait un certain nombre de

circonstances à l'appui de sa demande d'exemption. Le Conseil a considéré que « *loin de constituer un progrès économique, les deux mécanismes – fixation de prix et répartition de l'offre – [avaient] perturbé le marché de façon complémentaire au profit des offreurs et au détriment de la demande* ».

Dans son examen des demandes d'exemption, le Conseil a également écarté les faits justificatifs avancés par les parties en défense, relatifs à l'état de nécessité, à la survie des entreprises en cause (**05-D-03 ; 05-D-19**), à la participation des pouvoirs publics aux pratiques (**05-D-10**), à la crise du secteur (**05-D-47**) ou encore à la contrainte (**05-D-70**).

## ■ Les pratiques de prix abusivement bas

Aucune pratique de prix abusivement bas n'a été examinée en 2005.

## ■ La politique du Conseil en matière de sanctions

L'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 a doté le Conseil de la concurrence d'un réel pouvoir afin de remédier au trouble à l'ordre public économique que constituent les pratiques anticoncurrentielles, à la fois de façon punitive, par la possibilité d'infliger des sanctions pécuniaires, 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 loi 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. Cette loi 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).

Par ailleurs, cette loi a introduit une procédure de transaction ainsi qu'une procédure de clémence dans le dispositif relatif aux sanctions, lesquelles devraient permettre de renforcer la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. Si les dispositions relatives à la procédure de transaction ont été mises en œuvre à deux reprises en 2005 (**05-D-49 ; 05-D-70**), aucune décision, consécutive à une procédure de clémence, n'a été rendue en 2005.

L'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 a donné le pouvoir au Conseil de la concurrence d'assortir d'astreintes les sanctions et injonctions qu'il prononce à l'encontre des entreprises ou organismes dans la limite de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen, par jour de retard à compter de la date qu'il fixe (article L. 464-2-II du Code de commerce). Le Conseil a usé de ce nouveau pouvoir pour la première fois dans une décision **05-D-37**.

Tous les outils dont dispose le Conseil répondent au même objectif de rétablissement et de maintien, pour l'avenir, d'une situation normale de concurrence ; des sanctions pécuniaires significatives peuvent dissuader l'entreprise de réitérer ses pratiques anticoncurrentielles ; des engagements ou des injonctions préfigurent une modification substantielle et crédible des comportements de l'entreprise et l'abandon de ses pratiques anticoncurrentielles.

## L'aspect correctif : les injonctions

### Injonction de s'abstenir de certaines pratiques

En 2005, le Conseil de la concurrence a enjoint aux entreprises de s'abstenir pour l'avenir de certaines pratiques anticoncurrentielles (**05-D-10**).

Ainsi, dans sa décision **05-D-10** du 15 mars 2005 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché du chou-fleur de Bretagne et plus spécifiquement au regard des conditions d'agrément des marchés au cadran, le Conseil a enjoint à la société d'investissements et de coopération agricoles Saint-Pol-de-Léon, à l'Union des coopératives de Paimpol et de Tréguier et à la société d'intérêt professionnel des producteurs de fruits, légumes, bulbes et fleurs d'Ille-et-Vilaine, de supprimer les clauses des conditions générales de vente applicables aux ventes de légumes effectuées sur les marchés de Saint-Pol-de-Léon, Saint-Méloir-des-Ondes, Paimpol, jugées anticoncurrentielles.

### Injonction de prendre certaines mesures

Dans une décision **05-D-37**, constatant l'inexécution d'une injonction ayant consisté à ordonner au barreau de Marseille de retirer du contrat d'assurance collective obligatoire souscrit par lui pour les avocats de sa juridiction, diverses clauses anticoncurrentielles afférentes à des assurances de responsabilité civile exploitation et dommages pour catastrophes naturelles, le Conseil a sanctionné le barreau et a renouvelé l'injonction de faire, assortie d'une astreinte de 100 euros par jour de retard à l'expiration du délai de quatre mois courant à compter de la date de notification de la décision.

### Examen du respect des injonctions

En 2005, le Conseil de la concurrence a eu à connaître du non-respect d'injonction par les entreprises, prononcées dans des décisions antérieures, à quatre reprises (**05-D-08**, **05-D-09**, **05-D-36** et **05-D-37**).

Dans une décision **05-D-08** du 9 mars 2005 relative à l'exécution de la décision **02-D-36** du 14 juin 2002 concernant le secteur de la lunetterie, le Conseil a constaté qu'aucune des entreprises auxquelles incombaient l'obligation de publier n'avait accompli de démarche en vue d'assurer la publication de la décision dans le délai imparti. Ce retard par rapport au délai imparti leur était en grande partie imputable, des difficultés d'exécution et l'absence de réponse de l'administration aux questions des conseils des sociétés en cause ayant cependant aussi contribué à retarder davantage l'exécution de l'injonction. Le Conseil considère ce type de comportement comme grave, car il n'appartient pas aux sociétés de choisir le moment où elles vont

respecter une injonction prononcée à leur encontre et le délai est un des éléments constitutifs de l'injonction. L'exercice d'un recours devant la cour d'appel de Paris ne saurait justifier un retard dans l'exécution d'une injonction, les décisions du Conseil étant exécutoires de plein droit dès leur notification.

Le Conseil a rappelé ces principes dans une décision **05-D-09** du 14 mars 2005 concernant l'exécution de la décision 03-D-07 du 9 mars 2003 dans le secteur de la signalisation routière où les entreprises avaient également exécuté l'injonction de publication du Conseil avec retard. Le Conseil a précisé qu'il ne pouvait être porté atteinte au caractère exécutoire d'une décision du Conseil que par le prononcé d'un sursis à exécution par le premier président de la cour d'appel de Paris. Par ailleurs, le Conseil a précisé que « *l'injonction de publier "à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires prononcées" s'entend [ait] comme l'obligation de procéder à la publication à l'initiative de la partie la plus diligente, chacune des sociétés sanctionnées devant assumer in fine une part des frais de publication en rapport avec sa part des sanctions pécuniaires prononcées. Ces sociétés étaient donc individuellement tenues de procéder à la publication nonobstant l'inaction des autres sociétés* ». Compte tenu de ces éléments, le Conseil a infligé à ces sociétés une amende proportionnée à la gravité des faits reprochés et à la part du coût de la publication qu'il leur était imparti de supporter.

Dans une décision **05-D-36**, le Conseil a sévèrement sanctionné le non-respect, par les sociétés du groupe Decaux, d'une injonction de faire. Cette injonction consistait à supprimer un certain nombre de clauses anticoncurrentielles dans leurs contrats avec les collectivités locales et à informer les collectivités locales de ces modifications. Le Conseil a constaté que les clauses n'avaient été modifiées qu'en apparence, les mêmes clauses perdurant sous des dénominations différentes et que les collectivités locales avaient été mal informées, sur la base de la décision du Conseil volontairement tronquée. Citant la cour d'appel de Paris qui, dans un arrêt du 11 janvier 2005 avait qualifié le non-respect d'injonction de pratique « *d'une exceptionnelle gravité* », le Conseil a rappelé que « *par nature, le non-respect d'injonctions claires, précises et dépourvues d'ambiguïté revêt un caractère de particulière gravité* ». Ces pratiques sont d'autant plus graves que le Conseil avait renoncé dans sa décision de 1998 à prononcer des sanctions pécuniaires « *pour concentrer tous les effets de la décision sur une modification rapide des pratiques selon les termes précisés par les injonctions* » et que le groupe Decaux a persévéré dans ses pratiques anticoncurrentielles.

### **Procédure de transaction**

Le Conseil de la concurrence a, cette année, fait, à deux reprises, application de la procédure dite « *de transaction* » (procédure de non-contestation des griefs) introduite par la loi n° 2001-42 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques qui ajoute, notamment, un II à l'article L. 464-2 du Code de commerce (devenu III suite à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 novembre 2004) au terme duquel : « *Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés et s'engage à modifier ses comportements pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer au Conseil de la concurrence, qui entend les parties et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer*



*la sanction pécuniaire prévue au I en tenant compte de l'absence de contestation. Dans ce cas, le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié. »*

La procédure de transaction, qui peut être mise en œuvre pour des pratiques d'ententes et d'abus de position dominante, consiste dans la non-contestation des griefs notifiés ainsi que dans la prise d'engagements de la part de l'entreprise ou l'organisme en cause, qui pourra ensuite prétendre à une réduction de la sanction encourue devant le Conseil.

Les engagements proposés par les entreprises devant le rapporteur général dans le cadre de cette procédure, qui interviennent donc après la notification des griefs ne doivent, en revanche, pas être confondus avec la procédure dite d'engagements de l'article L. 464-2-I du Code de commerce, qui clôt la saisine devant le Conseil sans imposition de sanction mais également sans qualification du caractère anticoncurrentiel des pratiques (voir chapitre suivant, consacré à la procédure des engagements).

En 2005, le Conseil de la concurrence a fait application de cette procédure dans deux décisions **05-D-49** du 28 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location entretien des machines d'affranchissement postal et **05-D-70** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des vidéocassettes préenregistrées.

Dans la première affaire, il était fait grief aux sociétés Secap, Neopost et Satas d'avoir conclu avec les utilisateurs de machines à affranchir des contrats de location entretien ayant eu pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché français de la location entretien des machines d'affranchissement postal, cette pratique étant prohibée par les articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 du traité CE.

De plus, il était également fait grief aux sociétés Neopost et Satas d'avoir abusé de leur position dominante détenue collectivement sur le marché français de la location entretien des machines d'affranchissement postal depuis 1994, pratique contraire aux articles L. 420-2 du Code de commerce et 82 du traité CE.

Après réception de la notification des griefs, les sociétés en cause ont sollicité le bénéfice de la procédure de non-contestation des griefs, dite procédure de transaction, sur le fondement de l'article L. 464-2-III du Code de commerce.

Le Conseil a rappelé que le bénéfice des dispositions de l'article précité « *est soumis à la double condition que les entreprises en cause, d'une part, ne contestent pas les griefs et, d'autre part, s'engagent à modifier leur comportement pour l'avenir* », la non-contestation des griefs consistant à ne contester ni la réalité des pratiques, ni leur qualification, ni leur imputation, mais n'excluant pas la contestation des éléments relatifs à la détermination des sanctions susceptibles de leur être infligées.

Pour remédier à l'objet ou aux effets anticoncurrentiels résultant de l'effet cumulatif de leurs contrats de location entretien de machines à affranchir et à leur abus de position dominante sur le marché français de la location entretien des machines d'affranchissement postal, les sociétés mises en cause se

sont engagées à modifier les dispositions anticoncurrentielles des contrats en cause.

Le Conseil a considéré que les engagements proposés répondaient « *aux préoccupations de concurrence relevées, qu'ils sont substantiels, vérifiables et apparaissent de nature à déverrouiller le marché et à favoriser le développement de la concurrence, tant auprès des gros utilisateurs que des autres clients* » et a pris acte de la mise à jour des contrats en cours.

Le Conseil a suivi les propositions du rapporteur général qui avait suggéré que la sanction encourue par les sociétés Neopost et Satas soit réduite de 40 % à 50 % du montant qui aurait été normalement infligé en l'absence de cette procédure et que celle encourue par la société Secap soit réduite de 50 % à 70 % du montant initial.

Dans une décision **05-D-70**, le Conseil a accepté les engagements proposés par les sociétés BVHE et Carrefour SAS consistant notamment, pour BVHE, à ne plus présenter comme conditionnelles des remises assurées, à réintégrer sur facture les ristournes non conditionnelles et à contrôler les contreparties et pour Carrefour à ne plus accepter de telles remises et ne plus assurer de surveillance des prix. Ces engagements seront reconsidérés en cas d'évolution du cadre législatif et réglementaire ou de la jurisprudence et les deux sociétés s'engagent à assurer l'information de leur personnel sur ces pratiques. Le Conseil a conformément à la fourchette basse de réduction proposée par le rapporteur général, réduit les sanctions encourues respectivement de 26 et 40 %.

## **L'aspect dissuasif : les sanctions pécuniaires et la publication des décisions**

### **Application des nouveaux plafonds de sanction prévus par la loi dite NRE du 15 mai 2001**

Les 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 ces dispositions 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 aurait pu 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 s'est appliqué qu'aux pratiques commises après l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001, de sorte que le Conseil a encore, à de nombreuses reprises, appliqué au cours de l'année 2005,

les anciennes dispositions (05-D-03 ; 05-D-07 ; 05-D-14 ; 05-D-17 ; 05-D-19 ; 05-D-26 ; 05-D-27 ; 05-D-32 ; 05-D-36 ; 05-D-38 ; 05-D-43 ; 05-D-44 ; 05-D-45 ; 05-D-47 ; 05-D-49 ; 05-D-51 ; 05-D-58 ; 05-D-59 ; 05-D-63 ; 05-D-66 ; 05-D-67 ; 05-D-69 ; 05-D-70 ; 05-D-75).

En 2005, le Conseil de la concurrence a appliqué les nouveaux plafonds issus de la loi NRE, à des pratiques commises après l'entrée en vigueur de cette dernière, dans trois décisions (05-D-08, 05-D-09, 05-D-37) et à des pratiques commencées avant l'entrée en vigueur de cette loi mais qui se sont poursuivies après l'entrée en vigueur de la loi, dès lors que la saisine du Conseil était, quant à elle, postérieure (05-D-10, 05-D-55, 05-D-64, 05-D-65), car la loi NRE a expressément prévu que les nouvelles dispositions sur les sanctions ne s'appliquent pas aux affaires pour lesquelles la saisine du Conseil de la concurrence a été effectuée antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi. Il convient de noter que, en cas de pluralité de saisines jointes dans la même affaire, lorsqu'au moins une des saisines est antérieure à cette date d'entrée en vigueur, c'est la loi ancienne qui s'applique. Le Conseil a en effet estimé qu'« *en présence de saisines multiples portant sur les mêmes pratiques et qui ont été jointes, le fait que l'une d'elles soit postérieure à la date d'entrée en vigueur de la loi plus sévère est sans incidence sur l'antériorité, par rapport à cette même date, des autres saisines qui demeurent soumises à l'examen du Conseil dans le cadre du même contentieux. Ainsi, afin d'assurer l'application d'un régime unique aux pratiques visées dans des saisines jointes et le respect du principe de non-rétroactivité des lois à caractère punitif plus sévère, il convient de retenir la date de la saisine la plus ancienne pour déterminer la loi applicable* » (05-D-49).

Le nouveau plafond de sanction de la procédure simplifiée, prévu à l'article L. 464-5 du Code de commerce et fixé à 750 000 euros, n'a pas été appliqué en 2005.

## Motivations des sanctions pécuniaires

Aux termes de l'article L. 464-2 du Code de commerce, dans sa version antérieure à la loi NRE, 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* ».

La loi NRE a ajouté la prise en compte de l'éventuelle réitération des pratiques prohibées.

### La gravité des faits

#### • La nature des pratiques en cause

*Les ententes à l'occasion d'appels d'offres*

Les ententes commises à l'occasion d'appels d'offres sont d'une nature particulièrement grave puisqu'elles limitent l'intensité de la pression concurrentielle à laquelle auraient été soumises les entreprises, si elles s'étaient

déterminées de manière indépendante (**05-D-17, 05-D-19, 05-D-26, 05-D-38, 05-D-45, 05-D-55, 05-D-69**).

Le Conseil a considéré que l'entente entre les trois principaux acteurs du marché de transport public urbain de voyageurs, qui leur a permis de se répartir les marchés au niveau national et de se constituer une rente de monopole financée par les collectivités territoriales, était constitutive d'une pratique parmi les plus graves de celles dont a à connaître le droit de la concurrence (**05-D-38**) et légitimait le prononcé d'une sanction exemplaire.

#### *Les ententes verticales ou horizontales sur les prix ou marges*

Les ententes ou pratiques concertées ayant pour objet et pour effet d'empêcher le jeu de la concurrence en faisant obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché font partie des pratiques que l'OCDE qualifie d'« injustifiables » dans sa recommandation du 25 juin 1998 et que le Conseil de la concurrence estime gravement préjudiciables au bon fonctionnement du marché et donc aux avantages que peuvent en attendre les consommateurs (**05-D-03, 05-D-27, 05-D-32, 05-D-47, 05-D-55, 05-D-66, 05-D-70**).

La pratique qui consiste à instaurer une entente, en vue de mettre en place un système de prix imposés sur un marché, notamment par l'utilisation de retards ou de suspensions des livraisons à l'encontre des intervenants qui ne respectent pas ces prix, revêt un caractère de particulière gravité (**05-D-07**).

Le fait de fixer des prix minima de vente communs constitue une infraction grave par son objet et par l'importance de ses effets potentiels sur le fonctionnement de la concurrence (**05-D-27**).

#### *Les répartitions de marchés*

Les pratiques de concertation générale, d'échanges d'information, de dépôt d'offres de couverture en vue de la répartition du marché sont d'une particulière gravité (**05-D-19**) et comptent parmi les pratiques les plus graves, ainsi que le Conseil l'a rappelé dans une décision **05-D-65**.

#### *Le boycott*

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre par l'association « *Agriculture et Tourisme en Dordogne-Périgord* » dans le secteur de l'accueil touristique des agriculteurs sur leur exploitation et bien qu'il n'ait pas retenu de pratique de boycott, le Conseil en a rappelé la définition telle qu'elle résulte d'un arrêt du 22 octobre 2002 (SA Vidal) de la Cour de cassation, à savoir « *une action délibérée en vue d'évincer un opérateur de marché* », cette qualification exigeant en outre que soit établie la volonté d'éviction de la part de l'auteur de la pratique alléguée (**05-D-22, 05-D-33, 05-D-52**). Cette pratique est traditionnellement considérée comme très grave.

#### *Les refus d'accès et les pratiques d'éviction de la part d'un opérateur en position dominante*

Pour un opérateur historique, en position dominante comme France Télécom, le refus d'accès à la boucle locale est extrêmement grave, d'autant que cette pratique s'est poursuivie malgré les injonctions du Conseil (**05-D-59**).

La pratique consistant, pour le détenteur d'un monopole légal, à s'appuyer sur la renommée et le savoir-faire conférés par ce monopole, pour faire

obstacle à l'entrée d'entreprises sur un marché connexe revêt un caractère de gravité certaine **(05-D-75)**.

#### *Les ententes horizontales portant sur des échanges d'informations autres que les prix*

Concernant la gravité de telles pratiques, le Conseil a relevé que ces échanges d'informations, pour anticoncurrentiels qu'ils soient, n'ont ni le caractère de gravité d'une entente expresse sur le niveau des prix ou de répartition des marchés, pratique généralement qualifiée d'injustifiable par les autorités de concurrence, ni celui d'un échange d'informations entre soumissionnaires à un marché public préalablement à la remise des offres, qui a pour effet de tromper l'acheteur public sur l'intensité de la concurrence **(05-D-64, 05-D-65)**.

#### *Les remises liées*

La pratique de couplage du groupe *Le Provençal*, liant les achats d'espaces publicitaires dans deux journaux du groupe, en empêchant les annonceurs, et notamment les exploitants de salles de cinéma marseillais, de diversifier leurs achats publicitaires auprès d'autres journaux, tels que le journal concurrent *La Marseillaise*, a eu pour effet de restreindre artificiellement la concurrence sur le marché de la vente d'espace publicitaire par la voie de la presse quotidienne régionale à Marseille **(05-D-44)**.

#### *Les discriminations*

En l'absence d'une stratégie délibérée et globale de *La Poste* d'éviction des routeurs concurrents à son profit ou au profit de sa filiale, *La Poste* s'est rendue coupable de négligence en ne réagissant pas aux pratiques de discrimination dans l'octroi des tarifs de *La Poste* menées localement par ses agences. Bien qu'étant personnellement responsable de ces discriminations, *La Poste* est donc sanctionnée moins sévèrement que si elle avait mené une véritable stratégie d'éviction **(05-D-63)**.

#### • **Les caractéristiques des pratiques relevées**

Le fait que quatre entreprises aient constitué une entente horizontale est considéré comme grave, d'autant plus qu'elles détiennent une position prépondérante sur le marché des collectivités, où elles représentent 70 % du chiffre d'affaires du secteur en 1997 **(05-D-03)**.

Le fait que le caractère anticoncurrentiel des conditions d'agrément des marchés aux enchères ait perduré pendant 27 ans confère à ces pratiques une gravité particulière. De plus, les contrats frais instaurés par le Cerafel revêtent une certaine gravité, même s'ils n'ont duré que deux ans, en raison de l'atteinte qu'ils ont portée à la liberté des échanges au sein de l'Union européenne **(05-D-10)**.

Le fait que le SABV ait sanctionné la simple tentative de quatre de ses membres d'organiser une extension de la foire de Xaronval et le refus d'un autre de ses membres d'appliquer une sanction à l'égard d'une entreprise « déviant » de l'entente est grave. Le Conseil relève que de telles mesures sont étrangères au rôle du syndicat consistant à défendre les intérêts collectifs de ses membres **(05-D-14)**.

### • L'effet de fermeture du marché

Les pratiques de remises de fidélité sont également qualifiées de graves. Cumulées avec d'autres pratiques de verrouillage du marché, ces remises ne font qu'empêcher un peu plus les acteurs de la chaîne verticale de s'approvisionner en produits diversifiés et à des prix concurrentiels **(05-D-32)**.

S'agissant de pratiques de verrouillage du marché des machines à affranchir, commises par les trois principaux acteurs du secteur par le biais des contrats signés avec les utilisateurs, le Conseil a relevé que « *les pratiques en cause ont été le fait de tous les opérateurs présents sur le marché, qu'elles ont figé le marché pendant de nombreuses années, et au moins depuis plus de vingt ans, interdisant, sur un marché au jeu concurrentiel restreint, l'accès à d'autres opérateurs, et notamment au leader mondial détenant les moyens de se positionner sur ce marché national. Ces pratiques, combinées aux conditions du marché rappelées par ailleurs, ont cloisonné le marché français, et ralenti la diffusion du progrès technologique potentiellement profitable à La Poste et aux utilisateurs* » **(05-D-49)**.

### • Le pouvoir d'influence des auteurs

#### *L'importance et l'autorité de l'auteur des pratiques*

Les pratiques commises par des entreprises de renommée nationale et internationale n'ont pas été de nature à favoriser de la part d'entreprises plus modestes et de leurs filiales locales, l'adoption d'un comportement conforme aux règles de la nouvelle procédure de mise en concurrence **(05-D-38)**.

Le Conseil de la concurrence a considéré que la mise en œuvre, par un ordre professionnel, d'une entente visant à interdire le libre accès à une clientèle, est par essence grave puisque l'ordre professionnel utilise alors son autorité morale pour fausser le libre jeu de la concurrence sur un marché **(05-D-43)**.

La mise en œuvre, par des entreprises d'envergure nationale ou des filiales de grands groupes nationaux, d'une entente généralisée sur les marchés d'un département « *peut donner à penser aux entreprises appartenant aux mêmes groupes et aux entreprises indépendantes que ce type de comportement est général et inciter les unes à l'adopter pour d'autres marchés et les autres à renoncer à faire des offres sur les marchés d'une certaine importance, qu'elles seraient aptes à réaliser, mais qui seraient convoités par les filiales de grands groupes* » **(05-D-69)**.

Des pratiques d'entente sur les prix sont d'autant plus graves qu'elles ont été mises en œuvre par une entreprise appartenant à un grand groupe d'envergure internationale (BVHE), dont les comportements sont susceptibles de constituer la norme dans le secteur, et qu'elles sont aussi le fait de distributeurs se présentant aux consommateurs comme des enseignes ayant une politique de prix agressive **(05-D-70)**.

### *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 rappelle que « *le dommage causé à l'économie est indépendant du dommage souffert par le maître d'ouvrage en raison de la collusion entre plusieurs entreprises soumissionnaires et s'apprécie en*

*fonction de l'entrave directe portée au libre jeu de la concurrence* » (13 janvier 1998, Fougerolle Ballot), et un autre arrêt de la cour d'appel en date du 12 décembre 2000 précise que « *ces pratiques anticoncurrentielles qui caractérisent un dommage à l'économie sont répréhensibles du seul fait de leur existence, en ce qu'elles constituent une tromperie sur la réalité de la concurrence dont elles faussent le libre jeu, nonobstant la circonstance que l'échange d'informations entre entreprises sur le prix a été suivie d'une adjudication inférieure aux estimations du maître d'œuvre [...]* ». Pour apprécier le dommage à l'économie, le Conseil tient compte du montant du marché concerné **(05-D-17, 05-D-19, 05-D-45)**.

Le dommage à l'économie provoqué par une entente sur les prix des aliments secs pour chien peut être mesuré en proportion de la part représentée dans la consommation des ménages par les dépenses pour l'alimentation des animaux, supérieure à 1 % et par le surprofit réalisé par les membres de l'entente **(05-D-32)**. De même, le dommage à l'économie causé par une entente portant sur les mobiles peut être mesuré en proportion de la part des dépenses de communication dans la consommation des ménages **(05-D-65)**.

Le Conseil précise que le dommage à l'économie doit également être mesuré en fonction de la durée des conventions, signées à la suite d'ententes, qui, pour les réseaux urbains, courent sur une période allant selon les cas de 5 à 10 ans **(05-D-38)**.

Lorsque le dommage à l'économie n'est pas directement mesurable, le Conseil l'apprécie au regard de la dimension des marchés affectés par la pratique et du chiffre d'affaires de l'entreprise en cause. Ainsi le Conseil a notamment mesuré le dommage à l'économie en fonction de la taille du marché de destruction de munitions et d'armements affecté par les pratiques **(05-D-47)**. Dans une autre décision, le Conseil a apprécié le dommage à l'économie au regard du chiffre d'affaires global réalisé en France par les trois entreprises en cause dans le transport public de voyageurs. Il a par ailleurs souligné que l'importance du dommage à l'économie causé par le cartel était proportionnelle à ce chiffre d'affaires et, par conséquent, beaucoup plus que proportionnelle au chiffre d'affaires réalisé par les entreprises têtes de groupe, seules poursuivies en l'espèce **(05-D-38)**.

L'importance du dommage à l'économie s'apprécie en fonction du retard pris par les opérateurs concurrents du fait des pratiques de France Télécom, sur le marché en cause et s'apprécie aussi sur le marché de détail connexe au marché de gros **(05-D-59)**.

Des pratiques ayant fait l'objet d'une procédure de non-respect d'injonction et d'une procédure de sanction au fond peuvent aboutir à l'application, aux auteurs des pratiques, de deux sanctions, l'une pour le non-respect d'injonction, l'autre pour la commission des pratiques. Toutefois, le dommage à l'économie résultant de la continuation des pratiques ayant été pris en compte dans la première décision de non-respect d'injonction, il faut, pour des raisons d'équité, en tenir compte, dans la deuxième décision, pour apprécier le dommage à l'économie servant au calcul de la sanction relative à la commission des pratiques elle-même **(05-D-59)**.

*« Dans l'appréciation du dommage à l'économie d'une pratique ayant consisté pour les principaux palaces parisiens, à s'échanger des informa-*

*tions stratégiques sur leur politique commerciale de nature à les priver d'autonomie dans la détermination de cette politique, la faible sensibilité aux prix de la majorité des clients des palaces doit être mentionnée : par définition, ces derniers sont prêts à payer des sommes très élevées pour le service rendu et les prestations de luxe offerts par les palaces. Le dommage à l'économie ne peut donc être qualifié de très important » (05-D-64).*

### ● La durée des pratiques

Le Conseil a souligné l'ancienneté et la durée exceptionnelles des pratiques d'entente verticale dans l'affaire **05-D-49**, nonobstant les avertissements opérés sur leurs auteurs.

Le dommage à l'économie découle, notamment, de ce que la pratique a duré au moins huit années et a entraîné des prix nettement supérieurs à ceux résultant du libre jeu de la concurrence (**05-D-69**).

### ● Les caractéristiques du marché

#### *Les caractéristiques du marché ayant amplifié le dommage résultant de la pratique*

Dans une décision **05-D-47**, le Conseil a estimé que, loin de constituer un facteur de modération des pratiques, les atteintes à la concurrence sur un marché très réglementé, caractérisé par la présence d'un petit nombre d'opérateurs agréés, sont d'autant plus fortes que la concurrence y est déjà limitée.

#### *Les caractéristiques du marché ayant contribué à limiter l'étendue du dommage*

Le dommage à l'économie s'est vu limité par la prise en compte par le Conseil de la faible rentabilité du marché des collectivités et son faible montant en valeur absolue (**05-D-03**).

Le fait que les différentes marques et les fabricants d'armes et de munitions se livrent à une concurrence et le fait que les revendeurs pratiquent couramment sur les armes des remises hors facture sous la forme d'accessoires, de prestations ou de produits gratuits, tend à atténuer les effets d'une entente sur le marché et sur l'économie (**05-D-07**).

Dans la décision **05-D-14**, le Conseil a estimé que le dommage à l'économie était limité, compte tenu d'une part, de l'étroitesse des marchés de la foire de Xaronval et de l'organisation de foires à la brocante dans le département des Vosges et, d'autre part, du fait que les pratiques de repréailles mises en œuvre par le SABV n'avaient concerné que quatre professionnels (**05-D-14**).

La pratique d'entente sur les prix du thon germon concerne un secteur étroit et les acheteurs ont pu s'approvisionner grâce aux importations (**05-D-27**).

Le Conseil prend en compte la faiblesse des effets réellement constatés d'une entente ou le caractère peu sensible de ces effets comme facteur d'atténuation de la sanction. Dans une décision **05-D-43**, il a pris en considération, d'une part, l'étroitesse du marché géographique affecté et, d'autre part, la difficulté d'apprécier l'impact réel de la lettre-circulaire du Conseil départemental.



### **La situation individuelle des entreprises**

Pour déterminer la sanction applicable, le Conseil se fonde sur des éléments généraux et individuels et sur le chiffre d'affaires de l'entreprise en cause **(05-D-07, 05-D-14, 05-D-17)**.

#### **• Les caractéristiques dépourvues d'incidence sur les sanctions à prononcer**

Le Conseil a écarté les faits justificatifs avancés par les entreprises en défense, relatifs à l'état de nécessité, à la survie des entreprises en cause **(05-D-03 ; 05-D-19)**, à la participation des pouvoirs publics aux pratiques **(05-D-10)**, à la crise du secteur **(05-D-47)** ou encore à la contrainte **(05-D-70)**.

#### **• La réitération des pratiques**

Le Conseil n'a pas visé la réitération des pratiques en 2005.

#### **• Les caractéristiques de nature à aggraver la sanction**

Les pratiques d'un syndicat, qui faisait respecter l'accord passé avec l'association des amis de Valamont en sanctionnant les écarts faits à l'accord par certains membres, sont d'autant plus graves que le syndicat avait été averti du caractère irrégulier et anticoncurrentiel de son comportement par les services de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes **(05-D-14)**.

Le fait que Royal Canin ait été l'organisateur d'une entente verticale sur les prix de gros et de détail aggrave les sanctions à lui appliquer **(05-D-32)** et le fait que l'entreprise ait été condamnée pour refus de vente implique qu'elle ne pouvait ignorer le caractère anticoncurrentiel des pratiques.

Le Conseil considère que la gravité de pratiques résultant de la cartellisation d'un oligopole est encore accrue lorsque la pratique est mise en œuvre par des groupes parmi les plus renommés des groupes français, en raison de la malheureuse valeur d'exemple pour les autres entreprises **(05-D-38)**. En outre, ces entreprises étant généralement bien au fait de la législation, leurs manquements au droit de la concurrence sont d'autant plus inexcusables.

#### **• Les caractéristiques de nature à justifier une sanction alléguée ou nulle**

Pour infliger une simple sanction pécuniaire de principe à chacune des organisations de producteurs encore présentes à la cause, le Conseil de la concurrence a pris en considération plusieurs constatations. Il a notamment relevé le fait qu'il n'était pas suffisamment établi que les organisations de producteurs, autres que l'Onaproger, auxquelles un grief avait été notifié, avaient effectivement mis en œuvre les prix minima convenus en réunions de précampagne et la circonstance que la principale organisation mise en cause, à savoir l'Onaproger, avait disparu **(05-D-27)**.

L'entreprise, nouvelle entrante sur le marché, contrainte dans un premier temps de rentrer dans l'entente, mais dont la dénonciation de l'entente a été à l'origine de la rupture de celle-ci, doit bénéficier d'une atténuation de sanction par rapport aux autres **(05-D-69)**.

### • **Prise d'engagements dans le cadre d'une procédure de transaction**

En 2005, le Conseil de la concurrence a pris acte d'engagements de la part d'entreprises dans le cadre d'une procédure de transaction dans deux décisions précédemment évoquées.

## **Le plafond des sanctions**

### ***La détermination du chiffre d'affaires à prendre en compte comme plafond***

Dans le 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 (**05-D-14, 05-D-43**).

## **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 et les invite à exercer leur vigilance. 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.

Dans la décision **05-D-09**, le Conseil a rappelé que « *la publication vise à informer les autres entreprises ou opérateurs économiques de l'existence de pratiques illicites et de la sanction afin de les dissuader de mettre en œuvre ces pratiques si elles sont en situation d'en subir la tentation ou de les inviter à être vigilantes si elles sont susceptibles d'en être les victimes. Tout retard mis à la diffusion de cette information porte potentiellement atteinte à l'économie du secteur et, finalement, aux consommateurs* ».

### ***Les injonctions de publication***

En 2005, le Conseil a prononcé des injonctions de publication à dix reprises dans le cadre de ses décisions.

Dans la décision relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion des foires d'antiquité et de brocante dans le département des Vosges, le Conseil de la concurrence a ordonné la publication du dispositif de la décision dans les revues spécialisées *Aladin* et *Le Chineur*, aux seuls frais de la SABV, et ce, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la décision du Conseil (**05-D-14**).

Dans la décision relative à la situation de la concurrence dans le secteur des marchés de travaux de voirie en Côte-d'Or, le Conseil a enjoint la publication des visas de la décision et d'un extrait de son dispositif dans la revue *Le Moniteur des travaux publics* et dans le quotidien local *Le Bien public*, et ce, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la décision (**05-D-17**).

Dans la décision relative aux marchés de travaux publics réalisés dans le département de la Meuse, le Conseil a ordonné la publication des visas de la décision, d'un extrait de son dispositif dans la revue *Le Moniteur des travaux publics* et dans le quotidien *Le Républicain Lorrain*, à frais communs et au prorata du montant de la sanction infligée. Les entreprises devaient en outre adresser une copie de cette publication à date fixe au Conseil de la concurrence (**05-D-26**).

Dans la décision relative à des pratiques relevées dans le secteur du thon blanc, le Conseil a enjoint la publication des visas, d'un extrait de son dispositif dans le journal *Ouest France* et dans l'hebdomadaire *Le Marin*, à frais communs entre les sociétés coopératives maritimes en cause. Elles devaient aussi adresser une copie de leur publication au Conseil de la concurrence à date fixe (**05-D-27**).

Dans une décision **05-D-36**, le Conseil a enjoint à la société JC Decaux SA d'adresser une lettre à chacune des collectivités avec lesquelles les sociétés du groupe Decaux entretiennent des relations contractuelles (le texte comportant les visas et un extrait de la décision) et de publier les visas et l'extrait de la décision, ainsi que les articles 1 et 2 du dispositif dans *La Gazette des communes, des départements et des régions*.

Dans la décision relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché du transport public urbain de voyageurs, le Conseil a ordonné la publication des visas de la décision, d'un extrait du dispositif dans *La Gazette des communes, des départements et des régions* et dans le quotidien *Les Échos*, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires infligées, et ce, dans un délai n'excédant pas quatre mois au-delà de la notification de la décision (**05-D-38**).

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre par le Conseil départemental de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes du Puy-de-Dôme et le Conseil national de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes, le Conseil a enjoint au Conseil national de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes la publication du dispositif de la décision et un extrait de la décision dans les revues *Les cahiers de l'association dentaire française*, *Information Dentaire* et *Stratégie prothétique*, à ses seuls frais, dans un délai de six mois à compter de la notification de la décision (**05-D-43**).

Dans une décision **05-D-55**, le Conseil a enjoint au Comité interprofessionnel des huiles essentielles françaises de faire publier les visas et un extrait de la décision ainsi que les articles 2 et 3 du dispositif dans le bulletin *L'Essentiel-Bulletin des plantes à parfums et aromatiques*.

Dans une décision **05-D-65**, le Conseil a enjoint aux sociétés Orange France, SFR et Bouygues Télécom de faire publier, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires, sur une page entière des journaux *Libération* et, au choix, *Les Échos* ou *La Tribune*, un encadré résumant les pratiques.

Enfin, dans une décision **05-D-75**, le Conseil a enjoint à la Monnaie de Paris de publier sur la page d'accueil de son site internet, un encadré contenant un extrait de la décision.

