Ont participé à la réalisation de cet ouvrage : Jean-Louis Aribaud, Ingalill d'Armaillé, Philippe Choné, Thierry Dahan, Isabelle Douillet, Virginie Guin, Anne Krenzer, Yannick Le Dorze, Irène Luc, Esther Mac Namara, Isabelle Mauléon-Wells, Nadine Mouy, Thierry Poncelet, Isabelle Sévajols, Stéphanie Yon, Fabien Zivy.

Par délibération en date du 3 avril 2007, le Conseil de la concurrence a adopté le présent rapport, établi en application des dispositions de l'article R. 462-4 du Code de commerce, aux termes duquel le Conseil de la concurrence adresse chaque année au ministre chargé de l'Économie un rapport d'activité qui est publié au *Journal officiel de la République française* et qui comporte en annexe les décisions du Conseil mentionnées à l'article L. 464-8 du livre IV du Code de commerce et les avis rendus en application des articles L. 410-2, L. 430-5, L. 462-1, L. 462-2, L. 462-3 et du titre III du même code, ainsi que sur le fondement des articles L. 37-1, D. 301 et D. 302 du Code des postes et communications électroniques et sur ceux de l'article 8 de la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 et de l'article 25 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000.

« En application de la loi du 11 mars 1957 (art. 41) et du Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992, complétés par la loi du 3 janvier 1995, toute reproduction partielle ou totale à usage collectif de la présente publication est strictement interdite sans autorisation expresse de l'éditeur. Il est rappelé à cet égard que l'usage abusif et collectif de la photocopie met en danger l'équilibre économique des circuits du livre. »

© La Documentation française, Paris, 2007

ISBN : 2-11-006334-2



Photo Hamilton/REA

Éditorial

L'année 2006 constitue sans doute un tournant pour le Conseil de la concurrence, et cela pour trois principales raisons.

La première d'entre elles est la confirmation du succès qu'avait représenté l'année 2005 en matière de résorption du stock d'affaires du Conseil. Le stock se réduit désormais à 180 affaires, soit un niveau nettement inférieur au cap des 200 affaires franchi en 2005 et au pic de 417 affaires atteint à la fin de l'année 2000. Pour sa part, le nombre d'affaires antérieures à trois ans est tombé à son plus bas niveau depuis cinq ans : il se montait à 162 en 2002 et se retrouve à 46 cette année.

Très positive en elle-même, cette confirmation ne constitue cependant qu'un des aspects de la quête d'efficacité qui a animé l'institution tout entière en 2006. Les objectifs chiffrés et le calendrier d'instruction et d'audiencement que le Conseil se fixe désormais chaque année doivent lui permettre d'accélérer durablement sa procédure afin d'apporter en temps utile les réponses attendues par celles et ceux qui le saisissent. Le délai moyen d'attente escompté *ex ante*, qui se montait à 38 mois en 2000, s'est d'ores et déjà réduit de moitié et s'établit aujourd'hui à 18 mois. La durée des affaires constatées *ex post* peut cependant varier, un certain nombre d'entre elles étant tranché dans un délai beaucoup plus bref. Ainsi, le Conseil a été saisi en 2006 de quinze demandes de mesures conservatoires qui ont donné lieu à neuf décisions rendues dans un délai moyen de quatre mois. La plupart des autres demandes ont conduit les entreprises concernées à proposer des engagements qui, une fois acceptés par le Conseil, ont permis de clôturer l'affaire dans un délai lui aussi extrêmement rapide.

L'institution se retrouve donc à présent à l'orée d'un régime de croisière dans lequel le temps de la régulation sera bien plus en prise avec celui de l'économie. Mais l'année 2006 n'atteste pas seulement que le Conseil, qui vient de fêter ses vingt ans, entend faire preuve de réactivité et de dynamisme.

La deuxième raison du tournant pris en 2006 est la concrétisation, sur de nombreux plans, de la réflexion entamée en vue de permettre à l'institution de remplir au mieux sa mission de régulateur de la concurrence sur le marché.

Le Conseil s'est tout d'abord attaché à mieux faire comprendre les objectifs qu'il poursuit et à mieux faire connaître les outils dont il dispose pour les

atteindre. La volonté de réprimer sévèrement les pratiques anticoncurrentielles est désormais clairement affichée. Le montant total des sanctions infligées en 2006 a ainsi avoisiné 130 millions d'euros, soit un chiffre nettement supérieur à la moyenne de 64 millions d'euros constatée sur la période 2001-2004. Parallèlement, le choix fait par le législateur d'améliorer la détection des cartels en accordant une immunité totale ou partielle d'amende aux entreprises qui les dénoncent, a conduit le Conseil à développer une pratique décisionnelle fournie en matière de clémence. Après un temps d'expérimentation, l'institution a tenu à expliquer cette pratique aux entreprises et à leurs conseils en adoptant un premier communiqué de procédure relatif au programme de clémence français, le 11 avril 2006, avant de contribuer activement à la mise en place d'un programme modèle au sein du Réseau européen de concurrence et de réviser son communiqué de procédure en conséquence, le 17 avril 2007. Enfin, le succès rencontré par la procédure d'engagements, qui permet, depuis 2004, de clôturer une affaire sans constater d'infraction ni imposer de sanction lorsqu'une entreprise offre de modifier son comportement d'une manière propre à répondre aux préoccupations concurrentielles du Conseil et que celui-ci rend ces engagements obligatoires, ne s'est pas démenti. Six décisions d'acceptation d'engagements ont ainsi été prises en 2006, en particulier dans des secteurs en pleine évolution, tels que celui de l'édition, de la presse et des médias, celui des communications électroniques ou encore celui de la distribution sur internet.

Ensuite, le Conseil a modifié son organisation afin de permettre, d'une part, à ses services d'instruction de se consacrer pleinement à son cœur de métier et, d'autre part, à de nouveaux services de prendre en charge des aspects de son activité qui n'avaient jusqu'alors pas bénéficié de structures dédiées. Un nouveau service du président, qui a vocation à avoir une vision panoramique de l'institution, assure désormais la représentation du Conseil auprès de ses partenaires institutionnels français, européens et internationaux. Un service juridique veille, pour sa part, à la cohérence de la pratique décisionnelle du Conseil, gère sa participation aux activités consultatives du Réseau européen de concurrence et prépare ses observations devant la cour d'appel de Paris en cas de contentieux. Un service économique garantit, quant à lui, que l'institution disposera d'un pôle d'expertise utile non seulement pour l'examen des affaires, mais aussi, par exemple, pour la réalisation d'études sectorielles ou thématiques, dont certaines pourront stimuler la politique d'autosaisine du Conseil. Sa création témoigne ainsi du renforcement très net de l'analyse économique dans le raisonnement de l'institution.

Enfin, de nombreuses initiatives sont venues illustrer le choix fait par le Conseil d'enrichir ses relations avec ses principaux interlocuteurs. La révision du programme de clémence français a ainsi été précédée – et c'est une première qu'il faut souligner – d'une consultation publique destinée à informer l'institution des attentes des opérateurs économiques en la matière. La recherche d'une plus grande efficacité procédurale a, quant à elle, débouché sur un vaste exercice de concertation avec les avocats. Mais cette recherche d'un dialogue plus suivi et plus fourni ne s'est pas limitée au monde des affaires. La participation active aux travaux du Réseau européen de concurrence, la multiplication des rencontres bilatérales ou multilatérales avec les autorités de concurrence de pays tiers, la tenue de réunions avec les juridictions de

contrôle, la priorité donnée aux avis émanant de la juridiction administrative ou d'autorités de régulation, sont autant d'occasions données au Conseil d'échanger avec les différents acteurs associés à la régulation de la concurrence en France ou à l'étranger.

Que les vice-présidents, les membres, les rapporteurs généraux, les rapporteurs, les agents des services transversaux et l'ensemble des autres agents du Conseil, auxquels ces résultats et ces initiatives doivent tant, soient ici remerciés pour ce bel effort collectif.

Une troisième raison qui fera sans doute apparaître l'année 2006 comme un tournant est la constance avec laquelle le Conseil s'est appliqué à faire passer clairement, dans ses décisions et avis, mais aussi grâce à d'autres outils de communication tels que ses communiqués de presse ou ses injonctions de publication, un petit nombre de messages fondamentaux.

Le premier est que la politique et le droit de la concurrence n'ont, en définitive, pas d'autre finalité que de contribuer à l'efficacité économique et au bien-être du consommateur. Les consommateurs ont tout à gagner lorsque le marché permet de sélectionner les meilleurs, c'est-à-dire les entreprises qui, grâce à leurs mérites, leur offriront le meilleur prix et le plus vaste choix de produits ou de services de qualité. Corrélativement, ils ont tout à perdre lorsque des entreprises se mettent d'accord pour pratiquer des prix artificiellement élevés ou lorsqu'une entreprise abuse de son pouvoir de marché pour décourager, discipliner ou évincer un concurrent. C'est pourquoi, abstraction faite des cas dans lesquels il se trouvait en présence d'une restriction de concurrence manifeste, le Conseil s'est attaché, dans ses décisions, à mettre en évidence les effets anticoncurrentiels attribuables à la pratique sous examen et à montrer concrètement quel dommage elle causait à l'économie. Une même grille de lecture a sous-tendu les avis rendus par l'institution en 2006, qu'il s'agisse de définir les remèdes permettant d'autoriser une opération de concentration soulevant des problèmes de concurrence, de se prononcer sur les modalités de fonctionnement du commerce équitable en France ou encore de préciser les conditions d'articulation entre l'action publique et une éventuelle action collective des consommateurs victimes de pratiques anticoncurrentielles.

Un deuxième souci du Conseil a été d'exposer de façon aussi pédagogique que possible les principes relatifs au standard de preuve et à la charge de la preuve. C'est en premier lieu à l'autorité chargée d'appliquer un droit restreignant la liberté des opérateurs économiques qu'il revient de démontrer l'existence d'une violation des règles de concurrence. Cette démarche n'est bien sûr pas la même lorsqu'il s'agit de prouver l'existence d'une entente, tâche qui implique surtout de réunir un faisceau d'indices attestant que des entreprises ont opté pour une action concertée sur le marché, comme le rappelle une étude thématique du présent rapport annuel, et lorsqu'il faut établir l'existence d'un abus de position dominante, exercice qui conduit à rechercher les effets actuels ou potentiels d'éviction d'un comportement. Le cas échéant, c'est en second lieu à l'entreprise ou aux entreprises en cause de démontrer que leur pratique se justifie par des gains d'efficacité.

Un troisième message concerne le rôle omniprésent et multiforme que les barrières à l'entrée, qui font obstacle aux efforts déployés par des concurrents

efficaces pour pénétrer sur un marché ou s'y développer, jouent dans l'analyse concurrentielle. Le rapport annuel de cette année y consacre une étude thématique. En matière d'abus de position dominante, les barrières à l'entrée occupent une place de choix dans l'examen des facteurs permettant de mesurer le pouvoir de marché : plus le marché est contestable, plus les opérateurs en place sont *a priori* disciplinés par la concurrence potentielle et contraints dans l'exercice de leur pouvoir de marché. S'agissant des ententes, les barrières à l'entrée peuvent être prises en considération pour déterminer l'existence d'un comportement anticoncurrentiel, le risque de collusion pouvant être lié au degré d'imperméabilité du marché. Mais elles peuvent également être appréhendées lorsque le Conseil apprécie le dommage à l'économie : moins le marché est contestable, plus l'impact d'un cartel sur les prix est important. Dans le cadre du contrôle des concentrations, enfin, la mesure des barrières à l'entrée est cruciale, leur absence ou leur faiblesse permettant, en première analyse, de penser qu'il est peu probable qu'une opération soulève d'importants problèmes de concurrence.

Enfin, certains secteurs requièrent davantage que d'autres l'attention du Conseil, qui, en tant que garant de l'ordre public économique, peut agir sur plainte ou d'office. Il s'est agi, en 2006, du secteur de l'édition, de la presse et des médias, de celui de la distribution sur internet et, toujours, de ceux des communications électroniques et du BTP. Mais le tour d'autres secteurs, par exemple ceux de l'énergie ou de la banque, pourrait venir en 2007.



Bruno Lasserre
Président du Conseil de la concurrence

Rapport d'activité

Rapport d'activité

Chapitre I – Activité du Conseil en 2006 13

Flux et stock d'affaires 13
Saisines nouvelles 13
Affaires terminées 14
État du stock des affaires en instance 14

Délibérations du Conseil 17

Activité du collège 17
Analyse des saisines 17
Affaires traitées 18
Les sanctions pécuniaires 21

Bilan des recours contre les décisions du Conseil de la concurrence 22
Taux de recours 22
Bilan qualitatif 23
Les sanctions *ex post* 23

Chapitre II – Organisation et fonctionnement 24

L'actualité du collège 24

Évolution de l'organisation 25
Le service du président 25
Le service juridique 25
Le service économique 26

La Charte de coopération et d'objectifs signée entre le Conseil et la DGCCRF 26

Les effectifs 27
La répartition des effectifs 27
Mouvements de rapporteurs 28

Budget 28

Recouvrement des sanctions 28

Chapitre III – Avis et décisions les plus notables 28

Principaux avis rendus en 2006 29
La concentration TPS/Canal Plus 29
Le dispositif d'indemnisation du ramassage et de l'élimination des huiles usagées en France 31
Le commerce équitable 32
Action collective des consommateurs 34

Principaux engagements négociés en 2006 35
Fourniture de renseignements par téléphone et par internet 35
Vente sur internet : le cas Festina 37
Distribution sélective de matériels Hi-Fi et Home cinéma 38
Distribution de la presse 39
Intégration des magazines gratuits dans les études d'audience 41

Décisions contentieuses notables 42
Tourisme – Gîtes et chambres d'hôtes 42
Cartel des portes : mise en œuvre pour la première fois de la procédure de clémence 43
Affaire du logiciel Drapo : condamnation de 34 entreprises de BTP pour entente généralisée sur les marchés publics d'Île-de-France 45
Parfums et cosmétiques de luxe 47
Produits de chauffage, sanitaires, plomberie et climatisation 48
Taxis marseillais 49
Distribution des cycles et produits pour cyclistes 51

Mesures conservatoires 52
Secteur de la diffusion de la presse 52
Secteur des crèches collectives 53
Desserte maritime de la Corse depuis le port de Marseille 54

Chapitre IV – Activité communautaire et internationale 56

Europe 56
La coordination au sein du réseau 57
La coopération au sein du réseau 60
L'action de réflexion au sein du réseau 61

International 65
Les activités multilatérales 66
Les activités bilatérales 70

Rapport d'activité

Le Conseil de la concurrence

Activité du Conseil en 2006

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 collège.

Flux et stock d'affaires

Saisines nouvelles

En 2006, le Conseil a enregistré 103 saisines nouvelles, dont 75 saisines contentieuses (fond et demandes de mesures conservatoires) et 28 demandes d'avis (dont huit de clémence). Ce chiffre reste proche de celui de l'année précédente et confirme la stabilisation des affaires nouvelles depuis 2002, comme le montre le tableau suivant qui retrace l'évolution du nombre des saisines depuis 1997.

Tableau 1 : Saisines nouvelles

	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Saisines contentieuses	93	135	109	109	102	82	79	70	70	75
Demandes d'avis	27	29	27	35	25	26	18	30	35	28
Total	*120*	*164*	*136*	*144*	*127*	*108*	*97*	*100*	*105*	*103*

Cette année, le nombre de saisines contentieuses est resté relativement stable, au regard du niveau moyen constaté depuis 2002. Comme les années antérieures, cette stabilisation s'explique pour partie par un meilleur filtrage des saisines manifestement irrecevables. Ce niveau est durablement inférieur

à celui constaté avant 2001. Le nombre de demandes d'avis est exactement égal à la moyenne de ces dix dernières années.

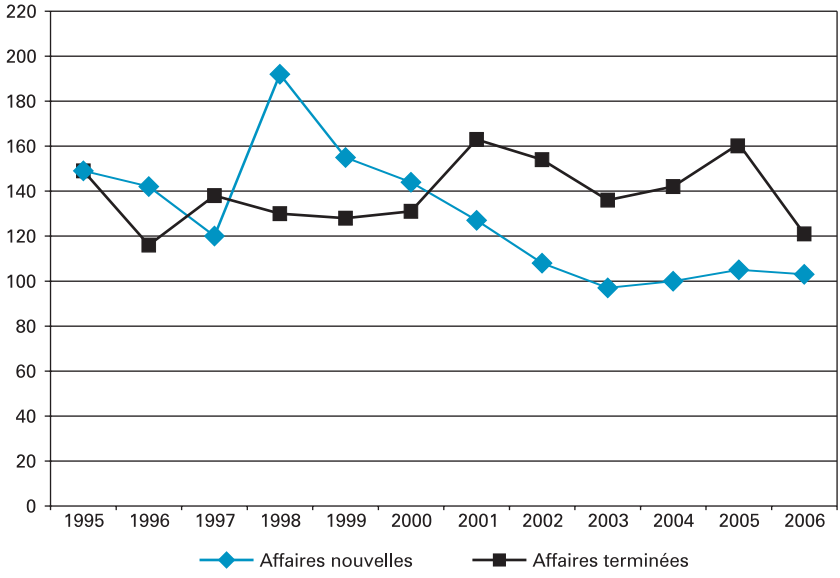
Affaires terminées

En 2006, 121 dossiers ont été terminés, ce qui marque un infléchissement lié à l'achèvement progressif du déstockage des affaires anciennes. En régime de croisière, qui devrait être atteint en 2007, le nombre d'affaires terminées devrait se rapprocher encore du nombre des affaires nouvelles.

Tableau 2 : Affaires terminées

	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Affaires contentieuses	111	108	106	96	138	130	108	112	127	90
Demandes d'avis	27	22	22	35	25	24	28	30	34	31
Total	*138*	*130*	*128*	*131*	*163*	*154*	*136*	*142*	*161*	*121*

Le graphique ci-dessous (*Affaires terminées et affaires nouvelles entre 1995 et 2006*) illustre l'inversion des flux d'entrée et de sortie depuis 2000, année depuis laquelle le nombre d'affaires terminées est constamment supérieur au nombre d'affaires nouvelles. On peut néanmoins penser que la période de déstockage touche à sa fin, le Conseil ne pouvant durablement terminer plus d'affaires qu'il n'en reçoit.



État du stock des affaires en instance

Le nombre d'affaires terminées ayant été plus élevé que celui des affaires nouvelles, l'année 2006 a connu une nouvelle baisse du stock.

Tableau 3 : Évolution du stock

	Nombre d'affaires en cours au 31/12/2005	2006		Nombre d'affaires en cours au 31/12/2006
		Affaires nouvelles	Affaires closes	
Affaires au fond	177	60	76	161
Mesures conservatoires	5	15	14	6
Respect d'injonction	2	0	0	2
Avis	14	28	31	11
Total	*198*	*103*	*121*	*180*

Pour la sixième année consécutive, le stock d'affaires en cours baisse sensiblement et se situe désormais très nettement au-dessous de la barre des 200 affaires qu'il avait franchie en 2005.

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

Tableau 4 : État du stock

	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Stock au 1er janvier	333	315	377	404	417	381	335	296	254	198
Affaires nouvelles	120	192	155	144	127	108	97	100	105	103
Affaires terminées	138	130	128	131	163	154	136	142	161	121
Variation du stock	-18	+62	+27	+13	-36	-46	-39	-42	-56	-18
Stock au 31 décembre	315	377	404	417	381	335	296	254	198	180

Indicateur d'évolution du stock

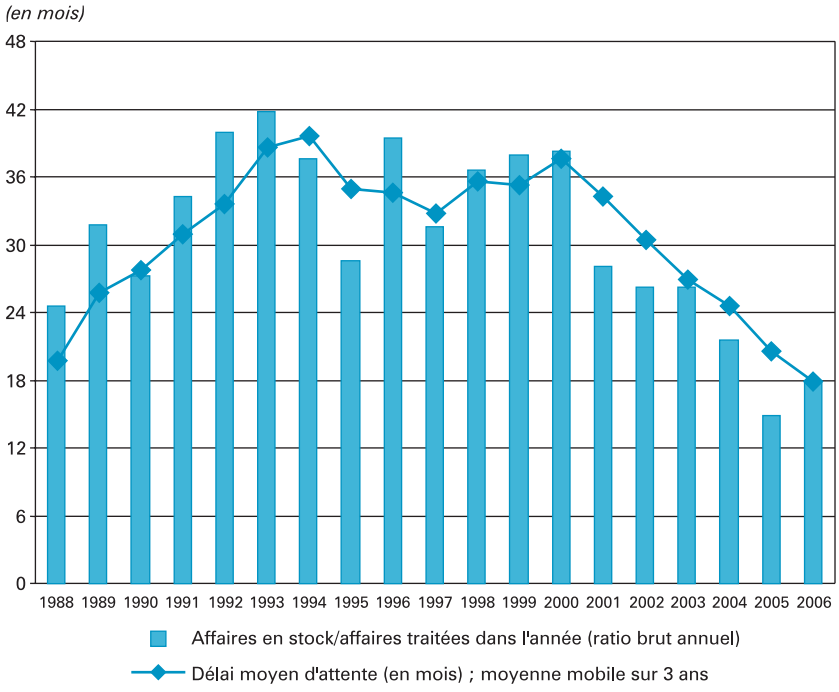
Depuis 2002, le Conseil présente un indicateur d'encombrement de l'institution, égal au ratio « *affaires en stock/affaires traitées dans l'année* », qui donne un délai théorique d'écoulement du stock ou délai théorique d'attente pour les nouveaux dossiers.