### **La motivation de la publication**

#### **• Informer les professionnels du secteur**

Dans les décisions relatives à des pratiques relevées dans les secteurs du thon blanc et de la production d'huile de lavande, le Conseil a estimé qu'il était nécessaire d'informer l'ensemble des professionnels concernés et d'attirer leur vigilante attention sur la nécessité de lutter contre toute pratique d'entente (**05-D-27 ; 05-D-55**).

#### **• Informer les collectivités locales**

Dans la décision relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché du transport public urbain de voyageurs, le Conseil a estimé nécessaire de mettre en garde les collectivités territoriales et d'attirer leur attention sur la nécessité d'être vigilantes lorsqu'elles retiennent les offres des groupes en état de répondre à leurs appels (**05-D-38**).

De même, dans la décision relative au respect des injonctions prononcées contre les sociétés du groupe Decaux (**05-D-36**), le Conseil a estimé qu'il était nécessaire d'informer les collectivités publiques afin de leur permettre de faire valoir leurs droits contre Decaux.

#### **• Informer les consommateurs**

Dans la décision relative à des pratiques mises en œuvre par le Conseil départemental de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes du Puy-de-Dôme et le Conseil national de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes, le Conseil a mentionné qu'il était nécessaire d'informer, *via* des revues ayant une diffusion nationale, les consommateurs, les chirurgiens-dentistes et les prothésistes dentaires de cette décision afin de lui donner un large caractère et d'éviter pour l'avenir le renouvellement de telles pratiques (**05-D-43**).

### **Astreintes**

Le Conseil a fait, au titre de l'année 2005, une fois application des dispositions lui permettant de prononcer des astreintes.

Constatant que le barreau de Marseille n'avait pas respecté une injonction, le Conseil l'a renouvelée et l'a assortie d'une astreinte en application du paragraphe II de l'article L. 462-2 du Code de commerce, de 100 euros par jour de retard, à l'expiration du délai de quatre mois courant à compter de la date de notification de la décision (**05-D-37**).

### **Transmission au ministre de l'Économie**

Aucune application en 2005.

### **Transmission du dossier au procureur de la République**

Aucune application en 2005.

### **Transmission du dossier à la commission d'examen des pratiques commerciales**

Aucune application en 2005.

## ■ La procédure d'engagements

L'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 a institué en droit français une procédure dite d'engagements, au terme de laquelle le Conseil peut décider, en contrepartie d'engagements crédibles et vérifiables des entreprises, de clore la procédure sans statuer sur le caractère anticoncurrentiel des pratiques et sans prononcer de sanctions pécuniaires (article L. 464-2-I, § 1 du Code de commerce). Le Code de commerce prévoit désormais que :

*« Le Conseil de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Il peut aussi accepter les engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles. Il peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions, soit en cas de non-respect des engagements qu'il a acceptés. »*

L'année 2005 constitue une étape importante, tant pour le Conseil de la concurrence que pour les entreprises, en raison de la mise en œuvre des quatre premières procédures d'engagements (05-D-12, 05-D-16, 05-D-25 et 05-D-29).

### Les engagements de l'association EUROPQN, du SPQR et de l'AEPHR (05-D-12)

Dans la décision relative au marché de la mesure d'audience dans le secteur de la presse quotidienne nationale et sur le marché connexe de la publicité dans ce secteur, le Conseil a été saisi de pratiques de l'association EUROPQN (Études et unités de recherches opérationnelles de la presse quotidienne nationale) par les sociétés 20 Minutes France et Publications Metro France et plus particulièrement du refus de l'association EUROPQN d'intégrer leurs titres dans son étude semestrielle de mesure d'audience de la presse quotidienne nationale (PQN). À la demande des saisissantes, la procédure a été étendue au Syndicat de la presse quotidienne régionale (SPQR) et à l'Association pour l'étude et la promotion de la presse hebdomadaire régionale (AEPHR). Selon les saisissantes, cette étude constituait l'outil de référence des professionnels de l'achat d'espaces publicitaires et de média planning et le refus d'EUROPQN les empêchait d'avoir accès au marché de la publicité dans des conditions normales de concurrence.

Lors de l'examen de la deuxième demande de mesure conservatoire déposée par Metro, le Conseil de la concurrence a procédé à une évaluation préliminaire des pratiques. L'association EUROPQN a proposé des engagements sur le fondement de l'article L. 464-2-I du Code de commerce, susceptibles de répondre aux préoccupations de concurrence. Ces engagements ont été discutés en détail lors de la séance devant le Conseil et ce dernier a jugé nécessaire de prévoir un délai supplémentaire pour finaliser les engagements. Il a indiqué qu'il appartenait à l'association EUROPQN de lui proposer *« des engagements qui soient adéquats et conformes aux propositions issues des déclarations faites en séance et qui puissent immédiatement être*

*mis en œuvre* ». Le Conseil a également voulu s'assurer qu'EUROPQN avait recueilli l'accord de ses partenaires SPQR et AEPHR et a enfin précisé le délai accordé pour lui faire parvenir la version définitive des engagements.

À l'issue de ce délai, EUROPQN, SPQR et AEPHR ont produit des engagements comportant six points, tenant à l'intégration de la Presse Quotidienne Urbaine Gratuite dans l'étude de l'EUROPQN, à la réalisation de l'enquête, à la restitution des résultats, à l'exploitation et à la comparaison publiques des résultats, aux conditions financières et à la portée des engagements.

Le Conseil a transmis ces propositions d'engagements conjoints d'EUROPQN/SPQR/AEPHR aux deux parties saisissantes et au commissaire du Gouvernement, il a publié le texte intégral des engagements sur son site internet ainsi qu'un communiqué de procédure ; le Conseil a invité les tiers intéressés à lui présenter leurs observations avant une date déterminée. Ces derniers se sont déclarés favorables aux engagements proposés.

Au terme de la discussion, le Conseil a considéré que les engagements conjoints proposés apportaient une réponse satisfaisante aux préoccupations de concurrence du Conseil telles qu'elles ressortaient de l'évaluation préliminaire. Il a également relevé que leur application était vérifiable, qu'ils étaient crédibles et paraissaient répondre aux attentes des parties concernées et des tiers intéressés. Le Conseil a accepté les engagements proposés par l'EUROPQN, le SPQR et l'AEPHR et a précisé qu'ils étaient obligatoires dès la notification de la décision. Le Conseil a également pris acte d'accords entre les parties, hors engagements. L'acceptation des engagements a mis fin aux procédures en cours au Conseil (05-D-12).

## **Les engagements de la SACD (05-D-16)**

Dans sa décision relative à des pratiques mises en œuvre par la société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD), le Conseil s'est saisi d'office des problèmes de concurrence posés par certaines clauses des statuts de la SACD. Par la suite, la société JFPM Représentation a saisi le Conseil de pratiques mises en œuvre par la SACD.

À titre liminaire, il convient de rappeler que le Code de la propriété intellectuelle prévoit que le droit d'exploitation de l'auteur d'une œuvre comprend le droit de représentation et le droit de reproduction.

A été dénoncée, en l'espèce, la condition imposée par l'article 1 des statuts de la SACD faisant obligation à tout auteur d'œuvres dramatiques ou audiovisuelles d'apporter lors de son adhésion, globalement et sans fractionnement possible, d'une part, la gérance des droits d'adaptation et de représentation dramatique et, d'autre part, la gestion des droits audiovisuels. Selon la saisissante, la SACD disposerait ainsi de tous les droits patrimoniaux de l'auteur d'une œuvre audiovisuelle, les droits de représentation et de reproduction sur tous supports ; l'application des statuts de la SACD pourrait avoir pour effet d'évincer les autres acteurs du marché de la gestion des droits audiovisuels tels que les agents artistiques. Cette pratique serait constitutive d'un abus de position dominante prohibé par les articles L. 420-2 du Code de commerce et 82 du traité CE.

Au stade de l'évaluation préliminaire, le Conseil a exprimé des préoccupations de concurrence liées à l'absence de possibilité, pour les auteurs, de fractionner leurs apports par catégorie d'œuvres dans les statuts de la SACD. En effet, la SACD rend « *extrêmement difficile l'apparition sur le marché de la gestion des droits du spectacle vivant d'offres de services concurrentes, au risque de restreindre de façon excessive et inéquitable la liberté des auteurs sans contrepartie objective* ». Ainsi, ce couplage de l'ensemble des droits constituait au sens de la jurisprudence communautaire une restriction qui aurait pu être qualifiée d'abus de position dominante. Par contre, l'obligation d'apports groupés des droits audiovisuels ne soulevait pas de problème de concurrence.

La SACD, consciente des problèmes de concurrence liés à ses statuts, a proposé des engagements au Conseil de la concurrence. Elle a proposé notamment de permettre aux auteurs de fractionner leurs apports par catégories d'œuvre en distinguant trois catégories, à savoir les œuvres dramatiques, les œuvres audiovisuelles et les images. La SACD s'est engagée à mettre en œuvre l'application de cette faculté de fractionnement par catégories d'œuvres au 1<sup>er</sup> janvier 2006. Elle a également proposé la faculté de retrait de certaines catégories d'œuvres de sa gestion en cours de vie sociale sous certaines conditions et limites.

Ces propositions ont fait l'objet d'un communiqué de procédure afin de permettre aux tiers intéressés de formuler leurs observations. Les éditeurs d'œuvres théâtrales se sont déclarés favorables aux engagements proposés avec quelques réserves néanmoins.

Dans sa décision, le Conseil ne s'est pas prononcé sur les modifications statutaires proposées par la SACD en matière d'apport des droits audiovisuels par territoire, dans la mesure où le Conseil considère que « *dans le cadre d'une procédure d'engagement destinée à répondre à des problèmes de concurrence préalablement portés à la connaissance de la partie mise en cause, il ne revient pas au Conseil de se prononcer sur une réforme statutaire allant au-delà des remèdes nécessaires pour mettre fin aux problèmes de concurrence préalablement identifiés* ». De même, le Conseil a pris acte du fait que la SACD n'excluait pas de moduler les taux de retenue statutaire en fonction de l'option choisie par les auteurs mais ne s'est pas prononcé sur cette proposition. En effet, le Conseil a considéré que cette proposition « *ne fai [sait] qu'ouvrir une possibilité et ne constitu [ait] pas un engagement* » dans la mesure où l'absence d'informations sur cette majoration et sur ses modalités d'application ne lui permettait pas d'en apprécier les effets.

S'agissant des restrictions apportées par la SACD, dans ses engagements, au retrait partiel d'une catégorie d'œuvre, à savoir la limitation à trois fois de l'exercice de cette faculté de retrait et l'acceptation préalable du conseil d'administration de la SACD en cas de retrait partiel pour gestion individuelle, le Conseil ne les a pas estimées disproportionnées au regard des nécessités de fonctionnement de la SACD (éviter les pratiques d'« écrémage », notamment).

À l'issue de la discussion, le Conseil a accepté les engagements présentés par la SACD, a précisé qu'ils seraient obligatoires dès la notification de la décision et a mis fin aux procédures en cours (05-D-16).

## Les engagements d'Yvert & Tellier (05-D-25)

Dans la décision relative au marché des catalogues de cotation de timbres-poste, le Conseil a été saisi par la société Dallay de pratiques mises en œuvre par la société Yvert & Tellier et plus précisément de son refus de donner accès à la numérotation de son catalogue à ses concurrents directs, pratique potentiellement constitutive d'un abus de position dominante prohibé par l'article L. 420-2 du Code de commerce.

Il convient de préciser que la société Yvert & Tellier a obtenu devant les juridictions judiciaires la reconnaissance par la cour d'appel d'un droit de propriété intellectuelle au titre des droits d'auteur et du droit *sui generis* des bases de données couvrant la numérotation utilisée dans son catalogue, sur le fondement des articles L. 341-1 et s. du Code de la propriété intellectuelle.

Au stade de l'évaluation préliminaire, le Conseil a rappelé que le refus d'octroyer une licence de la part du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle, ne constituait pas en soi un abus de position dominante, mais qu'un tel refus pouvait être considéré comme abusif dans des circonstances exceptionnelles et dans certaines conditions, rappelées dans l'arrêt IMS Health de la Cour de justice des Communautés européennes. Le Conseil a relevé que la numérotation Yvert était devenue la norme de fait du secteur et que le refus, opposé par Yvert à ses concurrents directs d'utiliser sa numérotation même dans une simple table de concordance, n'était pas justifié et empêchait l'apparition d'un produit pour lequel existait une demande potentielle, les tables de concordance permettant d'utiliser les catalogues concurrents d'Yvert, excluant ainsi la concurrence sur un marché dérivé. La pratique d'Yvert a été considérée comme susceptible d'affecter le marché des catalogues mais aussi ceux de tout autre produit philatélique contenant une numérotation et comme telle susceptible de constituer un abus de position dominante.

La société Yvert & Tellier s'est montrée favorable à la mise en œuvre d'une procédure d'engagements afin de répondre aux préoccupations de concurrence et un délai supplémentaire lui a été octroyé par le Conseil pour finaliser ses engagements. Yvert & Tellier a notamment proposé de consentir aux éditeurs de catalogues de cotation une licence annuelle leur permettant d'utiliser la numérotation Yvert & Tellier dans le cadre d'une table de concordance. Ces propositions d'engagements ont été publiées sur le site internet du Conseil, accompagnées d'un communiqué de procédure, à l'attention des tiers potentiellement intéressés.

Le Conseil a estimé que les conditions imposées par Yvert & Tellier à l'octroi de cette licence, à savoir l'obligation d'utiliser exclusivement le format Pdf sur support électronique et la fixation d'une redevance annuelle forfaitaire et modique, étaient compatibles avec la nécessité de concilier la protection du droit de propriété intellectuelle et le droit de la concurrence. Il a donc accepté les engagements et a clos la procédure (05-D-25).

## Les engagements des Haras nationaux (05-D-29)

Dans la décision relative au marché de la reproduction équine et plus particulièrement de l'insémination artificielle équine, le Conseil était saisi de



pratiques dénoncées par l'association FADETEQ, mises en œuvre par l'établissement public administratif « *Les Haras nationaux* ».

La FADETEQ reprochait aux Haras de favoriser ses propres centres d'insémination au moyen des contrôles qu'il opérait dans le cadre de ses pouvoirs réglementaires sur les centres d'insémination privés, de pratiquer des prix de saillies nettement inférieurs aux prix du marché et inférieurs aux coûts réels supportés par l'établissement public et de développer un nouveau service de transport de semence congelée ou réfrigérée ayant un caractère de facilité essentielle, facturé de façon discriminatoire et sans justification aux utilisateurs des centres d'insémination privés par rapport aux utilisateurs des centres d'insémination appartenant aux Haras.

Au stade de l'évaluation préliminaire, les pratiques des Haras ont été considérées comme susceptibles de constituer des abus de position dominante sur le marché de la reproduction équine.

Les Haras nationaux ont sollicité le bénéfice de la procédure d'engagements et ont fait parvenir la version définitive de leurs engagements avant une date déterminée par le Conseil. Ils ont produit six engagements par écrit, qui ont été publiés sur le site internet du Conseil accompagnés d'un communiqué de procédure, à l'attention des tiers potentiellement intéressés.

À l'issue de la discussion, le Conseil a demandé que soient apportées quelques précisions ou modifications aux engagements proposés afin de mieux répondre aux préoccupations de concurrence et de tenir compte des observations de la FADETEQ. Les Haras nationaux ont proposé une nouvelle version de leurs engagements en séance et le Conseil de la concurrence a considéré que cette nouvelle version répondait à ses préoccupations de concurrence (tenue d'une comptabilité analytique ; fin des discriminations). Il les a donc acceptés et a clos la procédure.

Ces quatre premières décisions d'acceptation d'engagements par le Conseil ont permis de dessiner les contours de la procédure d'engagements et de son déroulement. Ainsi, la procédure d'engagements peut intervenir alors que les plaignants ont saisi le Conseil dans le cadre d'une saisine au fond ordinaire, assortie éventuellement d'une demande de mesures conservatoires. La procédure est, depuis l'entrée en vigueur du décret n° 2005-1668 du 27 décembre 2005 portant modification du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002, régie par le nouvel article 42-1 du décret du 30 avril 2002 modifié.

Lorsque le Conseil envisage de faire application de la procédure d'engagements, le rapporteur identifie les problèmes de concurrence au stade d'une évaluation préliminaire communiquée aux entreprises en cause, dont une copie est adressée à l'auteur de la saisine et au commissaire du Gouvernement. La partie en cause peut à ce stade solliciter le bénéfice de la procédure d'engagements auprès du Conseil de la concurrence afin de remédier aux préoccupations de concurrence soulevées. Un délai lui est alors imparti pour transmettre des propositions d'engagements par écrit. À la réception de ces engagements, le rapporteur général communique leur contenu à l'auteur de la saisine et au commissaire du Gouvernement et publie un résumé de l'affaire ainsi que ces propositions d'engagements pour permettre aux tiers intéressés de présenter des observations avant une date déterminée. Les parties et le commissaire du Gouvernement sont convoqués en séance.

Après avoir pris connaissance des observations des parties et tiers intéressés, le Conseil peut reprendre la discussion des engagements avec la partie en cause et éventuellement demander une nouvelle version des engagements plus à même de répondre aux préoccupations de concurrence (**05-D-29**). À l'issue de sa discussion, si le Conseil considère que les engagements proposés répondent aux problèmes de concurrence identifiés au stade de l'évaluation préliminaire, il peut décider d'accepter les engagements et met fin aux procédures.

## ■ Les avis rendus en matière de concentration

Le Conseil a été saisi quatre fois par le ministre de l'Économie en application des dispositions des articles L. 430-1 à L. 430-7 du Code de commerce. Le Conseil n'a pas rendu d'avis sur l'une de ces saisines, les contours de l'acquisition du Club français du livre par la société Bertelsmann ayant été modifiés, postérieurement à la saisine du Conseil, de telle sorte que les seuils définis à l'article L. 430-2 n'étaient plus atteints. Le ministre de l'Économie a, en conséquence, retiré sa demande d'avis. Une autre de ces saisines (Bertelsmann-Alsatia) a donné lieu à un avis rendu en 2006.

Les trois avis rendus en 2005 à la demande du ministre de l'Économie sont les suivants :

- avis **05-A-01** du 7 janvier 2005 relatif à l'acquisition de la société Laboratoires Dolisos par la société Boiron (saisine 2004) ;
- avis **05-A-13** du 24 juin 2005 relatif à l'acquisition de France Handling par la société Vinci Services aéroportuaires ;
- avis **05-A-18** du 11 octobre 2005 relatif à l'acquisition du Pôle Ouest de la société Socpresse et de fonds de commerce de la SEMIF par la société SIPA.

Par ailleurs, le Conseil a été saisi par le Conseil d'État d'une demande d'avis portant sur l'acquisition de la société CCMX Holding par la société S.A. Cegid dans le secteur des progiciels de gestion à destination de la profession comptable. Le Conseil d'État, saisi le 31 mars 2005 d'un recours contre la décision autorisant cette opération rendue par le ministre de l'Économie le 19 octobre 2004, a dans un premier temps, statuant en référé, considéré que le moyen, tiré de ce que la décision était entachée d'une contradiction de motifs et d'une erreur de droit, était, en l'état de l'instruction, de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité de cette décision. Il a, en conséquence, suspendu l'exécution de l'autorisation ministérielle sur le fondement de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative. Dans un second temps, le Conseil d'État, examinant la requête aux fins d'annulation, a sursis à statuer et saisi le Conseil de la concurrence, avant dire droit, aux fins d'examiner, dans les mêmes conditions que celles prévues à l'article L. 430-6 du Code de commerce, l'opération de concentration, telle qu'elle a été notifiée au ministre, et de remettre son avis au Conseil d'État dans le délai de trois mois à partir de la transmission qui lui sera faite par le ministre du dossier de l'opération.

En réponse à cette demande, le Conseil de la concurrence a transmis au Conseil d'État, le 14 décembre 2005, l'avis **05-A-24** relatif à cette opération.

## La contrôlabilité de l'opération

La contrôlabilité d'une opération de concentration relève de la combinaison des articles L. 430-1 et L. 430-2 du Code du commerce qui posent une condition qualitative relative à la nature de l'opération de concentration et fixent des seuils relatifs au chiffre d'affaires.

Aux termes de l'article L. 430-1 du Code du commerce : « I. – Une opération de concentration est réalisée : 1<sup>o</sup> Lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ; 2<sup>o</sup> 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. II. – La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une concentration au sens du présent article. 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. »

Aux termes de l'article L. 430-2 du Code du commerce : « Est soumise aux dispositions des articles L. 430-3 et suivants du présent titre toute opération de concentration, au sens de l'article L. 430-1, lorsque sont réunies les trois conditions suivantes : – 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 concernées est supérieur à 50 millions d'euros ; – l'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement (CEE) n<sup>o</sup> 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises. Toutefois, une opération de concentration entrant dans le champ du règlement précité qui a fait l'objet d'un renvoi total ou partiel à l'autorité nationale est soumise, dans la limite de ce renvoi, aux dispositions du présent titre. »

Dans les quatre avis rendus, la contrôlabilité au regard de l'article L. 430-1 n'était pas discutée : la société Boiron et la société Laboratoires Dolisos, auparavant indépendantes, fusionnaient ; la société Vinci Services aéroportuaires acquérait le contrôle exclusif de France Handling ; la SIPA rachetait la quasi totalité des actions composant le capital et les droits de vote de différentes sociétés, propriétaires ou exploitantes de titres de presse quotidienne régionale composant le Pôle Ouest de Socpresse ; la société Cegid achetait la totalité des actions de CCMX.

De même, les seuils définis à l'article L. 430-2 étaient atteints pour chacune des opérations qui par ailleurs, n'étaient pas de dimension communautaire.

Le Conseil a, s'agissant de l'acquisition du Pôle Ouest de la Socpresse, rappelé que, contrairement à ce que soutenaient les parties, en l'absence de dispositions écartant expressément les marchés concernés par ces publications, du champ d'application des dispositions des articles L. 430-1 et suivants du Code de commerce, celles-ci s'appliquent, conformément à l'article L. 410-1 du même code de commerce « *à toutes les activités de production, de distribution et de services* », que l'édition et la distribution de publications de presse relèvent de cette définition et que les dispositions de la loi du 1<sup>er</sup> août 1986 s'appliquent dès lors concomitamment à celles prévues par le Code de commerce.

## La définition des marchés pertinents

L'analyse de la fusion entre les sociétés Boiron et Dolisos posait la question de la substituabilité entre les médicaments mis au point selon les principes de l'homéopathie et les médicaments allopathiques. Le Conseil a d'abord relevé que la Commission européenne a déjà eu l'occasion de se prononcer sur les marchés pertinents en ce qui concerne les médicaments allopathiques, et a alors distingué des classes de médicaments selon leurs indications thérapeutiques (classification ATC de niveau 3). Elle a aussi distingué les médicaments en vente libre, d'une part, et les médicaments vendus uniquement sur prescription, d'autre part. Le Conseil a ensuite considéré que, au sein des médicaments homéopathiques, il convenait de distinguer les spécialités en nom commun – remboursables et généralement achetées sur prescription, même si celle-ci n'est pas obligatoire, et qui comportent des indications thérapeutiques très variées en fonction des « cocktails » prescrits – des médicaments non remboursables, en vente libre, généralement non prescrits et comportant une indication thérapeutique précise. Par rapport aux médicaments allopathiques remboursables, les médicaments en nom commun se distinguent par leur totale innocuité et également par leur mode de prescription très spécifique. En revanche, des relations de substituabilité ont été relevées entre les médicaments homéopathiques non remboursables et les médicaments également en vente libre et non remboursables relevant d'autres thérapies (allopathie, phytothérapie, oligothérapie). La question de leur appartenance à un même marché pertinent a cependant été laissée ouverte, compte tenu de l'absence d'enjeux concurrentiels.

En ce qui concerne l'acquisition de France Handling par la société Vinci Services aéroportuaires, le Conseil a considéré, conformément aux analyses déjà réalisées par la Commission européenne dans ce secteur, que le traitement du fret aérien entre les entrepôts situés dans l'aéroport et les avions (côté piste) devait être distingué du traitement du fret jusqu'à ces entrepôts (côté ville). S'agissant du fret côté ville, concerné par l'opération, le fret traité par les intégrateurs et les services postaux et l'autoassistance des compagnies aériennes n'appartenaient pas au marché pertinent, leurs services n'étant pas offerts aux compagnies. En revanche, le fret traité par Air France pour des tiers est bien offert en concurrence avec les services de

compagnies comme France Handling ou Vinci Services aéroportuaires. Enfin, contrairement à la thèse soutenue par les parties, le Conseil a estimé que les services aéroportuaires offerts sur les différents aéroports n'étaient pas en concurrence les uns avec les autres.

S'agissant du secteur de la presse écrite concerné par l'acquisition du Pôle Ouest de la Socpresse par le groupe Ouest France, le Conseil a également repris l'analyse déjà menée par les autorités de concurrence dans ce secteur, et distingué les marchés du lectorat, de la publicité commerciale et des petites annonces, par types de publication (presse quotidienne nationale, presse quotidienne régionale, presse spécialisée grand public, presse technique et professionnelle, presse gratuite), alors que les parties mettaient en avant la substituabilité croissante des différents médias tels qu'internet, la télévision locale et la presse gratuite. Le Conseil a notamment relevé que, même si certaines des caractéristiques mises en avant pour la presse quotidienne régionale étaient communes à d'autres supports, c'est l'ensemble particulier de caractéristiques offert par chacun des médias qui détermine le comportement des demandeurs. Il a souligné que le déclin de la presse quotidienne régionale et l'essor de l'internet relevaient d'évolutions sociologiques profondes et non d'un positionnement concurrentiel. D'un point de vue géographique, les marchés de la presse quotidienne régionale sont limités à la zone de diffusion des titres, généralement constituée d'un département.

L'analyse des marchés affectés par l'acquisition par la société Cegid de la société CCMX a conduit le Conseil à considérer qu'une entreprise qui détiendrait de fortes positions sur le marché des progiciels destinés à la profession comptable, détiendrait un pouvoir de marché compte tenu de la spécificité de la demande de la profession comptable. Il a notamment constaté qu'aucun des éditeurs de progiciels bien positionnés sur les produits destinés plus généralement aux petites et moyennes entreprises n'avait par le passé réussi à lancer une gamme de produits dédiés aux experts comptables.

## Les effets des opérations

La fusion des sociétés Boiron et Dolisos réunissait les deux laboratoires les plus importants sur les marchés concernés et avait pour effet de créer un quasi-monopole sur les marchés des médicaments homéopathiques en nom commun. S'agissant des autres médicaments, l'opération n'avait des effets significatifs que dans sept classes thérapeutiques, pour lesquelles le nouvel ensemble détiendrait des parts de marché supérieures à 60 %.

Le Conseil a par ailleurs constaté l'existence de barrières à l'entrée sur les marchés concernés. En particulier, le niveau du prix fixé réglementairement pour les médicaments en nom commun était de nature à rendre fortement improbable toute entrée sur le marché national. La distribution de ces médicaments pose par ailleurs des contraintes en termes de transport qui pèsent sur la rentabilité des laboratoires. Enfin, il ressortait des conditions de vente des deux laboratoires que la détention de spécialités homéopathiques non remboursables notoires étaient de nature à conférer un avantage concurrentiel pour la commercialisation des médicaments en nom commun.

Sur le marché des médicaments à nom de marques, le Conseil a envisagé deux scénarios compte tenu des débats en cours sur une éventuelle évolution de la réglementation relative aux médicaments homéopathiques. À réglementation inchangée, le Conseil a estimé que la position de quasi-monopole de la nouvelle entité ne lui permettrait pas d'agir sur les prix mais pourrait avoir des effets négatifs en termes de qualité du service rendu et d'étendue de gamme. Les propositions d'engagements faites par la société Boiron, portant sur le maintien de la qualité du service rendu aux officines, le maintien de l'intégralité des souches existantes et le fait de ne pas imposer aux pharmacies un approvisionnement exclusif, ont paru au Conseil nécessaires et suffisantes pour compenser ces atteintes à la concurrence. Dans la perspective d'un déremboursement et d'une libéralisation du prix des médicaments en nom commun, l'essentiel des barrières à l'entrée disparaîtrait mais le Conseil a relevé que devrait également être garantie l'absence de clauses d'exclusivité d'approvisionnement auprès des laboratoires Boiron.

Sur les marchés des autres médicaments, le Conseil a considéré que tout risque d'atteinte à la concurrence serait écarté en l'absence de couplage avec les médicaments en nom commun.

S'agissant des gains d'efficacité attendus de l'opération, essentiellement liés à l'accroissement des dépenses de R&D sur les propriétés des médicaments homéopathiques, le Conseil a relevé que leur transmission au consommateur était aléatoire.

314

Enfin, le Conseil a considéré que les éléments du dossier ne permettaient pas d'affirmer que l'offre de Boiron était la seule offre de reprise des laboratoires Dolisos, contrairement à ce que soutenaient les parties,

En ce qui concerne l'acquisition de France Handling par Vinci Service aéroportuaires, le Conseil a constaté qu'elle conférerait à la nouvelle entité une position prépondérante sur le marché de l'assistance au tiers en matière de traitement du fret en entrepôt côté ville, sur cinq des sept aéroports français où les deux parties à l'opération étaient présentes, et notamment dans les deux les plus importants, Roissy et Orly, qui, ensemble, représentaient plus de 95 % du total du tonnage de fret avionné côté ville traité en France. De plus, le Conseil a estimé que s'il existe sur ces marchés des concurrents, la difficulté pour obtenir des surfaces d'entrepôts à Roissy constitue, sur ce marché en particulier, une barrière à l'entrée de nature à conférer au nouvel ensemble une position dominante.

Aussi le Conseil a-t-il analysé les engagements proposés par Vinci Services aéroportuaires, portant, en ce qui concerne Roissy, sur des restitutions d'entrepôts et le fait de ne pas louer de nouveaux entrepôts pendant quatre ans. Ces engagements étaient confortés par une lettre des Aéroports de Paris annonçant son intention d'attribuer les entrepôts disponibles à des concurrents du nouvel ensemble. Ces engagements ont paru suffisants au Conseil. En revanche, s'agissant d'Orly, et bien que des surfaces de hangars aient été disponibles, le Conseil a noté que la faible attractivité de cet aéroport pour le fret aérien était de nature à conférer au nouvel ensemble une position dominante difficilement contestable et que seule la cession des activités de France Handling pourrait remédier à cette situation. Enfin, le Conseil a noté l'effet positif sur la concurrence généré par la sortie d'ADP du capital

de France Handling, qui mettait fin à une situation d'intégration verticale porteuse de risques anticoncurrentiels.

S'agissant de l'acquisition de plusieurs titres de presse par le groupe *Ouest France*, l'opération notifiée aboutissait à la création de monopoles sur trois départements (Loire-Atlantique, Sarthe, Vendée) et d'un quasi-monopole dans le Maine-et-Loire. Le Conseil a par ailleurs constaté que l'entrée sur ces marchés était contrainte par les barrières à l'entrée sur le marché du lectorat (contrainte sur le prix au numéro, nécessité d'un réseau de distribution performant, fidélité des lecteurs à un titre). Toutefois, sur le marché du lectorat, le Conseil a noté que le caractère déclinant de ce média limiterait les risques de hausse des prix. Par ailleurs, la présence du groupe *Ouest France* sur de nombreux marchés connexes du secteur des médias et de la publicité (presse hebdomadaire régionale, télévision et radio locale, affichage extérieur, prospectus, presse gratuite d'information et gratuits d'annonces) était également de nature à permettre au nouvel ensemble de proposer aux annonceurs et acheteurs d'espaces publicitaires une large gamme de produits et notamment des offres couplées, s'appuyant sur le caractère incontournable de la publicité dans ses titres de presse quotidienne régionale.

Contrairement à ce que soutenaient les parties, le Conseil n'a pas estimé que l'exception de l'entreprise défaillante pouvait être invoquée pour exonérer l'atteinte à la concurrence portée par l'opération, aucune des sociétés du Pôle Ouest de la Socpresse n'apparaissant comme étant en cessation de paiement. Le Conseil a toutefois relevé que la situation générale de ces sociétés, et particulièrement du titre *Presse Océan*, appelait des mesures de redressement et que les économies de coûts que l'opération permettrait de réaliser, pourraient assurer la viabilité des titres. Il a également noté, s'agissant du bilan social de l'opération, les possibilités de reconversion qu'offrait, pour les employés de ces entreprises, le groupe *Ouest France*. Il a néanmoins estimé que les engagements proposés par le groupe *Ouest France* étaient indispensables pour assurer que l'opération ne porterait pas atteinte à la concurrence (maintien de l'autonomie éditoriale des titres, absence de couplage obligatoire des insertions publicitaires et des annonces entre les titres, absence de couplage entre les différents supports publicitaires du nouveau groupe, baisse de sa participation dans le capital de TV Nantes Atlantique et Angers 7).

Sur le marché des progiciels destinés à la profession comptable libérale, le Conseil a constaté qu'à la suite de l'acquisition de CCMX, la société Cegid détiendrait une part de marché de 45 % devant la société Sage (20 %) et une frange concurrentielle d'acteurs de moindre taille. Il a relevé de plus l'existence de barrières à l'entrée liées aux coûts de changement d'opérateurs et au rôle de la notoriété des fournisseurs présents sur le marché. Toutefois, l'histoire du marché des progiciels PCL montre qu'à l'occasion de ruptures technologiques, de petits opérateurs ont réussi à pénétrer le marché et à y acquérir des parts significatives en s'appuyant sur des innovations, dans la mesure où il s'agissait d'anciens collaborateurs issus d'éditeurs présents sur le marché et pour lesquels la barrière liée à la notoriété était facilement franchie. Par ailleurs, il ressortait des indications fournies par la société Cegid sur les logiciels choisis par ceux de ses clients qui avaient changé d'opérateur dans les années récentes, que les progiciels de la société CCMX

ne pouvaient être considérés comme les plus proches substituts de ceux proposés par Cegid et que sa disparition ne favoriserait donc pas une hausse de prix des produits Cegid. Enfin, le Conseil a noté que – une partie significative de la clientèle de Cegid et CCMX étant amenée à changer de logiciel dans les années qui viennent – sa position serait contestable.

### **Les suites données aux avis**

Les trois projets de concentration ont été autorisés par le ministre de l'économie, sous réserve des engagements proposés par les parties et examinés par le Conseil.

Se référant à l'avis que le Conseil de la concurrence lui a transmis le 14 décembre 2005, le Conseil d'État a jugé, par un arrêt en date du 13 février 2006, que la requête des sociétés Fiducial Informatique et Fiducial Expertise contre la décision du ministre de l'Économie en date du 19 octobre 2004 autorisant la société Cegid à prendre le contrôle de la société CCMX Holding, devait être rejetée.



## Jurisprudence de la cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation

### ■ Jurisprudence de la cour d'appel de Paris

Au cours de l'année 2005, la cour d'appel de Paris, statuant sur des recours exercés contre les décisions du Conseil, a rendu vingt-deux arrêts (dans une affaire, la cour d'appel était saisie après cassation), dont dix-neuf dans lesquels elle s'est prononcée au fond :

- dans douze affaires, la cour a confirmé purement et simplement les décisions du Conseil en rejetant les recours ;
- dans quatre affaires, elle a confirmé l'analyse du Conseil sur le fond et n'a réformé la décision que sur le montant des sanctions (diminution ou aggravation), la formulation des mesures de publication et de transmission du dossier au procureur de la République et la durée du délai imparti aux entreprises pour exécuter des injonctions ;
- la cour a annulé une décision de non-lieu et renvoyé l'affaire au Conseil pour poursuite de l'instruction ;
- deux décisions ont fait l'objet de réformation portant sur le fond : l'une a été totalement réformée (mise hors de cause des sociétés sanctionnées) ; l'autre partiellement seulement (mise hors de cause d'une entreprise ; annulation de certains griefs à l'encontre de l'autre entreprise et réduction subséquente de la sanction).

### Sur la procédure

#### Sur l'enquête administrative

L'arrêt société **Appia Revillon du 13 décembre 2005** (concernant la décision 05-D-17) a été l'occasion pour la cour d'appel de rappeler plusieurs principes.

La mention pré-imprimée sur le procès-verbal, selon laquelle l'objet de l'enquête (« *relative à la vérification du respect des dispositions des titres III et IV de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986* ») a été indiqué par les enquêteurs à la personne entendue, suffit à attester (jusqu'à preuve contraire) de l'indication de cet objet (en ce sens, notamment, Cour de cassation, 20 novembre 2001, société Bec Frères / 14 janvier 2003, EMCC et SOCAE Atlantique et cour d'appel de Paris, 14 janvier 2003, SA Bouygues / 30 mars 2004 Semiacs, 26 octobre 2004, « Boulangers de la Marne »).

L'exercice par les enquêteurs de leur droit de communication à l'occasion d'un transport dans les locaux professionnels d'une entreprise n'est pas subordonné à la présence sur les lieux d'une personne ayant le pouvoir de diriger, de gérer ou même d'engager à titre habituel ladite entreprise (de sorte qu'en l'espèce, les enquêteurs avaient pu valablement se faire remettre par une secrétaire, dûment informée de l'objet de l'enquête, les documents s'y rapportant ; voir aussi dans le même sens, cour d'appel de Paris, 22 janvier 2002, SA CERP).