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.

On constate une évolution favorable continue depuis 2001, puisque le délai moyen d'attente est passé de plus de trois ans (38 mois) en 2000, à deux ans en 2004 puis à 18 mois en 2006. Du point de vue du stock, la situation est donc aujourd'hui meilleure qu'après la première année de fonctionnement du Conseil et donc la meilleure qu'il ait jamais connue.

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



La situation de la « *file d'attente* » étant aujourd'hui revenue à la normale, il faut maintenant veiller à ce que, dans les prochains mois, le délai moyen de traitement effectif des affaires vienne progressivement s'ajuster sur le délai « *attendu* » que permet d'envisager la longueur réduite de la file d'attente. Si cet objectif est atteint, cela signifiera que le Conseil est entré dans un régime de croisière et a achevé le travail de déstockage engagé.

Indicateur d'ancienneté du stock

Tableau 5 : 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	En stock au 31/12/2006
Avant 2000	162	101	56	10	3
2000	45	38	26	12	6
2001	68	58	47	22	8
2002	60	37	27	17	7
2003		62	40	34	22
2004			58	32	21
2005				71	43
2006					70
Stock total	**335**	**296**	**254**	**198**	**180**

Délibérations du Conseil

L'activité globale du Conseil en 2006 a été un peu plus réduite cette année que la moyenne de long terme (environ 100 séances par an), reflétant la baisse du stock d'affaires en état d'être audiencées. Le tableau suivant retrace le nombre de séances tenues par le Conseil dans ses différentes formations sur les cinq dernières années.

Tableau 6 : Séances

2002	2003	2004	2005	2006
100	100	109	123	90

En 2006, la répartition des séances entre les différentes formations s'est faite de la façon suivante : 53 réunions en sections, 37 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 7 : Origine des saisines au fond

	2002	2003	2004	2005	2006
Ministre chargé de l'Économie	11	16	10	15	17
Entreprises	34	34	31	23	29
Organisations professionnelles	4	4	1	6	0
Associations de consommateurs	4	2	0	1	0
Collectivités territoriales	0	1	0	1	3
Autres (y compris irrecevables)	0	0	0	1	2
Saisines d'office	5	2	6	9	9
Respect d'injonction	0	3	5	0	0
Total	*58*	*62*	*53*	*56*	*60*

Le nombre de saisines au fond est stable depuis 2002. La structure générale l'est également avec une confirmation de l'augmentation du nombre de saisines d'office liées aux affaires de clémence.

Demandes de mesures conservatoires

Tableau 8 : Demandes de mesures conservatoires

2002	2003	2004	2005	2006
24	17	17	14	15

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 celles de janvier sont relativement substituables et s'inscrivent dans des calendriers de traitement comparables.

Demandes d'avis

En 2006, 28 demandes d'avis ont été adressées au Conseil :

- une 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 ;
- deux sur le fondement de l'article L. 430-5 du Code de commerce, qui prévoit les conditions dans lesquelles le ministre chargé de l'Économie consulte le Conseil sur les opérations de concentration ;
- sept 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 ;
- une 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 du Code de commerce, qui prévoit la possibilité de consultation du Conseil par des juridictions ;
- huit sur la base de l'article L. 464-2 IV du Code de commerce, 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 2006 s'est élevé à 111. Le tableau suivant retrace l'évolution du nombre de décisions et avis depuis 2003, et leur répartition :

Tableau 9 : Décisions et avis

	2003	2004	2005	2006
Affaires instruites	72	79	75	40 [1]
Mesures conservatoires [2]	4	2	0	3
Désistement/classement	26	22	23	34
Avis de clémence	1	5	4	7
Avis	21	23	24	23
Rejet d'avis	1	0	0	0
Total	**125**	**131**	**126**	**107**
Sursis à statuer	0	2	1	4
Total 2 (D+MC+A+DA+S)	**125**	**133**	**127**	**111**

1. Affaires instruites = 13 décisions de sanction + 13 décisions de non-lieu + 8 irrecevabilité/rejet + 6 engagements.
2. La comptabilisation du nombre de mesures conservatoires a changé depuis 2003 : ne sont prises en compte désormais que les MC octroyées.

Le nombre de décisions rendues est en légère baisse et traduit la diminution du nombre d'affaires traitées dans une optique de déstockage. L'instauration d'un fonctionnement en « régime de croisière » devrait faire apparaître une relative stabilisation d'un nombre d'affaires traitées au cours d'une même année.

En 2006, six demandes de mesures conservatoires ont été refusées et des mesures conservatoires ont été accordées à trois reprises. On notera également que la 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 30 avis qui se répartissent de la manière suivante : trois portent sur des concentrations (article L. 430-5 du Code de commerce), un sur un projet de texte réglementant les prix (L. 410-2 du Code de commerce), sept sur des questions générales de concurrence (L. 462-1 du Code de commerce), deux sur un projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau (L. 462-2 du Code de commerce), sept concernant des procédures de clémence (L. 464-2 IV du Code de commerce), huit ont été rendus à la demande d'autorités administratives indépendantes et deux à la demande d'une juridiction (L. 462-3 du Code de commerce).

Résultats par secteurs économiques

Le tableau de la page suivante présente les secteurs économiques dans lesquels le Conseil est le plus intervenu en 2006, à la fois au titre de ses fonctions contentieuse et consultative.

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 Conseil de la concurrence est fréquemment intervenu dans le secteur de l'édition, de la presse et de l'audiovisuel en 2006, avec notamment le très important dossier de concentration Canal Plus/TPS.

Secteurs économiques	Nombre d'avis et de décisions	Références des avis et des décisions
Édition/Médias/Presse Édition, imprimerie et reproduction (code INSEE 22) Activités récréatives, culturelles et sportives (code INSEE 92)	**11**	06-D-01 (NMPP/Export Press) 06-D-14 (Pool Presse) 06-D-16 (NMPP/France Action Presse) 06-D-18 (publicité cinéma) 06-D-23 (éditions cartes géographiques) 06-D-29 (GIE Les Indépendants) 06-D-39 (Impression des Pyrénées) 06-D-40 (AudiPresse) 06-A-02 (Bertelsmann/Clemval) 06-A-13 (Canal Plus/TPS) 06-MC-01 (MLP/NMPP)
BTP/Construction Construction (code INSEE 45) Industrie du caoutchouc et du plastique (code INSEE 25) Fabrication d'autres produits minéraux non métalliques (code INSEE 26) Fabrication de machines et d'équipements (code INSEE 29) Travail du bois et fabrication d'articles en bois (code INSEE 20) Travail des métaux (code INSEE 28)	**11***	06-D-02 (enrobés bitumineux Ardennes) 06-D-03 (chauffagistes) 06-D-07 (BTP Île-de-France/logiciel Drapo) 06-D-08 (collège de l'Hérault) 06-D-09 (portes) 06-D-13 (stade de Furiani) 06-D-15 (pose et entretien de chemins de fer) 06-D-17 (transport de béton prêt à l'emploi) 06-D-25 (cathédrale de Rouen) 06-D-33 (marchés de travaux publics de bâtiment en Auvergne) 06-A-14 (coffrets de branchement individuel basse tension)
Distribution (détail et gros) Commerce de détail et réparation domestique (code INSEE 52) Commerce de gros (code INSEE 51)	**8**	06-D-04 (parfums) 06-D-12 (commodités chimiques) 06-D-24 (Bijourama) 06-D-28 (Home Cinema) 06-D-31 (Heineken) 06-D-37 (cycles) 06-A-07 (commerce équitable) 06-A-09 (UEEFL)
Télécoms/Poste Postes et télécommunications (code INSEE 64)	**7**	06-D-10 (Stock-Com/Bouygues Télécom) 06-D-20 (renseignements téléphoniques) 06-A-01 (marchés de gros de télédiffusion audiovisuelle) 06-A-05 (marchés de gros terminaisons SMS) 06-A-10 (liaisons louées) 06-A-11 (Outremer Télécom) 06-A-21 (accès large bande)
Véhicules Commerce et réparation automobile (code INSEE 50)	**5**	06-D-11 (Turbo Europe) 06-D-19 (commerce en gros de pièces automobiles) 06-D-22 (bougies motocycles) 06-D-26 (Yamaha – MBK) 06-D-27 (AD net/Citroën)
Énergie Production et distribution d'électricité, de gaz et de chaleur (code INSEE 40)	**4**	06-A-08 (Usine électricité de Metz) 06-A-12 (comptabilité séparée GDF clients éligibles, non éligibles) 06-A-15 (DNN gaz naturel) 06-A-23 (séparation comptable des activités régulées de Total Infrastructures Gaz France)
Services et professions libérales Services aux entreprises (code INSEE 74)	**3**	06-D-32 (géomètres-experts) 06-A-04 (détection véhicules volés) 06-A-22 (Reims expo)
Transports Transports et services auxiliaires de transport (codes INSEE 60 à 63)	**3**	06-A-19 (projet de décret / gestion déléguée des infrastructures ferroviaires) 06-D-30 (taxis marseillais) 06-MC-03 (desserte Corse)
Santé et action sociale (code INSEE 85)	**3**	06-D-05 (transports sanitaires) 06-D-36 (radiologues) 06-MC-02 (crèche Bouc-Bel-Air)

***** dont sept concernant des marchés publics.

Le secteur du BTP et de la construction est toujours très présent (onze affaires). Sept des affaires répertoriées dans le tableau ci-dessus ont donné lieu à des sanctions pécuniaires pour un montant de 81 809 330 euros, ce qui représente plus de 63 % du montant total des sanctions prononcées par le Conseil en 2006.

La distribution reste, comme en 2005, un secteur souvent examiné. Le Conseil a prononcé plusieurs décisions importantes, notamment concernant des pratiques de prix imposés ou des restrictions imposées à la vente sur internet.

Les sanctions pécuniaires

Treize décisions de sanction en 2006

Le Conseil de la concurrence a prononcé 13 décisions de sanction pour un montant total de 128,2 millions d'euros.