Aucune disposition légale ou réglementaire n'impose la transcription des questions dans les procès-verbaux d'audition et aucune atteinte au principe de loyauté ne saurait résulter de cette absence de transcription (dans le même sens, cour d'appel de Paris, 23 mai 2000, EDF et 25 novembre 2003, SAS Prefall).

### Sur la recevabilité de la saisine

Dans l'**arrêt société Export Press du 12 avril 2005**, la cour a confirmé l'irrecevabilité partielle de la saisine. La société Export Press, qui souhaitait accéder au marché de la distribution de la presse au numéro dans les départements et territoires d'outre-mer, dénonçait les prix proposés par les dépositaires, filiales des NMPP, présentés comme excessifs, discriminatoires et générateurs d'un effet de ciseau. Le Conseil avait constaté que l'application dans les départements d'outre-mer de la loi Bichet du 2 avril 1947 relative au statut des entreprises de groupage et de distribution des journaux et publications périodiques, qui réservait la vente au numéro dans ces départements, soit aux éditeurs, soit aux messageries de presse – qualité que n'avait pas la saisissante – privait cette dernière de tout intérêt à agir (04-D-45).

318

### Sur la compétence du Conseil

Dans l'**arrêt Société technique d'abattage de Laval du 22 février 2005**, la cour d'appel, rappelant qu'échappent à la compétence du Conseil les actes par lesquels les personnes publiques assurent une mission de service public au moyen de prérogatives de puissance publique, a approuvé le Conseil d'avoir décliné sa compétence pour apprécier la validité des conventions d'engagement d'apports passées par la communauté d'agglomération de Laval avec les usagers de l'abattoir, conformément à un arrêté ministériel, ces conventions constituant des contrats administratifs passés pour l'exécution d'une mission de service public (04-D-39). La cour a confirmé que le Conseil était en revanche compétent pour connaître des comportements de personnes privées, parties à ces contrats, à l'occasion de l'exécution de ceux-ci, ces comportements ne constituant ni des actes administratifs, ni des actes relevant de l'accomplissement d'une mission de service public.

Dans l'**arrêt de rejet Vedettes inter-îles vendéennes (VIVV) du 28 juin 2005**, la cour d'appel a confirmé la compétence du Conseil pour connaître des pratiques mises en œuvre par la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée, établissement public assurant une mission de service public à caractère industriel et commercial, dans le cadre de ses activités concurrentielles

exercées pendant la saison d'été au moyen de la vedette rapide, l'Amporelle (04-D-79). La Régie n'exerçait, en effet, aucune prérogative de puissance publique en déterminant librement ses prix pour ses prestations de transport sur l'Amporelle pendant la période d'été où il existait une offre concurrente.

Dans le même arrêt, la cour a estimé qu'« *il n'entre pas dans les attributions du Conseil et de la cour d'appel d'examiner le caractère excessif des subventions versées par [la collectivité publique]* ».

Ce principe a été réaffirmé dans l'**arrêt SARL Les Oliviers du 15 novembre 2005**. « *Si, dans la mesure où elles effectuent des activités de production, de distribution ou de services, les personnes publiques peuvent être sanctionnées par le Conseil de la concurrence agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire, les décisions par lesquelles ces personnes assurent la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique relèvent de la compétence de la juridiction administrative.* » La cour a confirmé l'analyse du Conseil, qui avait décliné sa compétence pour connaître de pratiques imputées à la ville de Saint-Étienne, tenant aux conditions de financement et d'exploitation du centre communal d'action sociale (05-D-05). En effet, la plainte mettait en cause directement des activités non détachables de l'organisation et du fonctionnement du service public de l'hébergement des personnes âgées ou dépendantes, incombant à la collectivité. En outre, la décision de la commune d'allouer une subvention au centre communal, établissement public, relevait de prérogatives de puissance publique dont il n'appartenait pas au Conseil d'apprécier la régularité. Dès lors, même si la gestion des résidences pour personnes âgées constitue une activité de prestation de services, l'examen de la légalité des modalités de leur financement au regard des dispositions des articles L. 420-2 et L. 420-5 du Code de commerce ne relève pas des attributions du Conseil.

Dans un **arrêt du 13 décembre 2005 (société Casino du Lac de la Magdeleine)**, la cour a confirmé l'analyse du Conseil qui avait déclaré irrecevable la saisine en ce qu'elle tendait à l'appréciation de la légalité d'une décision du ministre de l'Intérieur, prétendument influencée par un concurrent, ayant refusé à la plaignante l'autorisation d'exploiter un établissement de jeux (05-D-20). La légalité de la décision du ministre, acte administratif mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique, relève de la compétence administrative, le cas échéant, au regard du droit de la concurrence.

### Sur l'étendue de la saisine du Conseil

Dans l'**arrêt société JC Decaux du 22 février 2005**, la cour d'appel a écarté le moyen par lequel il était soutenu que le Conseil avait outrepassé le champ de sa saisine en sanctionnant d'une part, des comportements antérieurs à la saisine mais qui étaient étrangers aux pratiques dénoncées, et d'autre part, des comportements postérieurs à la saisine qui n'étaient pas le prolongement d'une pratique dénoncée dans la saisine (04-D-32). La cour a rappelé que la saisine *in rem* du Conseil l'autorise – sans qu'il soit lié par les demandes et qualifications de la partie saisissante et sans qu'il ait à se saisir d'office – à connaître de l'ensemble des pratiques affectant le marché visé dans la saisine, même s'il s'agit de pratiques qui ne sont pas expressément visées dans la saisine ou de pratiques qui se sont poursuivies après celle-ci, dès lors qu'elles ont le même objet ou le même effet que celles qui ont été dénoncées.

## Sur la procédure suivie devant le Conseil

### Sur l'expertise

Dans l'**arrêt VIVV du 28 juin 2005**, la cour a confirmé la validité de l'expertise, critiquée au motif que le rapporteur aurait outrepassé ses pouvoirs en intervenant auprès de l'expert pour redéfinir la mission de celui-ci. La cour, après avoir relevé que l'expert avait été régulièrement désigné et sa mission régulièrement définie par le rapporteur général, a jugé que pendant le cours de l'expertise, le rapporteur n'était pas dessaisi et pouvait toujours, à la demande de l'expert, « *donner [à celui-ci] un avis sur l'orientation de ses travaux* » sans toutefois que l'expert soit lié par cet avis. En l'espèce, l'avis donné par le rapporteur, qui portait sur l'étendue du test de prédation qui devait être pratiqué, n'était pas de nature à modifier la mission de l'expert et avait en outre été porté à la connaissance des parties qui avaient pu en débattre contradictoirement au cours de l'expertise. Le caractère partiel de l'expertise ayant été également invoqué, la cour a souligné que les parties avaient eu la possibilité de demander une nouvelle expertise et rappelé que le Conseil n'était en aucun cas lié par les conclusions de l'expertise, pouvant les écarter en tout ou partie pour leur substituer, comme en l'espèce, sa propre appréciation (cf. décision 04-D-79).

### Sur la transmission de la notification des griefs et du rapport au médiateur du cinéma

320

Dans l'**arrêt SARL Filmdis du 29 mars 2005**, la cour a jugé que si, conformément à l'article 35 du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002, le Conseil avait, en l'espèce, l'obligation de communiquer la saisine au médiateur du cinéma afin que celui-ci puisse exercer sa faculté de déposer des observations destinées à être jointes au dossier, il n'était pas tenu de lui transmettre la notification de griefs et le rapport, cette autorité n'ayant pas la qualité de partie à la procédure (cf. décision 04-D-44).

### Sur l'impartialité et l'indépendance du rapporteur

Dans l'**arrêt France Télécom du 12 avril 2005**, la cour d'appel a rejeté l'argumentation par laquelle était mise en cause l'impartialité du rapporteur, accusé de n'avoir pas instruit à charge et à décharge, en estimant que les règles de procédure garantissant le principe du contradictoire avaient été respectées (faculté de consulter le dossier, de demander l'audition de témoins, de présenter des observations sur les griefs notifiés et sur le rapport, de s'exprimer oralement en séance). La cour a encore observé que la requérante ne faisait état d'aucun fait précis démontrant que ces garanties avaient été méconnues et se bornait, en réalité, à critiquer l'appréciation par le Conseil de la valeur des éléments de preuve soumis au débat contradictoire (cf. décision 04-D-48).

La même analyse a été adoptée dans l'**arrêt TPS du 15 novembre 2005** : « [...] *sous couleur d'une violation du principe d'impartialité, la société Canal Plus se borne à critiquer les investigations du rapporteur, qu'elle estime insuffisantes, et l'appréciation émise par ce dernier sur les éléments collectés, selon elle entachée d'imprécisions et d'erreurs manifestes, sans même invoquer une recherche précise qui lui aurait été refusée, et alors au surplus qu'elle-même*

*avait toute latitude pour produire, tant devant le rapporteur qu'en séance, les éléments qui lui semblaient pertinents » (cf. décision 05-D-13).*

Voir aussi *supra*, « *Sur l'expertise* ».

### **Sur le principe de séparation des fonctions d'instruction et de jugement**

Dans l'**arrêt TPS du 15 novembre 2005**, la cour d'appel a écarté le moyen soutenu par TPS, tiré de la violation du principe de séparation des fonctions d'instruction et de jugement qui aurait résulté de ce que le Conseil avait poursuivi l'instruction du dossier en séance en interrogeant d'office Canal Plus sur la question – non évoquée jusque-là – des économies de coût réalisées grâce au couplage incriminé. La cour a estimé que le principe d'impartialité, qui implique que l'autorité de décision soit indépendante de l'organe d'instruction, « *ne fait pas obstacle à ce que le Conseil de la concurrence use de la faculté, qu'il tient de l'article L. 463-7 du Code de commerce, de procéder lui-même en séance aux investigations qu'il estime nécessaires* <sup>41</sup>, *et qu'il exerce indépendamment de celle que lui confère l'article 33 du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 de renvoyer l'affaire à l'instruction lorsque celle-ci lui paraît incomplète* ». La cour a observé en outre que les parties avaient pu répondre contradictoirement en séance aux questions posées et qu'elles n'avaient émis aucune réserve à cet égard, oralement ou par note en délibéré (cf. décision 05-D-13).

### **Sur le respect du principe de la contradiction et les droits de la défense**

Dans l'**arrêt société JC Decaux du 22 février 2005**, la cour a écarté le moyen par lequel il était soutenu que la notification des mêmes griefs, indistinctement, à la société mère du groupe Decaux et à ses filiales, avait entraîné une violation des droits de la défense dans la mesure où, si le Conseil n'avait finalement retenu les griefs qu'à l'encontre de la société mère, les entreprises mises en cause n'avaient pas été en mesure de connaître avec précision les griefs qui leur étaient reprochés individuellement. La cour a énoncé que « *l'atteinte aux droits de la défense doit s'apprécier en la personne de l'entreprise condamnée* » – soit, en l'espèce, la société mère – à laquelle les griefs avaient été personnellement et régulièrement notifiés, qui avait été mise en mesure de se défendre utilement dans le cadre d'une procédure contradictoire et qui ne justifiait donc d'aucune violation de ses droits fondamentaux (cf. décision 04-D-32).

Dans l'**arrêt SARL Filmidis du 29 mars 2005**, la cour a sanctionné le fait que deux des griefs retenus par le Conseil, n'avaient pas été formellement et expressément visés dans la notification de griefs. Les pratiques concernées figuraient bien dans la première partie, descriptive, de la notification de griefs (intitulée « Griefs relevés ») mais n'avaient pas été reprises dans la partie « Qualification », ni dans la partie conclusive. En outre, il y avait eu une reformulation implicite de l'un des griefs au stade du rapport, qui avait été entérinée dans la décision du Conseil. La cour a rappelé que les garanties

41. L'article L. 463-7 reconnaît au Conseil le droit d'« *entendre toute personne dont l'audition lui paraît susceptible de contribuer à son information* ».

assurant l'effectivité du contradictoire devant le Conseil doivent être impérativement respectées, notamment celle obligeant à informer précisément les entreprises poursuivies, dans la notification de griefs, des pratiques qui leur reprochées, le Conseil ne pouvant « *sanctionner une pratique qui n'a pas été visée dans la notification de griefs, peu important à cet égard qu'elle ait été dénoncée dans le rapport et que les parties s'en soient expliquées devant lui* ». La cour a considéré que cette imprécision dans la définition des griefs portait atteinte au principe du contradictoire et justifiait l'annulation de la décision en ses articles visant les pratiques concernées. Dans le même arrêt, la cour a rappelé que le caractère contradictoire de la procédure, à compter de la notification des griefs, n'empêchait pas que le rapporteur et le Conseil demeurent maîtres de la conduite des investigations (cf. décision 04-D-44).

Dans l'**arrêt France Télécom du 12 avril 2005**, la cour d'appel a rejeté le moyen tiré de la violation du principe du procès équitable et des droits de la défense par le Conseil, au motif que celui-ci aurait couvert l'instruction à charge menée par le rapporteur. (cf. *supra* « Sur l'impartialité et l'indépendance du rapporteur »). La cour a jugé que les règles de procédure garantissant le principe du contradictoire avaient été strictement respectées, la requérante ne faisant état d'aucun fait précis démontrant qu'elles avaient été méconnues et se bornant, en réalité, à critiquer l'appréciation par le Conseil de la valeur des éléments de preuve soumis au débat contradictoire (cf. décision 04-D-48).

Dans l'**arrêt société G3S du 17 mai 2005**, la cour d'appel a écarté l'argumentation par laquelle la requérante se plaignait de n'avoir pas été régulièrement convoquée, aux motifs que seul son avocat avait été destinataire de la convocation à la séance et que le délai minimum de trois semaines entre la convocation et la séance, prescrit par l'article 39 du décret du 30 avril 2002, n'avait pas été strictement respecté. L'entreprise soutenait également que les arguments du rapporteur à l'appui de sa proposition de rejet de la saisine ne lui avaient pas été communiqués avant la séance, ce qui l'avait empêchée de se défendre utilement, et que le Conseil avait rejeté la saisine sur un fondement différent de celui dont il avait été débattu en séance. La cour a estimé que, compte tenu des interventions de l'avocat tout au long de la procédure (il avait adressé la saisine au Conseil, répondu aux demandes de renseignement du rapporteur et été présent lors des auditions de sa cliente), le Conseil était fondé à considérer que la plaignante lui avait donné mandat pour la représenter. Elle a estimé que le retard (en l'occurrence de 24 heures) dans la convocation – point qui n'avait d'ailleurs pas été soulevé devant le Conseil – ne pouvait être invoqué utilement dès lors qu'aucun préjudice qui en aurait résulté n'était démontré ni même allégué. La cour a observé enfin que la société avait bien été informée, par la convocation, que le rapporteur envisageait de proposer le rejet de sa saisine pour absence d'éléments suffisamment probants – fondement qui était bien celui retenu par le Conseil pour rejeter la saisine – et qu'elle avait, par conséquent, été mise à même de faire valoir en séance les moyens de nature à soutenir sa demande (cf. décision 04-D-60).

Dans l'**arrêt société OGF contre société Lamotte et Fils du 13 septembre 2005**, la cour a rejeté le moyen par lequel la requérante soutenait que le Conseil avait tenu compte, pour aggraver la sanction, d'un élément nouveau invoqué tardivement par son adversaire, à savoir un constat d'huissier

attestant de la persistance, pendant une période non visée dans la notification de griefs, d'une des pratiques reprochées. La cour a rappelé que si le Conseil ne peut se prononcer sur un grief qui n'a pas été notifié, il peut en revanche « *utiliser tout élément de preuve qui a fait l'objet d'un débat contradictoire* ». Elle a retenu que l'entreprise avait eu connaissance de cette pièce en venant consulter le dossier, qu'elle avait admis en séance la réalité de la pratique en cause, que celle-ci était « *directement rattachable* » aux griefs notifiés et que la prise en compte de cet élément avait seulement permis d'apprécier le dommage à l'économie et les effets de la pratique sans pour autant constituer un nouveau grief (cf. décision 04-D-37).

Dans l'**arrêt société OGF contre société Doussin du 13 septembre 2005**, la cour a écarté le moyen par lequel OGF faisait valoir que le Conseil avait retenu, de manière alternative, un second marché qui n'avait pas été évoqué dans la notification des griefs : la cour a jugé que la simple référence faite dans la décision à ce second marché correspondait à un rappel d'une jurisprudence antérieure du Conseil qui n'avait pas été prise en compte dans l'appréciation des griefs et qui ne pouvait donc entraîner une violation du principe de la contradiction (cf. décision 04-D-70).

Dans l'**arrêt TPS du 15 novembre 2005**, la cour d'appel a écarté le moyen tiré de la violation du contradictoire qui aurait résulté de ce que le Conseil avait retenu d'office des éléments nouveaux auxquels TPS n'avait pu répondre (relatifs aux économies de coût et aux avantages profitant au consommateur) et avait retenu, pour l'examen de la pratique de prédation, une méthode différente de celle du rapporteur : la cour a estimé que le Conseil, « *tenu de se prononcer en fait et en droit sur les griefs notifiés* » avait pu valablement retenir une analyse différente de celle proposée par le rapporteur dès lors qu'il ne s'était pas fondé sur des éléments qui n'avaient pas été soumis au débat contradictoire (cf. décision 05-D-13).

#### *En ce qui concerne les procédures de mesures conservatoires*

Dans l'**arrêt Orange Caraïbe du 28 janvier 2005**, la cour d'appel a écarté le moyen par lequel la requérante soutenait qu'en refusant d'écarter des débats des observations déposées par son adversaire en complément de sa saisine et auxquelles elle n'avait pas été autorisée à répondre compte tenu du calendrier fixé par le rapporteur général, le Conseil avait violé le principe du contradictoire (cf. décision 04-MC-02). La cour a estimé que n'était justifiée aucune atteinte à ce principe, rappelant qu'il devait s'apprécier au regard de l'urgence inhérente à la procédure de mesures conservatoires, et soulignant que la société avait disposé d'un temps suffisant pour prendre connaissance et répondre utilement, tant par écrit qu'en séance, aux observations contestées par lesquelles la plaignante s'était bornée, au demeurant, à compléter sa saisine sur des points mineurs (voir en ce sens l'arrêt de la cour d'appel de Paris, 12 février 2004, SARL SAEM).

#### **Sur l'application des dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales – Le caractère non public des séances**

Il a été rappelé dans l'**arrêt TPS du 15 novembre 2005**, que « *si les dispositions de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de*

*l'homme et des libertés fondamentales sont applicables aux sanctions prévues par l'article L. 464-2 du Code de commerce, des impératifs de souplesse et d'efficacité, compatibles avec la protection des droits de l'Homme, peuvent justifier l'intervention préalable d'organes administratifs ou corporatifs, et a fortiori juridictionnels, ne satisfaisant pas sous tous leurs aspects aux prescriptions de forme du paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 6 précité, dès lors que les décisions qu'ils prennent subissent a posteriori, sur les points de fait, les questions de droit ainsi que la proportionnalité de la sanction prononcée avec la faute commise, le contrôle effectif d'un organe judiciaire offrant toutes les garanties au sens du texte susvisé ; que tel étant le cas en l'espèce, le grief tiré du défaut de publicité de la séance n'est pas fondé » (voir aussi *infra*, dans le même sens, Cour de cassation, 28 juin 2005, Novartis Pharma et cour d'appel de Paris, 30 mars 2004, même affaire).*

### **Sur la mise en œuvre de la procédure de transaction et de la procédure simplifiée**

Se prononçant après l'avis rendu par la Cour de cassation le 11 juillet 2005 (voir *infra*), la cour d'appel, dans son **arrêt société OGF contre société Lamotte et Fils du 13 septembre 2005**, a jugé que « *ni les dispositions des articles L. 463-3 et L. 464-2-III du Code de commerce, ni aucune disposition du titre VI du Livre I de ce Code, n'interdisent au Conseil de la concurrence de mettre en œuvre cumulativement, dans une même affaire, la procédure simplifiée régie par le premier de ces textes et la procédure dite de transaction prévue par le second* » (cf. décision 04-D-37).

Voir aussi *infra*, même arrêt : Sur les sanctions / Sur le plafond de sanction applicable en fonction de la date de commission des pratiques.

### **Sur la publicité des débats**

Voir *supra*, « *Sur l'application des dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ».

### **Sur le délai raisonnable**

Dans l'**arrêt TPS du 15 novembre 2005**, la cour a admis que les délais auxquels avait été soumise la procédure ayant conduit à la décision 05-D-13, s'agissant notamment de la désignation tardive du rapporteur, caractérisaient une durée injustifiée et excessive au regard des exigences de l'article 6-1 de la CEDH. La cour a constaté toutefois, qu'en l'espèce, ce retard n'avait pas fait obstacle à l'exercice normal des droits de la défense de la société mise en cause et ne devait donc pas entraîner l'annulation de la procédure <sup>42</sup>.

42. Dans un arrêt du 13 décembre 2001 (SA Apprin Agglos), la cour d'appel de Paris a admis que la durée de la procédure pouvait influencer le niveau de la peine. Dans cette affaire où l'instruction du dossier avait duré sept ans, la cour avait estimé qu'il était inéquitable de prendre en compte le dernier chiffre d'affaires de la société alors que ce chiffre d'affaires s'était accru de manière significative depuis le début de la procédure, pour des raisons étrangères à la pratique ou au loyer de l'argent.



### Sur la règle « non bis in idem »

Dans l'**arrêt SARL Filmdis du 29 mars 2005**, la cour a écarté le moyen par lequel il était soutenu que le Conseil avait violé la règle *non bis in idem* en appliquant aux mêmes faits, la double qualification d'abus de position dominante et d'abus de dépendance économique. La cour a relevé que les deux qualifications supposaient des éléments constitutifs distincts et que la sanction prononcée par le Conseil n'excédait pas le maximum légal encouru pour chacune (*cf.* décision 04-D-44).

### Sur la prescription

Dans l'**arrêt TPS du 15 novembre 2005**, la cour d'appel a écarté le moyen tiré de la prescription des faits, en estimant, comme le Conseil, que les pratiques de couplage et de prédation reprochées à la société Canal Plus constituaient des pratiques continues qui avaient perduré jusqu'à la fin de l'abonnement (d'un an) proposé dans l'offre couplée litigieuse, et non pas seulement jusqu'à la fin de la commercialisation de l'offre, de sorte qu'une audition effectuée par le rapporteur avant cette date avait valablement interrompu la prescription. La cour a estimé, qu'en toute hypothèse, la prescription avait été interrompue à la fois par la demande d'avis adressée par la présidente du Conseil au Conseil supérieur de l'audiovisuel (sur le fondement de l'article 16 de l'ancien décret du 29 décembre 1986) et par l'avis subséquent qui avait été rendu par cet organisme : « *En effet, cette communication aux fins d'avis, qui est exigée du Conseil préalablement au prononcé de toute décision sur le fond et qui donne lieu à la délivrance d'un avis de nature à éclairer le Conseil sur le secteur concerné et les pratiques en cause, constitue, non un simple acte d'administration judiciaire [...], mais un acte tendant à la recherche, la constatation et la sanction des pratiques.* » La cour a encore confirmé qu'il importait peu que ce ne soit pas le rapporteur qui ait effectué la demande d'avis, la présidente du Conseil n'ayant pu par cette mesure purement formelle s'immiscer dans les fonctions d'instruction (*cf.* décision 05-D-13).

Voir aussi l'**arrêt du 13 décembre 2005 société Appia Revillon** en ce qui concerne l'effet interruptif de prescription des demandes de renseignements et de communication de pièces émanant du rapporteur.

### Sur la procédure suivie devant la cour d'appel

#### **Sur l'inapplicabilité du Nouveau Code de procédure civile et sur les pouvoirs des parties devant la cour d'appel**

Dans l'**arrêt SARL Filmdis du 29 mars 2005**, la cour a rappelé que les règles du Nouveau Code de procédure civile ne sont pas applicables à la procédure suivie devant le Conseil. Elle a précisé en outre qu'aucun texte ne limite le droit des parties de soulever des moyens d'annulation devant la cour ou de verser aux débats les documents qu'elles estiment nécessaires au soutien de leur mémoire, quand bien même ces documents se réfèreraient à des événements survenus après la décision attaquée (*cf.* décision 04-D-44).

### **Sur l'irrecevabilité du recours en tant qu'il est dirigé contre le chef d'une décision de mesures conservatoires déclarant la saisine « recevable au fond »**

Dans l'**arrêt Orange Caraïbe du 28 janvier 2005**, la cour d'appel a rappelé que le recours en annulation ou en réformation prévu par les articles L. 464-7 et L. 464-8 du Code de commerce n'est pas ouvert, indépendamment du recours portant sur les mesures conservatoires elles-mêmes, contre les décisions par lesquelles le Conseil de la concurrence estime que les faits invoqués à l'appui de la saisine sont suffisamment probants (*cf.* décision 04-MC-02).

### **Sur la recevabilité d'interventions volontaires devant la cour d'appel**

Comme le laissaient présager les deux ordonnances rendues les 22 septembre et 5 octobre 2004, sur des demandes de sursis à exécution de la décision 04-D-39, la cour d'appel, dans son **arrêt STAL du 22 février 2005**, a admis, au visa des articles 328 à 330 du Nouveau Code de procédure civile – dont elle relève qu'il n'y est pas dérogé dans le décret du 19 octobre 1987 et qu'elles ne sont pas incompatibles avec la nature propre du contentieux de la concurrence – la recevabilité des interventions volontaires d'organisations syndicales et de personnes physiques qui n'étaient pas parties à la procédure suivie devant le Conseil. Celles-ci justifiaient en effet d'un droit et d'un intérêt à agir, les premières agissant conformément à leur statut, pour la défense des intérêts professionnels collectifs de leurs adhérents, concernés par la décision déférée, et les secondes se prétendant directement lésées par cette décision qui avait mis hors de cause la collectivité publique dont elles étaient les représentants mais qui avait relevé, dans un passage dont la publication avait été ordonnée, leur participation personnelle et déterminante aux pratiques justifiant la transmission du dossier au procureur de la République.

### **Sur le délai de recours applicable aux décisions rejetant une demande de mesures conservatoires**

Dans l'**arrêt société Export Press du 12 avril 2005**, la cour d'appel a déclaré recevable le recours formé par la société requérante dans le délai d'un mois prévu par l'article L. 464-8 du Code de commerce <sup>43</sup>, soit après l'expiration du délai de dix jours prévu par l'article L. 464-7 du même code pour les décisions prises « *au titre de l'article L. 464-1* » <sup>44</sup>. La cour a relevé le caractère mixte de la décision du Conseil qui ne se bornait pas à rejeter la demande de mesures conservatoires, mais qui déclarait également la saisine partiellement irrecevable pour défaut d'intérêt à agir du saisissant. Dans ces

43. Conformément à ce qui avait été indiqué dans le courrier de notification de la décision adressé à la société.

44. L'article L. 464-7 prévoit que la décision « *prise au titre de l'article L. 464-1* » peut faire l'objet d'un recours dans les dix jours de sa notification et L. 464-1 énonce que « le Conseil peut *prendre des mesures conservatoires...* ».

L'application littérale de ces dispositions combinées conduirait à réserver le délai de dix jours aux seules décisions prononçant des mesures conservatoires. Toutefois une telle application serait absurde et manifestement contraire à l'urgence qui caractérise la procédure de mesures conservatoires : le refus par le Conseil des mesures demandées ne pouvant qu'aggraver l'urgence alléguée par le demandeur, celui-ci doit pouvoir saisir très rapidement la cour d'appel.

conditions, le délai ouvert aux parties pour déposer un recours était bien celui prévu par l'article L. 464-8 du Code de commerce. Il se déduit de cette décision que le délai de dix jours prévu par l'article L. 464-7 n'est pas réservé aux seules décisions qui accordent des mesures conservatoires et qu'il s'applique à toutes les décisions par lesquelles le Conseil, se prononçant sur une demande de mesures conservatoires, se borne à accorder ou refuser ces mesures (cf. décision 04-D-45).

### **Sur les observations écrites du Conseil devant la cour**

Dans l'**arrêt société Appia Revillon du 13 décembre 2005**, la cour d'appel a réaffirmé la possibilité pour le Conseil de présenter des observations écrites à l'occasion des recours formés contre ses décisions, rappelant que cette faculté, prévue par le décret du 19 décembre 1987, « *ne porte pas atteinte par elle-même aux droits de l'entreprise poursuivie à un procès équitable dès lors que cette dernière dispose de la faculté de répliquer par écrit et oralement à ces observations* ». En l'espèce, la cour relève que le Conseil n'avait invoqué aucun élément qui n'avait été débattu devant lui, hormis ceux destinés à répondre aux moyens nouveaux présentés pour la première fois par la requérante à l'occasion du recours, de sorte qu'il n'avait nullement aggravé les données retenues dans sa décision (cf. décision 05-D-17) (voir dans le même sens, cour d'appel de Paris, 30 mars 2004, Novartis Pharma).

### **Sur la saisine de la Cour de cassation pour avis**

À l'occasion de l'examen du recours formé contre la décision 04-D-37 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des pompes funèbres dans le Val-de-Marne, la cour d'appel, dans un **arrêt société OGF du 12 avril 2005**, a usé de la faculté qu'elle tient de l'article L. 151-1 du Code de l'organisation judiciaire<sup>45</sup>, pour saisir la Cour de cassation d'une demande d'avis préjudiciel portant sur la compatibilité entre la procédure de transaction et la procédure simplifiée et sur la détermination du montant maximum de la sanction en cas d'application cumulative des deux procédures (voir *infra*, avis de la Cour de cassation du 11 juillet 2005).

## **Sur le fond**

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

Dans l'**arrêt du 25 janvier 2005 Établissement français du sang**, la cour a rejeté le recours formé contre la décision 04-D-26 dans laquelle le Conseil avait estimé que le GIP Champagne-Ardenne (GIPCA), établissement de transfusion sanguine en situation de quasi-monopole sur le marché des produits sanguins bruts à usage non thérapeutique prélevés sur des donneurs

45. L'article L. 151-1 du COJ dispose que : « *Avant de statuer sur une demande soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation qui se prononce dans le délai de trois mois de sa saisine [...]. L'avis rendu ne lie pas la juridiction qui a formulé la demande. Il est communiqué aux parties [...].* »

présentant des garanties virologiques importantes et un standard biologique moyen, avait abusé à la fois de sa position dominante et de la dépendance économique dans laquelle se trouvait, à son égard, la SARL Reims Bio, spécialisée dans la transformation de produits sanguins bruts pour la fabrication de réactifs à usage industriel. L'EFS, substitué aux établissements de transfusion sanguine en vertu de la loi n° 98-535 du 1<sup>er</sup> juillet 1998, critiquait la délimitation du marché, déniait toute spécificité aux produits sanguins proposés par le GIPCA et soutenant que Reims Bio pouvait se fournir auprès de tout autre établissement de transfusion sanguine. Après avoir précisé que *« des produits appartenant à une même famille mais présentant de caractéristiques et propriétés thérapeutiques ou virologiques différentes peuvent chacun constituer autant de marchés spécifiques, dès lors que ces produits ne sont pas substituables entre eux du point de vue des utilisateurs ou des prescripteurs »*, la cour a avalisé l'analyse du Conseil qui avait procédé à un examen minutieux du marché et dont il ressortait que l'établissement de transfusion de Champagne-Ardenne et celui de Strasbourg étaient les seuls à avoir développé une activité de collecte de produits sanguins à usage non thérapeutique susceptible de répondre aux besoins spécifiques de la société Reims Bio.

Dans l'**arrêt société JC Decaux du 22 février 2005**, la cour d'appel a confirmé la définition retenue par le Conseil dans sa décision 04-D-32 d'un marché de la fourniture de mobilier urbain publicitaire aux collectivités locales, distinct du marché de la fourniture de mobilier urbain à caractère non publicitaire, en raison de modalités de financement différentes qui font de ces deux types de mobilier urbain des produits non substituables pour les collectivités locales (le mobilier publicitaire est mis gratuitement à la disposition des collectivités en contrepartie de l'autorisation donnée à l'entreprise de l'exploiter à des fins commerciales alors que le coût du mobilier non publicitaire est supporté par les collectivités). La cour a confirmé également la connexité existant entre ce marché de la fourniture de mobilier urbain publicitaire – dominé par la société Decaux – et celui de la publicité « extérieure », non dominé par cette dernière, mais sur lequel avaient été mises en œuvre des pratiques discriminatoires : le marché de la publicité extérieure, qui englobe l'affichage traditionnel et la publicité sur mobilier urbain, constitue un marché aval du marché de la fourniture de mobilier urbain et la position dominante de Decaux sur le premier marché avait rendu possibles les pratiques d'abus de position dominante commises sur le marché aval.

Dans l'**arrêt France Télécom – SFR du 12 avril 2005**, la cour a validé la définition, très discutée, des marchés retenus : marché amont de la terminaison des appels entrants dans les réseaux mobile et marché aval des appels *« fixe vers mobile »*. Elle a ainsi estimé que le Conseil avait pu, sans violer les principes *« de sécurité juridique, de confiance légitime et de légalité des délits et des peines »*, retenir des définitions de marché, qui n'avaient été introduites en droit positif qu'après les faits (dans la directive n° 2002/21/CE du 7 mars 2002 posant un cadre réglementaire commun pour ces réseaux et services et dans la recommandation du 11 février 2003 prise en application de cette directive) ou qui s'écartaient de la jurisprudence du Conseil au moment des faits ou de définitions adoptées dans la recommandation précitée de la Commission, dès lors que *« le marché pertinent est une réalité qui préexiste à la*

*décision qui le définit* » et que « *la définition des marchés pertinents pour l'application d'une réglementation sectorielle ne lie pas les autorités de concurrence saisies au contentieux, qui peuvent retenir des marchés différents en tenant compte des circonstances propres à chaque affaire* ». La cour a jugé que les définitions retenues étaient justifiées au regard des caractéristiques de l'offre et de la demande au moment des faits. Elle a ainsi confirmé les distinctions opérées par le Conseil, en aval, entre téléphonie fixe et téléphonie mobile, entre clientèle professionnelle et résidentielle et entre « grands comptes » et entreprises moyennes. Elle a jugé également qu'était remplie la condition de connexité entre les marchés en cause<sup>46</sup> : la position dominante des deux opérateurs en cause (France Télécom et Cégétel/SFR) sur les marchés amont avait permis la mise en œuvre des pratiques ressenties sur le marché aval (cf. décision 04-D-48).

Dans l'**arrêt VIVV du 28 juin 2005**, la cour a avalisé la définition du marché du transport maritime de passagers sans bagages entre l'île d'Yeu et le continent au départ de Fromentine, La Fosse et St Gilles Croix de Vie, entre avril et septembre, par vedette rapide ou par ferry, marché sur lequel la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée était en position dominante avec une part de marché de 70 %, cette part étant évaluée au regard du nombre de passagers effectivement transportés et non pas au regard du nombre de places offertes sur les navires par les différents opérateurs (cf. décision 04-D-79).

Dans l'**arrêt société OGF (contre société Doussin)** du 13 septembre 2005, la cour d'appel a avalisé la définition du marché pertinent retenue par le Conseil. La société OGF, pour dénier sa position dominante sur le marché géographique retenu, celui de la ville de Saint-Germain-en-Laye et de dix communes avoisinantes, souhaitait voir prise en compte une région plus étendue comprenant la commune de Poissy, voire la zone d'attraction du centre hospitalier intercommunal de Poissy/Saint-Germain correspondant au secteur Yvelines-Nord et même un certain nombre de communes plus éloignées au motif qu'en provenaient des défunts qui étaient admis à la chambre funéraire de Saint-Germain-en-Laye. La cour a rejeté cette argumentation et fait sienne l'analyse du Conseil. Celui-ci, au terme d'un examen très circonstancié des données de l'espèce (caractéristiques des deux principales communes concernées, contenu du registre de la chambre funéraire, choix des familles parmi les différents opérateurs présents...) avait justifié sa délimitation du marché géographique en observant que le défaut d'étalement parfaite entre des marchés locaux limitrophes ne doit pas empêcher leur délimitation, sauf à admettre qu'un seul marché global doive en définitive être retenu. La cour a confirmé en particulier que l'intégration des communes de Poissy et de Saint-Germain-en-Laye dans le même marché n'était pas justifiée. En effet, par leur population et un nombre de décès du même ordre – très nettement supérieur à ceux des petites communes limitrophes – ces deux villes étaient des « villes centres » de même poids. En outre, ce

46. Condition exigée dans la décision Tetra Pak de la CJCE du 14 novembre 1996 pour que puisse être incriminé un abus commis sur un marché dominé (dans l'affaire France Télécom – SFR, le marché amont de la terminaison des appels dans les réseaux mobiles) et affectant un marché non dominé (le marché aval de la téléphonie « fixe vers mobile » sur lequel SFR n'était pas en position dominante).

n'était qu'occasionnellement que les offreurs installés sur l'une des deux zones intervenaient pour répondre à des demandes émanant de la zone voisine (pour des décès survenus à Saint-Germain-en-Laye, les opérateurs de Poissy n'intervenaient que dans 12 % des cas et réciproquement). Par ailleurs, la cour a approuvé la méthode de calcul des parts de marché, basée sur le nombre de convois réalisés par les entreprises dans la zone de référence rapporté au nombre de décès enregistrés dans la même zone. Elle a admis que ce ratio était « *probablement moins précis* » que celui préconisé par OGF, consistant à comparer le nombre de convois réalisés par les entreprises dans la zone de référence au nombre total de convois réalisés par les entreprises concurrentes. Toutefois, l'importance de l'écart entre les parts de marché d'OGF et celles de ses concurrents et l'avantage concurrentiel tiré par l'opérateur de la propriété de la chambre funéraire, rendaient les objections de la requérante sans incidence (cf. décision 04-D-70).