Numéro décision	Nature de la décision	Montant des sanctions (en €)
06-D-03	Chauffagistes	26 120 400
06-D-04	Parfumerie de luxe	45 440 000
06-D-06	Gîtes de France	10 000
06-D-07	BTP Île-de-France (affaire Drapo)	47 997 000
06-D-08	Marchés publics collèges Hérault	600 000
06-D-09	Cartel des portes (clémence)	5 035 000
06-D-13	Stade de Furiani	718 000
06-D-15	Voies ferrées	1 325 300
06-D-22	Bougies pour deux-roues	300 000
06-D-25	Cathédrale de Rouen	13 630
06-D-30	Taxis marseillais	113 850
06-D-36	Radiologues	15 000
06-D-37	Distribution cycles	580 820
Total		**128 269 000**

Évolution depuis 2000

Tableau 10 : Évolution depuis 2001

	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Nombre de décisions prononçant des sanctions pécuniaires	30	12	19	26	31	13
Nombre d'entreprises ou groupes d'entreprises sanctionnés	116	103	57	91	131	162
Montant des sanctions	51,2 M€	64,3 M€	88,5 M€	49,3 M€	754,1M€	127,9
Nombre d'organisations professionnelles sanctionnées	3	8	4	46 [1]	6	16
Montant des sanctions	0,03 M€	0,5 M€	0,05M€	0,9 M€	0,26 M€	0,38
Montant total des sanctions	**51,2 M€**	**64,8 M€**	**88,5 M€**	**50,2 M€**	**754,4 M€** [2]	**128,2M€**

1. Le nombre particulièrement élevé d'organisations professionnelles relevé en 2004 est essentiellement imputable à la décision 04-D-49 relative à des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur de l'insémination artificielle bovine.
2. 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.

L'année 2006 confirme la tendance de long terme d'accroissement du montant des sanctions, 2005 étant une année atypique compte tenu du montant record de la sanction prononcée à l'encontre des opérateurs de téléphonie mobile. Si l'on ne tient pas compte de cette affaire exceptionnelle, le montant de 2006, 128 millions d'euros, est certes inférieur à celui de 2005, 220 millions d'euros, mais sensiblement supérieur à la moyenne des quatre années précédentes (2001-2004).

Pratiques sanctionnées

Le tableau suivant présente les pratiques sanctionnées par le Conseil en 2006, en fonction d'une typologie classique : ententes, abus de position dominante et non-respect d'injonction.

Tableau 11 : Nature des pratiques sanctionnées

Abus de position dominante	2
Abus de dépendance économique	0
Ententes	11
Non-respect d'injonction	0

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 2006, quinze décisions du Conseil ont fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris, sur un total de 43 décisions rendues, ce qui représente un taux de recours d'environ 35 %. Ce taux est en baisse par rapport à 2005, comme le montre le tableau ci-après.

Tableau 12 : Taux de recours

	2002	2003	2004	2005	2006
Nombre de recours	27	19	23	28	15
Nombre de décisions totales (D + MC)	87	76	81	75	43
Taux de recours	**31 %**	**25 %**	**28 %**	**37 %**	**35 %**

Bilan qualitatif

Les arrêts consécutifs aux recours formés contre des décisions 2006 ne sont pas encore tous connus à la date de rédaction du présent rapport, certaines affaires étant toujours pendantes 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 13 : Suivi qualitatif des recours

	2002	2003	2004	2005	2006 [5]
Nombre de recours introduits	**27**	**19**	**23**	**28**	**15**
Nombre de décisions confirmées :	**19**	**17**	**18**	**22**	**5**
– arrêts de rejet, désistements/irrecevabilités	18	16	14	16	5
– réformation partielle/confirmation du fond	1 [1]	1 [2]	4 [3]	6 [4]	-
Réformation (partielle ou totale)	**6**	**1**	**3**	**3**	**-**
Annulation (totale ou partielle)	**2**	**1**	**2**	**2**	**1**
Total recours examinés	**27**	**19**	**23**	**27**	**6**
Affaires pendantes	**0**	**0**	**0**	**1**	**9**
% décisions confirmées/total recours examinés	**70 %**	**89 %**	**78 %**	**81 %**	**-**

1. Décision 02-MC-04.
2. Décision 03-MC-02.
3. Décisions 04-D-07, 04-D-18, 04-D-39 et 04-MC-02.
4. Décisions 05-D-19, 05-D-26, 05-D-43, 05-D-58, 05-D-67 et 05-D-75.
5. Chiffres arrêtés au 30 mai 2007.

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 2004 et 2005.

En ce qui concerne l'année 2006, le tableau proposé (en fin d'ouvrage également) mentionne les références de toutes les décisions 2006 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 2005. Sur 31 décisions de sanction prononcées par le Conseil en 2005, 18 ont fait l'objet d'un recours. Sur ces 18 décisions, sept ont abouti à une réformation dans le sens d'une réduction du montant des sanctions et une a abouti à une annulation.

On notera que sur les années 2004 et 2005, le montant total des sanctions prononcées par le Conseil a été très largement confirmé par la cour d'appel. Les sanctions prononcées en 2004 ont été confirmées à 99 % ; celles de 2005 à hauteur de 94 % (sous réserve d'une affaire encore pendante au 30 mai 2007).

Tableau 14 : Les sanctions 2005 après passage en cour d'appel

Décision	Montant des sanctions avant CA (en €)	Référence cour d'appel	Montant des sanctions après CA (en €)
05-D-03	192 224	Pas d'appel	192 224
05-D-07	75 000	Pas d'appel	75 000
05-D-08	4 700	Pas d'appel	4 700
05-D-09	25 700	Pas d'appel	25 700
05-D-10	45 000	Pas d'appel	45 000
05-D-14	1 500	Pas d'appel	1 500
05-D-17	525 000	Arrêt du 13 décembre 2005 / réformation partielle	210 000
05-D-19	17 309 950	Arrêt du 7 mars 2006 / confirmation pour l'essentiel	17 234 950
05-D-26	7 083 000	Arrêt du 25 avril 2006 / confirmation pour l'essentiel	6 048 000
05-D-27	3 500	Pas d'appel	3 500
05-D-32	5 002 000	Arrêt du 4 avril 2006 / réformation partielle	3 023 000
05-D-36	10 000 000	Arrêt du 21 février 2006 / réformation partielle	2 000 000
05-D-37	50 000	Arrêt du 24 janvier 2006 / rejet	50 000
05-D-38	11 950 000	Arrêt du 7 février 2006 / rejet	11 950 000
05-D-43	1 000	Arrêt du 7 mars 2006 / confirmation pour l'essentiel (analyse confirmée mais réduction de la sanction)	1
05-D-44	20 000	Pas d'appel	20 000
05-D-45	73 000	Pas d'appel	73 000
05-D-47	68 000	Pas d'appel	68 000
05-D-49	1 360 000	Pas d'appel	1 360 000
05-D-51	448 840	Arrêt du 23 mai 2006 / annulation	0
05-D-55	5 000	pas d'appel	5 000
05-D-58	500 000	Arrêt du 26 septembre 2006 / confirmation pour l'essentiel	500 000
05-D-59	80 000 000	Arrêt du 4 juillet 2006 / rejet	80 000 000
05-D-63	1 000 000	Pas d'appel	1 000 000
05-D-64	709 000	arrêt du 26 septembre 2006 / rejet	709 000
05-D-65	534 000 000	Arrêt du 12 décembre 2006 irrecevabilité / rejet	534 000 000
05-D-66	34 400 000	Affaire pendante	?
05-D-67	1 384 500	Arrêt du 4 juillet 2006 / réformation partielle	1 134 500
05-D-69	33 660 000	Arrêt du 30 janvier 2007 / confirmation	33 660 000
05-D-70	14 400 000	Arrêt du 29 mai 2007 / rejet	14 400 000
05-D-75	100 000	Arrêt du 12 décembre 2006 / réformation partielle (sur les injonctions de publication)	100 000
Total	**754 396 914**		**707 893 075**

■ 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.

M^me^ Carol Xueref a rejoint le collège (décret du 20 juillet 2006) en remplacement de M. Georges Robin. Le remplaçant de M. André Gauron, démissionnaire, est en cours de nomination.

Évolution de l'organisation

Le Conseil de la concurrence renforce ses services transversaux.

Le Conseil de la concurrence français s'est doté, au début de l'année 2007, de trois nouveaux services destinés à compléter la panoplie de moyens dont il dispose pour assurer sa mission de régulateur de la concurrence sur le marché : le service du président, le service juridique et le service économique.

Le service du président

La création du service du président permet au Conseil de disposer d'une structure chargée de le représenter auprès de ses interlocuteurs extérieurs, de définir ses positions et de conduire pour son compte les négociations au sein du Réseau européen de concurrence, pour les sujets ne relevant pas de l'instruction d'affaires en cours.

Ce service a pour mission :

- de représenter le Conseil auprès des pouvoirs publics français, des institutions européennes, des autorités de concurrence des États membres de l'Union européenne et des pays tiers, ainsi que des autorités de régulation sectorielles, pour les sujets ne relevant pas de l'instruction des affaires en cours ;
- de définir les positions du Conseil au sein des différentes instances du Réseau européen de concurrence et de conduire les négociations ou les consultations relatives aux différents aspects matériels et procéduraux de la politique et du droit de la concurrence ;
- de représenter le Conseil dans les organisations intergouvernementales ou non gouvernementales aux travaux desquelles il participe et d'animer les relations bilatérales dans lesquelles il est engagé ;
- de produire tout document utile au Conseil ;
- de contribuer à la rédaction du rapport annuel.

Le service juridique

La constitution du service juridique donne au Conseil les moyens de jouer pleinement son rôle au sein du Réseau européen de concurrence et de faire usage de la possibilité qui lui est désormais donnée de produire des observations orales devant la cour d'appel de Paris.

Ce service a pour mission :

- de produire toute consultation, note ou étude juridique utile pour les services d'instruction aux différentes étapes de la procédure ;
- de renforcer la cohérence de la pratique décisionnelle du Conseil afin de garantir la sécurité juridique ;

– de préparer les observations écrites et orales du Conseil en cas de contentieux devant la cour d'appel de Paris ;
– d'assurer le suivi des comités consultatifs et des cas en cours d'instruction au sein du Réseau européen de concurrence ;
– de participer à l'élaboration des positions du Conseil dans les débats de doctrine et de développer des relations avec le monde académique (publication d'articles, interventions dans des colloques, etc.) ;
– d'effectuer une veille juridique relative à la jurisprudence communautaire, à la jurisprudence nationale et à la pratique décisionnelle des autorités de concurrence des États membres de l'Union européenne ;
– de rédiger le rapport annuel ;
– d'animer la formation et la réflexion juridique au sein du Conseil (ateliers, groupes de travail).

Le service économique

La mise en place du service économique traduit la volonté du Conseil de se constituer un pôle d'expertise pour répondre à l'importance croissante de l'analyse économique dans les raisonnements de concurrence.