## Sur les pratiques d'entente

### *Sur les pratiques de concertation mises en œuvre par des organismes professionnels*

Dans un **arrêt du 11 janvier 2005**, la cour d'appel a rejeté le recours formé par le Conseil régional de l'Ordre des architectes d'Aquitaine et l'association Architecture et Commande publique contre la décision 04-D-25 par laquelle ces deux instances avaient été sanctionnées pour avoir mené de concert des actions auprès de leurs adhérents et auprès de maîtres d'ouvrage publics afin que, contrairement aux prescriptions de l'ancien Code des marchés publics relatives aux marchés de maîtrise d'œuvre, la sélection des candidats architectes ne se puisse se faire à partir de leurs propositions d'honoraires. Les architectes avaient ainsi été invités à ne pas transmettre de propositions d'honoraires au stade de la sélection des candidatures et les acheteurs publics à ne pas les demander. La cour a estimé que le Conseil avait procédé à une exacte appréciation des textes applicables qui permettaient, contrairement à ce qui était soutenu, à l'acheteur public, dès la phase de sélection des candidats, de recourir à la « consultation sur honoraires » en se faisant remettre des offres comprenant les propositions d'honoraires des candidats. Dès lors, en essayant, au moyen de notes ou d'interventions directes, voire de pressions, d'amener leurs adhérents et les acheteurs publics à considérer cette consultation sur honoraires comme illégale et d'imposer une autre méthode consistant à aborder la question des honoraires lors de la phase finale de négociation entre le responsable du marché et le candidat retenu, les deux organisations avaient mis en œuvre des pratiques illicites visant à écarter le critère des honoraires de la phase de mise en concurrence des architectes et donc à diminuer l'intensité de la concurrence entre les architectes. En incitant les adhérents et les maîtres d'ouvrage à se ranger à leur interprétation fautive de la loi, les instances professionnelles avaient excédé les limites de leurs missions respectives <sup>47</sup>.

47. Voir aussi en ce sens dans l'affaire des géomètres-experts : Conseil de la concurrence, 02-D-14 du 28 février 2002 / cour d'appel de Paris, 24 juin 2003 (Conseil supérieur de l'ordre des géomètres-experts) et Cour de cassation, 9 juin 2004 (*idem*).

La cour a jugé que de telles pratiques, qui s'appuyaient sur une lecture erronée d'un texte et qui n'avaient généré aucun progrès économique avéré, ne pouvaient bénéficier des exemptions prévues au I de l'article L. 420-4 du Code de commerce. Elle a également confirmé la mise hors de cause de plusieurs cabinets d'architectes, estimant que la preuve n'était pas rapportée que ces entreprises avaient « librement exprimé leur volonté commune de se comporter d'une manière déterminée sur le marché ». Il était apparu en effet que ces architectes, après avoir d'abord subi la pression des organismes en cause, avaient finalement accepté d'adresser leurs propositions d'honoraires au maître d'ouvrage.

### Sur les échanges d'informations ou concertations à l'occasion d'appels d'offre

Dans l'arrêt **24 mai 2005, SARL Imagin et autres**, la cour a confirmé en tous points la décision de sanction 04-D-78 prise à l'encontre d'imprimeurs qui, à l'occasion d'un appel à la concurrence lancé par la préfecture de la Moselle pour l'impression des bulletins de vote de l'élection présidentielle de 2002, s'étaient entendus pour proposer un prix identique, en l'occurrence deux fois plus élevé que celui proposé par l'Imprimerie nationale, moins disante. Les entreprises entendaient ainsi perpétuer le système ancien de fixation des prix par arrêté préfectoral, après négociation entre professionnels et services de la préfecture, qui avait engendré un niveau de prix élevé et auquel il avait été mis fin par un décret du 18 mars 2001 et sa circulaire d'application du 3 janvier 2002. La cour a repoussé les moyens par lesquels les entreprises expliquaient que, s'il y avait bien eu concertation, il s'était agi pour elles, non pas d'obtenir le marché frauduleusement mais seulement de marquer leur désapprobation face à la « concurrence déloyale » de l'Imprimerie nationale et qu'elles avaient agi en toute transparence, en présentant des offres rigoureusement identiques et délibérément élevées, alignées sur les tarifs pratiqués lors d'élections précédentes, et sans dissimuler les liens qui les unissaient (quatre imprimeries appartenaient au même groupe), plusieurs offres étant signées par la même personne, de sorte que si l'une d'entre elles avaient remporté une partie du marché, c'était par l'effet d'un simple concours de circonstances. La cour a estimé que cette concertation intervenue dans le cadre d'un appel public à la concurrence « avait, en elle-même, un objet anticoncurrentiel dès lors qu'elle conduisait nécessairement à une restriction de la concurrence », peu important le mobile ou l'intention des entreprises. Elle a rappelé par ailleurs la jurisprudence constante selon laquelle, le fait, pour les entreprises de présenter des offres distinctes manifestait leur autonomie commerciale et les obligeait à respecter les règles du droit de la concurrence et à ne pas présenter comme concurrentes des offres dont l'indépendance n'était qu'apparente, peu important la connaissance que l'acheteur public pouvait avoir des liens unissant les sociétés <sup>48</sup>. L'effet sur la concurrence était avéré, nonobstant la part prétendument faible de l'offre représentée par les entreprises en cause, dans la mesure où

48. Voir aussi en ce sens l'arrêt de la cour d'appel de Paris, 18 novembre 2003 (Signaux Laporte) et 9 novembre 2004 (SA SEE Camille Bayol).

le choix du maître d'ouvrage s'était trouvé restreint, qu'une des sociétés compromises dans la concertation avait remporté un des lots et que le niveau des prix avait été supérieur à celui qui aurait dû normalement résulter d'une mise en concurrence effective des entreprises, conforme à la nouvelle procédure mise en place en 2001, tel qu'il l'avait d'ailleurs pu être observé dans un département voisin où la confrontation concurrentielle des imprimeries n'avait pas été empêchée.

Dans l'**arrêt société Appia Revillon du 13 décembre 2005**, la cour d'appel a confirmé le caractère anticoncurrentiel des échanges intervenus entre les entreprises Gerland (devenue Appia Revillon) et Roger Martin, antérieurement au dépôt de leurs offres, lors d'un appel d'offres organisé par le Conseil général de la Côte-d'Or. Les entreprises s'étaient concertées (avec une autre) afin de répondre en groupement pour le lot 1 du marché, pour lequel elles avaient effectivement postulé ensemble. Cependant, elles avaient également échangé des informations de prix concernant le lot 2 du même marché pour lequel elles avaient ensuite présenté des offres apparemment indépendantes. La cour a rejeté l'argumentation selon laquelle l'échange d'informations sur le lot 2 n'aurait pas été établi. Elle a confirmé par ailleurs le caractère anticoncurrentiel de cet échange, écartant la thèse selon laquelle le seul fait de se communiquer des informations ne suffirait pas à constituer une entente sauf à interdire toute tentative de groupement : « *Le seul échange d'informations antérieurement au dépôt des offres constitue une entente lorsque, comme en l'espèce, ces informations portent sur les prix que les soumissionnaires envisagent de proposer, réduisant ainsi sensiblement l'incertitude sur la stratégie des concurrents et donc l'autonomie de prise de décision des entreprises concernées.* » La cour a estimé qu'en admettant même l'argumentation [nullement accréditée] selon laquelle l'intention des entreprises aurait été de rechercher un groupement pour le lot 2 également, « *le seul fait de s'être communiqué leurs prix leur interdisait de présenter des offres, en apparence concurrentes, sans informer le maître de l'ouvrage de ce que cette concurrence avait été irrémédiablement faussée par l'échange d'informations intervenu dans le cadre du projet de groupement* ». Elle a précisé enfin qu'il n'était pas déterminant pour la caractérisation de l'infraction que les prix envisagés n'aient pas été ceux finalement proposés et qu'il n'était nullement nécessaire de démontrer que chaque entreprise savait que l'autre soumissionnerait séparément (cf. décision 05-D-17).

### **Sur les ententes horizontales**

Dans l'**arrêt STAL du 22 février 2005**, la cour d'appel a confirmé le caractère anticoncurrentiel des pratiques sanctionnées dans la décision 04-D-39, mises en œuvre par trois sociétés spécialisées dans la découpe et la commercialisation de viandes de boucherie et par la société gestionnaire de l'abattoir municipal de Laval (STAL) sur le marché de la commercialisation de viandes et de sous-produits d'animaux de boucherie au stade de gros ou de demi gros. Les sociétés, principaux usagers de l'abattoir de Laval et associés de la STAL, s'étaient concertées avec celle-ci afin d'interdire, avec le soutien de représentants de la communauté d'agglomération de Laval (CAL), à la société plaignante, nouvel entrant sur le marché, l'accès aux équipements publics offerts par l'abattoir, alors même que cet établissement connaissait



des difficultés financières dues notamment à une sous-utilisation de ses installations. Les entreprises avaient, par ailleurs, réparti entre elles les capacités de l'abattoir. En outre, grâce aux aides publiques octroyées pour compenser les pertes de l'abattoir elles étaient parvenues à maintenir à un taux artificiellement bas les tarifs de la STAL, de façon à continuer à bénéficier, en tant que clients, de conditions économiques avantageuses par rapport à leurs concurrents potentiels. La cour a souligné le caractère discriminatoire, dilatoire ou fallacieux des motifs invoqués pour refuser à la plaignante l'accès aux services de l'abattoir municipal. Elle a écarté l'argumentation selon laquelle la plaignante aurait disposé d'une solution alternative auprès d'un abattoir privé voisin, les tarifs proposés y étant plus élevés que ceux de l'abattoir municipal de Laval.

## Sur les pratiques d'abus de position dominante

### Sur les abus

Dans l'**arrêt du 25 janvier 2005 (EFS)**, la cour a approuvé l'analyse du Conseil qui avait estimé qu'en retardant la conclusion d'une convention de cession de produits sanguins à usage non thérapeutique prélevés sur des donneurs présentant des garanties virologiques importantes (risque d'hépatite et sida faible) et un standard biologique moyen – soit les donneurs des régions Champagne-Ardennes et Alsace-Lorraine – l'établissement de transfusion sanguine, GIP Champagne-Ardennes, avait abusé de la position dominante qu'il détenait sur le marché considéré, au préjudice la SARL Reims Bio, société spécialisée dans la transformation de produits sanguins bruts pour la fabrication de réactifs à usage industriel (voir *infra*, même arrêt, en ce qui concerne l'abus de dépendance économique) (*cf.* décision 04-D-26).

Dans l'**arrêt société JC Decaux du 22 février 2005**, la cour d'appel a confirmé le caractère anticoncurrentiel des pratiques mises en œuvre par le groupe Decaux, en position dominante sur le marché de la fourniture de mobilier urbain publicitaire aux collectivités locales. Après avoir perdu le marché de la ville de Rennes en 1997, le groupe avait tenté, d'une part, d'empêcher l'opérateur nouvellement désigné de valoriser commercialement le marché qu'il avait remporté en essayant de détourner de lui les annonceurs, et d'autre part, de dissuader les collectivités locales de changer de fournisseur et ses concurrents potentiels de soumissionner à l'avenir contre lui. Pour ce faire, Decaux avait mis en œuvre un certain nombre de manœuvres dilatoires et discriminatoires. Il avait ainsi maintenu et poursuivi indûment l'exploitation de ses mobiliers au-delà de l'échéance de son contrat, offert à des annonceurs la gratuité de campagnes d'affichage et mis en place des tarifs spécifiques concernant la ville de Rennes (*cf.* décision 04-D-32).

Dans l'**arrêt SARL Filmdis du 29 mars 2005**, la cour, pour confirmer l'existence de pratiques d'abus de position dominante mises en œuvre par la société Filmdis sur le marché de la distribution des films dans les Antilles et sur les marchés connexes de l'exploitation des salles de cinéma en Guadeloupe et en Martinique, a estimé que « *si la nature particulière de l'activité cinématographique, qui relève à la fois de l'art, de l'industrie et du commerce, et la spécificité de ses produits peuvent justifier que les distributeurs*

déterminent un plan de sortie sélectif, apte à assurer la diffusion la plus large et la plus efficace [des œuvres], cette liberté ne doit pas avoir pour objet ou pour effet de défavoriser systématiquement un exploitant par rapport à l'un de ses concurrents dans sa zone de chalandise ». La société en cause avait mis en œuvre diverses pratiques qui désavantageaient systématiquement les exploitants indépendants de salles de cinéma par rapport aux salles du groupe auquel elle-même appartenait. Ces pratiques avaient consisté, d'une part, à imposer aux exploitants individuels des relations d'exclusivité et, d'autre part, à favoriser leurs propres salles dans la programmation, tant dans le choix des films que dans leur date de passage et leur durée d'exposition. La cour a estimé que ces pratiques ne pouvaient bénéficier de l'exemption prévue à l'article L. 420-4-I 2° du Code de commerce (cf. décision 04-D-44).

Dans l'**arrêt France Télécom – SFR du 12 avril 2005**, la cour d'appel a réformé en toutes ses dispositions la décision 04-D-48 dans laquelle le Conseil, sur une saisine de l'association Tenor regroupant des opérateurs de télécommunications, avait sanctionné France Télécom et Cegetel, opérateurs verticalement intégrés sur les marchés de la téléphonie fixe et mobile, chacun en monopole sur le marché amont des terminaisons d'appels sur son propre réseau mobile, pour avoir mis en œuvre des pratiques de ciseau tarifaire entre avril 1999 et janvier 2001. Les deux sociétés proposaient aux grandes et moyennes entreprises, *via* leur branche de téléphonie fixe respective (Orange et SFR), des offres de détail « *fixe vers mobile* » qui ne couvraient pas les coûts variables encourus pour la fourniture de ces prestations, dont la charge de terminaison d'appel (CTA) fixée par leur branche de téléphonie mobile. Ces tarifs empêchaient les opérateurs de téléphonie fixe entrants de proposer, *via* une interconnexion aux réseaux mobiles des deux opérateurs, des offres *fixe vers mobile* compétitives, à moins de consentir des pertes. Le Conseil avait retenu que ces pratiques avaient eu pour effet de retarder l'entrée de nouveaux opérateurs sur le marché de la téléphonie *fixe vers mobile* à une époque où ils ne disposaient pas d'autre solution technique pour intervenir sur ce marché que l'interconnexion directe aux réseaux des opérateurs de téléphonie mobile.

Pour établir l'effet de ciseau tarifaire, le Conseil avait retenu qu'au moment des faits (à partir d'avril 1999), le reroutage international (c'est-à-dire la possibilité pour les opérateurs de téléphonie fixe, concurrents de France Télécom et de Cegetel, de faire transiter les appels *fixe vers mobile* par des opérateurs étrangers, essentiellement européens, qui les renvoyaient vers France Télécom à charge pour celle-ci de les faire aboutir sur le réseau mobile de destination, solution financièrement plus intéressante que l'interconnexion directe aux réseaux mobiles des deux opérateurs) avait cessé d'être une solution alternative dans la mesure où France Télécom avait conclu des « accords de surcharge » avec ses homologues étrangers qui avaient eu pour effet de cesser de rendre attractive cette voie de contournement. Le Conseil avait écarté l'argumentation des deux opérateurs qui soutenaient que le reroutage avait néanmoins subsisté en se reportant sur des pays encore non concernés par les « accords de surcharge ».

La cour a jugé, qu'en écartant cette argumentation, le Conseil avait méconnu un certain nombre d'éléments desquels il résultait, selon elle, que ce reroutage avait continué après le premier semestre 1999. Elle a par conséquent

estimé que le Conseil avait failli dans l'administration de la preuve et n'avait pas justifié sa décision, de sorte que les pratiques reprochées aux deux opérateurs en cause ne pouvaient être tenues pour établies.

Un pourvoi en cassation a été formé par l'association Etna (venant aux droits de l'association Tenor) contre l'arrêt de la cour d'appel. Dans un arrêt du 10 mai 2006, la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'annulation de la cour d'appel et a renvoyé l'affaire devant elle.

Dans l'**arrêt société G3S du 17 mai 2005**, la cour d'appel a confirmé la décision 04-D-60, par laquelle le Conseil avait rejeté, faute d'éléments suffisamment probants, la saisine de la société G3S. Celle-ci, assurant en sous-traitance la maintenance et la réparation de matériels de reprographie d'imagerie médicale commercialisés par la société AGFA, reprochait à cette dernière diverses pratiques qualifiées d'abus de position dominante et de dépendance économique. Étaient dénoncées : une clause de non concurrence imposée aux sous-traitants, la rupture des relations commerciales avec la plaignante et le débauchage de salariés. La cour a approuvé le Conseil d'avoir écarté le caractère abusif de la clause de non concurrence qui n'interdisait pas aux sous-traitants d'intervenir sur des matériels concurrents de ceux diffusés par AGFA mais qui prévoyait simplement l'accord écrit préalable du fabricant. Aucun élément n'indiquait par ailleurs que cet accord avait effectivement été sollicité puis refusé par AGFA et en outre, la durée limitée à un an du contrat de sous-traitance avec une possibilité de tacite reconduction offrait aux sous-traitants la possibilité de le dénoncer à intervalles rapprochés, de surcroît sans pénalité. S'agissant de la rupture des relations commerciales unissant G3S et AGFA, la cour a rappelé la jurisprudence constante selon laquelle un fabricant est « *libre de modifier comme il l'entend la structure de son réseau de distribution sans que ses contractants bénéficient d'un droit acquis au maintien de leur situation* ». Enfin, la cour a constaté que les éléments du dossier ne permettaient pas de retenir un quelconque débauchage imputable à AGFA qui n'avait fait qu'émettre des suggestions de reclassement de salariés à la demande de G3S.

Dans l'**arrêt Digitechnic du 24 mai 2005**, la cour a annulé la décision de non-lieu rendue sur une saisine de la société Digitechnic (04-D-76) et renvoyé l'affaire devant le Conseil pour poursuite de l'enquête. La société Digitechnic, qui exerçait une activité d'assembleur d'ordinateurs, avait dénoncé le refus de Microsoft, entre janvier 1995 et juin 1996, de lui fournir, *via* une licence dite « OEM <sup>49</sup> » réservée aux fabricants et assembleurs d'ordinateurs, des logiciels de bureautique regroupés sous l'appellation « Pack Office Pro » qu'elle souhaitait pré-installer sur ses ordinateurs, refus qui l'avait obligée à acquérir ces logiciels auprès de détaillants de matériels micro-informatiques (canal « non-OEM ») à un prix environ dix fois plus élevé que celui acquitté par les bénéficiaires de la licence. Digitechnic dénonçait par ailleurs la discrimination tarifaire qu'elle avait subie, Microsoft lui ayant finalement accordé la licence mais à un prix sensiblement plus élevé que celui qui était consenti aux assembleurs concurrents, notamment aux sociétés américaines, Dell et

49. OEM = Original Equipment Manufacturer.

Gateway. Pour écarter le caractère anticoncurrentiel des pratiques, le Conseil avait rappelé qu'un refus de licence, qui relève de la liberté commerciale du propriétaire du droit intellectuel, n'est pas anticoncurrentiel en soi, même s'il est le fait d'une entreprise en position dominante, à moins que la licence ne soit essentielle à l'activité du plaignant. Tel ne lui avait pas paru être le cas en l'espèce, dans la mesure où le refus de Microsoft n'avait pas empêché Digi-technic de doubler ses ventes (alors même qu'elle devait acheter le Pack au prix public) et que dans le même temps ses concurrents, bénéficiaires de la licence, connaissaient une progression moindre. En outre, au moment des faits, la plupart des acheteurs d'ordinateurs ne demandaient pas l'option « Pack Office Pro » et il existait des logiciels alternatifs. Le Conseil avait considéré par ailleurs que la discrimination tarifaire pratiquée par Microsoft pouvait être justifiée au regard notamment des quantités qui étaient vendues aux grands fabricants (comme Dell et Gateway) et aux qualités des services fournis par ces derniers (en termes de sécurité contre le piratage et de SAV par exemple).

La cour a fait une analyse différente. Après avoir rappelé que le refus de fourniture par une entreprise en situation de domination peut constituer un abus « *s'il n'est pas objectivement justifié et ce, [...] même dans les situations où le refus de fournir résulte du refus de donner en licence des droits de propriété intellectuelle* » (Commission européenne, 2 mars 2004), elle a relevé que Microsoft détenait une position fortement dominante sur les marchés des logiciels d'exploitation et des logiciels d'application de bureautique, en raison non seulement de ses parts de marché, mais aussi de barrières à l'entrée résultant de l'omniprésence du système d'exploitation Windows (édité par Microsoft) sur le marché des ordinateurs personnels et le grand nombre de logiciels d'application créés spécifiquement pour le système Windows. La cour a encore observé que le Pack Office Pro regroupait à l'époque des faits les suites logicielles les plus vendues en micro-informatique (Word, Excel, Powerpoint, Access...). Elle a estimé que le Conseil aurait dû par conséquent rechercher si les logiciels d'application proposés par d'autres fabricants avaient été réellement substituables au Pack Microsoft, notamment pour les acquéreurs d'ordinateurs prééquipés de logiciels d'exploitation Windows. La cour a jugé par ailleurs que le Conseil avait méconnu les effets anticoncurrentiels des pratiques dont semblaient avoir été également victimes de nombreux autres assembleurs, français et britanniques. Elle a reproché encore au Conseil de n'avoir pas vérifié les affirmations de Microsoft, qui lui paraissent être démenties par les pièces du dossier, selon lesquelles le Pack n'avait été disponible en France qu'à partir du milieu de l'année 1996. La situation du marché sur la période considérée et la réalité de l'évolution des chiffres d'affaires des protagonistes ne lui ont pas paru avoir fait l'objet d'un examen suffisant. En conclusion, la cour a estimé qu'il ne pouvait être exclu que Microsoft ait abusé de sa position dominante en mettant en œuvre les pratiques dénoncées.

Dans l'**arrêt société OGF contre société Doussin du 13 septembre 2005**, la cour d'appel a confirmé que les pratiques mises en œuvre par la société OGF, relatives d'une part, à l'annonce dans les pages jaunes de l'annuaire d'un numéro de téléphone unique pour la chambre funéraire et son local commercial et d'autre part, à l'agencement des locaux, étaient bien de nature

à créer et entretenir une confusion dans l'esprit des familles entre l'activité de la société, relevant du service public, de gestionnaire exclusif de la chambre funéraire, et son activité commerciale d'opérateur de pompes funèbres (cf. décision 04-D-70).

### **Sur les offres de couplage**

Dans l'**arrêt TPS du 15 novembre 2005**, la cour d'appel a rejeté le recours formé par la société TPS contre la décision 05-D-13, dans laquelle le Conseil avait estimé que n'étaient pas établies les pratiques dénoncées par cette société, qui auraient été mises en œuvre par le groupe Canal Plus, en position dominante sur le marché de la télévision payante. Il s'agissait principalement d'une offre de couplage proposée, du 1<sup>er</sup> septembre 1997 au 31 janvier 1998, sur les abonnements Canal Plus et CanalSatellite et du prix prédateur pratiqué sur cette offre. Le couplage avait consisté pour Canal Plus à offrir les deux bouquets « Canal Plus » et « CanalSatellite » à un prix inférieur (225 F/mois) à la somme des prix de chaque produit vendu séparément (respectivement, 175 F/mois et 98 F/mois). La cour a approuvé l'analyse du Conseil qui avait considéré, conformément à la jurisprudence communautaire (arrêts Akzo, CJCE, 3 juillet 1991, et Compagnie maritime belge, TPICE, 8 octobre 1996) et à sa propre jurisprudence (décision 04-D-22 « Primaliste Longue Distance »), que la position dominante de Canal Plus sur le marché de la télévision à péage ne lui interdisait pas, *a priori* et par principe, le lancement d'offres de couplage. Après un examen de la structure du marché, la cour a estimé à son tour que la pratique n'avait eu ni objet ni effet anticoncurrentiel dès lors :

- que les deux produits concernés par l'offre (« Canal Plus » et « CanalSatellite ») étaient situés sur le même marché, celui de la télévision à péage, déjà largement ouvert à la concurrence au moment des faits (outre Canal Plus, s'y côtoyaient les opérateurs satellitaires CanalSatellite et TPS et les câblo-opérateurs Lyonnaise Câble, France Télécom Câble, NC Numéricâble) ;
- que la chaîne Canal Plus n'était pas un produit incontournable au regard notamment de l'offre de TPS qui, au moment des faits, proposait aussi des programmes généralistes et des chaînes de sport et de cinéma ;
- que TPS proposait elle-même, au moment des faits, des offres de couplage entre ses différents produits ;
- que les offres de couplage de Canal Plus avaient précédé le lancement de TPS, de sorte qu'on ne pouvait dire que la pratique avait spécifiquement visé à nuire au développement de TPS ;
- qu'enfin, le couplage était source de gains d'efficacité – permettant à Canal Plus de réaliser des économies de coûts (au titre de la gestion des paraboles offertes, de la gestion des abonnements et de la prospection commerciale), peu important que le montant de ces économies soit inférieur à la remise consentie – et procurait des avantages au consommateur (qui n'avait qu'un seul interlocuteur ainsi qu'un décodeur et une facturation uniques). La cour a estimé que les effets anticoncurrentiels étaient d'autant moins prononcés que le consommateur était resté libre d'acheter séparément les deux produits, que l'offre en cause n'avait été proposée que durant cinq mois après avoir fait l'objet d'un lancement par marketing direct, qu'elle n'avait pas seulement été réservée aux clients déjà abonnés

et que TPS avait connu une forte progression, au cours de la période considérée, malgré une augmentation de ses tarifs.

### Sur les prix prédateurs

La cour d'appel, dans l'**arrêt société Vedettes inter-îles vendéennes (VIVV) du 28 juin 2005**, a confirmé la décision 04-D-79 par laquelle le Conseil avait mis hors de cause la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée qui, dans le cadre d'une mission de service public, assure toute l'année une liaison régulière entre l'île d'Yeu et le continent, avec des ferries et une vedette rapide « l'Amporelle ». La Régie avait été mise en cause pour ses pratiques tarifaires par un opérateur privé, la société des Vedettes inter-îles vendéennes (VIIV), qui exploite des liaisons avec l'île d'Yeu, pendant la saison touristique. Le Conseil avait écarté les deux griefs notifiés à la Régie : un grief de prix prédateurs sur le prix des passages sur « l'Amporelle » et un grief de subventions croisées (visant l'utilisation d'excédents de ressources tirées de l'activité sous monopole pour financer les tarifs prédateurs).

Sur le premier point, le Conseil avait estimé que le niveau des tarifs pratiqués sur l'Amporelle pendant l'été était supérieur à celui des coûts incrémentaux propres à la fourniture de ce service. Ce faisant, pour la première fois lors de l'examen de prix prédateurs, le Conseil s'était fondé sur la méthode des « coûts incrémentaux » utilisée par la Commission européenne dans la décision *Deutsche Post* du 20 mars 2001 : les deux affaires concernaient l'hypothèse où l'opérateur dominant mis en cause exerce une mission de service public et intervient parallèlement sur un marché ouvert à la concurrence en utilisant les mêmes ressources pour les deux activités. Sur le second grief, le Conseil avait estimé que l'exploitation de l'activité sous monopole, déficitaire, ne dégagait aucun excédent de ressources susceptible de financer l'activité concurrentielle, laquelle, au demeurant, comme il avait été démontré, dégagait des recettes.

Il était reproché au Conseil d'avoir écarté l'approche traditionnelle fixée par la décision *Akzo* de la CJCE (selon laquelle des prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux mais supérieurs à la moyenne des coûts variables sont considérés comme prédateurs s'il est démontré qu'ils s'inscrivent dans une stratégie d'éviction) et d'avoir basé l'examen du grief sur la comparaison entre recettes et coûts incrémentaux liés à l'activité concurrentielle de la Régie, selon la méthode adoptée par la Commission européenne dans sa décision *Deutsche Post* précitée. Il était soutenu que cette méthode avait été mal interprétée dans la mesure où le Conseil – méconnaissant que l'utilisation de la vedette rapide ne se rattachait pas à l'activité de service public qui aurait pu être assurée sans ce navire surdimensionné – avait exclu totalement des coûts incrémentaux, l'ensemble des coûts fixes communs à l'activité en monopole et à l'activité en concurrence, notamment les dépenses de loyers et de personnels de l'Amporelle, partant du principe que le bateau remplissait une mission de service public et que ces coûts fixes communs auraient dû de toute façon être engagés par la régie même si elle n'avait pas exercé l'activité concurrentielle pendant l'été. Il était également observé que la méthode des « coûts incrémentaux » était inadaptée au cas d'espèce en ce qu'elle assurait une immunité à tout opérateur chargé d'une mission de service public et intervenant parallèlement dans le secteur concurrentiel, qui ferait des

investissements disproportionnés pour pouvoir justifier des prix prédateurs dans le secteur concurrentiel.

Cette argumentation a été repoussée par la cour. Elle a estimé que le coût pertinent à prendre en compte était bien le coût incrémental (soit le coût additionnel exposé par la Régie pour assurer son activité commerciale sur l'Amporelle pendant l'été) et que devaient être exclus de ce coût incrémental, les coûts fixes communs aux prestations de service public et à l'activité concurrentielle (soit les coûts que la Régie serait obligée de supporter pour l'exercice de sa seule mission de service public et qui lui incomberaient même si elle n'exerçait pas l'activité en concurrence). Comme le Conseil, la cour a jugé qu'il fallait exclure à ce titre les loyers de l'Amporelle : elle a donc estimé que l'activité du navire relevait bien du service public, ainsi qu'il ressortait d'un arrêt du Conseil d'État qui avait souligné que la taille du navire répondait à des contraintes liées à l'état de la mer en hiver et aux nécessités de la mission de service public de la Régie lui imposant d'assurer des traversées régulières toute l'année et par tous temps. Elle a relevé au surplus que l'Amporelle participait à la mission de service public pendant la période estivale également, en offrant certaines prestations supplémentaires et des réductions tarifaires et en permettant de répondre à la demande en période de forte affluence. La cour a encore approuvé le Conseil de n'avoir pas intégré dans les coûts des charges fiscales non payées par la Régie et qualifiées de subventions cachées par la VIVV, le Conseil se devant d'évaluer les charges de la Régie au regard de sa situation fiscale existante, indépendamment de l'application faite de la législation par les services fiscaux. Elle a eu, en revanche, une appréciation plus extensive que le Conseil des coûts fixes communs puisqu'elle a estimé qu'auraient dû être également exclus du coût incrémental les coûts d'assurance et de grosses réparations (qui, selon elle, ne sont pas liés – au moins pour partie – à l'utilisation effective du bateau mais à la durée de sa mise à disposition) ainsi que les coûts de personnel et les coûts commerciaux qui devaient, selon elle, être de toute façon supportés pour assurer les traversées des passagers sans bagages sur les ferries. Cette réserve est toutefois sans incidence sur la conclusion du Conseil, que la cour a adoptée à son tour, selon laquelle les recettes générées par l'activité concurrentielle de la Régie couvraient largement les coûts liés à cette même activité.

Dans l'**arrêt de rejet TPS du 15 novembre 2005**, la cour d'appel a avalisé l'analyse du Conseil qui avait écarté le grief de prix prédateurs notifié à la société Canal Plus (05-D-13). Elle a ainsi approuvé la méthode retenue par le Conseil qui avait consisté à faire porter le test de prédation sur le prix de l'offre couplée et non pas sur le seul prix du produit « CanalSatellite » au sein de l'offre : « *La notion de prix prédateur devant s'apprécier au regard du produit effectivement offert à la vente, c'est à juste titre que, s'agissant de produits couplés, le Conseil a examiné le prix global des deux produits en cause.* » Elle a estimé que l'analyse du Conseil était conforme à la jurisprudence Akzo (CJCE 3 juillet 1991) en faisant sienne la conclusion à laquelle était parvenu le Conseil, à savoir qu'il n'était pas établi que le prix de l'offre couplée ne couvrait pas les coûts variables de cette offre. En plus des économies de coût réalisées par l'opérateur, il avait été observé que la marge dégagée par Canal sur l'abonnement à la chaîne *Premium* (bouquet Canal

Plus) (135 F selon la propre estimation de TPS), lui permettait de couvrir largement la différence entre le prix additionnel proposé pour l'abonnement à CanalSatellite dans l'offre couplée (50 F) et le coût marginal <sup>50</sup> d'un abonné à CanalSatellite (estimé entre 64 F et 70 F). Le Conseil avait relevé à titre surabondant, pour écarter également l'hypothèse d'un prix supérieur aux coûts variables mais inférieur aux coûts totaux <sup>51</sup>, qu'aucune stratégie d'éviction de Canal Plus ne ressortait du dossier.

### Sur les subventions croisées

Dans l'**arrêt VIVV du 28 juin 2005**, la cour a écarté la pratique de subventions croisées reprochée à la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée. Dès lors qu'il était démontré que l'activité concurrentielle de la Régie dégageait des recettes, il ne pouvait être soutenu que cette activité était financée par l'activité en monopole, d'autant qu'il était avéré que celle-ci était déficitaire et ne générait donc pas d'excédent de ressources qui aurait permis de financer l'activité en concurrence. La cour a d'ailleurs relevé expressément qu'en l'occurrence, « *le déficit de l'activité hivernale dont la réalité est constante, est financé par les recettes générées par l'Amporelle pendant la saison d'été sur le marché concurrentiel* ». Par ailleurs, il n'était pas établi que la Régie bénéficiait d'aides non justifiées par les contraintes du service public, la cour observant à cet égard, qu'« *il n'entre pas dans les attributions du Conseil et de la cour d'examiner le caractère [éventuellement] excessif des subventions versées par [la collectivité publique]* » (cf. décision 04-D-79).

340

### Sur les pratiques d'abus de dépendance économique

Dans l'**arrêt du 25 janvier 2005 (EFS)**, la cour a approuvé l'analyse du Conseil qui avait estimé qu'en rompant brutalement et unilatéralement les relations établies avec la SARL Reims Bio, l'établissement de transfusion sanguine, GIP Champagne-Ardenne (GIPCA), en situation de quasi-monopole sur le marché des produits sanguins bruts à usage non thérapeutique prélevés sur des donneurs présentant des garanties virologiques importantes et un standard biologique moyen, avait abusé de la dépendance économique dans laquelle se trouvait, à son égard, la SARL Reims Bio, société spécialisée dans la transformation de produits sanguins bruts pour la fabrication de réactifs à usage industriel. La pratique avait entraîné la disparition de la société et la déstabilisation de l'ensemble de la filière d'approvisionnement des produits en cause. La cour, pour écarter l'argumentation selon laquelle la société Reims Bio s'était placée elle-même en situation de dépendance économique en se fournissant pour 90 % de ses besoins auprès du GIP, après avoir rappelé que « *l'état de dépendance économique, pour un distributeur, se définit comme la situation d'une entreprise qui ne dispose pas de la possibilité de substituer à son ou ses fournisseurs un ou plusieurs autres fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables* », a estimé que la dépendance

50. Coût supporté pour produire une unité supplémentaire.

51. Seconde hypothèse de prix prédateurs définie par la décision Akzo.



économique était « *une situation objective dont l'origine est indifférente* » : la cour semble ainsi se démarquer de la jurisprudence – rappelée par la Cour de cassation dans l'arrêt Concurrence du 3 mars 2004 et régulièrement appliquée par le Conseil – selon laquelle la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur est un des critères de la dépendance économique à condition que cette part ne résulte pas d'une politique commerciale délibérée du revendeur. La cour a repris à son compte, par ailleurs, le motif retenu par le Conseil selon lequel la société Reims Bio s'était trouvée confrontée aux pratiques du GIP avant d'avoir pu mettre en place une éventuelle stratégie de diversification (cf. décision 04-D-26).

La même définition objective de la dépendance économique a été reprise dans l'**arrêt SARL Filmdis du 29 mars 2005** (cf. décision 04-D-44).

Dans l'**arrêt SARL Les Oliviers du 15 novembre 2005**, la cour d'appel a confirmé la décision 05-D-05 par laquelle le Conseil avait rejeté la saisine de ladite société. Celle-ci, qui avait exploité une maison de retraite à Saint-Étienne, avait dénoncé les pratiques mises en œuvre par cette ville sur le marché de l'hébergement des personnes âgées ou dépendantes. La saisissante avait en particulier présenté comme constitutive d'un abus de dépendance économique le fait pour la ville de lui avoir loué des locaux à un prix élevé. La cour d'appel, comme le Conseil, a estimé que les faits, qui s'inscrivaient dans le cadre d'un accord librement négocié entre les parties, ne pouvaient recevoir la qualification alléguée, la plaignante n'ayant pas démontré, de surcroît, qu'elle était dans l'impossibilité de rechercher d'autres locaux pour y exercer son activité « *moyennant le paiement d'un loyer d'un montant plus adapté à ses perspectives de rentabilité* ».

### Sur le non-respect des injonctions

Dans un **arrêt du 11 janvier 2005**, la cour d'appel a rejeté le recours formé par France Télécom contre la décision 04-D-18 dans laquelle le Conseil avait sanctionné l'opérateur pour le non-respect d'une injonction prononcée à son encontre à l'occasion d'une procédure de mesures conservatoires initiée par la société « 9 Télécom », concernant le marché de l'accès à internet haut débit (par l'ADSL). La cour a toutefois réformé la décision du Conseil mais pour multiplier par deux la sanction initialement prononcée de 20 millions d'euros. Dans sa décision 00-MC-01, le Conseil avait constaté que France Télécom n'offrait pas à ses concurrents entrant sur le marché, la possibilité d'exploiter « l'option 3 » définie par l'ART, censée leur permettre d'accéder au « circuit virtuel permanent » de France Télécom et de fournir aux fournisseurs d'accès à internet le service du transport des données haut débit de leurs clients. Le Conseil avait en conséquence enjoint à l'opérateur historique « *de proposer aux opérateurs tiers [...], une offre technique et commerciale d'accès au circuit virtuel permanent [...] ou toute autre solution technique et économique équivalente permettant aux opérateurs d'exercer une concurrence effective, tant par les prix que par la nature des prestations offertes* ».

Dans la décision attaquée, le Conseil avait estimé que France Télécom n'avait pas respecté l'injonction. Il était apparu que le niveau du tarif de l'option 3 proposé par France Télécom, au regard de l'offre qu'il proposait directement

aux FAI, laissait un espace économique insuffisant aux opérateurs entrants sur le marché pour développer une offre rentable en direction de ces mêmes FAI. Ainsi, les opérateurs alternatifs qui auraient acheté à France Télécom les prestations correspondant à l'option 3 pour revendre aux FAI un service équivalent à celui offert par ailleurs par l'opérateur historique, n'auraient pu dégager une marge suffisante pour faire face à leurs coûts. France Télécom avait donc mis en place un ciseau tarifaire qui lui avait permis, en l'occurrence, de se maintenir en situation de quasi monopole jusqu'au dégroupage de la boucle locale, devenu effectif en 2003.

La cour d'appel a repoussé l'argumentation de France Télécom selon laquelle le Conseil avait violé le principe d'interprétation stricte des injonctions en contrôlant la conformité des conditions tarifaires de son offre sur la base d'une règle autre que celle de non-discrimination – qui, seule, selon la requérante, était prévue par la décision de mesures conservatoires – et en adoptant une analyse basée sur le test de ciseau tarifaire. La cour a relevé que si le Conseil s'était effectivement référé à un avis de l'ART visant la règle de non-discrimination (en préconisant une solution permettant aux opérateurs entrants d'offrir aux FAI des services de collecte dans des « conditions équivalentes » à celles offertes par France Télécom aux mêmes FAI), le critère des « conditions équivalentes » ne pouvait en réalité être appliqué puisqu'aucune comparaison de prix n'était possible, France Télécom n'appliquant pas à elle-même ou à ses filiales l'offre litigieuse, qui était proposée seulement aux opérateurs entrants. La cour a estimé par conséquent que la seule méthode susceptible de vérifier si l'offre de France Télécom aux opérateurs leur permettait d'exercer une concurrence effective était celle du test de ciseau tarifaire. Elle a par ailleurs jugé inopérant, eu égard à la formulation générale de l'injonction qui mentionnait l'exercice d'une concurrence effective par les opérateurs sans aucune restriction géographique, le moyen selon lequel avait été indûment écartée l'hypothèse d'un déploiement prioritaire des opérateurs dans les zones urbaines, déploiement qui, selon France Télécom, leur aurait permis d'enregistrer une marge positive. La cour a constaté que le non-respect de l'injonction avait été constaté à deux reprises au cours de l'année 2000, postérieurement à l'expiration du délai de huit semaines imparti par le Conseil, peu important dès lors qu'à compter d'un avis rendu par l'ART en mars 2001 qui avait fixé le montant de ses offres, France Télécom ait pu se conformer aux préconisations de l'autorité de régulation.

### Sur l'imputabilité des pratiques

Dans l'**arrêt de rejet du 25 janvier 2005 (EFS)**, la cour a confirmé l'analyse du Conseil qui avait imputé à l'Établissement français du sang (EFS), organisme créé par une loi du 1<sup>er</sup> juillet 1998 pour se substituer aux différents établissements français de transfusion sanguine, les pratiques reprochées à l'établissement de transfusion sanguine, GIP Champagne-Ardennes (GIPCA). L'EFS contestait qu'on puisse lui attribuer le comportement du GIP dans la mesure où, par une convention prévue par la loi de 1998, il s'était obligé à reprendre les dettes du GIP, à l'exclusion toutefois des engagements résultant d'une fraude ou d'une faute intentionnelle. Le Conseil avait écarté cette argumentation

en se fondant sur la jurisprudence Enichem du TPI (17 décembre 1991)<sup>52</sup> et en considérant également que la sanction de pratiques anticoncurrentielles n'imposait pas la démonstration de comportements frauduleux ou d'une faute intentionnelle impliquant la volonté de nuire. La cour d'appel a jugé ce dernier motif non pertinent dès lors que les pratiques en cause, ayant été commises volontairement, revêtaient un caractère fautif au sens de la convention invoquée par l'EFS. Elle a, en revanche, approuvé le Conseil d'avoir estimé que l'EFS assumait, en droit et en fait, la continuité économique et fonctionnelle du GIP et dont il devait par conséquent se voir imputer les pratiques (04-D-26).

### Sur l'application du droit communautaire

Dans l'**arrêt VIVV du 28 juin 2005**, la cour a écarté l'application du droit communautaire dans l'affaire concernant le transport de passagers entre l'île d'Yeu et le continent, en retenant que les lignes exploitées étaient intérieures à la France, qu'aucun des opérateurs présents n'était étranger et que le seul fait qu'une partie de la clientèle pouvait être européenne n'était pas de nature à caractériser une affectation sensible du commerce entre États membres (04-D-79).

### Sur les mesures conservatoires

Dans un **arrêt du 28 janvier 2005 (Orange Caraïbe)**, la cour d'appel a confirmé pour l'essentiel la décision 04-MC-02 dans laquelle le Conseil, à la demande de la société Bouygues Télécom Caraïbe, avait prononcé des mesures conservatoires à l'encontre de la société Orange Caraïbe, filiale de téléphonie mobile de France Télécom en Martinique, Guadeloupe et Guyane. Pour tirer les enseignements de l'arrêt Neuf Télécom rendu par la cour d'appel le 29 juin 2004 dans une affaire concernant le secteur de la télévision par ADSL, le Conseil avait relevé le standard de preuve requis pour l'octroi des mesures en adoptant la notion de « *présomption raisonnable de pratique anticoncurrentielle* ». C'est ainsi que le Conseil avait estimé qu'« *en l'état du dossier et sous réserve d'une instruction au fond* », il pouvait être « *raisonnablement présumé* » que certaines des pratiques imputées à Orange Caraïbe, opérateur dont on pouvait raisonnablement présumer la domination sur le marché de la téléphonie mobile dans les Caraïbes, étaient constitutives d'abus de position dominante. Les pratiques en cause concernaient des contrats d'exclusivité passés par Orange Caraïbe avec des distributeurs indépendants, une clause d'exclusivité imposée à ses distributeurs et au seul réparateur de portables agréé dans les Caraïbes, la discrimination tarifaire injustifiée en faveur des appels passés par les clients d'Orange Caraïbe à l'intérieur de son réseau par rapport à ceux émis vers le réseau Bouygues et différentes pratiques de fidélisation de la clientèle<sup>53</sup>. Après cet

52. Jurisprudence reprise par la cour d'appel de Paris (27 novembre 2001) et la Cour de cassation (23 juin 2004) dans l'affaire du crédit immobilier.

53. Pour d'autres pratiques, qui n'ont pas paru devoir justifier le prononcé de mesures conservatoires, mais néanmoins une instruction au fond (pratiques de prix imposés, discrimination tarifaire pour l'accès au kiosque, offres couplées...), le Conseil a maintenu sa formule habituelle (« *il n'est pas exclu que...* »).

examen de la « recevabilité au fond » de la demande, le Conseil avait estimé que se trouvaient réunies les conditions posées à l'article L. 464-1 du Code de commerce, permettant de prononcer des mesures provisoires. Étaient en effet caractérisés, d'une part, l'existence d'une atteinte à la fois grave et immédiate à la concurrence résidant dans le risque très plausible d'un retrait prochain de la plaignante du marché concerné, qui aurait laissé Orange Caraïbe en situation de monopole – risque accrédité par un recul sensible des parts de marché de la plaignante et par sa situation financière très obérée – et, d'autre part, un lien de causalité entre les pratiques relevées et l'atteinte portée à la concurrence. Ne retenant, parmi les mesures demandées, que celles susceptibles de porter remède à des pratiques qui étaient la cause directe et certaine de l'atteinte, le Conseil avait enjoint à Orange Caraïbe, dans un délai de deux mois :

- de supprimer l'exclusivité imposée aux distributeurs indépendants et au réparateur ;
- d'orienter vers les coûts ses offres comportant des tarifs différents pour les communications vers les clients de son propre réseau et pour celles destinées aux clients du réseau Bouygues ;
- et de mettre fin aux pratiques de fidélisation en permettant à ses clients d'utiliser leurs points de fidélité pour bénéficier de réductions de prix sur l'ensemble des produits ou services proposés par l'opérateur (et pas seulement sur ceux entraînant un nouvel engagement avec l'opérateur).

344

La délimitation du marché pertinent de la téléphonie mobile dans les trois départements français de la zone Antilles Guyane et la position dominante d'Orange Caraïbe n'étant pas contestées, la cour a fait sienne l'analyse du Conseil, reprenant la notion de « présomption raisonnable » et estimant que les pratiques d'éviction d'Orange Caraïbe, « *qui tendent à entraver le marché de la distribution au détail et les transferts de clientèle et à élever les coûts du concurrent, sont par leur cumul et leur durée, la cause directe et certaine de l'atteinte à l'entreprise plaignante [...] et, à travers elle, au secteur concerné et aux intérêts des consommateurs* ». Elle a jugé que, par leur nature, les mesures ordonnées par le Conseil étaient proportionnées à l'atteinte relevée et strictement limitées à ce qui était nécessaire pour faire face à l'urgence. Toutefois, la cour a jugé trop bref le délai imparti à Orange Caraïbe pour mettre en œuvre les mesures relatives aux coûts des communications et aux actions de fidélisation en raison, respectivement, des impératifs techniques liés aux modifications à apporter à son système de facturation et aux contraintes légales imposées pour les modifications contractuelles dans le secteur concerné. En conséquence, elle a octroyé à la requérante un délai supplémentaire de deux mois pour se conformer aux injonctions.

Dans l'**arrêt société Export Press du 12 avril 2005**, la cour a confirmé le rejet par le Conseil de la demande de mesures conservatoires présentée par la société Export Press. Celle-ci, souhaitant accéder au marché de la distribution de la presse au numéro dans les départements et territoires d'outre-mer, dénonçait l'abus de position dominante du groupe NMPP dans le secteur de la vente au numéro de la presse nationale dans ces départements et territoires, les prix proposés par les dépositaires, filiales des NMPP, étant présentés comme excessifs, discriminatoires et générateurs d'un effet de ciseau. Après avoir déclaré la saisine irrecevable en ce qu'elle concernait les départements

d'outre-mer, en raison de l'application de la loi Bichet du 2 avril 1947 (*cf. supra*), le Conseil avait estimé qu'en ce qui concernait les territoires d'outre-mer, aucune urgence ou atteinte grave et immédiate n'était démontrée (04-D-45). La cour a souligné que la société Export Press, qui s'accommodait de la situation depuis plusieurs années, ne justifiait d'aucune urgence ou atteinte à la concurrence en ce qui concernait tant le secteur que l'intérêt des consommateurs (la distribution des titres pouvant être assurée par les éditeurs eux-mêmes) ou sa propre situation (les difficultés qu'elle invoquait provenaient d'investissements hasardeux). La cour a rappelé à cette occasion qu'un simple manque à gagner est insuffisant pour caractériser l'atteinte grave et immédiate justifiant le prononcé de mesures d'urgence.

## Sur les sanctions

### Sur la gravité des pratiques

Dans l'**arrêt du 11 janvier 2005** (conseil régional de l'Ordre des architectes d'Aquitaine et l'association Architecture et commande publique), la cour a relevé la gravité des pratiques d'entente « *mises en œuvre par des instances professionnelles dotées de l'autorité morale que confère [...] l'exercice d'une mission d'intérêt général* » et qui avaient, dans certains cas, influencé les maîtres d'ouvrage publics (*cf.* décision 04-D-25).

Dans l'**arrêt France Télécom du 11 janvier 2005**, la cour d'appel a approuvé l'analyse du Conseil en ce qu'il avait estimé que le non-respect de son injonction constituait, en soi, « *une pratique d'une gravité exceptionnelle* » qui, en l'espèce, avait permis à France Télécom de se maintenir indûment en situation de quasi-monopole (04-D-18). Eu égard toutefois au caractère délibéré du non-respect « *d'une injonction claire, précise et dépourvue d'ambiguïté* » et à « *la persistance du comportement anticoncurrentiel de France Télécom* », la cour a porté sur la gravité de la pratique une appréciation différente de celle du Conseil en doublant le montant de la sanction de 20 millions d'euros initialement prononcée (le ministre avait formé un recours incident tendant à ce que la sanction soit portée à 75 millions d'euros).

Dans l'**arrêt STAL du 22 février 2005**, la cour d'appel, pour confirmer les sanctions prononcées par le Conseil, a jugé particulièrement graves les comportements d'entente sanctionnés, en relevant notamment qu'ils avaient eu pour effet de confisquer au profit des personnes en cause, un équipement municipal destiné à l'usage de tous et d'imposer à la collectivité publique des dépenses injustifiées (*cf.* décision 04-D-39).

Dans l'**arrêt 24 mai 2005, SARL Imagin et autres**, la cour a maintenu les sanctions prononcées. Les pratiques avaient eu pour objet et effet de faire échec au déroulement normal de la procédure d'appel d'offres organisée en vue d'une mise en concurrence des entreprises chargées de l'impression des bulletins de vote pour l'élection présidentielle dans le département de la Moselle et, partant, de tromper la collectivité publique quant à la réalité et l'intensité de la concurrence sur le marché. La cour a estimé que la gravité des pratiques procédait également de leur ampleur (sur les huit entreprises soumissionnaires, cinq s'étaient concertées, ce qui avait réduit la capacité de

choix de la préfecture et l'avait contrainte à faire le choix d'un des participants à l'entente).

« [...] le Conseil justifie [...] le montant de la sanction par l'appartenance d'OGF à un groupe important traditionnellement chargé de l'exploitation d'un service public, en position historiquement forte et par l'avantage concurrentiel dont cette société bénéficie grâce à la force d'attraction de la chambre funéraire ; que l'abus de la situation de confiance des familles en deuil devant organiser rapidement les funérailles est d'autant plus grave qu'OGF a fait preuve d'une résistance renouvelée à l'ouverture de la concurrence » (13 septembre 2005, société OGF contre société Doussin).

### Sur le dommage à l'économie

« Le Conseil a justement observé que le marché de l'option 3 est resté durablement fermé jusqu'à ce que l'ART obtienne, à compter d'octobre 2002, un ensemble de baisse de prix permettant de débloquer la situation, que des opérateurs tiers ont été exclus du marché naissant de la fourniture en gros des accès ADSL et que les fournisseurs d'accès à internet ont dû faire face à un fournisseur se maintenant artificiellement en situation de quasi monopole pour des prestations qui constituent une part importante de leurs charges et conditionnent largement leur rentabilité ou les prix qu'ils sont en mesure de proposer aux consommateurs » (arrêt du 11 janvier 2005, France Télécom) (cf. décision 04-D-18).

346

« C'est vainement que les requérantes contestent l'importance du dommage à l'économie dès lors que la concertation litigieuse a entraîné des surcoûts à la charge de la préfecture [...] au regard notamment du taux de marge qui a été appliqué et qui est bien supérieur à celui habituellement pratiqué dans l'imprimerie [...] » (arrêt du 24 mai 2005, SARL Imagin et autres) (cf. décision 04-D-78).

Dans l'arrêt société Appia Revillon du 13 décembre 2005, la cour d'appel a estimé devoir réduire très substantiellement les sanctions prononcées dans la décision 05-D-17 pour des pratiques d'entente mises en œuvre à l'occasion d'un appel d'offres organisé par le Conseil général de la Côte-d'Or : « En dépit de la gravité intrinsèque des comportements visés, justement relevée par le Conseil de la concurrence, le dommage à l'économie est demeuré très limité dans la mesure où était concerné un marché qui n'excédait pas 83 000 euros et où aucune des entreprises sanctionnées n'a été finalement attributaire, leurs offres s'étant avérées nettement plus élevées que celles de l'entreprise moins-disante. »

### Sur le plafond de sanction applicable en fonction de la date de commission des pratiques

Dans l'arrêt STAL du 22 février 2005, la cour a confirmé les sanctions prononcées par le Conseil, validant la méthode qui avait consisté à appliquer le plafond antérieur à la loi NRE à une partie des faits commis avant l'entrée en vigueur de cette loi, et le plafond majoré prévu par la loi NRE à l'autre partie

des faits qui avaient débuté avant la loi NRE mais avaient continué au-delà (cf. décision 04-D-39).

### Sur le mécanisme applicable en cas de mise en œuvre cumulative de la procédure de transaction et de la procédure simplifiée

À la suite de l'avis rendu à sa demande par la Cour de cassation le 11 juillet 2005<sup>54</sup>, la cour d'appel, dans un **arrêt société OGF du 13 septembre 2005 (contre société Lamotte et Fils)**, a confirmé entièrement la décision 04-D-37 prise par le Conseil concernant le marché des pompes funèbres du Val-de-Marne. Dans cette affaire, la procédure simplifiée et la procédure de transaction avaient été mises en œuvre successivement et le Conseil, pour déterminer le montant de la sanction, avait d'abord pris en compte le mécanisme propre à la procédure de transaction avant de tenir compte des dispositions relatives à la procédure simplifiée. Il avait ainsi, dans un premier temps, calculé la réduction légale de moitié du montant maximum de la sanction encourue, prévue en cas de transaction, à partir du plafond déterminé en fonction du chiffre d'affaires, conformément aux dispositions combinées du I et du II de l'article L. 464-2<sup>55</sup>, et non pas, comme le préconisait la société OGF dans le cadre de son recours, à partir du plafond prévu en cas de procédure simplifiée (ce qui aurait conduit au prononcé d'une amende inférieure de moitié). Puis, ayant constaté qu'après application des deux réductions prévues en cas de transaction (réduction automatique de moitié du plafond légal calculé par rapport au chiffre d'affaires et réduction, selon la proposition du rapporteur général, de la sanction normalement infligée), le montant obtenu était supérieur au plafond applicable en cas de procédure simplifiée, il avait finalement prononcé une amende correspondant au plafond prévu pour la procédure simplifiée. La requérante objectait que cette méthode revenait à gommer l'effet de la transaction. La Cour de cassation avait émis un avis conforme à la méthode suivie par le Conseil en indiquant qu'aucune disposition n'interdisait l'application cumulative des deux procédures dans la même affaire et qu'en cas d'application cumulative des deux dispositifs, et quel que soit l'ordre dans lequel ils étaient mis en œuvre, le montant de la sanction devait être calculé conformément aux dispositions régissant la procédure de transaction (L. 464-2-II devenu L. 464-2-III) sans pouvoir dépasser le plafond fixé en cas de procédure simplifiée.

La cour d'appel a suivi l'analyse préconisée par la Haute Juridiction et a rejeté l'argumentation contraire soutenue par la société OGF. Elle a écarté également le moyen par lequel la requérante se prévalait de ce que le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement avaient eu une lecture des textes conforme à leurs propres vues, en proposant au Conseil que les

54. Voir *infra* avis de la Cour de cassation du 11 juillet 2005.

55. L'article L. 464-2-II (devenu L. 464-2-III) du Code de commerce prévoit qu'en cas de mise en œuvre de la procédure de transaction, « le rapporteur général peut proposer au Conseil de la concurrence [...] de prononcer la sanction pécuniaire **prévue au I**, en tenant compte de l'absence de contestation. Dans ce cas, le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié ». Ces dispositions renvoient donc expressément à celles de l'article L. 464-2-I qui fixent le montant maximal de la sanction encourue par rapport au chiffre d'affaires de l'entreprise en cause.

réductions soient appliquées à partir du plafond de la procédure simplifiée. Pour cela, la cour a repris la motivation adoptée dans son arrêt du 21 septembre 2004, Dexxon Data Media, pour indiquer qu'aux termes des dispositions régissant la procédure de transaction, le Conseil était souverain dans son appréciation de la sanction et n'était en aucune façon lié par les propositions qui pouvaient lui être faites : « *Il ne se déduit pas des termes de l'article L. 464-2-II du Code de commerce, que l'engagement pris par procès-verbal par le Rapporteur général du Conseil devait conduire la société Texas Instruments France à tenir pour acquis que la proposition de réduction de la sanction émise par celui-ci serait purement et simplement entérinée par le Conseil* » et par conséquent, l'entreprise « *ne pouvait se méprendre sur la portée juridique de [la transaction] et ignorer que le Conseil dans son pouvoir d'appréciation de la sanction, n'était en aucune façon lié par les propositions émises par le Rapporteur général.* »

### Sur la mesure de publication

Dans l'**arrêt STAL du 22 février 2005**, la cour d'appel a annulé la décision du Conseil en ce qu'elle prévoyait la publication de passages dans lesquels étaient nommément désignées des personnes physiques, présentées comme ayant pris une part personnelle et déterminante dans la mise en œuvre des comportements anticoncurrentiels sanctionnés par des moyens apparaissant comme frauduleux et donc justiciables de poursuites pénales. La cour a estimé qu'il avait ainsi été porté atteinte à la présomption d'innocence et aux droits de la défense des intéressés. La cour, usant des pouvoirs qu'elle tient des articles L. 464-8 du Code de commerce et 561 du NCPC, a substitué à la mesure censurée une nouvelle mesure de publication expurgée des passages litigieux (cf. décision 04-D-39).

Par une **ordonnance du 6 septembre 2005**, le magistrat délégué par le Premier Président de la cour d'appel de Paris pour exercer les attributions résultant de l'article 8 du décret du 19 octobre 1987, a fait droit partiellement à une demande de sursis présentée par la société Decaux<sup>56</sup>, visant la décision 05-D-36 prise à son encontre, pour non-respect d'injonctions prononcées dans la décision 98-D-52 qui obligeaient le groupe à modifier ses dispositions contractuelles. Pour sanctionner le non-respect de ces obligations, le Conseil avait prononcé une sanction pécuniaire et deux injonctions obligeant la société Decaux, d'une part, à adresser à chacune des collectivités locales avec lesquelles le groupe était en relation contractuelle une lettre contenant des extraits de la décision, et d'autre part, à faire publier ces mêmes extraits dans la *Gazette des communes, des départements et des régions*. La demande de sursis à exécution portait sur ces injonctions.

La cour a estimé que l'injonction relative à la diffusion de la lettre aux collectivités territoriales était de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives, en ce que, ayant pour objet d'informer les partenaires commerciaux du groupe du comportement répréhensible de celui-ci, elle

56. Sur le fondement de l'article L. 464-8, alinéa 3, du Code de commerce.



porterait une atteinte sérieuse à son image et risquerait de compromettre ses activités de manière irréversible, dans un contexte concurrentiel très tendu, en le privant de la conclusion de contrats de longue durée. La cour a estimé qu'« aucune circonstance [n'imposait] que cette injonction soit exécutée avant que la décision statuant sur le bien-fondé du recours ne soit rendue ». En revanche, la demande de sursis en ce qu'elle portait sur la publication dans la *Gazette des communes, des départements et des régions* a été rejetée, la cour ayant estimé la mesure entièrement justifiée et rappelé qu'elle procédait « du principe fondamental de la publicité des décisions à forme et à contenu juridictionnel [et n'était] pas de nature à porter atteinte au crédit et à la considération des personnes visées » : elle a toutefois autorisé la requérante à retirer de l'extrait à publier, le passage concernant l'injonction de diffuser la lettre et à mentionner l'existence du recours formé contre la décision.

La cour d'appel a approuvé la mesure de publication ordonnée par le Conseil « pour renforcer l'efficacité de la concurrence dans les marchés de maîtrise d'œuvre en Aquitaine » (**arrêt du 11 janvier 2005**, Conseil régional de l'Ordre des architectes d'Aquitaine et l'association Architecture et commande publique) (cf. décision 04-D-25).

### Sur la transmission du dossier au procureur de la République

Dans l'**arrêt STAL du 22 février 2005**, la cour d'appel, tout en rappelant que la décision du Conseil de transmettre le dossier au parquet n'est pas, en tant que telle, soumise à son contrôle, a jugé qu'il n'appartenait pas au Conseil de qualifier les faits poursuivis « sans réserve » au regard de l'article L. 420-6 du Code de commerce et d'en imputer publiquement la responsabilité pénale à des personnes physiques citées et nommément désignées. Estimant dès lors que la décision, qui énonçait que des personnes désignées avaient pris une part personnelle et déterminante dans la mise en œuvre des comportements anticoncurrentiels sanctionnés, au moyen de manœuvres apparaissant frauduleuses, portait atteinte à la présomption d'innocence et aux droits de la défense des intéressés, la cour l'a annulée de ce chef et reformulée (cf. décision 04-D-39).

## ■ Jurisprudence de la Cour de cassation

### Sur la procédure

#### La compétence d'attribution du Conseil

##### ● Arrêt de rejet du 19 avril 2005 (M. Desœuvre)

La Cour de cassation a confirmé que le Conseil n'était pas compétent pour connaître de pratiques relatives à la mise en place, par des autorités publiques, de consultations juridiques gratuites destinées à tout public au sein de maisons de la justice et du droit, celles-ci touchant directement à l'organisation

et au fonctionnement du service public de l'accès au droit et n'en étant pas détachables (cf. décision 03-D-27).

## La prescription

### • Arrêt de rejet du 22 février 2005 (société Socarel)

La Cour de cassation a jugé que le procès-verbal, signé du déclarant nommément identifié, par lequel des enquêteurs avaient recueilli des documents et des déclarations effectuées spontanément par une personne qui s'était présentée dans leurs locaux pour dénoncer des pratiques anticoncurrentielles, tendait à la constatation de ces pratiques au sens de l'article L. 462-7 du Code de commerce et constituait donc un acte interruptif de prescription (cf. décision 03-D-96).

### • Arrêt de rejet du 12 juillet 2005 (M. Velpry)

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt qui avait confirmé la décision (03-D-52) dans laquelle le Conseil avait constaté la prescription des faits qui concernaient des appels au boycott lancés contre un prothésiste dentaire par un conseil départemental de l'ordre de chirurgiens-dentistes et la Confédération nationale des syndicats dentaires. La Cour a confirmé l'analyse selon laquelle la lettre circulaire incriminée, envoyée aux dentistes par les organismes professionnels, ne pouvait être qualifiée de pratique continue, dès lors qu'elle consistait en une information et une recommandation ponctuelles attirant, à un moment précis, l'attention des dentistes sur la situation du prothésiste.

### • Arrêt de rejet du 12 juillet 2005 (Conseil national des professions de l'automobile – CNPA)

*« Un acte tendant à la recherche, la constatation ou la sanction de pratiques anticoncurrentielles même s'il ne concerne que certaines 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 dès lors que ceux-ci présentent entre eux un lien de connexité. »* Le rappel de ce principe découlant de la saisine *in rem* du Conseil, a conduit la Cour de cassation à confirmer la solution retenue dans cette affaire qui résultait d'une saisine unique, dénonçant une entente générale visant à faire obstacle aux importations parallèles de véhicules, imputée d'une part, aux constructeurs Renault et Peugeot en raison des relations entretenues avec leur réseau de concessionnaires et d'autre part, au CNPA, pour des faits de boycott. La saisine avait été disjointe en trois dossiers distincts au cours de l'instruction. Le Conseil, comme la cour d'appel, avait estimé que la notification de griefs adressée aux deux constructeurs avait interrompu la prescription à l'égard du CNPA auquel des griefs avaient été ultérieurement notifiés. Il avait été considéré en effet que, nonobstant la décision de disjonction, les faits reprochés aux constructeurs et à l'organisation professionnelle présentaient entre eux un lien de connexité dès lors que les pratiques visées dans les deux notifications de griefs, bien que de nature différente, étaient issues d'une saisine unique,

avaient fait l'objet d'un rapport d'enquête commun et avaient toutes le même objet anticoncurrentiel (*cf.* décision 03-D-68).

- **Arrêt de cassation partielle et de rejet du 22 novembre 2005 (société Dexxon Data Media)**

La Cour a confirmé l'effet interruptif de prescription des demandes de renseignements adressées par le rapporteur, qui visaient à rechercher si les pratiques dénoncées (qui concernaient la période 1992/1996) s'étaient poursuivies en 1997 durant les mois précédant la saisine (datant d'août 1997) : la Cour a relevé qu'il s'agissait, en effet, d'actes tendant à la recherche et à la constatation de faits qui se rattachaient aux comportements dénoncés et qui étaient antérieurs à la saisine (*cf.* décision 03-D-45).

## Le respect du principe du contradictoire

### *Dans la conduite de l'instruction (l'audition de témoins et leur confrontation avec les personnes mises en cause)*

- **Arrêt de rejet du 22 février 2005 (société Socarel)**

La Cour de cassation a rappelé que « *l'audition de témoins et leur confrontation avec les personnes mises en cause sont une faculté laissée à l'appréciation du rapporteur ou du Conseil eu égard au contenu du dossier* » et a approuvé la cour d'appel d'avoir jugé, qu'en l'espèce, le contradictoire avait été respecté au cours de l'instruction, même en l'absence de confrontation des témoins à charge avec l'entreprise en cause, dès lors que les déclarations recueillies étaient claires, circonstanciées, qu'elles étaient corroborées par de nombreux autres éléments et qu'elles avaient pu être discutées contradictoirement (*cf.* décision 03-D-96).

### *Dans les procédures de mesures conservatoires*

- **Arrêt de cassation partielle du 12 juillet 2005 (NMPP)**

La Cour de cassation a rappelé la jurisprudence constante selon laquelle le respect du principe du contradictoire doit s'apprécier au regard de l'urgence qui caractérise les procédures de mesures conservatoires, de sorte que le dépôt d'écritures et de pièces, après l'expiration des délais fixés par le rapporteur général, ne saurait, à lui seul, justifier leur rejet si les parties ont disposé d'un temps suffisant pour y répondre (voir aussi, même affaire, cour d'appel 12 février 2004) (*cf.* décision 03-MC-04).

### *Dans les procédures de transaction (article L. 464-2-II devenu L. 464-2-III du Code de commerce)*

- **Arrêt de cassation partielle et de rejet du 22 novembre 2005 (société Dexxon Data Media)**

La Cour de cassation s'est prononcée pour la première fois sur les conditions de mise en œuvre de la procédure de transaction à l'occasion de l'examen du recours formé contre l'arrêt de la cour d'appel (21 septembre 2004) qui avait confirmé la décision 03-D-45 dans laquelle le Conseil avait sanctionné deux

fabricants de calculatrices à usage scolaire et trois distributeurs pour des pratiques d'ententes, à la fois verticales et horizontales, visant à uniformiser les prix publics de vente. C'est à l'occasion de cette affaire que le premier procès-verbal de transaction avait été signé au profit d'une entreprise (Texas Instrument). Le Conseil n'avait pas suivi la proposition du rapporteur général de réduction de 50 % de la sanction et avait appliqué d'office un taux de réfaction moindre (de 20 %). Pour la société, ce changement constituait une violation des principes du contradictoire et de l'égalité des armes, d'autant qu'il avait été spécifié dans le procès-verbal de transaction que sa renonciation à contester les griefs était consentie sous réserve que le Conseil suivrait la proposition du rapporteur général. Pour réfuter cette argumentation, la Cour de cassation a précisé que l'entreprise qui accepte de transiger, ne peut pas subordonner son absence de contestation et ses engagements à des conditions (l'insertion figurant au procès-verbal n'avait donc pas lieu d'être). Elle a confirmé en outre que l'entreprise ne pouvait ignorer que le Conseil n'était en aucun cas lié par les propositions du rapporteur général<sup>57</sup> et a observé qu'elle avait eu la faculté de présenter, dans ses écritures comme en séance, tous éléments et observations utiles à l'appréciation de la sanction<sup>58</sup> (cf. décision 03-D-45).

### L'égalité des armes du point de vue des délais laissés respectivement au rapporteur et aux entreprises

352

#### • Arrêt de rejet du 22 février 2005 (société Socarel)

La Cour a approuvé la cour d'appel d'avoir rejeté le moyen par lequel les sociétés soutenaient qu'elles avaient eu un délai insuffisant pour leur permettre de préparer leur défense et, en tout cas, inférieur à celui dont avait bénéficié le rapporteur. Elles ne démontraient pas, en effet, en l'absence de toute circonstance exceptionnelle, que le délai légal de deux mois prévu par l'article L. 463-2 du Code de commerce avait été insuffisant et leur conseil avait pu consulter le dossier et obtenir communication de tous les documents demandés (cf. décision 03-D-96) (voir aussi Cour de cassation, 13 juillet 2004, société DTP terrassement – affaire « Pont de Normandie »).

57. Voir sur ce point, Rapport annuel 2004, *Sur la mise en œuvre de la procédure de transaction*, p. 279.

58. Texas Instrument avait déposé des observations écrites à la suite du rapport et avait produit, à l'appui de celles-ci, une analyse économique tendant à contester la gravité des pratiques, le dommage à l'économie et le préjudice subi par le consommateur tels qu'ils avaient été retenus par le rapporteur. Elle avait également été entendue en séance et avait pu de nouveau s'exprimer sur ces points ainsi que sur la proposition de sanction la concernant, émise par le commissaire du Gouvernement dans ses observations écrites, dont elle avait pu prendre connaissance dans les quinze jours précédant la séance (et qui ne correspondait pas à la proposition de réfaction de 50 % émise par le rapporteur général).

## La durée de la procédure

### ● Arrêt de cassation partielle et de rejet du 22 novembre 2005 (société Dexxon Data Media)

La Cour a rappelé que la méconnaissance par le Conseil du délai raisonnable, en l'absence de démonstration – comme en l'espèce – que l'exercice des droits de la défense avait été compromis, n'entraîne pas l'annulation de la décision ou sa réformation mais la réparation du préjudice résultant éventuellement du délai subi (cf. décision 03-D-45) (voir aussi notamment : Cour de cassation, 13 juillet 2004, société DTP terrassement et 28 janvier 2003, Domoservices maintenance / cour d'appel, 30 mars 2004, Novartis Pharma et 21 septembre 2004, Dexxon Data Media).

## Le caractère non public des séances du Conseil

### ● Arrêt de rejet du 28 juin 2005 (société Novartis Pharma)

La Cour de cassation a affirmé de nouveau que « *le seul fait que les débats [...] ne sont pas publics, ne saurait faire grief aux parties [...] dès lors que les décisions prises par le Conseil subissent a posteriori le contrôle effectif d'un organe judiciaire offrant toutes les garanties d'un tribunal au sens de la [CEDH]* » (cf. décision 03-D-35) (voir aussi Cour de cassation, 5 octobre 1999, société Bouygues /28 janvier 2003, société Domoservices maintenance, 26 novembre 2003, société TF1).

## Les observations écrites du Conseil de la concurrence

### ● Arrêt de rejet du 22 février 2005 (société Socarel)

La Cour a confirmé la possibilité pour le Conseil, bien que non-partie à l'instance, de présenter des observations écrites devant la cour d'appel, possibilité prévue par le décret du 19 octobre 1987 (article 9), et qui ne saurait entraîner d'atteinte au droit des entreprises à un procès équitable dès lors qu'elles ont la faculté de répliquer par écrit et oralement à ces observations (cf. décision 03-D-96) (voir aussi Cour de cassation 13 juillet 2004 société DTP terrassement).