Ce service a pour mission :

– d'appuyer les services d'instruction tout au long de la procédure : participation à l'élaboration de la stratégie globale d'instruction, aide à la préparation des demandes d'enquête, consolidation du raisonnement économique contenu dans la notification des griefs et/ou le rapport, réponse aux éventuelles études économiques produites par les parties (y compris devant la cour d'appel) ;
– de produire des études sectorielles, notamment dans la perspective d'autosaisines du Conseil (détection de défaillances structurelles de marché, d'éventuels abus de position dominante) ;
– de participer à l'élaboration des positions du Conseil dans les débats de doctrine et de développer des relations avec le monde académique (publication d'articles, interventions dans des colloques, etc.) ;
– d'échanger avec les chefs économistes de la Commission européenne et des autorités de concurrence des États membres de l'Union européenne et de pays tiers ;
– de contribuer à la rédaction du rapport annuel ;
– d'animer la formation et la réflexion économique au sein du Conseil (ateliers, groupes de travail).

Le nouvel organigramme est publié en fin d'ouvrage dans la partie *« Organisation ».*

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.

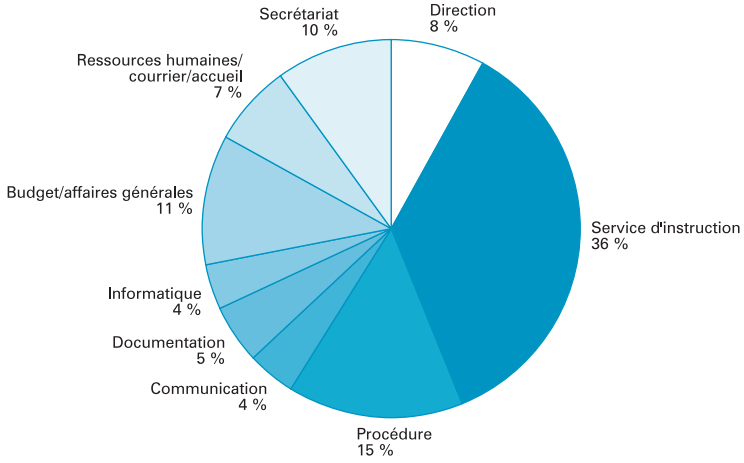
Les objectifs de la Charte ont été globalement atteints en 2006, aussi bien sur le plan des procédures de coopération que sur celui du déstockage. En particulier, l'objectif d'atteindre un niveau de stock égal à 18 mois d'activité au 31 décembre 2006 a été respecté puisque le stock de fin d'année s'établit à 180 affaires pour 121 affaires traitées dans l'année, soit un ratio de stock sur activité exactement égal à 18 mois.

Les effectifs

La répartition des effectifs

Le graphique ci-après présente la répartition des effectifs par grandes fonctions (au 31 décembre 2006). 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 51 %. 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



Mouvements de rapporteurs

En 2006, comme les années précédentes, les services d'instruction du Conseil ont connu d'importants mouvements de personnel. Le nombre des arrivées (dix rapporteurs) est proche de celui des départs (dix 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 2006, le budget du Conseil a légèrement progressé. Les crédits de paiement sont passés de 8,6 millions d'euros à 11,4 millions d'euros (LFI 2006), dont 8,9 millions pour les dépenses de personnels et 2,5 millions pour les dépenses de fonctionnement.

Recouvrement des sanctions

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 Châtellerault. 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.

Dans le cadre de la loi organique relative aux lois de finances du 1er août 2001, la responsabilité de la liquidation des amendes prononcées par le Conseil de la concurrence, qui incombait traditionnellement à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, a été transférée au Conseil de la concurrence. Il en va de même des majorations, des réductions partielles ou totales d'amendes qui peuvent être prononcées par la cour d'appel de Paris dans le cadre de son pouvoir d'annulation et de réformation des décisions du Conseil de la concurrence.

À compter du 1er janvier 2006, date de prise d'effet de cette mesure, les opérations de contrôle de l'exécution des sanctions pécuniaires relèvent de la compétence du Conseil de la concurrence.

Pour l'année 2006, le montant net des recouvrements pris en charge s'est élevé à 242 838 124,50 €. Le montant effectivement recouvré a été de 212 721 730,46 €, soit un taux de recouvrement de 87,60 %.

■ 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 2006

La concentration TPS/Canal Plus

Le Conseil a été saisi le 14 avril 2006 de l'acquisition par le groupe Canal Plus du bouquet satellitaire TPS. TPS était détenue à 66 % par TF1 – elle-même contrôlée par le groupe Bouygues – et à 34 % par M6, dont le principal actionnaire est le groupe RTL. L'opération notifiée au ministre consistait en la création d'une société dénommée provisoirement Canal Plus France, regroupant la totalité des activités des deux bouquets satellitaires CanalSat et TPS, la chaîne Canal Plus et les chaînes thématiques de MultiThématiques. Cette société Canal Plus France devait être placée sous le contrôle exclusif du groupe Canal Plus, lui-même contrôlé par le groupe Vivendi Universal. De plus, il était prévu que le groupe Lagardère apporte sa participation de contrôle conjoint de 34 % dans CanalSat, en contrepartie de 20 % de la nouvelle entité Canal Plus France.

Conformément aux dispositions de l'article 41-4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, le CSA a rendu au Conseil un avis sur cette opération, en date du 23 mai 2006. De même, l'avis de l'ARCEP a été demandé, conformément aux dispositions de l'article L. 36-10 du CPCE, et a été reçu le 23 mai 2006.

Les marchés concernés par l'opération

La fusion des deux bouquets satellites affectait les principaux marchés de la télévision payante situés aux différentes étapes de la chaîne de valeur, soit les marchés dits amont (marchés de l'acquisition de contenus notamment des droits cinématographiques et des droits sportifs), les marchés dits intermédiaires (marchés de distribution télévisuelle) et les marchés aval, points de rencontre entre la demande des abonnés, consommateurs de services télévisuels et l'offre des distributeurs de télévision à accès payant. Par ailleurs, divers autres marchés connexes étaient concernés, notamment les marchés de la publicité télévisée.

Les effets sur la concurrence

Les effets de la fusion TPS/CanalSatellite se combinaient à la fois horizontalement et verticalement du fait de l'intégration verticale des deux opérateurs sur l'ensemble de la chaîne de valeur, depuis la création de contenus en amont jusqu'aux marchés aval de la télévision payante.

Le Conseil a souligné le caractère exceptionnel de l'opération, la nouvelle entité présentant une intégration verticale d'un bout à l'autre de la chaîne de valeur du secteur français de la télévision à accès payant, mais détenant aussi des positions dominantes à chaque niveau de celle-ci. Au surplus, son actionnariat minoritaire sera composé d'acteurs majeurs dans le secteur de la communication et de l'édition, dont TF1, opérateur en position dominante sur le marché de la télévision gratuite.

Le Conseil a également noté que, du fait de sa maîtrise quasi totale des contenus les plus attractifs (notamment cinéma et sports) et des positions fortes, voire dominantes, sur les différents marchés amont, intermédiaires et aval, et de leur interaction, il existait un risque de verrouillage de l'ensemble

des marchés de la télévision à accès payant. L'hypothèse de réapparition d'un opérateur verticalement intégré sur le modèle de TPS, par exemple adossé à un opérateur de télécommunications, apparaissait un scénario peu probable à moyen terme.

Le Conseil a estimé que les gains d'efficacité mis en avant par les parties ne compensaient pas les atteintes à la concurrence dénoncées.

Les remèdes

Le Conseil a estimé que l'opération envisagée soulevait d'importants problèmes de concurrence et qu'elle ne saurait être autorisée sans la mise en place d'engagements de nature à compenser les atteintes à la concurrence entraînées par l'opération.

Dans le cadre d'une approche globale des remèdes envisagés, le Conseil a estimé que le type d'organisation qui pourrait se mettre en place à court terme, au lendemain de l'opération de concentration, était un « *modèle mixte* », s'écartant, d'une part, d'un modèle dans lequel la concurrence s'exercerait pleinement à chaque étage de la chaîne de valeur entre des opérateurs non verticalement intégrés et, d'autre part, du modèle comportant deux opérateurs verticalement intégrés que l'opération remet en cause. Dans ce nouveau modèle, une structure dominante, intégrant verticalement des contenus premium (droits sportifs essentiels et films à succès en première fenêtre), des chaînes thématiques et le satellite, principal canal de distribution de la télévision payante en termes de base installée, coexisterait avec d'autres offreurs qui ne sont présents qu'à un seul étage de la chaîne verticale, celui de la distribution (câblo-opérateurs, opérateurs proposant des offres *triple play*).

Plus précisément, trois grandes catégories de remèdes ont été préconisées :

• Les remèdes destinés à permettre l'accès des concurrents aux contenus, parmi lesquels :

– pour les contrats-cadres ou *output deals* futurs, limiter la durée des contrats avec les détenteurs de droits à trois ans, sans renouvellement automatique ;
– pour les contrats futurs, limiter la durée des contrats avec les détenteurs de droits à trois ans ;
– ne pas pratiquer d'offres couplant achats de droits pour la PPV, la VoD et la Pay TV ni acquérir d'exclusivité sur ces droits ;
– céder les droits d'exploitation non linéaire (actuel ou futur) des films français et étrangers du catalogue de la nouvelle entité à toute plate-forme de distribution qui en ferait la demande, sur une base non exclusive, dans des conditions de marché équitables et non discriminatoires.

• Les remèdes destinés à permettre l'accès aux chaînes, parmi lesquels :

– mettre à disposition sur le marché de gros plusieurs chaînes, dont TPS Star, TPS CinéStar, TPS Cinéculte. Le Conseil a cependant souligné une difficulté : plusieurs sociétés détentrices de chaînes – qu'il était souhaitable de rendre disponibles sur le marché de gros – appartenant à des partenaires de la nouvelle entité mais tiers à l'opération, ne pouvaient être contraintes à prendre des engagements dans le cadre des dispositions de l'article L. 430-6 du Code de commerce,

– maintenir en l'état les contrats liant la nouvelle entité avec les câblo-opérateurs en métropole jusqu'à leur expiration.

• Les engagements destinés à permettre le maintien d'une offre attractive pour les consommateurs, parmi lesquels :

– reprendre une proportion minimale de chaînes indépendantes conventionnées par le CSA en langue française sur le satellite, par rapport à l'ensemble des chaînes conventionnées par le CSA en langue française et distribuées par la nouvelle entité ;
– maintenir une tarification uniforme sur le territoire métropolitain pour chacune des offres commerciales de la nouvelle entité ;
– prévoir la possibilité pour les abonnés de résilier sans pénalité leur contrat, à tout moment, pendant la première année suivant la réalisation de l'opération, en cas de modification substantielle des termes de celui-ci.

L'opération a été autorisée le 15 septembre 2006 sous réserve de 59 engagements qui répondent aux risques d'atteinte à la concurrence soulevés par la fusion sur les marchés de l'audiovisuel, le ministre reprenant, pour l'essentiel, l'analyse concurrentielle faite par le Conseil dans son avis.