## L'étendue de la saisine de la cour d'appel

### ● Arrêt de cassation du 27 septembre 2005 (société Béton travaux)

Saisie pour la deuxième fois d'un pourvoi dans le dossier du « béton prêt à l'emploi »<sup>59</sup>, la Cour de cassation est venue préciser les obligations pesant sur la cour d'appel de Paris lorsqu'elle statue sur des recours formés contre les décisions du Conseil. Dans cette affaire, les recours formés par les entreprises ayant été rejetés par la cour d'appel (arrêt du 20 octobre 1998, rectifié

59. Cette affaire a donné lieu à la décision 97-D-39 par laquelle plusieurs entreprises ont été sanctionnées pour des pratiques d'entente mises en œuvre dans la région PACA.

par arrêt du 24 novembre 1998), la Cour de cassation, dans un arrêt du 9 octobre 2001, avait cassé l'arrêt de rejet en raison de la présence dans la formation de jugement du Conseil de la concurrence, de membres qui avaient précédemment statué sur une demande de mesures conservatoires dans la même affaire. Dans un arrêt du 22 juin 2004 (RMC France), la cour d'appel avait alors prononcé l'annulation de la décision 97-D-39 en raison d'une double irrégularité résultant de la participation de membres du Conseil au précédent délibéré sur les mesures conservatoires, selon le motif relevé par la Cour de cassation, et de la présence du rapporteur et du rapporteur général au délibéré (ce moyen avait été jugé irrecevable en cassation). Après avoir annulé la décision, la Cour avait décidé, alors que d'autres moyens de procédure et de fond étaient soulevés par les parties, de renvoyer l'affaire devant le Conseil au nom d'une bonne administration de la justice. Pour justifier ce renvoi, elle avait mis en avant le fait que le ministre, à l'origine de la saisine, ne lui avait proposé aucune qualification des faits et qu'il était opportun de laisser le Conseil examiner les autres moyens de procédure qui étaient soulevés, concernant la régularité de l'enquête et de l'instruction.

Cet arrêt a été censuré par la Cour de cassation qui a jugé, au visa des articles 561 et 562 du Nouveau Code de procédure civile<sup>60</sup>, que la cour d'appel « *saisie par les parties [...] d'un recours en annulation ou en réformation de la décision du Conseil [...] était tenue [après avoir annulé cette décision] de statuer en fait et en droit sur les demandes des parties tendant à l'annulation de l'enquête et de l'instruction [...] et, le cas échéant, sur les griefs notifiés et maintenus par le rapport [...]* », peu important à cet égard que le ministre n'ait pas formé de recours et n'ait donc pas été partie à l'instance.

La Cour de cassation a ainsi estimé que la cour d'appel avait méconnu l'effet dévolutif de l'appel (articles 561 et 562 NCPC) par lequel la chose jugée en première instance se trouve remise en question devant la juridiction d'appel « *pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit* ». L'effet dévolutif a un caractère impératif pour la juridiction de second degré qui est obligée de statuer sur le litige qui lui est déféré et opère, en application de l'art. 562 NCPC, pour tous les chefs de la décision attaquée qui sont critiqués par les parties.

## L'irrecevabilité du pourvoi formé par le Procureur général près la cour d'appel de Paris

### • Arrêt d'irrecevabilité du 25 janvier 2005 (Procureur général près la cour d'appel de Paris)

La Cour de cassation a déclaré irrecevable le pourvoi formé par le ministère public contre l'arrêt de la cour d'appel rendu le 9 décembre 2003 dans l'affaire « des carburants sur autoroutes » (cf. décision 03-D-17). La cour

<sup>60</sup>. Des dispositions définissant l'effet dévolutif de l'appel :

– art. 561 : *L'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit.*

– art. 562 : *L'appel ne défère à la cour que la connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressément ou implicitement et de ceux qui en dépendent. La dévolution s'opère pour le tout lorsque l'appel n'est pas limité à certains chefs, lorsqu'il tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible.*

d'appel, après avoir annulé la décision du Conseil (en raison de la violation du secret du délibéré), avait réformé totalement la décision de sanction prise à l'encontre de quatre compagnies pétrolières pour entente sur le prix des carburants, estimant que la concertation anticoncurrentielle n'était pas établie. Compte tenu de la jurisprudence et des textes en vigueur à l'époque, qui ne permettaient pas au ministre de former un pourvoi quand il n'avait pas préalablement formé un recours contre la décision du Conseil<sup>61 62</sup>, seul un pourvoi du ministère public pouvait permettre de voir cet arrêt éventuellement remis en cause par la Haute Juridiction. Celle-ci a toutefois écarté cette possibilité au visa des articles 609 et 424 du Nouveau Code de procédure civile : « *Attendu que le ministère public ne peut se pourvoir que s'il est partie principale à la décision attaquée ; que, s'agissant de l'examen d'un recours contre une décision du Conseil de la concurrence, le ministère public agit comme partie jointe ; attendu que le présent pourvoi a été formé par le procureur général, qui ne peut invoquer à son profit les dispositions de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, contre un arrêt de la cour d'appel statuant sur recours contre une décision du Conseil de la concurrence ; qu'il n'est donc pas recevable.* »

## Sur les mesures conservatoires

### • Arrêt de cassation partielle du 12 juillet 2005 (NMPP)

La Cour de cassation a accueilli en partie le pourvoi formé par les Nouvelles messageries de la presse parisienne (NMPP) contre l'arrêt de la cour d'appel du 12 février 2004 (SAEM) qui avait confirmé entièrement la décision de mesures conservatoires 03-MC-04 prise par le Conseil à leur encontre au profit des Messageries Lyonnaises de Presse (MLP). Les MLP avaient dénoncé un abus de la position dominante détenue conjointement par les NMPP et la SAEM-TP sur le marché de la distribution de la presse au numéro. Elles leur reprochaient un refus d'accès direct à un logiciel informatique permettant aux dépositaires de presse (intermédiaires entre les éditeurs de presse et les diffuseurs) d'opérer en temps réel un suivi de la distribution des journaux, ce refus entraînant pour les dépositaires liés aux MLP un surcroît de travail susceptible de les amener à mettre fin à leur collaboration avec les MLP. Était également dénoncée l'offre faite aux éditeurs de conditions tarifaires fidélisantes, au moyen de diverses primes et bonifications. Le Conseil estimant que les pratiques des NMPP – lesquelles représentaient avec la SAEM-TP 85 % de parts du marché de la distribution de la presse au numéro – pouvaient être constitutives d'abus et qu'une atteinte grave et immédiate était portée aux MLP et au secteur, avait enjoint aux sociétés

61. Dans des arrêts Seco Desquenne du 19 juin 2001 et marchés d'électrification rurale dans le département d'Eure-et-Loire du 25 mars 2003, la Cour de cassation a subordonné la recevabilité du pourvoi du ministre à l'exercice préalable par ce dernier d'un recours devant la cour d'appel.

62. L'article 83 de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit a modifié le dernier alinéa de l'article L. 464-8 du Code de commerce afin de prévoir expressément la possibilité pour le ministre de se pourvoir en cassation, indépendamment de l'exercice d'un éventuel recours préalable devant la cour d'appel.

mises en cause d'accorder aux MLP un accès direct au tronc commun de leur logiciel, dans des conditions économiques équitables, et de mettre fin à leur système de fidélisation. La cour d'appel, allant au-delà de l'analyse du Conseil, avait affirmé que le tronc commun du logiciel des NMPP constituait une infrastructure essentielle, dès lors qu'il contenait des fonctionnalités essentielles aux activités de distribution de la presse au numéro (comme le référencement des diffuseurs, des titres et des parutions, la gestion des vendus et des réassortiments...) et que sa reproduction dans des conditions économiques raisonnables n'était pas envisageable.

L'arrêt de la cour d'appel a été censuré sur ce point : la Cour de cassation a estimé qu'il n'avait pas été établi que des « *solutions alternatives économiquement raisonnables* » ne pouvaient être mises en place par les MLP, fût-ce dans des conditions moins avantageuses, dès lors notamment que les MLP avaient admis être en mesure de concevoir un logiciel équivalent à celui des NMPP et même, avoir déjà mis en place un logiciel leur permettant de communiquer utilement avec le réseau de leurs dépositaires. La Cour a donc estimé qu'il n'avait pas été démontré que le tronc commun du logiciel NMPP était indispensable à l'exercice de l'activité des MLP et a cassé l'arrêt en ce qu'il avait confirmé la mesure conservatoire concernant ledit logiciel. Pour le reste, la Cour de cassation a confirmé que les pratiques de fidélisation tarifaire mises en place par les NMPP leur étaient bien imputables même si elles étaient approuvées, sur un plan formel, par l'assemblée générale de la coopérative et que l'injonction faite aux NMPP de ne pas reconduire leur système de bonification tarifaire était parfaitement compatible avec le caractère provisoire de la mesure en ce sens que, contrairement à ce qui était soutenu par les NMPP, elle avait pour terme précis la décision au fond à intervenir.

#### ● Arrêt de cassation partielle du 8 novembre 2005 (société Neuf Télécom)

La Cour de cassation a cassé l'arrêt rendu par la cour d'appel le 29 juin 2004 en ce qu'il avait annulé les mesures conservatoires prononcées par le Conseil dans sa décision 04-MC-01. Le Conseil, saisi d'une plainte des sociétés Free et Neuf Telecom, dirigée contre les sociétés TF1, TPS, M6 et France Télécom, dans laquelle étaient dénoncées diverses pratiques – qualifiées d'entente et d'abus de position dominante – visant à entraver le développement de la télévision par ADSL par les opérateurs alternatifs<sup>63</sup>, n'avait pas exclu que les pratiques dénoncées soient anticoncurrentielles et avait prononcé un certain nombre de mesures conservatoires. Il avait ainsi enjoint à TPS et à France Télécom d'informer les consommateurs, sur leurs supports publicitaires, de l'incompatibilité de l'offre « *MaLigne TV* » avec le dégroupage par un opérateur alternatif de la ligne de l'abonné pour l'accès à internet

63. Les pratiques dénoncées étaient les suivantes :

- le refus de TPS, TF1 et M6 de permettre à Free la diffusion de leurs chaînes, présenté comme constitutif d'un APD et d'une entente visant pour TF1 et M6 à accorder une exclusivité de diffusion à TPS ;
- l'entente entre TPS et FT à l'occasion de la commercialisation de l'offre « *MaLigne TV* » tendant à développer un partenariat destiné à renforcer la PD de FT sur les marchés du haut débit ;
- et l'abus par FT de sa PD sur la boucle locale de téléphonie mobile consistant à entraver l'installation des équipements nécessaires au développement du service de vidéo par ADSL par les opérateurs alternatifs.



haut débit ; il avait également enjoint à France Télécom d'autoriser Neuf Telecom à installer les matériels de vidéo ADSL nécessaires au déploiement de son offre de télévision par ADSL et à procéder à la migration des lignes dégroupées sur ces nouveaux matériels ; il avait enfin enjoint à France Télécom de facturer séparément le transport et la desserte locale des flux vidéo, de façon à ce que les deux prestations, ouvertes à la concurrence, soient commercialement indépendantes.

La cour d'appel avait été saisie de recours par France Télécom et TPS et aussi par Neuf Telecom qui souhaitait voir enjoindre à France Télécom de suspendre la commercialisation de l'offre « *MaLigne TV* ». Dans son arrêt, la Cour, s'inspirant du droit communautaire<sup>64</sup>, avait rehaussé le standard requis pour le prononcé des mesures conservatoires en exigeant que soit caractérisée « *une présomption d'infraction raisonnablement forte* » de pratique anticoncurrentielle : « *Si l'autorité compétente n'est pas tenue de constater prima facie une infraction aux règles de concurrence avec le même degré de certitude que celui requis pour la décision sanctionnant un tel manquement, elle doit être, pour prononcer de telles mesures, convaincue de l'existence d'une présomption d'infraction raisonnablement forte, à savoir une entente ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur un marché ou l'exploitation abusive d'une position de domination sur le marché ; qu'à tout le moins, les faits dénoncés et dont le Conseil s'estime valablement saisi au fond doivent être suffisamment caractérisés pour être tenus comme la cause directe et certaine de l'atteinte relevée.* » Sur cette base, la Cour avait d'abord rejeté le recours de Neuf Télécom, mais avait en revanche accueilli ceux de France Télécom et de TPS et annulé les mesures conservatoires<sup>65</sup>.

Saisie d'un pourvoi par Neuf Télécom, la Cour de cassation a estimé que : « *En statuant ainsi, [en jugeant que le Conseil n'avait pas caractérisé l'existence d'une présomption d'infraction raisonnablement forte], alors que des mesures conservatoires peuvent être décidées [...] dans les limites de ce qui est justifié par l'urgence, en cas d'atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante, dès lors [seulement] que les faits dénoncés, et visés par l'instruction dans la procédure au fond, apparaissent susceptibles, en l'état des éléments produits aux débats, de constituer une pratique contraire aux articles L. 420-1 ou L. 420-2 du Code de commerce, pratique à l'origine directe et certaine de l'atteinte relevée, la cour d'appel a violé [l'article L. 464-1].* »

Ce principe ayant été rappelé, la Cour de cassation a estimé que la cour d'appel, en annulant les mesures conservatoires, n'avait pas satisfait aux exigences de motivation de sa décision, notamment, en ne tenant pas compte d'un certain nombre d'éléments invoqués par Neuf Télécom qui tendaient à

64. La notion de « *présomption d'infraction raisonnablement forte* » dans la jurisprudence de la cour d'appel est apparue dans des affaires où le droit communautaire était applicable (arrêts Pharmed du 26/06/2002 et Pharmajet du 16/07/2002). En droit communautaire, la constatation *prima facie* de l'infraction est nécessaire.

65. Voir rapport annuel 2004 pour le détail de l'arrêt de la cour d'appel du 29 juin 2004.

établir que les mesures prononcées répondaient aux conditions d'urgence, d'atteinte grave et immédiate et de causalité posées par l'article L. 464-1. Elle a ainsi considéré qu'en annulant la mesure relative à l'information du consommateur au motif qu'elle n'était pas justifiée par l'urgence, la Cour avait méconnu le fait que l'information donnée par France Télécom était peu apparente et incomplète. Elle a estimé également qu'en annulant l'injonction relative à l'autorisation donnée à Neuf Telecom d'installer les matériels nécessaires au déploiement de son offre, motifs pris de l'absence d'urgence et d'atteinte à la concurrence, la Cour avait ignoré la circonstance invoquée par Neuf Télécom que l'offre d'hébergement proposée par France Télécom ne s'insérait pas dans le cadre des relations contractuelles existantes et ne permettait pas un développement à grande échelle d'une offre concurrente. La Haute Juridiction a censuré enfin l'annulation de l'injonction relative à la facturation séparée des prestations de transport et de desserte locale des flux vidéo, justifiée par l'absence d'infraction suffisamment caractérisée et par l'absence d'atteinte grave et immédiate, en relevant qu'il n'avait pas été répondu à l'argumentation selon laquelle le couplage tarifaire de France Télécom et une pratique tarifaire d'éviction caractérisée par des subventions croisées entre les différents segments de l'offre « *Ma Ligne TV* » portaient gravement atteinte au secteur et aux intérêts de Neuf Télécom.

La Cour de cassation a, en revanche, approuvé la cour d'appel d'avoir rejeté le recours de Neuf Télécom.

Cet arrêt semble venir confirmer la jurisprudence « NumériCâble » de la Cour de cassation (arrêt du 18 avril 2000), par laquelle avait été posé le principe d'un contrôle minimum par le Conseil de la concurrence de la recevabilité des demandes de mesures conservatoires. La Haute Juridiction avait en effet jugé que « *des mesures conservatoires peuvent être décidées, sur le fondement de l'article 12 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, par le Conseil de la concurrence, dans les limites de ce qui est justifié par l'urgence, en cas d'atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante, même sans constatation préalable de pratiques manifestement illicites au regard des articles 7, 8 ou 10-1 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, dès lors que les faits dénoncés, et visés par l'instruction dans la procédure au fond, sont suffisamment caractérisés pour être tenus comme la cause directe et certaine de l'atteinte relevée* ». Cette jurisprudence était venue infirmer celle de la cour d'appel qui, à l'époque, subordonnait l'octroi des mesures provisoires à la constatation de faits « *manifestement illicites* », constitutifs de pratiques prohibées, auxquels il convenait de mettre fin sans délai pour prévenir ou faire cesser un préjudice grave et certain.

## Sur le fond

### Le marché pertinent

#### • Arrêt de rejet du 22 février 2005 (société Socarel)

La Cour a confirmé la délimitation du marché de produits qui avait été retenue par le Conseil (*cf.* décision 03-D-96) et la cour d'appel qui, après un

examen des éléments techniques et économiques du dossier, s'étaient refusés à distinguer plusieurs marchés dans le secteur des escaliers préfabriqués en béton, en fonction notamment de la forme desdits escaliers : « *Indépendamment de la forme du produit, obtenu en mettant en forme le béton par coulage dans un moule, la demande ne peut s'adresser qu'aux entreprises ayant la capacité d'effectuer les travaux spécifiés et [...] les pratiques relevées concernent l'ensemble des escaliers préfabriqués en béton.* »

#### • Arrêt de rejet du 28 juin 2005 (société Novartis Pharma)

La Cour de cassation a fait sienne l'analyse de la cour d'appel qui, pour l'examen des pratiques de remises liées, mises en œuvre par les laboratoires Sandoz (devenus Novartis Pharma) entre leur spécialité détenue en monopole (la ciclosporine) et des spécialités proposées également par la concurrence, avait retenu autant de marchés pertinents qu'il y avait de spécialités en cause. La Cour de cassation a estimé en effet que la société Novartis avait abusé de sa position dominante sur « *plusieurs marchés concurrentiels de spécialités pharmaceutiques* » (cf. décision 03-D-35).

#### • Arrêt de rejet du 6 décembre 2005 (société des Caves et producteurs réunis de Roquefort)

La Cour a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt qui avait confirmé la décision 04-D-13 dans laquelle le Conseil avait sanctionné la société des Caves et des producteurs réunis de Roquefort pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché du roquefort en concluant, avec plusieurs enseignes de la grande distribution, des accords conduisant à un approvisionnement exclusif ou quasi exclusif de ces enseignes auprès du groupe Société, en contrepartie de remises globales sur le chiffre d'affaires facturé, et visant ainsi à limiter l'accès ou le maintien de concurrents. La Cour de cassation a ainsi avalisé la définition d'un marché du Roquefort en adoptant les critères relevés par le Conseil et la cour d'appel : la spécificité du produit – seul fromage de brebis à pâte persillée – son goût très typé, l'existence d'appellations d'origine, les contraintes réglementaires et géographiques imposées aux fabricants, la politique commerciale « haut de gamme » des offreurs, son prix plus élevé que celui des autres fromages à pâte persillée qui n'avait pourtant pas conduit les consommateurs à s'en détourner. Tous ces éléments faisaient du Roquefort un produit non substituable pour une proportion économiquement significative des consommateurs : « *En l'état de ces [...] appréciations la cour d'appel, qui s'est déterminée au regard de critères de substituabilité admis par la doctrine économique et adoptés par la jurisprudence antérieurement aux pratiques sanctionnées (Cass., Com., 29 novembre 1994, Bull. IV, n° 358) [...] a légalement justifié sa décision au regard du principe de la sécurité juridique et de la qualification du marché pertinent.* » La Cour de cassation a ainsi repoussé l'argumentation défendue par la société des Caves qui se prévalait d'un avis rendu par le Conseil en 1993 concluant à la substituabilité entre les bleus et les roqueforts et prétendait voir également défini le marché à partir de l'analyse de la demande des distributeurs, résultat de critères commerciaux et financiers, et non seulement des caractéristiques du produit et des comportements des consommateurs.

## L'entente anticoncurrentielle

### • Arrêt de rejet du 22 février 2005 (société Socarel)

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel qui avait, pour l'essentiel, confirmé la décision de sanction (*cf.* décision 03-D-96) prise par le Conseil dans l'affaire des « escaliers préfabriqués en béton » à l'encontre de neuf fabricants qui s'étaient concertés pendant plusieurs années au sein de « clubs escaliers » afin de fixer les prix et se répartir des marchés. Certaines entreprises avaient, en outre, conclu un protocole de cession d'activité incluant une clause de non-concurrence aux termes duquel les cédants s'interdisaient à l'avenir toutes activités de fabrication et de commercialisation d'escaliers sur l'ensemble du territoire. La Cour a jugé que le caractère anticoncurrentiel des pratiques, qui avaient été mises en œuvre par des entreprises occupant une place importante sur les marchés en cause et avaient été de nature à restreindre sensiblement le jeu de la concurrence, avait été amplement établi. Elle a confirmé que la clause de non-concurrence n'était pas nécessaire à la réalisation de la cession et avait eu pour objet d'éliminer définitivement un concurrent du marché, ce qui, en raison de l'importance des sociétés en cause, avait été également de nature à limiter de manière sensible le jeu de la concurrence.

360

### • Arrêt de rejet du 12 juillet 2005 (Syndicat des professionnels européens de l'automobile – SPEA)

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par le SPEA contre l'arrêt qui avait confirmé la décision de non-lieu rendu par le Conseil (*cf.* décision 03-D-66) sur une saisine de ce syndicat mettant en cause la société Renault et le groupement de ses concessionnaires (GCR) pour des pratiques d'entente visant à restreindre les importations parallèles de véhicules. Les faits dénoncés concernaient diverses aides commerciales (« budgets frontières ») octroyées aux concessionnaires, notamment frontaliers, subissant la concurrence de mandataires et de revendeurs indépendants situés à l'étranger et l'interdiction faite au réseau de consentir des rabais sur certains modèles. La Haute Juridiction a approuvé les analyses du Conseil et de la cour d'appel selon lesquelles les aides accordées aux concessionnaires afin de soutenir les ventes du réseau pouvaient bénéficier de l'exemption des règlements applicables (n° 123/85 du 12 décembre 1984 et n° 1475/95 du 28 juin 1995) dès lors, notamment, qu'elles n'avaient pas entraîné une restriction de la liberté commerciale des concessionnaires, des distributeurs hors réseau et des utilisateurs finaux de s'approvisionner auprès d'une entreprise de leur choix à l'intérieur du marché commun, qu'elles n'avaient pas été accordées selon des critères discriminatoires ou spécifiques et qu'elles avaient, au contraire, produit des effets positifs sur la concurrence en permettant le maintien de la densité du réseau et la qualité des services offerts et une baisse significative des prix. La Cour a confirmé par ailleurs que l'interdiction des rabais, à défaut de démonstration d'un accord de volonté entre le constructeur et ses concessionnaires, constituait un comportement unilatéral échappant à l'interdiction des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 § 1 du TCE.

- **Arrêt de cassation partielle et de rejet du 22 novembre 2005 (société Dexxon Data Media)**

La Cour a rejeté, en ce qui concerne l'appréciation du caractère anticoncurrentiel des pratiques, le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel qui avait confirmé la décision de sanction 03-D-45 prise à l'encontre de deux fabricants de calculatrices à usage scolaire et trois distributeurs pour des ententes, à la fois verticales et horizontales, visant à uniformiser les prix publics de vente. Une des pratiques sanctionnées avait consisté pour les fabricants à consentir à leurs distributeurs des ristournes, en réalité garanties à l'avance mais présentées faussement comme conditionnelles, ce qui permettait de ne pas les répercuter sur les prix de revente et de fixer ainsi à un niveau artificiellement élevé le seuil de revente à perte.

- **Arrêt de rejet du 6 décembre 2005 (société Concurrence)**

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par la société Concurrence contre l'arrêt dans lequel la cour d'appel, statuant sur renvoi de la Cour de cassation (arrêt de cassation partielle du 3 mars 2004, société Concurrence), avait confirmé la décision 01-D-49. Le Conseil avait rejeté la demande de mesures conservatoires de la société Concurrence et sa saisine au fond, dirigées contre la société Sony, relatives à des faits d'abus de dépendance économique et d'entente sur les marchés de produits informatiques et audiovisuels. La société Concurrence avait dénoncé la modification des conditions de vente de Sony, son principal fournisseur, qui avait entraîné la suppression de différents avantages antérieurement consentis et compromis sa traditionnelle politique de prix bas. L'arrêt confirmatif de la cour d'appel avait été partiellement censuré par la Cour de cassation (arrêt du 3 mars 2004). Dans son arrêt du 5 octobre 2004, la cour d'appel avait déclaré licite la clause « d'enseigne commune » qui réservait, dans des conditions prétendument discriminatoires, une remise quantitative aux revendeurs placés sous l'enseigne Sony. La Cour n'avait pas davantage jugé anticoncurrentielle la rémunération par Sony, sur facturation des revendeurs, de services spécifiques, censée – selon la société Concurrence – permettre de rehausser artificiellement le seuil de revente à perte et d'imposer une marge minimale aux revendeurs.

La Cour de cassation a jugé que la juridiction d'appel avait légalement justifié sa décision. S'agissant de la rémunération des services spécifiques rendus par les revendeurs, il avait été relevé que les prestations en cause prévues dans des contrats de coopération, avaient notamment pour objet la promotion, la démonstration, la préconisation active des produits Sony, ainsi que la réalisation d'opérations « marketing » destinées à développer la notoriété des produits, et qu'elles concernaient ainsi la fourniture par le distributeur de services spécifiques, détachables des simples obligations résultant des achats et des ventes, procurant une contrepartie réelle au fournisseur. En outre, il n'était pas apparu que les rémunérations convenues étaient manifestement disproportionnées par rapport à la valeur des services rendus par les distributeurs et qu'elles avaient été fixées à un taux et selon des modalités conduisant à interdire ou à limiter l'accès au marché des distributeurs ayant choisi de ne pas fournir les prestations en cause. Enfin, aucune discrimination dans l'application des accords de coopération n'avait été relevée.

De même, il avait été constaté, à partir de l'examen de la situation financière de la société plaignante, que la clause d'enseigne commune appliquée par Sony avant le 1<sup>er</sup> avril 2001 puis, après cette date aux ordinateurs, n'avait eu aucun impact négatif sur l'activité de la société qui avait pu appliquer avec succès sa politique commerciale de « prix cassés » sur les produits Sony, de sorte qu'il n'était pas établi que la clause litigieuse avait eu pour objet ou pu avoir pour effet de restreindre la concurrence sur le marché des revendeurs pendant la période de référence.

## L'abus de position dominante

### • Arrêt de rejet du 14 juin 2005 (société Interflora)

La Cour de cassation <sup>66</sup> a confirmé le caractère anticoncurrentiel de la pratique ayant consisté pour la société de transmission florale à distance Interflora à mettre en place un système de notation des fleuristes et de sélection des fleuristes exécutant les commandes qui favorisaient les fleuristes adhérant exclusivement à son réseau et incitait les fleuristes transmetteurs à respecter la sélection des exécutants proposée par elle (*cf.* décision 00-D-75).

### • Arrêt de rejet du 28 juin 2005 (société Novartis Pharma)

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par la société Novartis Pharma contre l'arrêt de la cour d'appel qui avait confirmé la décision de sanction (03-D-35) prise par le Conseil contre ce laboratoire pour des remises liées pratiquées sur les ventes de spécialités pharmaceutiques destinées aux hôpitaux. La Haute Juridiction a confirmé le caractère anticoncurrentiel des pratiques qui avaient consisté pour le laboratoire, détenteur d'un monopole sur la ciclosporine, produit à la fois incontournable et très onéreux, à accorder aux hôpitaux des remises de prix, calculées sur le chiffre d'affaires global réalisé sur chaque commande, qui liaient l'achat de la ciclosporine à celui de plusieurs autres médicaments proposés par des laboratoires concurrents, parfois à un moindre prix, notamment sous forme de génériques. Il avait été relevé en particulier que ces remises, qui ne reposaient sur aucune contrepartie économiquement justifiée et tendaient à empêcher l'approvisionnement des acheteurs auprès d'entreprises concurrentes sur les marchés connexes, avaient eu pour effet concret d'évincer des concurrents sur cinq des marchés connexes concernés, à l'occasion d'une vingtaine d'appels d'offres passés par huit hôpitaux.

## L'imputabilité des pratiques

### • Arrêt de rejet du 22 février 2005 (société Socarel)

La Cour a rappelé la jurisprudence constante selon laquelle la personne morale dont les moyens humains et matériels ont concouru à la mise en

66. Saisie pour la seconde fois (voir Cour de cassation, 23 avril 2003, société Interflora et cour d'appel, 16 mars 2004).

œuvre des pratiques, encourt les sanctions tant qu'elle conserve la personnalité juridique, même si ces moyens ont été cédés à une autre société (03-D-96).

## La mise en œuvre cumulative de la procédure de transaction et de la procédure simplifiée

### • Avis du 11 juillet 2005

Sur la demande d'avis formulée par la cour d'appel dans son arrêt (société OGF) du 12 avril 2005 <sup>67</sup>, la Cour de cassation a indiqué, d'une part, que « *ni les dispositions des articles L. 463-3 et L. 464-2-II devenu L. 464-2-III du Code de commerce, ni aucune disposition du titre VI du Livre IV de ce Code, n'interdisent au Conseil de la concurrence de mettre en œuvre cumulativement, dans une même affaire, la procédure simplifiée régie par le premier de ces textes et la procédure dite de transaction prévue par le second* » et d'autre part, que « *dans le cas de mise en œuvre cumulative des procédures simplifiée et de transaction, et quel que soit l'ordre chronologique de cette mise en œuvre, le montant de la sanction qui sera infligée à l'entreprise doit être calculé conformément aux dispositions de l'article L. 464-2-II devenu L. 464-2-III, sans pouvoir dépasser le seuil fixé par l'article L. 464-5 du Code de commerce* ».

À la suite de cet avis, la cour d'appel a rendu le 13 septembre 2005, un arrêt de rejet du recours formé par la société OGF contre la décision 04-D-37 dans laquelle le Conseil avait suivi une méthode conforme à celle préconisée par la Haute Juridiction <sup>68</sup>.

## La détermination des sanctions

### • Arrêt de rejet du 14 juin 2005 (société Interflora)

La Cour de cassation <sup>69</sup> a estimé que la cour d'appel avait légalement justifié sa décision de confirmation de la sanction prononcée contre la société Interflora pour des faits d'entente et d'abus de position dominante sur le marché de la transmission florale à distance, eu égard à la gravité des faits dont la réitération avait été relevée, au dommage à l'économie (les pratiques, mises en œuvre par une société qui détenait au moins 73 % des ordres de transmission florale à distance et disposait d'une couverture territoriale assurée par environ 5 000 adhérents sur 13 000 fleuristes en boutique, avaient freiné le développement des entreprises concurrentes) et au chiffre d'affaires de la société. Sur ce dernier point, la Cour de cassation a approuvé l'analyse selon laquelle devait être pris en compte pour la détermination du quantum de la sanction applicable à la société de transmission florale à distance, non pas le seul chiffre d'affaires réalisé, reflet des recettes effectivement encaissées et donc de l'activité réelle de la société, mais le chiffre d'affaires comptabilisé,

67. Voir *supra*.

68. Voir *supra*.

69. Saisie pour la seconde fois (voir Cour de cassation, 23 avril 2003, société Interflora et cour d'appel, 16 mars 2004, *idem*).

alors même que, depuis une réforme fiscale de 1992, celui-ci comprenait les rémunérations perçues par l'entreprise pour le compte des fleuristes exécutants et qui étaient ensuite rétrocédées à ces derniers. La cour d'appel avait considéré que cette circonstance fiscale « commune à toutes les entreprises du secteur et à tous les intermédiaires opaques en général » n'était pas de nature à remettre en cause l'appréciation qui avait été faite par le Conseil de la situation de la société Interflora (00-D-75).

● **Arrêt de rejet du 28 juin 2005 (société Novartis Pharma)**

*« La cour d'appel, qui s'est prononcée sur la gravité des faits qu'elle a qualifiée en tenant notamment compte du fait que la pratique litigieuse avait duré pendant trois ans avant que l'entreprise n'y mette spontanément fin, qui a mis la Cour de cassation en mesure de contrôler la proportionnalité de la sanction au dommage causé à l'économie qu'elle a analysé de façon concrète en fonction des effets conjoncturels et structurels, potentiels et avérés de la pratique sur les six marchés affectés et qui s'est expliquée sur la situation de l'entreprise en cause, a pu estimer, dans son pouvoir d'appréciation de la proportionnalité de la sanction, que le montant prononcé par le Conseil devait être maintenu. » (cf. décision 03-D-35).*

● **Arrêt de cassation partielle et de rejet du 22 novembre 2005 (société Dexxon Data Media)**

La Cour de cassation a approuvé l'appréciation de l'amende prononcée contre la société Dexxon Data Media en rejetant en particulier la critique de l'entreprise qui soutenait que les principes d'individualisation et de proportionnalité avaient été méconnus, d'une part, parce que la gravité des pratiques et le dommage à l'économie avaient fait l'objet d'une appréciation globale, et d'autre part, parce qu'une seule sanction avait été prononcée pour les deux types d'ententes reprochées (ententes verticale et horizontale) : « La cour d'appel, qui pouvait prononcer une sanction unique à l'encontre de la société Dexxon en raison des ententes horizontale et verticale auxquelles celle-ci avait participé, ententes qui avaient concouru à faire obstacle à la fixation des prix par le jeu de la concurrence sur le marché des calculatrices à usage scolaire, et qui a tenu compte du dommage causé à l'économie par ces pratiques, de la gravité des faits imputés à cette entreprise, de la situation tenant à sa position conjointement dominante sur le marché de préconisation considéré et de ses facultés contributives, a légalement justifié sa décision. » Toutefois, la Cour de cassation, ayant constaté que la cour d'appel n'avait pas motivé son rejet de la demande de la société Carrefour qui demandait une réduction de sa sanction, a cassé l'arrêt sur ce point (cf. décision 03-D-45).

● **Arrêt de rejet du 6 décembre 2005 (société des Caves et producteurs réunis de Roquefort)**

La Cour a estimé que la décision de la cour d'appel de confirmer la sanction de cinq millions d'euros prononcée à l'encontre de la société des Caves et des producteurs réunis de Roquefort pour un abus de position dominante sur le marché du roquefort, avait été justifiée (cf. décision 04-D-13). Elle a jugé que la cour d'appel avait procédé à appréciation concrète et juste du



dommage à l'économie en relevant que « *la faible élasticité de l'offre des linéaires fait de ceux-ci une ressource rare et que la croissance des ventes sous marque de distributeurs, particulièrement dans le domaine des produits alimentaires, est une source de raréfaction des linéaires pour les producteurs offrant de façon privilégiée des produits sous leur propre marque* » et que les pratiques sanctionnées avaient entraîné le déréférencement de deux concurrents, de sorte qu'elles avaient nécessairement eu un impact négatif sur l'activité des opérateurs de plus faible poids économique. Par ailleurs, la Cour a estimé que la gravité des faits avait été dûment caractérisée : les pratiques émanaient d'une entreprise en position dominante, bénéficiant de fortes barrières à l'entrée du fait de la réglementation liée à l'AOC, et visaient à restreindre l'accès des concurrents en grande et moyenne surface. En outre, elles s'étaient étalées sur plusieurs années, de surcroît dans un contexte de forte compétition.



# ... Rapport du ministre de l'Économie



# Rapport du ministre de l'Économie

Les décisions comportant des injonctions de publication	372
Les décisions comportant des injonctions de faire et/ou de ne pas faire .....	376
Le contrôle de l'exécution des sanctions pécuniaires .....	382



# Rapport du ministre de l'Économie sur l'exécution des décisions rendues par le Conseil de la concurrence

371

Les dispositions de l'article L. 464-8 alinéa 2 du Code de commerce confient au ministre chargé de l'Économie la fonction de veiller à l'exécution des décisions rendues, au fond ou en mesures conservatoires, par le Conseil de la concurrence.

En cas de recours formé contre une de ces décisions aboutissant à une réformation ou à une annulation de la décision entreprise, le ministre est également chargé, en application de l'article 18 alinéa 3 du décret n° 87-849 du 19 octobre 1987 relatif aux recours exercés devant la cour d'appel de Paris contre les décisions du Conseil de la concurrence, de veiller à l'exécution de l'arrêt rendu par l'autorité judiciaire.

Ces mêmes dispositions s'appliquent aux ordonnances que peut prendre le premier président de la cour d'appel, ou le magistrat délégué par lui, en matière de sursis à exécution d'une décision prononçant des sanctions, imposant des injonctions ou ordonnant des mesures conservatoires notamment.

Il est rappelé qu'aux termes des articles L. 464-7 et L. 464-8 du Code de commerce, la procédure de recours ouverte aux parties en cause et au ministre auxquels sont notifiées les décisions du Conseil de la concurrence n'est pas suspensive.