Avis 06-A-13 du 13 juillet 2006 relatif à l'acquisition des sociétés TPS et Canal-Satellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus

Le dispositif d'indemnisation du ramassage et de l'élimination des huiles usagées en France

Le Conseil de la concurrence a été saisi par le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie d'une demande d'avis relative aux nouveaux dispositifs de soutien adoptés par l'ADEME (Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie). Il s'agissait, d'une part, du dispositif d'indemnisation des ramasseurs agréés d'huiles usagées et, d'autre part, du dispositif de soutien à la régénération française d'huiles usagées noires.

Les pouvoirs publics interviennent, dans un souci de politique environnementale, pour éviter le rejet des huiles usagées – polluants classés dans la catégorie des déchets dangereux – et pour favoriser leur régénération. Néanmoins, le prix d'achat des huiles usagées ne permet pas de couvrir le coût du ramassage et il est donc nécessaire de subventionner ce ramassage pour éviter que les huiles usagées soient rejetées dans le milieu naturel.

Le Conseil a rappelé que, par nature, le soutien financier d'une activité économique améliore la compétitivité des biens produits par cette activité. Le Conseil a donc cherché à vérifier si les distorsions de concurrence introduites par les mesures prévues par l'ADEME n'excédaient pas ce qui était nécessaire pour satisfaire l'objectif de collecte. Le Conseil a également examiné si le soutien prévu était de nature à satisfaire les préoccupations concurrentielles au minimum de coûts pour la dépense publique engagée dans ce soutien.

L'analyse menée par le Conseil l'a conduit à considérer que le nouveau dispositif d'aide forfaitaire à la tonne d'huile usagée collectée était de nature à renforcer l'efficacité économique de la collecte. L'instauration d'un marché de l'élimination, avec un libre prix de marché, était de nature à maximiser l'efficacité de la collecte.

Cependant, le Conseil a observé en l'espèce que la force des acteurs en présence sur les marchés concernés et les caractéristiques techniques des secteurs militaient pour que soit étudiée la possibilité de gérer le montant de l'aide attribuée selon une logique de *price-cap* en réduisant cette aide, quels que soient les coûts mis en avant, tant que le taux de collecte ne baisse pas.

Enfin, concernant l'aide spécifique à la régénération, le Conseil de la concurrence a constaté qu'une seule entreprise était concernée en France et que la concurrence potentielle européenne était faible en raison des coûts de transport. Seule la priorité accordée à la régénération, pour des raisons environnementales, justifiait la distorsion de concurrence que cette aide spécifique a introduit entre les éliminateurs. Le Conseil a observé que le dispositif prévu réduisait cette distorsion de concurrence en limitant l'aide au montant qui permet la survie de l'entreprise, ce qui satisfaisait les préoccupations de concurrence à court terme, mais n'était pas favorable à l'émergence d'un secteur de régénération utilisant des technologies plus modernes. Le dispositif soumis à l'avis du Conseil prévoyait de compenser des pertes de la société opérant la régénération, observées dans ses comptes sociaux, ce qui impliquait de longs délais de mise en œuvre. Le Conseil a donc suggéré qu'un dispositif d'aide, partielle mais rapide, soit étudié sur la base d'un indicateur de situation de « *pertes certaines* » basé sur l'observation des prix de marché de la matière première traitée et des prix des biens concurrents des produits obtenus afin de garantir la survie de l'entreprise.

Avis 06-A-16 du 26 juillet 2006, relatif au dispositif d'indemnisation du ramassage et de l'élimination des huiles usagées en France

Le commerce équitable

Saisi par le ministre de l'Économie, d'une demande d'avis relative aux modalités de fonctionnement de la filière du commerce équitable en France, et notamment de la compatibilité avec les règles de concurrence de systèmes de grilles de prix d'achat minimum aux producteurs, le Conseil a rendu un avis, dans lequel il a estimé que la démarche du commerce équitable ne portait pas nécessairement atteinte aux règles de concurrence, mais a fait plusieurs recommandations pour organiser les systèmes de certification des produits.

L'existence de grilles de prix d'achat minimum n'entraîne pas, en l'état actuel des choses, de restrictions de concurrence qui pourraient être interdites par le droit national ou européen

Le commerce équitable repose sur le paiement aux producteurs défavorisés de pays en développement d'un prix suffisant pour améliorer le sort des populations locales et les conditions de production, ce que ne permettent pas actuellement les cours mondiaux, notamment pour des produits tels que le café, le cacao, la banane ou le coton. À l'heure actuelle, le respect de grilles de prix minimum d'achat par produit constitue l'un des critères d'attribution de la mention « équitable ».

Pour le Conseil, même si la filière du commerce équitable demande, le cas échéant, aux intervenants qui s'en réclament, d'adhérer à des conditions d'achat harmonisées auprès des producteurs des pays en développement,

l'objet et les effets de telles ententes sont, en l'état actuel du développement du commerce équitable et de l'organisation de la filière, avant tout extra-territoriaux et échappent donc au champ d'application des règles européennes et françaises de concurrence.

Le Conseil a souligné en effet qu'aux stades ultérieurs de la chaîne économique (étapes de transformation et de commercialisation), les acteurs du commerce équitable conservent une liberté de comportement de nature à préserver la concurrence et à laisser ouvert l'éventail des prix possibles pour la vente au consommateur, même si le prix de la matière première est sensiblement le même pour tous les opérateurs. À cet égard, le Conseil a noté que le coût des matières premières achetées aux producteurs ne représente qu'une part relativement faible dans la composition du prix du produit final.

La situation pourrait être différente si la part du commerce équitable se développait significativement ou si le mode de formation des prix en aval de l'achat aux producteurs évoluait. Dans ce cas, il faudrait examiner si une exemption serait possible au titre du droit national ou européen. Le Conseil a examiné, à titre prospectif, certains éléments qui pourraient être mis en avant.

Le commerce équitable répond à une démarche volontaire des consommateurs pour promouvoir ses valeurs : des systèmes de certification fiables sont donc indispensables

Le Conseil a constaté que les produits du commerce équitable sont généralement plus chers (de 5 à 15 %) que les produits classiques comparables, mais que cette différence de prix n'entrave pas son développement, ce qui démontre le soutien apporté par les consommateurs des pays développés à cette démarche. Toutefois, ces derniers ne peuvent pas contrôler la réalité de l'action des différents opérateurs qui se réclament du commerce équitable et doivent pouvoir bénéficier de systèmes de certification fiables qui apparaissent comme des « services » visant à garantir que le produit a bien été préalablement produit et acheté au producteur dans des conditions respectueuses de certaines valeurs sociales ou environnementales.

À l'heure actuelle, la multiplication des opérateurs, des distributeurs de produits du commerce équitable et des systèmes de certification promus par différentes sensibilités au sein de la filière n'assurent pas une fiabilité suffisante à cette démarche.

Le Conseil a donc estimé que l'action engagée par les pouvoirs publics pour réglementer l'organisation de la filière répondait à un objectif légitime.

Le Conseil a recommandé aux pouvoirs publics de veiller à ce que les systèmes de certification du commerce équitable fonctionnent de manière concurrentielle

Le Conseil a cependant souligné que ce sont précisément les conditions d'organisation de cette activité de certification qui sont susceptibles d'entraîner des restrictions de concurrence ayant un impact direct sur le territoire national.

De telles restrictions pourraient non seulement concerner les organismes du commerce équitable eux-mêmes, en tant qu'organismes « certificateurs »,

en diminuant ou en supprimant la concurrence entre eux (alors qu'actuellement ils proposent de manière autonome des « produits de certification » différents) mais aussi concerner les distributeurs en diminuant leurs possibilités de vendre des produits relevant du commerce équitable, mais dont la commercialisation a suivi des démarches différentes.

Le Conseil a ainsi indiqué que la commission prévue à l'article 60 de la loi du 2 août 2005 devrait intervenir dans un contexte permettant de concilier, d'une part, l'octroi de garanties de la loyauté des opérateurs se réclamant du commerce équitable et, d'autre part, le maintien d'une concurrence suffisante en la matière. Il a, à cet égard, exprimé des réserves vis-à-vis d'une situation qui consacrerait un référentiel prédominant.

Avis 06-A-07 du 22 mars 2006 relatif à l'examen, au regard des règles de concurrence, des modalités de fonctionnement de la filière du commerce équitable en France

Action collective des consommateurs

Invité à présenter ses observations à la suite de la publication, en décembre 2005, du rapport relatif à l'action collective, rédigé par le groupe de travail mis en place par les ministres de l'Économie et de la Justice, le Conseil de la concurrence a rendu un avis sur l'introduction éventuelle d'actions collectives de consommateurs. Le Conseil de la concurrence s'est montré favorable, dans certaines conditions, à ce que les consommateurs victimes de pratiques anticoncurrentielles puissent obtenir réparation de leur préjudice au moyen d'actions de groupe.

Le Conseil de la concurrence est favorable au développement d'actions de groupe de consommateurs

Le Conseil a relevé que les actions de groupe peuvent contribuer à une meilleure réparation du préjudice que les consommateurs subissent du fait de pratiques anticoncurrentielles. Ces actions sont susceptibles de rééquilibrer le rapport de force entre des entreprises puissantes et des consommateurs, par nature isolés, pour la réparation de préjudices qui, au plan individuel, restent limités, mais qui, globalement, peuvent représenter des sommes importantes.

Par ailleurs, les actions privées, en général, et les mécanismes d'actions de groupe, en particulier, peuvent contribuer à renforcer le pouvoir de dissuasion des autorités de concurrence en faisant de la victime, et plus particulièrement du consommateur, un véritable acteur et un allié de ces autorités dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles.

La mise en place de ce type de dispositif nécessite cependant de veiller, d'une part, à ce qu'il y ait une bonne articulation entre l'action publique et privée et, d'autre part, à ce que soit préservée l'efficacité des programmes de clémence

En se référant à l'exemple de la législation allemande qui vient d'être modifiée récemment, le Conseil s'est prononcé en faveur des actions civiles consécutives ou complémentaires aux actions portées devant lui : dans un

premier temps, l'autorité de concurrence adopte une décision de condamnation et inflige des sanctions pécuniaires aux entreprises contrevenantes et, dans un second temps, la victime, en action individuelle ou en action de groupe, forte de cette décision de reconnaissance d'une pratique anticoncurrentielle, saisit le juge civil pour obtenir réparation de son préjudice.

Par ailleurs, il est essentiel de veiller à ce que l'attractivité des programmes de clémence ne soit pas affaiblie par l'introduction d'actions de groupes de consommateurs. En effet, si les participants à un cartel estiment que leur éventuelle collaboration avec les autorités de concurrence pourrait faciliter les actions civiles individuelles ou collectives dirigées contre eux, l'efficacité des programmes de clémence, qui sont un instrument indispensable pour la détection et le démantèlement des ententes anticoncurrentielles, pourrait en être diminuée. Le Conseil considère par conséquent qu'il était indispensable de pouvoir garantir la confidentialité des déclarations faites par les entreprises bénéficiaires de la clémence, afin qu'elles ne puissent pas être utilisées dans une éventuelle procédure civile.

Avis du 21 septembre 2006, relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles

Principaux engagements négociés en 2006

Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 novembre 2004, le Conseil de la concurrence dispose, outre son pouvoir d'injonction et de sanction, de la faculté « *d'accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles* ». En 2006, le Conseil a mis en œuvre cette procédure d'engagements à de nombreuses reprises.

Fourniture de renseignements par téléphone et par internet

La société 118 218 Le Numéro, éditrice de services de renseignements téléphoniques, avait saisi le Conseil de la concurrence en janvier 2006. Elle dénonçait des pratiques qu'elle estimait discriminatoires de la part des sociétés du groupe France Télécom. Elle estimait notamment que la liste d'abonnés que lui fournissait l'opérateur historique (la *« base L 34 »*) dans le cadre du service d'accès aux données annuaires était moins complète que celle utilisée au sein du groupe France Télécom et présentait de nombreuses erreurs et omissions par rapport aux renseignements fournis par le « *12* ». Elle soutenait que, dans ces conditions, la fermeture prévue – dans un premier temps à partir du 31 janvier 2006 – du service d'accès à la base fourni par Pages-Jaunes à l'ensemble des éditeurs de services de renseignements, allait gravement compromettre la qualité des informations fournies par les éditeurs concurrents du groupe France Télécom. En conséquence, elle demandait la prolongation de cet accès.

Les préoccupations de concurrence du Conseil

Lorsqu'un opérateur téléphonique enregistre l'abonnement d'un nouveau client, il doit collecter un certain nombre d'informations concernant ce

client : nom, adresse, raison sociale, etc. La liste minimum de ces informations a été fixée par l'ARCEP : c'est la « *base L 34* ». Pour constituer le fichier de base servant à dispenser des renseignements téléphoniques, chaque opérateur téléphonique doit entretenir à jour sa *« base L 34 »* et en communiquer le contenu à tout opérateur de renseignements téléphoniques qui lui en fait la demande, à un prix réglementé, lui aussi, par l'ARCEP. Les difficultés rencontrées venaient de ce que, au début de leur développement, les nouveaux opérateurs téléphoniques avaient un peu négligé leurs obligations concernant la « *base L 34* », se reposant sur France Télécom et le « *12* » ou sur PagesJaunes pour nourrir en informations de base les services de renseignements. En outre, à l'usage, la « *base L 34* » s'est révélée insuffisante pour fournir des renseignements de qualité. L'ARCEP avait donc entrepris de compléter la liste des informations qui devaient figurer dans la « *base L 34* » et avait vivement incité les opérateurs téléphoniques à bien remplir leurs obligations concernant cette base. Ces mesures ne mettaient fin aux difficultés rencontrées qu'au début de l'année 2007. Il restait donc à gérer au mieux la période intermédiaire ouverte par la suppression du « *12* ».

Il est ressorti de la discussion contradictoire devant le Conseil que cette phase intermédiaire était de nature à susciter des préoccupations de concurrence. En premier lieu, à cause des habitudes contractées dans le passé, un risque existait que seul le groupe France Télécom et PagesJaunes soient en état de fournir commodément un service de renseignements téléphoniques de base de qualité, prenant ainsi l'avantage sur les concurrents au moment de l'ouverture à la concurrence de ce service. En second lieu et à l'inverse, un risque existait – alors que le marché s'est ouvert à la concurrence – qu'en prolongeant le rôle historique du groupe France Télécom de fournisseur des informations utiles pour développer un service de renseignements téléphoniques, PagesJaunes soit privée de la juste rétribution des efforts accomplis et que ses concurrents ne soient pas incités à faire des efforts comparables.

Les engagements pris par France Télécom et PagesJaunes

La société France Télécom s'est engagée à mettre à la disposition des éditeurs de services de renseignements l'ensemble des champs qu'elle collecte auprès de ses abonnés, ensemble qui devrait être très proche de la « *base L 34* » dans sa nouvelle forme préparée par l'ARCEP.

La société PagesJaunes avait, pour sa part, déjà levé temporairement la préoccupation de concurrence la concernant en laissant ouvert l'accès à certaines de ses données (la base ISPub) plus longtemps que prévu. Ce délai a été mis à profit par l'ARCEP pour faire progresser le chantier de la mise en œuvre de l'annuaire universel en vue de répondre à terme à la totalité des préoccupations de concurrence exprimées ci-dessus. Entendue par le Conseil, l'ARCEP a estimé que les nouvelles règles devraient entrer en vigueur au plus tard le 31 mars 2007.

Dans ces conditions, la société PagesJaunes s'est engagée à fournir à ses concurrents, jusqu'à cette date, les données relatives à la dénomination des abonnés professionnels qu'elle collecte pour la fourniture de son propre service (le *« 118 008 »*).

L'acceptation des engagements

Bien qu'ils ne satisfassent pas totalement le plaignant, le Conseil a accepté ces engagements, considérant qu'ils répondaient suffisamment aux préoccupations de concurrence décelées puisqu'ils rétablissaient l'égalité de traitement des éditeurs pour l'accès aux informations collectées par France Télécom sur ses abonnés et aux informations dénominatives supplémentaires utilisées par PagesJaunes pour la fourniture de son service de renseignements, dans l'attente de la mise en œuvre effective des réformes préparées par l'ARCEP.

Décision 06-D-20 du 13 juillet 2006 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés France Télécom, PagesJaunes Groupe et PagesJaunes SA dans le secteur des services de renseignements par téléphone et par internet

Vente sur internet : le cas Festina

Bijourama, entreprise spécialisée dans la vente de produits d'horlogerie, de bijouterie, de joaillerie et d'orfèvrerie sur internet, a saisi le Conseil de la concurrence le 13 octobre 2005. Cette société se plaignait du refus d'agrément que la société Festina France lui opposait. Elle considérait que ce refus était discriminatoire et que le contrat de distribution sélective de Festina France n'était pas licite en ce qu'il excluait par principe une forme de distribution, ce qui serait prohibé tant par le droit communautaire que par le droit interne de la concurrence.

Les préoccupations de concurrence : le vide juridique du contrat de distribution de Festina France concernant la vente par internet

Le Conseil a constaté que le contrat-cadre de distribution sélective mis en place par Festina France ne contenait aucune disposition régissant la vente sur internet et qu'il n'existait, par ailleurs, aucun contrat spécifique de vente par correspondance. De ce fait, Bijourama ne pouvait réclamer de se voir appliquer les règles prévues pour la vente par correspondance et Festina France ne pouvait pas non plus se fonder sur son contrat de distribution pour justifier son refus d'agrément. Par ailleurs, certains distributeurs avaient été autorisés à vendre sur internet en dehors de tout cadre juridique régissant cette vente.

L'absence de règles applicables à la vente en ligne des produits Festina France, alors que des autorisations ponctuelles et informelles pour vendre sur internet avaient été par ailleurs accordées à des distributeurs déjà agréés disposant d'un magasin, est apparue comme un facteur susceptible de conduire à des discriminations, voire à des restrictions de concurrence, tant en ce qui concerne les conditions d'agrément des distributeurs au sein du réseau de distribution sélective, qu'à l'égard des conditions dans lesquelles les membres du réseau peuvent recourir à la vente sur internet.

La portée des engagements pris par Festina

La société Festina France a proposé au Conseil de modifier et de compléter son contrat de distribution sélective en y intégrant des stipulations relatives à la vente en ligne. Toutefois, elle a maintenu son refus d'agréer les entreprises qui distribuent exclusivement leur produit sur internet (« *pure players* »).

Le Conseil a accepté ces engagements, considérant que ceux-ci répondaient à ses préoccupations de concurrence, et en dépit du fait qu'ils ne satisfaisaient pas entièrement Bijourama. Il a rappelé à cet égard qu'une décision d'acceptation d'engagements n'intervenait pas pour satisfaire la demande d'une partie ni répondre à un intérêt d'ordre particulier mais pour préserver l'ordre public économique.

En l'espèce, le Conseil de la concurrence a relevé que les règles communautaires régissant la distribution sélective n'interdisent pas à l'organisateur d'un réseau de distribution sélective – dont la part de marché ne dépasse pas 30 % – de définir librement les critères de sélection de ses distributeurs et donc de réserver la vente par internet uniquement aux membres de son réseau disposant d'un magasin. Il faut toutefois que les critères appliqués à ces derniers soient transparents, non discriminatoires et qu'ils ne limitent pas de façon injustifiée l'utilisation de ce mode de publicité et de vente, ce que les nouveaux contrats de distribution de Festina France devraient désormais garantir.

Décision 06-D-24 du 24 juillet 2006 relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France

Distribution sélective de matériels Hi-Fi et Home cinéma

Compte tenu des engagements pris par les sociétés Bose, Focal JM Lab et Triangle, le Conseil de la concurrence, par décision du 5 octobre 2006, a accepté de clore la procédure contentieuse ouverte à l'encontre de ces sociétés. Cette dernière se poursuit, cependant, à l'égard de la société Bang & Olufsen, dont le cas a été disjoint.

Cette procédure avait été ouverte en 2002 sur saisine du ministre de l'Économie et des Finances, à la suite d'une enquête menée par les services de la DGCCRF dans le secteur de la distribution de matériel Hi-Fi et Home cinéma.

Les préoccupations de concurrence

L'instruction conduite par le Conseil a confirmé que la société Triangle exerçait un contrôle excessif sur les échanges au sein de son réseau de distribution sélective en contraignant les distributeurs des produits de sa marque à lui communiquer la comptabilité détaillée de toutes leurs livraisons intraréseau en cas de *« présomption d'une violation des règles de vente propres au réseau ».*

Par ailleurs, l'interdiction totale de la vente sur internet des produits Focal JM Lab et Triangle, imposée aux distributeurs agréés de ces deux marques, apparaissait excessive. Le Conseil a relevé à cet égard que les restrictions posées à cette forme de vente doivent être proportionnelles à l'objectif visé et comparables avec celles qui s'appliquent dans le point de vente physique du distributeur agréé. De même, les conditions restrictives imposées par Bose à ces distributeurs pour l'exercice de la vente par internet excédaient ce qui pouvait être jugé nécessaire à la préservation de l'image de marque de ses produits et à l'intégrité de son réseau.

Les engagements pris par Bose, Focal JM Lab et Triangle

Les trois sociétés ont proposé de modifier leurs contrats de distribution sélective dans le cadre de la procédure d'engagements prévue au I de l'article L. 464-2 du Code de commerce.