Les décisions du Conseil de la concurrence peuvent être distinguées selon qu'elles prononcent une ou plusieurs injonctions de faire ou de ne pas faire afin de mettre un terme à la commission de pratiques anticoncurrentielles, infligent à la charge des auteurs de ces pratiques des sanctions pécuniaires, ordonnent leur publication dans des supports désignés, leur affichage dans des lieux *ad hoc* ou leur insertion dans les rapports statutaires des organes

sanctionnés, ou enregistrent les engagements souscrits dans le cadre de la procédure prévue à l'article L. 464-2 III du Code de commerce.

Le présent rapport expose les actions entreprises et les constats effectués par le ministre pour s'assurer de l'exécution de ces décisions.

## Les décisions comportant des injonctions de publication

Trois décisions adoptées en **2004** comportent une ou plusieurs injonctions de publication dont le respect n'avait pu être vérifié à la date de présentation du précédent rapport.

### *04-D-39 du 3 août 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de l'abattage et de la commercialisation d'animaux de boucherie*

Le Conseil de la concurrence a ordonné la publication, dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la décision, des paragraphes 144 à 171 de celle-ci et du dispositif décisionnel (articles 1, 2 et 3), dans une édition du quotidien *Ouest-France* diffusée dans le département de la Mayenne. Cette publication devait intervenir à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires infligées aux sociétés STAL, Mayenne Viande, les fermiers de l'Erve et Privileg. Elle devait être précédée de la mention « *Décision 04-D-39 du 3 août 2004 du Conseil de la concurrence relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés STAL, Mayenne Viande, les Fermiers de l'Erve et Privileg* ».

Dans un arrêt du 22 février 2005, la cour d'appel de Paris a maintenu l'injonction de publication, dans le même quotidien et selon les mêmes modalités, tout en la limitant aux paragraphes 144 à 169, et à l'exception du paragraphe 153, et au dispositif décisionnel. Cette restriction est motivée par le respect de la présomption d'innocence et des droits de la défense des personnes nommément désignées pour « *avoir pris une part personnelle et déterminante dans la mise en œuvre des pratiques* ». Cet arrêt, non suspensif, n'était pas définitif puisqu'il a été frappé d'un pourvoi devant la Cour de cassation, laquelle l'a confirmé le 14 mars 2006. Les vérifications ont par ailleurs permis d'établir que cette injonction avait été respectée.

### *04-D-43 du 8 septembre 2004 relative à l'attribution de marchés publics organisés par la commune de Grasse dans le secteur des transports scolaires et périscolaires*

Le Conseil de la concurrence a ordonné la publication des visas et du dispositif de la décision dans le quotidien *Nice-Matin*, aux frais partagés des quatre sociétés condamnées (Les Cars Bridet, Transports automobiles de la Côte-d'Azur et de la Vallée du Loup, les Autocars Musso et la Société des transports



grassois et méditerranéens) et au prorata du montant des amendes infligées. Cette publication devait être précédée de la mention « *Décision du Conseil de la concurrence du 8 septembre 2004 relative à des pratiques d'entente mises en œuvre par les sociétés les Cars Bridet, Transports automobiles de la Côte-d'Azur et de la Vallée du Loup, les Autocars Musso et Société des transports grassois et méditerranéens* ». Aucun délai n'était prévu pour cette publication. Les vérifications ont permis d'établir que cette injonction avait été respectée.

**04-D-49 du 28 octobre 2004** relative à des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur de l'insémination artificielle bovine

Le Conseil de la concurrence a ordonné que l'UNCEIA (Union des coopératives agricoles d'élevage et d'insémination artificielle) fasse publier le paragraphe 269 et le dispositif décisionnel (articles 1 à 4), à ses frais, dans une édition des revues *La France Agricole* et *La Semaine Vétérinaire*, dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la décision. Cette publication devait être précédée de la mention « *Décision du Conseil de la concurrence rendue le 28 octobre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de l'insémination artificielle bovine* ». Les vérifications ont permis d'établir que cette injonction avait été respectée.

Dix décisions adoptées en **2005** comportent une ou plusieurs injonctions de publication.

**05-D-14 du 6 avril 2005** relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion des foires d'antiquité et de brocante dans le département des Vosges

Le Conseil de la concurrence a enjoint le Syndicat des antiquaires et brocanteurs des Vosges (SABV) de faire publier, dans un délai de six mois à compter de la notification de la décision, le texte énoncé au paragraphe 48 de la décision ainsi que le dispositif décisionnel (articles 1<sup>er</sup> et 2), dans une édition des revues *Aladin* et *Le Chineur*. Cette publication devait être effectuée, en caractères gras, noirs sur fond blanc de 5 millimètres de hauteur dans un encadré sous le titre « *Décision 05-D-14 du 6 avril 2005 relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion des foires d'antiquité et de brocante dans le département des Vosges* ». Les vérifications ont permis d'établir que cette injonction avait été respectée.

**05-D-17 du 27 avril 2005** relative à la situation de la concurrence dans le secteur des marchés de travaux de voirie en Côte-d'Or

Le Conseil de la concurrence a enjoint les entreprises Appia Sud Bourgogne, Roger Martin et Rougeot de faire publier, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la décision, les visas, le paragraphe 92 et les articles 1<sup>er</sup> à 3 de la décision, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires, dans une édition du *Moniteur des travaux publics* et dans le quotidien local *Le Bien public*. Cette publication devait être précédée de la mention « *Décision 05-D-17 du 27 avril 2005 du Conseil de la concurrence relative à la situation de la concurrence dans le secteur des marchés de travaux de voirie en Côte-d'Or* ».

Cette injonction a été confirmée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 13 décembre 2005. Les vérifications ont permis d'établir que cette injonction avait été respectée.

**05-D-26 du 9 juin 2005 relative aux marchés de travaux publics réalisés dans le département de la Meuse**

Le Conseil de la concurrence a enjoint les entreprises Céréda et E.J.L. Est de faire publier les visas, les paragraphes 198 à 200 et le dispositif de la décision, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires, dans une édition du *Moniteur des Travaux publics* et dans le quotidien *Le Républicain lorrain*. Cette publication devait être précédée de la mention « *Décision 05-D-26 du 9 juin 2005 du Conseil de la concurrence relative à des marchés de travaux publics réalisés dans le département de la Meuse* ».

Cette décision est l'objet d'un recours actuellement pendant devant la cour d'appel de Paris. Les vérifications du respect de cette injonction sont en cours.

**05-D-27 du 15 juin 2005 relative à des pratiques relevées dans le secteur du thon blanc**

Le Conseil de la concurrence a enjoint les sociétés coopératives maritimes ARPEVIE, Arcacoop, Bascopêche, OPOB, OP Yeu, Proma et Socosama de faire publier les visas, le paragraphe 58 de la décision, ainsi que les articles 1<sup>er</sup> et 2 du dispositif, à frais communs et à proportion de la part de chiffre d'affaires que chacune de ces organisations représente tel que défini au paragraphe 59 de la décision, dans le journal *Ouest-France* et dans l'hebdomadaire *Le Marin*. Cette publication devait être précédée de la mention « *Décision 05-D-27 du 15 juin 2005 du Conseil de la concurrence relative à des pratiques mises en œuvre par les organisations de producteurs ARPEVIE, Arcacoop, Bascopêche, OPOB, OP Yeu, Proma et Socosama dans le secteur du thon blanc* ».

Les vérifications ont permis d'établir que cette injonction avait été respectée.

**05-D-36 du 30 juin 2005 relative au respect, par les sociétés du groupe Decaux, des injonctions prononcées par la décision 98-D-52 du 7 juillet 1998**

Le Conseil de la concurrence a enjoint la société JC Decaux SA de faire publier les visas, le texte énoncé aux paragraphes 114 à 119 (est cité par erreur le paragraphe 113) de la décision, ainsi que les articles 1<sup>er</sup> et 2 du dispositif, dans *La Gazette des communes, des départements et des régions*. Cette publication devait être effectuée en caractères gras, noirs sur fond blanc de 5 millimètres de hauteur dans un encadré sous le titre « *Décision 05-D-36 du 30 juin 2005 relative au respect par les sociétés du groupe Decaux des injonctions prononcées par le Conseil de la concurrence le 7 juillet 1998* ».

La cour d'appel de Paris a annulé par un arrêt du 21 février 2006 le dispositif d'injonctions de cette décision.

**05-D-38 du 5 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché du transport public urbain de voyageurs**

Le Conseil de la concurrence a enjoint les sociétés Keolis, Connex et Transdev de faire publier les visas, les paragraphes 329 à 336 de la décision, ainsi que le dispositif de celle-ci, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires dans une édition de *La Gazette des communes, des départements et des régions* et dans une édition des *Échos*. Cette publication devait

être précédée de la mention « *Décision 05-D-38 du 5 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Keolis, Connex et Transdev sur le marché du transport public de voyageurs* ».

La cour d'appel de Paris a confirmé cette décision dans un arrêt du 7 février 2006. Les vérifications ont permis d'établir que cette injonction avait été respectée.

**05-D-43 du 20 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par le Conseil départemental de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes du Puy-de-Dôme et le Conseil National de l'ordre des chirurgiens-dentistes**

Le Conseil de la concurrence a enjoint le Conseil national de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes de faire publier, dans un délai de six mois à compter de la notification de la décision, le texte énoncé au paragraphe 81 de sa décision ainsi que le dispositif de celle-ci dans une édition des revues suivantes : *Les Cahiers de l'association dentaire française, Information dentaire et stratégie prothétique*. Cette publication devait être effectuée en caractères gras, noirs sur fond blanc de 5 millimètres de hauteur dans un encadré sous le titre « *Décision 05-D-43 du Conseil de la concurrence relative à des pratiques mises en œuvre par le Conseil départemental de l'ordre national des chirurgiens dentistes du Puy-de-Dôme et le Conseil national de l'ordre national des chirurgiens-dentistes* ».

La cour d'appel de Paris a réformé cette décision quant au montant de la sanction par un arrêt du 7 mars 2006, tout en maintenant l'injonction de publication. Les vérifications de son respect sont en cours.

**05-D-55 du 12 octobre 2005 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la production d'huiles essentielles de lavande et de lavandin**

Le Conseil de la concurrence a enjoint le Comité interprofessionnel des huiles essentielles françaises de faire publier, dans le bulletin *L'Essentiel – Bulletin des plantes à parfum et aromatiques* et dans le journal *La Provence*, les visas, le paragraphe 81 et les articles 2 et 3 de sa décision. Ces publications devaient être précédées de la mention « *Décision 05-D-55 du 12 octobre 2005 du Conseil de la concurrence relative à des pratiques mises en œuvre par le Comité interprofessionnel des huiles essentielles françaises dans le secteur de la production d'huiles essentielles de lavande et de lavandin (publication d'un extrait)* ». Les vérifications ont établi que cette injonction avait été respectée quant à la publication dans *L'Essentiel* et dans *La Provence*.

**05-D-65 du 30 novembre 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile**

Le Conseil de la concurrence a enjoint les sociétés Orange France, SFR et Bouygues Telecom de faire publier, à frais commun et aux proportions des sanctions pécuniaires, le texte figurant en encadré de l'article 3 de la décision, sur une page entière des journaux *Libération* et, au choix, *Les Échos* ou *La Tribune*.

Cette décision est l'objet d'un recours actuellement pendant devant la cour d'appel de Paris. Les vérifications ont permis d'établir que l'injonction avait été respectée.

*05-D-75 du 22 décembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la Monnaie de Paris*

Le Conseil de la concurrence a enjoint la Monnaie de Paris, dans un délai de deux mois à compter de la date de notification de la décision, et pendant une durée de trois mois minimum, de faire paraître l'encadré figurant à l'article 3 de la décision sous la rubrique « *Actualité* » de la page d'accueil du site internet Monnaie de Paris.

Cette décision est l'objet d'un recours actuellement pendant devant la cour d'appel de Paris. Par une ordonnance du 21 mars 2006, le Premier Président de la cour d'appel a rejeté la demande de sursis à exécution de cette injonction présentée par la Monnaie de Paris. Les vérifications ont permis d'établir que celle-ci avait été respectée.

## Les décisions comportant des injonctions de faire et/ou de ne pas faire

376

Une décision adoptée en **2003** comporte plusieurs injonctions de faire dont le respect n'avait pu être vérifié à la date de présentation du précédent rapport.

*03-MC-04 du 23 décembre 2003 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires des Messageries Lyonnaises de Presse (MLP)*

Le Conseil de la concurrence a enjoint les « *Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne* », à titre conservatoire et dans l'attente d'une décision au fond :

- d'accorder aux MLP dans un délai de quatre mois un accès direct au tronc commun du logiciel Presse 2000, dans des conditions économiques équitables, en mettant en place pour chaque dépôt qui le souhaiterait et selon des modalités qui devront faire l'objet d'un accord entre les parties concernées – un transfert automatique de fichiers entre le système informatique des MLP, TID ou équivalent, et Presse 2000. Dans un délai de quatre mois au plus tard à compter de la notification de la décision, il devait être rendu compte au Conseil par les parties des dispositions prises par la société NMPP pour se conformer à cette injonction ;
- de suspendre la pratique consistant à subordonner la prestation de ses services de distribution sur les marchés export à la condition que l'éditeur ou le groupement d'éditeurs (messagerie ou autre) concerné s'engage à lui confier l'intégralité de ses titres pour l'exportation ;
- de suspendre le système des remises de fidélité pratiquées à l'égard des éditeurs sur les tarifs de ses services de distribution sur les marchés export ;
- de ne pas reconduire le système de bonification exceptionnelle figurant dans ses barèmes.

À la Société auxiliaire pour l'exploitation de messageries – Transport presse (SAEM-TP), le Conseil de la concurrence a par ailleurs enjoint, toujours à titre conservatoire et donc dans l'attente d'une décision au fond :

- de ne pas reconduire le système de bonification exceptionnelle figurant dans son barème ;
- de suspendre l'application de la remise de fidélité figurant dans son barème.

Cette décision a été confirmée par la cour d'appel le 12 février 2004. Par décision 04-D-34 du 22 juillet 2004, le Conseil s'est saisi d'office du respect de l'injonction relative à l'accès direct au tronc commun du logiciel Presse 2000, les mesures prises par les NMPP à ce stade ne justifiant pas la levée de l'injonction.

Toutefois, par un arrêt du 12 juillet 2005, la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt de la cour d'appel en ce qui concerne la première injonction faite aux NMPP au motif que la cour d'appel n'aurait pas justifié le caractère de « *facilité essentielle* » du tronc commun du logiciel « *Presse 2000* ». À nouveau saisie, la cour d'appel a confirmé le 31 janvier 2006 la levée de cette injonction.

Les investigations quant au respect des autres injonctions sont en cours depuis le mois de septembre 2004.

Sept décisions adoptées en **2004** comportent une ou plusieurs injonctions de faire dont le respect n'avait pu être vérifié à la date de présentation du précédent rapport.

#### *04-D-30 du 7 juillet 2004 relative à des marchés publics de transport scolaire en Haute-Corse*

Le Conseil de la concurrence a enjoint les sociétés Calvi Corse touristique, Corsicar, Gestion Services, GBTA et Giudicelli Transports de respecter les engagements qu'elles avaient souscrits en contrepartie du bénéfice qu'elles recueillaient de la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 464-2 III du Code de commerce. Ces engagements sont énoncés aux points 28, 29 et 30 (le point 31 est cité par erreur) de la décision. L'enquête menée courant 2005 a permis de mettre en évidence que les entreprises en cause ont respecté ces engagements.

#### *04-D-37 du 27 juillet 2004 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des pompes funèbres dans le Val-de-Marne*

Le Conseil de la concurrence a enjoint la société OGF de respecter les engagements qu'elle avait souscrits en contrepartie du bénéfice qu'elle recueillait de la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 464-2 III du Code de commerce. Ces engagements sont énoncés au point 75 (le point 77 est cité par erreur) de la décision.

Cette décision a fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris qui, par un arrêt du 12 avril 2005, a décidé de solliciter l'avis de la Cour de cassation sur une question de droit nouvelle et, en conséquence, de surseoir à statuer. Après l'avis de la Cour de cassation, la cour d'appel a confirmé le dispositif d'injonctions et une enquête en vérification de celles-ci a été lancée en janvier 2006.

**04-D-42 du 4 août 2004** relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre du marché de la restauration de la flèche de la cathédrale de Tréguier

Le Conseil de la concurrence a enjoint les sociétés Armoricaïne de restauration, Bodin, Lanfry, Lefèvre, Moullec et Pavy de respecter les engagements qu'elles avaient souscrits en contrepartie du bénéfice qu'elles recueillaient de la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 464-2 III du Code de commerce. Ces engagements sont énoncés au point 11 de la décision.

Une enquête a été lancée en mars 2005 afin de vérifier la bonne exécution de ces injonctions.

**04-D-44 du 15 septembre 2004** relative à une saisine présentée par le Ciné-Théâtre du Lamentin dans le secteur de la distribution et de l'exploitation de films

Le Conseil de la concurrence a enjoint les sociétés Filmdis et Cinésogar :

- de supprimer la clause mentionnée dans les contrats qui les lient aux exploitants indépendants de salles de cinéma interdisant formellement à ces derniers de traiter avec un producteur ou un distributeur ou un autre programmeur sans l'accord préalable des sociétés sous-distributrices, sauf dénonciation du contrat et respect d'un préavis de trois mois ;
- de cesser d'imposer un prix des places aux exploitants de salles indépendants ;
- de cesser d'imposer aux exploitants de salles un réparateur qu'elles ont agréé, cet entretien pouvant être réalisé par toute entreprise compétente en la matière ;
- de publier leurs catalogues de films disponibles à une fréquence correspondant au rythme de la programmation ;
- de respecter les termes de la jurisprudence de la cour d'appel de Paris (arrêt du 7 juin 2000, SARL Cinéma le 5 Royal/Société Gaumont Buena Vista International), en tenant compte des critères liés à la qualité des salles pour déterminer l'ordre et le passage des films, mais sans que cette prise en compte ait « pour objet ou pour résultat de défavoriser systématiquement un exploitant par rapport à l'un de ses concurrents dans sa zone de chalandise ».

Un arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 mars 2005 a partiellement réformé cette décision. Toutes les injonctions prononcées à l'encontre de la société Cinésogar ont été annulées. Les première, quatrième et cinquième injonctions ont été maintenues à l'encontre de la société Filmdis.

Le respect du nouveau dispositif d'injonctions établi par la cour d'appel fait l'objet d'investigations depuis novembre 2005.

**04-MC-02 du 9 décembre 2004** relative à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Bouygues Télécom Caraïbe à l'encontre de pratiques mises en œuvre par les sociétés Orange Caraïbe et France Télécom

Le Conseil de la concurrence a enjoint Orange Caraïbe, à titre conservatoire et dans l'attente d'une décision au fond :

- de supprimer dans tous les contrats, en cours ou à venir, conclus avec ses distributeurs indépendants les obligations d'exclusivité pesant sur ces derniers et notamment le quatrième alinéa du premier article du « Contrat

- d'agent commercial* » et les dispositions de l'article 14 du même contrat intitulé « *Non concurrence* ». Orange Caraïbe devait en informer l'ensemble de ses distributeurs indépendants par lettre recommandée avec avis de réception dans un délai maximum de deux mois à compter de la date de notification de la décision. Cette lettre devait comprendre, en annexe, une copie de l'intégralité de la décision ;
- de supprimer l'ensemble des obligations d'exclusivité qu'elle impose à Cétélec Caraïbes et d'en informer Cétélec Caraïbes par lettre recommandée avec avis de réception dans un délai maximum de deux mois à compter de la date de notification de la décision ;
  - de faire en sorte que, pour toutes les offres comportant des tarifs différents pour les communications *on net*, d'une part, et *off net*, d'autre part, l'écart entre ces tarifs *on net* et *off net* ne dépasse pas l'écart entre les coûts que Orange Caraïbe supporte pour l'acheminement de ces deux types de communications. Orange Caraïbe devait en informer ses clients par mention sur leur prochaine facture et par affichage visible dans les agences France Télécom et les points de vente Orange, dans un délai maximum de deux mois à compter de la date de notification de la décision ;
  - de permettre que ses clients utilisent les points de fidélité qu'ils ont acquis ou dont ils pourraient faire l'acquisition, en tant qu'à-valoir venant en déduction du prix de tout achat d'un bien ou d'un service qu'elle propose à sa clientèle, la valeur du point étant celle fixée par Orange Caraïbe. Orange Caraïbe devait en informer ses clients par mention sur leur prochaine facture et par affichage visible dans les agences France Télécom et les points de vente Orange, dans un délai maximum de deux mois à compter de la date de notification de la décision.

Par un arrêt du 28 janvier 2005, la cour d'appel de Paris a réformé les troisième et quatrième injonctions mais seulement quant à leur délai d'exécution en le portant à quatre mois à compter de la notification de la décision du Conseil.

Les investigations relatives au respect de ces injonctions, telles que formulées respectivement par le Conseil de la concurrence et la cour d'appel de Paris, sont en cours depuis octobre 2005.

Au titre de l'année **2005**, neuf décisions comportaient des injonctions de faire ou de ne pas faire.

*05-D-10 du 15 mars 2005 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché du chou-fleur en Bretagne*

Le Conseil de la concurrence a enjoint la Société d'investissements et de coopération agricole Saint-Pol-de-Leon (SICA Saint-Pol-de-Leon), l'Union des coopératives de Paimpol et de Tréguier (UCPT) et la Société d'intérêt professionnel des producteurs de fruits, légumes, bulbes et fleurs d'Ille-et-Vilaine (SIPEFEL) de supprimer les clauses des conditions générales de vente applicables aux ventes des légumes effectuées sur les marchés de Saint-Pol-de-Léon, Saint-Méloir-des-Ondes et Paimpol jugées anticoncurrentielles par la décision. Ces clauses sont énumérées au paragraphe 104 de la décision.

Une enquête a été lancée en avril 2006 pour vérifier l'exécution de ces injonctions.

**05-D-12 du 17 mars 2005** relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la mesure d'audience dans le secteur de la presse quotidienne nationale et sur le marché connexe de la publicité dans ce secteur

Le Conseil de la concurrence a enjoint l'association Études et unités de recherches opérationnelles de la presse quotidienne nationale (EUROPQN), le Syndicat de la presse quotidienne régionale (SPQR) et l'Association pour l'étude et la promotion de la presse hebdomadaire régionale (AEPHR) de respecter les engagements qu'ils ont soumis en vertu des dispositions de l'article L. 464-2 I du Code de commerce et figurant au paragraphe 50 de la décision.

Une enquête a été lancée en avril 2006 afin de vérifier l'exécution de ces injonctions.

**05-D-16 du 26 avril 2005** relative à des pratiques mises en œuvre par la Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD)

Le Conseil de la concurrence a enjoint la SACD de respecter les engagements qu'elle a soumis en vertu des dispositions de l'article L. 464-2 I du Code de commerce et consistant dans la modification des articles 9 et 40 des statuts et de l'article 1 du règlement général de la société.

Les vérifications ont permis d'établir que les statuts et le règlement général de la SACD ont été modifiés en ce sens à la suite de la réunion de l'assemblée générale de la société le 16 juin 2005. Les injonctions ont donc été respectées.

**05-D-25 du 31 mai 2005** relative à des pratiques mises en œuvre par la société Yvert & Tellier sur le marché des catalogues de cotation de timbres-poste

Le Conseil de la concurrence a enjoint la société des éditions Yvert & Tellier de respecter les engagements qu'elle a soumis en vertu des dispositions de l'article L. 464-2 I du Code de commerce et relatifs à l'octroi d'une licence sur la numérotation de son catalogue pour la production de tables de concordance avec la numérotation de catalogues concurrents, aux conditions exposées au point 46 de la décision.

Une enquête a été lancée en avril 2006 afin de vérifier l'exécution de cette injonction.

**05-D-29 du 16 juin 2005** relative à des pratiques mises en œuvre par « Les Haras nationaux » sur le marché de la reproduction équine

Le Conseil de la concurrence a enjoint l'établissement public « Les Haras nationaux » de respecter les engagements qu'il a soumis en vertu des dispositions de l'article L. 464-2 I du Code de commerce et énoncés au paragraphe 36 de la décision.

Une enquête a été lancée en avril 2006 afin de vérifier l'exécution de ces injonctions.

**05-D-36 du 30 juin 2005** relative au respect, par les sociétés du groupe Decaux, des injonctions prononcées par la décision 98-D-52 du 7 juillet 1998

Le Conseil de la concurrence a enjoint la société JC Decaux SA, dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision, d'adresser une lettre



à chacune des collectivités avec lesquelles les sociétés du groupe Decaux entretiennent des relations contractuelles. Le texte de cette lettre devait comporter exclusivement les visas, le texte énoncé aux paragraphes 114 à 119 de la décision, ainsi que le dispositif décisionnel, sous le titre « *Décision 05-D-36 du 30 juin 2005 relative au respect par les sociétés du groupe Decaux des injonctions prononcées par le Conseil de la concurrence le 7 juillet 1998* ». Cette lettre devait être en format A4 et en caractères Times New Roman de dimension 12, noirs sur fond blanc.

La cour d'appel de Paris a, par un arrêt du 21 février 2006, annulé le dispositif d'injonctions de cette décision.

*05-D-37 du 5 juillet 2005 relative à l'exécution de la décision 03-D-03 du 16 janvier 2003 concernant des pratiques mises en œuvre par le barreau des avocats de Marseille en matière d'assurances*

Le Conseil de la concurrence a enjoint le barreau de Marseille de cesser d'imposer aux avocats d'adhérer au contrat collectif d'assurances qu'il a souscrit au titre de la responsabilité civile exploitation, la garantie des objets et vêtements déposés dans les vestiaires de l'Ordre et les dommages par catastrophes naturelles et de faire retirer du contrat d'assurance collective souscrit par lui, les clauses relatives à ces garanties. Cette injonction était assortie d'une astreinte de 100 euros par jour de retard à l'expiration du délai de quatre mois courant à compter de la date à laquelle la décision est notifiée. Cette décision a été confirmée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 24 janvier 2006.

Une enquête a été lancée en avril 2006 afin de vérifier l'exécution de ces injonctions.

*05-D-49 du 28 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location-entretien des machines d'affranchissement postal*

Le Conseil de la concurrence a enjoint les sociétés Neopost, Satas et Secap groupe Pitney-Bowes de respecter les engagements qu'elles avaient souscrits en contrepartie du bénéfice qu'elles recueillaient de la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 464-2 III du Code de commerce. Ces engagements sont énoncés aux points 60 et 61 de la décision.

Une enquête a été lancée en avril 2006 afin de vérifier l'exécution de ces injonctions.

*05-D-70 du 19 décembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des vidéocassettes préenregistrées*

Le Conseil de la concurrence a enjoint les sociétés Buena Vista Home Entertainment et Carrefour SAS de respecter les engagements qu'elles avaient souscrits en contrepartie du bénéfice qu'elles recueillaient de la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 464-2 III du Code de commerce. Ces engagements sont énoncés aux points 278 et 285 de la décision.

Une enquête a été lancée en avril 2006 afin de vérifier l'exécution de ces injonctions.

## Le contrôle de l'exécution des sanctions pécuniaires

Le recouvrement des sanctions pécuniaires prononcées par le Conseil de la concurrence ou la cour d'appel de Paris ressort des services de la Direction générale de la comptabilité publique et est confié à la Trésorerie générale des créances spéciales du trésor (TGCST), sise à Châtelleraut. En application des dispositions de l'article L. 464-4 du Code de commerce, les sommes correspondantes sont recouvrées comme les créances de l'État étrangères à l'impôt et au domaine.

La Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes procède à l'assignation du recouvrement auprès de la TGCST dès notification de la décision du Conseil de la concurrence ou de l'arrêt de la cour d'appel.

Les éléments qui m'ont été communiqués par la TGCST, relatifs aux opérations de prise en charge et de recouvrement des créances accomplies au titre de l'exécution des décisions rendues révèlent que :

- pour les années antérieures, le montant net des recouvrements pris en charge était de 48 174 128 euros ; le montant qui a effectivement été recouvré au cours de l'année 2004 au titre des reliquats des années antérieures s'élève à 47 685 246 euros, soit un taux de recouvrement de 98,99 % ;
- pour l'année 2005, le montant net des recouvrements pris en charge s'élève à 693 295 714 euros ; le montant effectivement recouvré est de 668 317 116,64 euros, soit un taux de recouvrement de 96,4 %.

Pour le ministre et par délégation,  
*Le directeur général de la concurrence,  
de la consommation et de la répression des fraudes,*  
Guillaume CERUTTI

# Index



# Index

Index par secteur d'activité (codes NAF).....	517
Index par entreprise ou organisme.....	521



# Index par secteur d'activité (codes NAF)

## 01 – Agriculture, chasse, services annexes

Culture de légumes, maraîchage  
05-D-10

Élevage d'ovins, caprins et équidés  
05-D-29

## 02 – Sylviculture, exploitation forestière, services annexes

Exploitation forestière  
05-A-06

Services forestiers  
05-A-06

## 05 – Pêche, aquaculture, services annexes

Pêche  
05-D-27

## 14 – Autres industries extractives

Production de sables  
et de granulats  
05-D-74

## 15 – Industries alimentaires

Fabrication d'aliments pour  
animaux de compagnie  
05-D-32

Brasserie  
05-D-50

## 19 – Industrie du cuir et de la chaussure

Fabrication d'articles de voyage  
et de maroquinerie  
05-D-06

Fabrication de chaussures  
05-D-06

## 22 – Edition, imprimerie, reproduction

Édition de journaux  
05-D-01 ; 05-D-12 ; 05-D-44  
05-A-18

Édition de livres  
05-D-25

## 24 – Industrie chimique

Fabrication de savons, détergents  
et produits d'entretien  
05-D-03

Fabrication de médicaments  
05-D-52 ; 05-D-72 ; 05-A-01

Fabrication d'huiles essentielles  
05-D-55

Fabrication de peintures et vernis  
05-D-67

## 28 – Travail des métaux

Fabrication d'articles métalliques  
divers  
05-D-09

Forge, estampage, matriçage  
05-D-75

## 29 – Fabrication de machines et d'équipements

Fabrication d'armes de chasse,  
de tir et de défense  
05-D-07

Fabrication d'autres machines  
d'usage général  
05-D-23

Fabrication d'équipements  
aéroulques et frigorifiques  
industriels  
05-D-45

### 33 – Fabrication d'instruments médicaux, de précision, d'optique et d'horlogerie

Fabrication d'instruments d'optique et de matériel photographique  
05-D-08

Horlogerie  
05-D-46

Fabrication d'équipements de contrôle des processus industriels  
05-D-48

### 34 – Fabrication d'équipements automobiles

Fabrication d'équipements automobiles  
05-A-20

### 37 – Récupération

Récupération de matières non métalliques recyclables  
05-D-47 ; 05-A-07

Récupération de matières métalliques recyclables  
05-D-47 ; 05-A-07

### 40 – Production et distribution d'électricité, de gaz et de chaleur

Production d'électricité  
05-D-15

Distribution et commerce d'électricité  
05-D-15 ; 05-A-19 ; 05-A-23  
05-A-25

Distribution de combustibles gazeux  
05-A-04 ; 05-A-11 ; 05-A-14

### 41 – Captage, traitement et distribution d'eau

Captage, traitement et distribution d'eau  
05-D-58

### 45 – Construction

Réalisation de réseaux  
05-D-04

Construction de chaussées routières et de sols sportifs  
05-D-09 ; 05-D-17 ; 05-D-19  
05-D-24 ; 05-D-26 ; 05-D-61  
05-D-67 ; 05-D-69 ; 05-D-71

Construction d'ouvrages d'art  
05-D-19

Construction de chaussées routières et de sols sportifs  
05-D-19

Réalisation de réseaux  
05-D-26

Construction de bâtiments divers  
05-D-51

### 51 – Commerce de gros et intermédiaires du commerce

Autres intermédiaires spécialisés du commerce  
05-D-01

Commerce de gros de fournitures et équipements industriels divers  
05-D-09

Commerce de gros de fruits et légumes  
05-D-10

Commerce de gros de poissons, crustacés et mollusques  
05-D-27

Commerces de gros alimentaires spécialisés divers  
05-D-32

Centrales d'achats alimentaires  
05-D-33 ; 05-D-62

Commerce de gros de boissons  
05-D-50

Commerce de gros de produits pharmaceutiques  
05-D-52 ; 05-D-72

Commerce de gros d'appareils électroménagers et de radios et télévisions  
05-D-66

### 52 – Commerce de détail et réparation d'articles domestiques

Commerce de détail de livres, journaux et papeterie  
05-D-01



Commerce de détail  
de maroquinerie et d'articles  
de voyage  
05-D-06

Commerce de détail de la chaussure  
05-D-06

Commerce de détail d'articles  
de sport et de loisir  
05-D-07

Commerce de détail d'optique  
et de photographie  
05-D-08

Commerce de détail de biens  
d'occasion  
05-D-14

Hypermarchés  
05-D-30

Vente par correspondance  
sur catalogue général  
05-D-34

Commerce de détail d'appareils  
électroménagers et de radio  
télévision  
05-D-34 ; 05-D-66

Commerce de détail de fleurs  
05-D-41

Commerce de détail de produits  
pharmaceutiques  
05-D-52

### 55 – Hôtels et restaurants

Autre hébergement touristique  
05-D-22

Hôtels touristiques avec restaurant  
05-D-64

### 60 – Transports terrestres

Transports ferroviaires  
05-D-11 ; 05-D-53

Transports urbains de voyageurs  
05-D-38

Transport de voyageurs par taxis  
05-A-02

### 61 – Transports par eau

Transports maritimes  
05-D-02

Transports côtiers  
05-D-02 ; 05-D-60

### 62 – Transports aériens

Transports aériens réguliers  
05-D-11

### 63 – Services auxiliaires des transports

Manutention portuaire  
05-D-28

Services aéroportuaires  
05-A-13 ; 05-A-15

Gestion d'infrastructures  
de transports terrestres  
05-A-22

### 64 – Postes et télécommunications

Télécommunications (hors  
transmissions audiovisuelles)  
05-D-42 ; 05-D-59 ; 05-D-65  
05-A-03 ; 05-A-05 ; 05-A-09  
05-A-10 ; 05-A-16

Postes nationales  
05-D-63

Autres activités de courrier  
05-D-63

### 65 – Intermédiation financière

Banques  
05-D-40 ; 05-A-08

### 71 – Location sans opérateur

Location d'autres biens personnels  
et domestiques  
05-D-18

Location de machines de bureau  
et de matériel informatique  
05-D-49

### 72 – Activités informatiques

Traitement de données  
05-D-54

Réalisation de logiciels  
05-A-24

### 74 – Services fournis principalement aux entreprises

Gestion de supports de publicité  
05-D-11 ; 05-D-36 ; 05-D-44  
05-D-53 ; 05-D-73

Études de marché et sondages  
05-D-12

Ingénierie, études techniques  
05-D-31 ; 05-A-06

Activités juridiques  
05-D-37 ; 05-D-56 ; 05-D-57

### **80 – Éducation**

Formation des adultes et formation  
continue  
05-D-41 ; 05-D-68

### **85 – Santé et action sociale**

Accueil des personnes âgées  
05-D-05

Pratique dentaire  
05-D-43

### **90 – Assainissement, voirie et gestion des déchets**

Enlèvement et traitement  
des ordures ménagères  
05-D-35

### **92 – Activité récréatives, culturelles et sportives**

Édition de chaînes thématiques  
05-D-13

Distribution de bouquets  
de programmes de radio  
et de télévision  
05-D-13

Production de programmes  
de télévision  
05-D-13

Activités artistiques  
05-D-16

Jeux de hasard et d'argent  
05-D-20

Production de films pour le cinéma  
05-D-70

Distribution de films  
cinématographiques  
05-D-70

Édition et distribution vidéo  
05-D-70

### **93 – Services personnels**

Pompes funèbres  
05-D-21 ; 05-D-39 ; 05-A-12

# Index par entreprise ou organisme

## A

Abbott Medisense France  
05-D-72

Accor casinos  
05-D-20

AD Pharm  
05-D-72

AF Démil  
05-D-47

AFNOR  
05-D-23

Allergan  
05-D-52

Alp Signalisation  
05-D-09

Alpadis  
05-D-32

Alsetex  
05-D-47

Apex  
05-D-32

Appia Haute-Normandie  
05-D-69

Appia SA  
05-D-69

Appia Somme  
05-D-24

Appia Sud Bourgogne (Gerland)  
05-D-17

Arcacoop  
05-D-27

AREA SAEM  
05-D-61

ARPEVIE  
05-D-27

Aspeta-Biorga  
05-D-52

Association Agriculture et Tourisme  
en Dordogne-Périgord  
05-D-22

Association des amis du Valamont  
05-D-14

Association pour l'étude et la  
promotion de la presse  
hebdomadaire régionale (AEPHR)  
05-D-12

Association pour le maintien  
de la concurrence sur le réseau  
autoroutier (AMCRA)  
05-A-22

Astra Zeneca  
05-D-72

ATA  
05-D-48

Auchan  
05-D-30

Audreco Formation  
05-D-41

Autorité de régulation  
des télécommunications (ART) /  
Autorité de régulation  
des communications électroniques  
et des postes (ARCEP)  
05-A-03 ; 05-A-05 ; 05-A-09  
05-A-10 ; 05-A-16

Avantage-TVHA (SARL)  
05-D-66

Aventis  
05-D-72

Axima  
05-D-26

## B

Bailleul  
05-D-52

Barrault Recherche  
05-D-31

Barreau d'Évry  
05-D-56

Barreau de Montpellier  
05-D-57

Barreau des avocats de Marseille  
05-D-37

Bascopêche  
05-D-27

Baudin-Chateauneuf  
05-D-19

Bayer Diagnostics  
05-D-72

Berthold  
05-D-26

Beugnet Somme  
05-D-24

Boehringer Ingelheim  
05-D-72

Boiron  
05-A-01

Bouygues Télécom  
05-D-65

Brasseries Kronenbourg  
05-D-50

British Airways Plc  
05-D-11

Browning Winchester France  
05-D-07

Buquet  
05-D-69

BVHE France (Buena Vista Home  
Entertainment)  
05-D-70

## C

Caisse d'Épargne  
05-D-21

Canal Plus (Groupe)  
05-D-13

Canidis  
05-D-32

Carrefour SA  
05-D-70

Carrefour SAS France  
05-D-70

Casino du Lac de la Magdeleine  
05-D-20

Casino Guichard Perrachon  
05-D-70

CCB Dufaylite  
05-D-51

CCMX Holding  
05-A-24

CDCK France SAS  
05-D-40

Cegid (SA)  
05-A-24

Centre communal d'action sociale  
(CCAS) de Saint-Étienne  
05-D-05

Centre national d'enseignement  
à distance (CNED)  
05-D-68

Centre régionaux de la propriété  
forestière (CRPF)  
05-A-06

Céréda  
05-D-26

Céréda Frères  
05-D-26

Céréda Henri  
05-D-26

Chambre syndicale nationale  
de l'enseignement privé à distance  
(CHANED)  
05-D-68

Chantiers modernes  
05-D-19

Chauvin  
05-D-52

Chefaro-Ardeval  
05-D-52

Chepar  
05-D-30

Cilia Salvatore SARL  
05-D-51

Cilia SAS  
05-D-51

Cinemat  
05-D-18

Claytone  
05-D-52

CNES  
05-D-54

Cochery Bourdin Chausse  
05-D-24

Cocipa  
05-D-32

Colas  
05-D-71

Colas Est  
05-D-26

Colas Île-de-France Normandie  
05-D-69

Colas Nord-Picardie  
05-D-24

Comité économique agricole  
régional fruits et légumes de  
la région Bretagne (CERAFEL)  
05-D-10

Comité interprofessionnel des  
huiles essentielles françaises  
05-D-55

Commission de régulation  
de l'énergie (CRE)  
05-A-14 ; 05-A-19

Commission nationale paritaire  
de l'emploi et de la formation  
professionnelle des jardinerie-  
graineteries  
05-D-41

Communauté de communes  
de la Grande Vallée de la Marne  
05-D-35

Commune de Cannes  
05-D-60

Commune de Mouvaux  
05-D-36

Commune de Pontarlier  
05-D-39

Commune de Saint-Étienne  
05-D-05

Commune de  
Saint-Michel-sur-Orge  
05-D-58

Compagnie maritime des îles  
d'Hyères (CMIH)  
05-D-02

Compagnie nationale des ingénieurs  
et experts forestiers bois (CNIEFEB)  
05-A-06

Comptoir général maritime  
05-D-28

Concurrence (Société)  
05-D-34

Confédération de la consommation,  
du logement et du cadre de vie  
(CLCV)  
05-A-08 ; 05-D-56 ; 05-D-57

Confort routier de l'Artois (CRA)  
05-D-67

Congrégation cistercienne  
de l'Immaculée Conception  
05-D-60

Connex  
05-D-38

Conseil de la concurrence  
(autosaisine)  
05-D-16 ; 05-D-53 ; 05-D-58  
05-D-63 ; 05-D-64 ; 05-D-65

Conseil d'État  
05-A-24

Conseil départemental de l'Ordre  
des chirurgiens-dentistes  
du Puy-de-Dôme  
05-D-43

Coopérative des pharmaciens  
d'Île-de-France  
05-D-52

Corrine de Bruyne-Roger Gallet  
05-D-52

Crédit Lyonnais  
05-D-21

## D

Dallay  
05-D-25

Datapost  
05-D-63

DBS  
05-D-51

Decaux (Groupe)  
05-D-36

Delbard  
05-D-32

Delmas La Rochelle  
05-D-28

Demathieu et Bard  
05-D-19

Desmoules Pose  
05-D-09

Devaux  
05-D-71

DG Construction (SARL)  
05-D-61

DG Finances  
05-D-19

Diététique et santé  
05-D-52

Directions départementales de  
l'agriculture et de la forêt (DDAF)  
05-A-06

Dodin Nord  
05-D-19

Dolisos  
05-A-01

Dynapost  
05-D-63

## E

EDF  
05-A-19

EGC Ouest  
05-D-19

EGTP  
05-D-17

Eiffage Construction  
05-D-19

Eiffage TP  
05-D-19

EJL Est  
05-D-26

Électricité de Strasbourg  
05-D-15

Entreprise de bâtiment et de  
travaux publics Paul Lhotellier  
05-D-24

Entreprise Éric Briano  
05-D-07

Entreprise hydraulique et travaux  
publics (EHTP SAS)  
05-D-61

Entreprise Marc SA  
05-D-19

Entreprise René Le Calvez  
05-D-19

Établissement Crapie  
05-D-09

Établissements Claude Gousset  
05-D-48

Établissements Gouin  
professionnels  
05-D-48

ETPO  
05-D-19

European Trade Company (ETC)  
05-D-72

EUROPQN  
05-D-12

Europtic  
05-D-08

Eurostar Group Ltd.  
05-D-11

Eurovia  
05-D-24 ; 05-D-71

Eurovia Bourgogne  
05-D-17

Eurovia  
Champagne-Ardenne-Lorraine  
05-D-26

Eurovia Haute-Normandie  
05-D-69

Eurovia Lorraine  
05-D-26

Eurovia Participations  
05-D-69

Eurovia SA  
05-D-69

## F

FADETEQ  
05-D-29

Fapac-Tivadis  
05-D-32

Ferber  
05-D-04

Ferrat  
05-D-32

Ferring  
05-D-72

FL Smidth Airtech  
05-D-45

Formétal  
05-D-47

Fotovista  
05-D-34

Fournier  
05-D-72

France Handling  
05-A-13

France Incendie  
05-D-23

France Rail Publicité  
05-D-11 ; 05-D-53

France Télécom  
05-D-42 ; 05-D-59 ; 05-A-16

## G

Gagneraud Construction  
05-D-69

Galec  
05-D-62

Gamm Vert  
05-D-32

Garibaldi  
05-D-32

Gaz de Strasbourg  
05-D-04

GCTP  
05-D-04

George V  
05-D-64

Géosys  
05-D-54

Géotechnique et travaux spéciaux  
(GTS SA)  
05-D-61

GIE Cemafruid  
05-D-31

GlaxoSmithkline (GSK)  
05-D-72

Google France  
05-D-34

Groupement des cartes bancaires  
CB (GIE CB)  
05-D-40

Groupement national  
d'entrepreneurs de pompes  
funèbres (GNEPF)  
05-D-21

GTM Construction  
05-D-19

Guintoli (SA)  
05-D-61

## H

Haras nationaux  
05-D-29

Havas Dom (Média Overseas)  
05-D-73

## I

Ideal Canin Valdoie  
05-D-32

Ilec  
05-D-33

Immobilière Le Foll  
05-D-69

INEO  
05-D-19

Interfacom  
05-D-48

Isotec Entreprise  
05-D-45

## J

J & B Cazenave  
05-D-32

Janssen-Cilag  
05-D-72

Jardins de Pacy  
05-D-32

Jaeger Lecoultre  
05-D-46

Jean Lefebvre Nord-Picardie  
05-D-24

JFPM Représentation  
05-D-16

JMC Industries  
05-D-49

JMD Holding SA (Tellos Group)  
05-D-04

## K

Kampexport International  
05-D-10

Kelkoo  
05-D-34

Keolis  
05-D-38

Klauth  
05-D-04

## L

La Monnaie de Paris  
05-D-75

La Poste  
05-D-21 ; 05-D-63

La Provence (Groupe)  
05-D-44

La Quiétude  
05-D-21

La Signalisation centrale  
05-D-09

Lacroix Signalisation  
05-D-09

Lassince et Fils  
05-D-51

LB & Associés  
05-D-75

Le Bristol  
05-D-64

Le Crillon (Hôtels Concorde)  
05-D-64

Le Foll Travaux publics  
05-D-69

Le Four Seasons  
05-D-64

Le Globe  
05-D-03

Le Meurice  
05-D-64



Le Plaza Athénée  
05-D-64

Le Ritz  
05-D-64

Lecat TPR  
05-D-24

Leluan Frères  
05-D-19

Leo France  
05-D-72

Lépine TP  
05-D-19

Les Oliviers  
05-D-05

Liérac  
05-D-52

LifeScan  
05-D-72

Lilly France  
05-D-72

Loisirs et Jardins  
05-D-32

Lucie  
05-D-33 ; 05-D-62

Lucien Barrière (Groupe)  
05-D-20

Luk Lamellen  
05-A-20

Lutsia  
05-D-52

LVMH Fashion Group  
05-D-06

Lyonnaise des Eaux  
05-D-58

## M

M.A. Éditions  
05-D-42

Mannesmann Kienzle  
05-D-48

Marc Jacob's International  
05-D-06

Marwo  
05-D-51

Média Overseas  
05-D-73

Médiapost  
05-D-63

Médiaprogrès  
05-D-42

Merck Sharp et Dohme-Chibret  
(MSD)  
05-D-72

Messageries Lyonnaises de Presse  
(MLP)  
05-D-01

Métro France  
05-D-12

Ministre de l'Économie,  
des Finances et de l'Industrie  
05-D-03 ; 05-D-04 ; 05-D-08  
05-D-09 ; 05-D-14 ; 05-D-17  
05-D-19 ; 05-D-24 ; 05-D-26  
05-D-27 ; 05-D-28 ; 05-D-32  
05-D-37 ; 05-D-38 ; 05-D-44  
05-D-45 ; 05-D-47 ; 05-D-48  
05-D-51 ; 05-D-55 ; 05-D-58  
05-D-61 ; 05-D-62 ; 05-D-64  
05-D-67 ; 05-D-69 ; 05-D-70  
05-D-73 ; 05-D-74 ; 05-A-01  
05-A-02 ; 05-A-04 ; 05-A-07  
05-A-11 ; 05-A-12 ; 05-A-13  
05-A-15 ; 05-A-17 ; 05-A-18  
05-A-23 ; 05-A-25

Molypharm  
05-D-52

Monnaie de Paris  
05-D-75

Monti  
05-D-26

Monuments Comtois  
05-D-39

Mouret  
05-D-46

Müller  
05-D-26

## N

Nagabbo  
05-D-08  
NEOPOST  
05-D-49  
Neuf Télécom Réseau  
05-D-59  
NFTP  
05-D-19  
Nicora  
05-D-26  
Norgine Pharma  
05-D-72  
Normandie Loir Distribution  
05-D-32  
Nouvelles Messageries de presse  
parisienne (NMPP)  
05-D-01  
Novartis Pharma  
05-D-72  
NovoNordisk  
05-D-72

## O

Office d'annonces (ODA)  
05-D-73  
Office national des forêts (ONF)  
05-A-06  
OGF  
05-D-21  
OP Yeu  
05-D-27  
OPOB  
05-D-27  
Optique Guigues  
05-D-08  
Optique Lunetterie Bourdeau  
05-D-08  
Orange France  
05-D-65  
Oxena  
05-D-03

## P

Panasonic France  
05-D-66  
Partouche (Groupe)  
05-D-20  
Pfizer  
05-D-72  
Pharmacia-Upjohn  
05-D-52  
Pharmadex TMC  
05-D-72  
Pharmajet  
05-D-72  
Pharma-Lab  
05-D-72  
Pharmascience  
05-D-52  
Philips France  
05-D-66  
Phytosolba  
05-D-52  
Picardie Signalisation  
05-D-09  
Pieri Chimie  
05-D-03  
Pierre Boinet  
05-D-24  
Pioneer  
05-D-66  
PITNEY BOWES France  
05-D-49  
PM Taxis  
05-D-48  
Prodentall  
05-D-43  
Proma  
05-D-27  
Promer  
05-D-03

## Q

Quille  
05-D-19

## R

Razel  
05-D-19

Régie municipale des pompes  
funèbres de Pontarlier  
05-D-39

Rhonaldis  
05-D-32

Richet  
05-D-03

Roger Martin  
05-D-17

Rossimoda  
05-D-06

Rougeot  
05-D-17

Royal Canin  
05-D-32

## S

SAEC  
05-D-04

Sanofi-Synthelabo  
05-D-72

SAR  
05-D-67

SATAS  
05-D-49

Scétauroute (SA)  
05-D-61

Scot Conseil  
05-D-54

Scout France  
05-A-16

SCR Ailly  
05-D-24

Screg  
05-D-71

SCREG Nord-Picardie  
05-D-24

SDO  
05-D-70

SECAP  
05-D-49

SEETP Robinet  
05-D-26

SEMIF  
05-A-18

SFR  
05-D-65

SFRM  
05-D-47

SGTP  
05-D-04

Shering Plough  
05-D-72

Signaux Girod  
05-D-09

Signaux Laporte  
05-D-09

Signeurop  
05-D-67

SIMT  
05-D-47

SIPA  
05-A-18

SIRS  
05-D-04

Smith Nephew  
05-D-72

SNC CBO  
05-D-19

SNCF  
05-D-11 ; 05-D-53

SND  
05-D-19

Société auxiliaire pour l'exploitation de messagerie transport presse (SAEM-TP) 05-D-01	Sort et Chasle 05-D-51
Société Centre-Ouest Boissons (SCOB) 05-D-50	Sotema 05-D-54
Société d'économie mixte de la ville de Saint-Étienne (SAIEM) 05-D-05	Sotradex 05-D-47
Société d'intérêt professionnel des producteurs de fruits, légumes, bulbes et fleurs d'Ille-et-Vilaine (SIPEFEL) 05-D-10	Sotrae 05-D-26
Société d'investissements et de coopération agricoles Saint-Pol-de-Léon (SICA Saint-Pol-de-Léon) 05-D-10	Spie Batignolles Ouest 05-D-19
Société de travaux publics Alain Gasnier (STAG) 05-D-24	Spie Batignolles TPCI 05-D-19
Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD) 05-D-16	Spot Image 05-D-54
Socosama 05-D-27	SRE 05-D-26
Socpresse 05-A-18	Stafford-Miller 05-D-52
Sodiamal 05-D-32	Stenger 05-D-51
Soe Stuc et Staff 05-D-51	Studio 26 05-D-06
Sogea Nord-Ouest 05-D-19	Syndicat de la presse quotidienne régionale (SPQR) 05-D-12
Sogeca 05-D-04	Syndicat des antiquaires et brocanteurs des Vosges (SABV) 05-D-14
Solvay-pharma 05-D-52	Syndicat des Eaux d'Île-de-France 05-D-58
Somaro 05-D-67	Syndicat national des entreprises de logistique de publicité directe (SNELPD) 05-D-63
Somoclest 05-D-51	Syndicat national des exploitants de distributeurs automatiques de vidéogrammes et de DVD (SNEDAVI) 05-D-18
Sony France 05-D-34 ; 05-D-66	Système U 05-D-62

## T

Telegate  
05-A-16

Télévision par satellite (TPS)  
05-D-13

Tellos Groupe  
05-D-04

Toffolutti  
05-D-71

Toshiba  
05-D-66

TPC  
05-D-19

Trans Côte-d'Azur  
05-D-60

Transdev  
05-D-38

Transport du littoral varois  
05-D-02

Tribunal de grande instance  
de Paris  
05-A-20

Tripode  
05-D-32

Truffaut  
05-D-32

TVHA  
05-D-66

## U

UFC-Que Choisir  
05-D-58 ; 05-D-65

Unidoc  
05-D-67

Union des coopérateurs  
indépendants européens (Lucie)  
05-D-33

Union des coopératives de Paimpol  
et de Tréguier (UCPT)  
05-D-10

Union des professionnels  
du funéraire (UPF)  
05-D-21

Univers Bourges  
05-D-32

## V

Valeo  
05-A-20

Viafrance Normandie  
05-D-69

Viamark  
05-D-67

Vichy  
05-D-52

Vinci  
05-D-19

Vinci Construction  
05-D-19

Vinci services aéroportuaires  
05-A-13

Vingt Minutes France  
05-D-12

Vitherm  
05-D-03

## W

Warner-Lambert  
05-D-52

Wyeth Lederlé  
05-D-72

## Y

Yamaha  
05-D-66

Yplon  
05-D-03

Yvert & Tellier  
05-D-25



# ... Recours devant la cour d'appel de Paris





## Recours devant la cour d'appel de Paris

Décisions 2005 ayant fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris (mise à jour le 25 avril 2006)

	Décisions (au fond)	Arrêts cour d'appel
05-D-05 du 18 février 2005	relative à une saisine de la SARL Les Oliviers	Arrêt du 15/11/05 Confirmation
05-D-13 du 18 mars 2005	relative aux pratiques mises en œuvre par le groupe Canal Plus dans le secteur de la télévision à péage	Arrêt du 15/11/05 Confirmation
05-D-17 du 27 avril 2005	relative à la situation de la concurrence dans le secteur des marchés de travaux de voirie en Côte-d'Or	Arrêt du 13/12/05 Réformation partielle (réduction des sanctions pour deux entreprises : Appia Revillon et Roger Martin)
05-D-19 du 12 mai 2005	relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre des marchés de construction des ouvrages d'art pour la réalisation de l'autoroute A84, dite « autoroute des Estuaires », dans le département de la Manche	Arrêt du 07/03/2006 Confirmation pour l'essentiel (mise hors de cause d'une entreprise : maintien de la sanction pour les vingt autres)
05-D-20 du 13 mai 2005	relative à une saisine de la société Casino du Lac de la Magdeleine	Arrêt du 13/12/05 Confirmation
05-D-26 du 9 juin 2005	relative aux marchés publics réalisés dans le département de la Meuse	Arrêt du 25/04/06 Confirmation pour l'essentiel (mise hors de cause de la société Eurovia)
05-D-30 du 21 juin 2005	relative à une saisine de la société Chepar	Affaire pendante
05-D-32 du 22 juin 2005	relative à des pratiques mises en œuvre par la société Royal Canin et son réseau de distribution	Arrêt du 04/04/06 Réformation partielle (mise hors de cause des sociétés Georges Delbard et Truffaut ; réduction de la sanction prononcée à l'encontre de Royal Canin de 2,5 M€ à 2,3 M€)
05-D-36 du 30 juin 2005	relative au respect, par les sociétés du groupe Decaux, des injonctions prononcées par la décision 98-D-52 du 7 juillet 1998	Arrêt du 21/02/06 Réformation partielle (mise hors de cause des sociétés SEMUP, SOMUPI, SOFACT, JC Decaux SA ; réduction de la sanction de JC Decaux Mobilier Urbain de 2,75 M€ à 2 M€)
05-D-37 du 5 juillet 2005	relative à l'exécution de la décision 03-D-03 du 16 janvier 2003 concernant des pratiques mises en œuvre par le barreau des avocats de Marseille en matière d'assurance	Arrêt 24/01/06 Confirmation

05-D-38 du 5 juillet 2005	relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché du transport public urbain de voyageurs	Arrêt du 07/02/06 Confirmation
05-D-42 du 19 juillet 2005	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des services télématiques relatifs aux résultats ou aux corrigés d'examens	Arrêt du 21/03/06 Confirmation
05-D-43 du 20 juillet 2005	relative à des pratiques mises en œuvre par le Conseil départemental de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes du Puy-de-Dôme et le Conseil national de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes	Arrêt du 07/03/06 Confirmation pour l'essentiel (réduction de la sanction infligée au Conseil départemental de l'Ordre des chirurgiens-dentistes du Puy-de-Dôme de 1 000 € à 1 €)
05-D-50 du 21 septembre 2005	relative à la plainte de la société SCOB à l'encontre de pratiques mises en œuvre par la société Brasseries Kronenbourg dans le secteur de la distribution de la bière	Arrêt du 25/04/06 Irrecevabilité
05-D-51 du 21 septembre 2005	relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre d'un marché de travaux pour la construction d'un hémicycle et de bureaux pour le Parlement européen de Strasbourg (lot plâtrerie, isolation, cloisons)	Affaire pendante
05-D-58 du 3 novembre 2005	relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'eau potable en Ile-de-France	Affaire pendante
05-D-59 du 7 novembre 2005	relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'internet haut débit	Affaire pendante
05-D-60 du 8 novembre 2005	relative à des pratiques mises en œuvre par la congrégation cistercienne de l'Immaculée Conception, la société Planaria, l'Etat et la commune de Cannes	Affaire pendante
05-D-64 du 25 novembre 2005	relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces parisiens	Affaire pendante
05-D-65 du 30 novembre 2005	relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile	Affaire pendante
05-D-66 du 5 décembre 2005	relative à la saisine de la SARL AVANTAGE à l'encontre de pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'électronique grand public	Affaire pendante
05-D-67 du 6 décembre 2005	relative aux pratiques mises en œuvre sur le marché de la signalisation routière horizontale dans les régions de Picardie et du Nord-Pas de Calais	Affaire pendante
05-D-68 du 12 décembre 2005	relative à des pratiques du Centre national d'enseignement à distance	Affaire pendante
05-D-69 du 15 décembre 2005	relative à des pratiques anticoncurrentielles relevées dans le secteur des travaux routiers en Seine-Maritime	Affaire pendante
05-D-70 du 19 décembre 2005	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des vidéocassettes préenregistrées	Affaire pendante
05-D-71 du 19 décembre 2005	relative à une saisine de la société Toffolutti	Affaire pendante
05-D-72 du 20 décembre 2005	relative à des pratiques mises en œuvre par divers laboratoires dans le secteur des exportations parallèles de médicaments	Affaire pendante
05-D-75 du 22 décembre 2005	relative à des pratiques mises en œuvre par la Monnaie de Paris	Affaire pendante

## Décisions 2004 ayant fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris

	Décisions (au fond)	Arrêts cour d'appel
04-D-02 du 10 février 2004	relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Germain Environnement à l'encontre de l'Office national des forêts	27/07/2004 Rejet
04-D-04 du 20 février 2004	relative au secteur des travaux d'électrification rurale réalisés dans le département de la Charente-Maritime	21/09/2004 Rejet
04-D-07 du 11 mars 2004	relative à des pratiques relevées dans le secteur de la boulangerie dans le département de la Marne	26/10/2004 Réformation partielle (fond confirmé / annulation de l'injonction de publication)
04-D-08 du 30 mars 2004	relative au marché de travaux d'assainissement de la commune de Pontacq	09/11/2004 Réformation partielle
04-D-12 du 7 avril 2004	relative à une saisine de la société Go Sport concernant des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution d'articles de sport et de loisirs	29/06/2004 Désistement
04-D-13 du 8 avril 2004	relative à des pratiques mises en œuvre par la Société des caves et des producteurs réunis de Roquefort dans le secteur des fromages à pâte persillée	09/11/2004 Rejet
04-D-18 du 13 mai 2004	concernant l'exécution de la décision n° 00-MC-01 du 18 février 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société 9 Télécom Réseau	11/01/2005 Réformation partielle (fond confirmé / doublement de la sanction pécuniaire)
04-D-26 du 30 juin 2004	relative à la saisine de la SARL Reims Bio à l'encontre de pratiques mises en œuvre par le groupement d'intérêt public Champagne-Ardennes	25/01/2005 Rejet
04-D-32 du 8 juillet 2004	relative à la saisine de la société More group France contre les pratiques du groupe Decaux	22/02/2005 Rejet
04-D-37 du 27 juillet 2004	relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des pompes funèbres dans le Val-de-Marne	13/09/05 Rejet
04-D-39 du 3 août 2004	relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de l'abattage et de la commercialisation d'animaux de boucherie	22/02/2005 Réformation partielle (fond confirmé / modification de l'injonction de publication)
04-D-40 du 3 août 2004	relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société 20 Minutes France	21/09/2004 Rejet
04-D-44 du 15 septembre 2004	relative à une saisine présentée par le Ciné-Théâtre du Lamentin dans le secteur de la distribution et de l'exploitation de films	29/03/2005 Réformation
04-D-45 du 16 septembre 2004	relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Export Press à l'encontre du groupe des Nouvelles Messageries de Presse Parisienne	12/04/2005 Rejet

04-D-48 du 14 octobre 2004	relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom, SFR Cegetel et Bouygues Télécom	12/04/2005 Annulation
04-D-60 du 29 novembre 2004	relative à la saisine de la société G3S à l'encontre de pratiques mises en œuvre sur le marché de la reprographie médicale par la société AGFA-GEVAERT	17/05/05 Rejet
04-D-70 du 16 décembre 2004	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des pompes funèbres de la région de Saint-Germain-en-Laye	13/09/05 Rejet
04-D-73 du 21 décembre 2004	relative à la situation de la concurrence dans le secteur de la fourniture d'accès à internet	13/09/05 Désistement
04-D-76 du 22 décembre 2004	relative à une saisine de la société Digitechnic	24/05/05 Annulation / Renvoi
04-D-78 du 22 décembre 2004	relative à des pratiques mises en œuvre dans le département de la Moselle par six entreprises d'imprimerie à l'occasion de l'impression des bulletins de vote pour les élections présidentielles des 21 avril et 5 mai 2002	24/05/05 Rejet
04-D-79 du 23 décembre 2004	relative à des pratiques mises en œuvre par la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée (RDPEV)	28/06/05 Rejet
<b>Décisions (sur des demandes de mesures conservatoires)</b>		<b>Arrêts cour d'appel</b>
04-MC-01 du 15 avril 2004	relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par les sociétés Free, Iliad, LDCOM et 9 Télécom	29/06/2004 Réformation
04-MC-02 du 9 décembre 2004	relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Bouygues Télécom Caraïbe à l'encontre de pratiques mises en œuvre par les sociétés Orange Caraïbe et France Télécom	28/01/2005 Réformation partielle (analyse confirmée / modification du délai d'exécution de certaines injonctions)

## Décisions 2003 ayant fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris

	Décisions (au fond)	Arrêts cour d'appel
03-D-07 du 4 février 2003	relative à des pratiques relevées lors de la passation de marchés d'achat de panneaux de signalisation routière verticale par des collectivités locales	18/11/2003 Rejet
03-D-12 du 3 mars 2003	concernant le secteur des escaliers préfabriqués en béton	25/11/2003 Réformation partielle
03-D-17 du 31 mars 2003	relative à des pratiques sur le marché de la distribution des carburants sur autoroutes	09/12/2003 Annulation
03-D-25 du 28 mai 2003	relative à une saisine de la société Holopanoramme	25/11/2003 Rejet
03-D-27 du 4 juin 2003	relative à des pratiques de la maison de justice et du droit du quartier Saint-Christophe de Cergy-Pontoise (Val d'Oise)	24/02/2004 Rejet
03-D-35 du 24 juillet 2003	relative à des pratiques mises en œuvre par les laboratoires Sandoz, devenus en 1997 Novartis Pharma SA, sur le marché de certaines spécialités pharmaceutiques destinées aux hôpitaux	30/03/2004 Rejet
03-D-42 du 18 août 2003	relative à des pratiques mises en œuvre par Suzuki et autres sur le marché de la distribution des motocycles	04/05/2004 Rejet
03-D-43 du 12 septembre 2003	relative au respect des injonctions prononcées à l'encontre de la société France Télécom par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 1999	06/04/2004 Rejet
03-D-45 du 25 septembre 2003	relative aux pratiques mises en œuvre dans le secteur des calculatrices à usage scolaire	21/09/2004 Rejet
03-D-46 du 30 septembre 2003	relative à des pratiques concernant un marché public de transport occasionnel d'élèves dans le département des Alpes-Maritimes	30/03/2004 Rejet
03-D-52 du 18 novembre 2003	relative à des pratiques mises en œuvre par le Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de la Haute-Savoie et la Confédération nationale des syndicats dentaires à l'encontre de M. X..., prothésiste dentaire	22/06/2004 Rejet
03-D-60 du 17 décembre 2003	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'horlogerie de luxe	29/06/2004 Rejet
03-D-66 du 23 décembre 2003	relative aux pratiques mises en œuvre par la société Renault et le Groupement des concessionnaires Renault (GCR) dans le secteur de la distribution automobile	29/06/2004 Rejet
03-D-67 du 23 décembre 2003	relative aux pratiques mises en œuvre par Peugeot et le Groupement des concessionnaires automobiles Peugeot (GCAP) dans le secteur de la distribution automobile	21/09/2004 Rejet
03-D-68 du 23 décembre 2003	relative aux pratiques mises en œuvre par le Centre national des professions de l'automobile (CNPA) dans le secteur de la distribution automobile	29/06/2004 Rejet

Décisions (sur des demandes de mesures conservatoires)		Arrêts cour d'appel
03-MC-01 du 23 janvier 2003	relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société TPS	29/04/03 Homologation de l'accord signé par les parties le 17/04/2003
03-MC-02 du 5 mars 2003	relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société Cegetel	29/04/03 Réformation partielle (analyse confirmée / modification des modalités de l'injonction)
03-MC-03 du 1 <sup>er</sup> décembre 2003	relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Towercast à l'encontre de pratiques mises en œuvre par la société TéléDiffusion de France (TDF)	08/01/04 Rejet
03-MC-04 du 22 décembre 2003	relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société les Messageries Lyonnaises de presse	12/02/2004 Rejet

## Décisions 2002 ayant fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris

	Décisions (au fond)	Arrêts cour d'appel
02-D-03 du 29 janvier 2002	relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la Sarl Technic Publicité	24/09/2002 Réformation (renvoi devant le Conseil)
02-D-09 du 20 février 2002	relative à une saisine du Syndicat français de l'express international (SFEI) et autres	11/03/2003 Irrecevabilité
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	24/06/2003 Réformation partielle
02-D-16 du 5 mars 2002	relative à la situation de la concurrence dans le secteur du transport aérien de passagers par hélicoptères sur l'hélistation de Cannes Palm Beach	19/11/2002 Rejet
02-D-17 du 12 mars 2002	relative à des pratiques relevées lors de la passation de marchés concernant la rénovation du centre hospitalier de Narbonne	16/10/2002 Rejet
02-D-33 du 10 juin 2002	relative à des pratiques dans le secteur du traitement des coupons de réduction	04/02/2003 Rejet
02-D-35 du 13 juin 2002	relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Spinevision	04/02/2003 Rejet
02-D-36 du 14 juin	relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des lunettes d'optique sur le marché de l'agglomération lyonnaise	18/03/2003 Réformation
02-D-37 du 14 juin 2002	relative à des pratiques concernant le secteur des tuyauteries de gaz	04/02/2003 Rejet
02-D-40 du 14 juin 2002	relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Olitec	14/01/2003 Désistement
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	04/07/2003 Annulation partielle
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 (SLAERD)	18/02/2003 Annulation
02-D-44 du 14 juin 2002	relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement, notamment en ce qui concerne la mise en commun des moyens pour répondre à des appels à concurrence	18/02/2003 Rejet
02-D-47 du 25 juillet 2002	relative à une saisine de la société Vérimedia	29/04/2003 Irrecevabilité
02-D-57 du 19 septembre 2002	relative aux pratiques dans le secteur des roulements à billes et assimilés	17/06/2003 Réformation
02-D-59 du 25 septembre 2002	relative aux pratiques mises en œuvre dans le secteur des transports routiers de voyageurs dans le département de l'Ain	02/07/2003 Rejet

02-D-60 du 27 septembre 2002	relative à des pratiques mises en œuvre par la Chambre syndicale des entreprises de déménagement et l'Association française de déménageurs internationaux	27/05/2003 Réformation
02-D-61 du 27 septembre 2002	relative à une saisine de la Société moderne d'assainissement et de nettoyage (SMA) dirigée contre des pratiques relevées lors de l'attribution du marché d'exploitation de la décharge de Bagnols-en-Forêt	24/06/2003 Irrecevabilité
02-D-62 du 27 septembre 2002	relative aux pratiques relevées dans le secteur du déménagement des personnels de la marine nationale en Bretagne	17/06/2003 Réformation partielle 09/09/2003 Arrêt rectificatif
02-D-68 du 14 novembre 2002	relative à des pratiques mises en œuvre sur le secteur des tuyaux de gaz flexibles	01/07/2003 Désistement
02-D-76 du 19 décembre 2002	relative à une saisine de la société CGU Courtage concernant un marché public de l'OPAC de Villeurbanne	02/07/2003 Rejet
<b>Décisions (sur des demandes de mesures conservatoires)</b>		<b>Arrêts cour d'appel</b>
02-MC-01 du 24 janvier 2002	relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Canal Europe Audiovisuel	14/03/2002 Rejet
02-MC-03 du 27 février 2002	relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentée par la société T-Online France	09/04/2002 Rejet
02-MC-04 du 11 avril 2002	relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Antalis	21/05/2002 Réformation partielle (analyse confirmée / modification de la formulation de l'injonction)
02-MC-06 du 30 avril 2002	relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société RMC Info	04/06/2002 Rejet
02-MC-07 du 15 mai 2002	relative à une saisine présentée par la société Pharma-Lab	26/06/2002 Rejet
02-MC-09 du 12 juin 2002	relative aux demandes de mesures conservatoires présentées par la société Pharmajet	16/07/2002 Désistement + Rejet



## Décisions 2001 ayant fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris

	Décisions (au fond)	Arrêts cour d'appel
01-D-02 du 6 mars 2001	relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des enrobés bitumineux de la communauté urbaine de Bordeaux	13/11/2001 Annulation
01-D-03 du 14 mars 2001	relative à une saisine de Monsieur et Madame Mahé	26/06/2001 Irrecevabilité
01-D-07 du 11 avril 2001	relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la répartition pharmaceutique	22/01/2002 Rejet
01-D-12 du 12 avril 2001	relative à une saisine de la société Chépar	26/02/2002 Rejet
01-D-13 du 19 avril 2001	relative à la situation de la concurrence dans le secteur du transport public de voyageurs dans le département du Pas de Calais	18/12/2001 Irrecevabilité Rejet
01-D-14 du 4 mai 2001	relative à des pratiques relevées lors de marchés de fabrication et de mise en œuvre d'enrobés bitumineux sur les routes départementales de l'Isère	29/01/2002 Réformation partielle
01-D-16 du 24 avril 2001	relative à des pratiques relevées à l'occasion de la construction du tramway de Grenoble	29/01/2002 Rejet
01-D-17 du 25 avril 2001	relative à des pratiques anticoncurrentielles dans les marchés d'électrification de la région du Havre	20/11/2001 Réformation partielle
01-D-31 du 5 juin 2001	relative à des pratiques relevées lors de la passation des marchés d'électrification rurale et d'éclairage public de Vendée	12/02/2002 Annulation
01-D-36 du 28 juin 2001	relative à des pratiques relevées dans le secteur du béton prêt à l'emploi et des produits en béton en Côte-d'Or	09/04/2002 Réformation
01-D-45 du 19 juillet 2001	relative à une saisine présentée par la société Casino France	05/02/2002 Désistement
01-D-49 du 31 août 2001	relative à une saisine et demande de mesures conservatoires présentées par la société Concurrence concernant la société Sony	09/04/2002 Rejet
01-D-58 du 24 septembre 2001	relative à des pratiques mises en œuvre par le groupe Benetton sur le marché de la distribution du vêtement du prêt-à-porter et de la maille	07/05/2002 Rejet
01-D-59 du 25 septembre 2001	relative à des pratiques relevées lors de marchés de travaux routiers dans le département du Gard	12/03/2002 Désistement
01-D-63 du 9 octobre 2001	relative à la situation de la concurrence dans le secteur du déménagement des personnels militaires de l'armée de terre affectés dans le département de la Guyane	09/04/2002 Annulation
01-D-66 du 10 octobre 2001	relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom à l'occasion d'une offre sur mesure conclue en 1998	30/04/2002 Rejet
01-D-67 du 19 octobre 2001	relative à des pratiques relevées à l'occasion de la passation de marchés publics de travaux routiers dans le département des Bouches-du-Rhône	30/04/2002 Rejet
01-D-81 du 19 décembre 2001	relative à une saisine du syndicat CFDT Radio Télé	04/06/2002 Rejet
	<b>Décisions (sur des demandes de mesures conservatoires)</b>	<b>Arrêts cour d'appel</b>
01-MC-06 du 19 décembre 2001	relative à une saisine et demande de mesures conservatoires présentées par les sociétés Télé 2 et Cegetel	26/03/2002 Désistement