Les sociétés Bose, Focal JM Lab et Triangle se sont engagées à modifier leurs contrats de distribution sélective ou à rédiger un avenant spécifique afin d'autoriser leurs distributeurs agréés, dans des conditions non restrictives, à vendre leurs produits sur internet. La société Triangle s'est engagée à supprimer les obligations excessives imposées à ses distributeurs s'agissant des échanges à l'intérieur du réseau.

La portée des engagements

Le Conseil a estimé que les engagements proposés par les sociétés Bose et Triangle apportaient une réponse satisfaisante aux préoccupations de concurrence identifiées. S'agissant de la vente sur internet, ils permettent de concilier le respect de l'image de marque et de la haute technicité des produits, avec l'accès des distributeurs agréés à ce canal de distribution dynamique, lequel est de nature à favoriser, au bénéfice du consommateur, tant la concurrence intramarque qu'intermaque. L'engagement pris par la société Triangle supprime une restriction injustifiée au commerce à l'intérieur de son réseau de distribution sélective.

En revanche, le Conseil n'a pas accepté, dans un premier temps, les engagements proposés par la société Focal JM Lab car ces derniers excluaient, par principe, la vente en ligne de deux gammes de produits de la marque. Le Conseil a donc demandé à la société Focal JM Lab de modifier ses propositions d'engagements. Ces deux gammes de produits seront donc désormais proposées à la vente en ligne mais ne seront vendues qu'aux clients qui pourront attester d'une écoute préalable de ces produits chez un distributeur agréé et du bénéfice de conseils personnalisés pour leur installation, le non-respect de ces conditions pouvant constituer une cause de résiliation du contrat de distributeur. Ces conditions s'expliquent par le fait que les produits visés sont d'une très haute technicité et que leur achat et leur installation sans les conseils de professionnels ne permettent pas au client de tirer tous les avantages des produits et peuvent, de ce fait, nuire à l'image de marque de la société.

Décision 06-D-28 du 5 octobre 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels Hi-Fi et Home cinéma

Distribution de la presse

Dans le cadre d'une procédure contentieuse engagée par la société Export Press en mai 2004 à l'encontre de pratiques mises en œuvre sur les marchés de la vente au numéro de la presse nationale dans les départements et territoires d'outre-mer par le groupe des NMPP (Nouvelles messageries de la presse parisienne), le Conseil de la concurrence a rendu une décision par laquelle il a accepté les engagements des NMPP, mettant ainsi fin à la procédure.

Les pratiques visées par la saisine et les préoccupations de concurrence exprimées par le Conseil de la concurrence

Afin d'être en mesure d'inclure les TOM dans la liste des destinations offertes à ses clients éditeurs, Export Press s'était adressée aux NMPP pour obtenir les conditions tarifaires de leurs dépositaires, implantés dans ces territoires, pour la distribution locale de la presse nationale. Les NMPP lui avaient communiqué des tarifs plus élevés que le prix facturé par les NMPP aux éditeurs pour un service d'exportation complet depuis la métropole, ce qui ne permettait pas à Export Press de concurrencer les NMPP sur le marché des TOM.

Dans son évaluation préliminaire du cas, le Conseil de la concurrence n'a pas exclu que les NMPP aient abusé de leur position dominante sur les marchés locaux de la distribution locale de la presse nationale sur ces deux territoires, en proposant à Export Press des prix excessifs et discriminatoires.

Par ailleurs, la présentation systématique par les NMPP des DOM comme des destinations d'exportation semblait également soulever un problème de concurrence. Les NMPP étant un acteur dominant sur les marchés de la distribution et de l'exportation de la presse nationale, leurs pratiques commerciales font référence dans ce secteur. La présentation des DOM comme des destinations d'exportation créait une confusion qui pouvait se révéler préjudiciable à l'égard des concurrents des NMPP, et notamment à l'égard de sociétés telles qu'Export Press qui, n'ayant pas le statut juridique de messagerie de presse, ne pouvait, conformément à la loi Bichet, proposer de tels services vers les DOM et risquait d'apparaître à tort aux yeux des éditeurs comme un exportateur de moindre qualité.

Les engagements proposés par les NMPP

La société NMPP s'est engagée :

– à ce que ses filiales exploitant les dépôts de Nouvelle-Calédonie et de Polynésie française tarifent la distribution locale de publications en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française aux entreprises d'exportation de la presse française qui la leur confient, selon un barème propre à chacun des territoires concernés qui s'appliquera, à prestations de nature identique, aux opérations confiées aux dépôts concernés par toute entreprise d'exportation de la presse française, y compris les NMPP elles-mêmes ;
– à soumettre aux prochaines assemblées de ses coopératives associées une résolution les autorisant à présenter, dans leurs barèmes, sur leur site internet, dans leur rapport annuel et dans leur contrat de groupage, les conditions tarifaires applicables à la distribution de la presse dans les DOM au sein des conditions applicables à la distribution de la presse en France métropolitaine.

Le Conseil a estimé que ces engagements étaient de nature à remédier aux problèmes de concurrence identifiés.

Décision 06-D-01 du 7 février 2006 relative à des pratiques mises en œuvre par la société des Nouvelles messageries de la presse parisienne (NMPP)

Intégration des magazines gratuits dans les études d'audience

Dans le cadre de la procédure contentieuse ouverte à l'encontre d'AudiPresse, le Conseil a accepté les engagements proposés par cette société qui visent à ne plus faire obstacle à l'intégration des magazines gratuits à son étude d'audience.

Historique de l'affaire

Le Conseil a été saisi en mars 2006 des pratiques de la société Audiences études sur la presse magazine (AEPM), devenue par la suite AudiPresse. Dans sa saisine, le ministre de l'économie dénonçait les conditions fixées par l'AEPM dans son règlement intérieur pour l'admission de nouveaux titres à son étude d'audience. Ce règlement excluait par principe les magazines gratuits.

Le magazine *Sport* s'était ainsi vu refuser, à plusieurs reprises au cours de l'année 2005, son inscription à l'étude d'audience au motif, notamment, que sa diffusion n'était pas payante.

AudiPresse a revu les conditions d'admission à l'étude d'audience : les gratuits peuvent désormais prétendre y adhérer et *Sport* a ainsi intégré l'étude en janvier 2006. Cependant, la société Sports médias & stratégies, éditant le magazine *Sport*, a fait valoir que la condition relative à l'absence d'interruption entre deux parutions (supérieure à deux fois la périodicité du titre) excluait de fait potentiellement les gratuits dont la plupart ne sont pas édités en période estivale et en fin d'année.

Préoccupations de concurrence

Une évaluation préliminaire du dossier a permis de mettre à jour des préoccupations de concurrence du Conseil.

L'étude AudiPresse fait référence dans le secteur. Ses résultats sont utilisés systématiquement par les agences médias pour définir les plans médias des campagnes publicitaires, aucune autre mesure d'audience ne pouvant être considérée comme substituable. Les supports exclus de cette étude ne peuvent, par conséquent, être retenus par les agences médias et, par suite, accéder aux ressources publicitaires, seules sources de financement pour les gratuits. Dès lors, des conditions d'intégration des titres à l'étude d'audience non objectives, non transparentes ou discriminatoires seraient susceptibles de soulever des préoccupations de concurrence.

Les engagements pris par la société AudiPresse

Au vu de cette évaluation préliminaire, la société AudiPresse a proposé des engagements qui ont été publiés sur le site internet du Conseil afin de recueillir les observations des tiers intéressés. Le Conseil les a acceptés, considérant qu'ils permettaient à la presse magazine gratuite d'accéder à l'étude d'audience d'AudiPresse et donc au marché de la publicité dans des conditions satisfaisantes.

Ainsi, AudiPresse a revu son règlement en révisant la condition relative à l'absence d'interruption entre deux parutions. Elle a également présenté un projet de réforme de ses structures intégrant au plus tard le 31 décembre 2006

un représentant de la presse gratuite dans sa « commission études », associant ainsi plus étroitement la presse gratuite à la définition et à la gestion des mesures d'audience.

Après avoir rendu ces engagements obligatoires dès la notification de la décision, le Conseil a clôturé la procédure ouverte devant lui.

Décision 06-D-40 du 20 décembre 2006 relative à des pratiques dans le secteur de la presse magazine

Décisions contentieuses notables

Tourisme – Gîtes et chambres d'hôtes

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 la Fédération nationale des Gîtes de France pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché des gîtes et chambres d'hôtes labellisés et lui a demandé de modifier certaines clauses des contrats signés avec ses adhérents.

La prépondérance de Gîtes de France sur le marché des gîtes et chambres d'hôtes labellisés

Gîtes de France, Clévacances et Accueil Paysan sont les principaux organismes proposant des labels aux propriétaires de gîtes en France. Sur les deux marchés concernés, Gîtes de France détenait, à l'époque des faits examinés, une part de marché d'au moins 70 % et bénéficiait par ailleurs d'une position privilégiée au sein des structures publiques départementales, ce qui renforçait encore sa position sur le marché de la délivrance de labels.

Le Conseil de la concurrence a constaté à cet égard qu'il existait une certaine confusion structurelle entre Gîtes de France et certains organismes publics de tourisme (comité départemental du tourisme, chambre d'agriculture, conseils général et régional) et que les Gîtes de France avaient par ce biais acquis une place prépondérante dans les procédures publiques de classement et d'allocation des subventions.

Les pratiques en cause : les clauses d'exclusivité imposées par Gîtes de France à ses adhérents

Gîtes de France imposait à ses adhérents trois types de clauses d'exclusivité :

– une clause d'adhésion exclusive au label *« Gîtes de France »,* interdisant l'appartenance simultanée à un autre label. Pour un propriétaire, cette clause signifiait non seulement qu'il ne pouvait offrir un même logement sous deux labels différents, mais également qu'il lui était impossible de commercialiser, à proximité, une autre location saisonnière qui ne soit pas agréée *« Gîtes de France »* (chambres d'hôtes, gîtes ou aires de camping) ;
– une clause d'exclusivité de publication, imposant aux adhérents que toute publicité s'effectuerait uniquement par le moyen de guides édités par les Gîtes de France ;

– une exclusivité de commercialisation, prévoyant que, si la commercialisation de l'hébergement n'était pas réalisée par le propriétaire lui-même, elle devait être obligatoirement effectuée par le service de réservation habilité par le relais départemental « *Gîtes de France* », lorsqu'il en existait un.

Des clauses d'exclusivité qui font obstacle au développement de labels concurrents

Le Conseil de la concurrence a considéré que ces clauses d'exclusivité étaient abusives, dans la mesure où elles tendaient à rendre captive la clientèle d'une entreprise en position dominante et à permettre à Gîtes de France de contrôler, pendant toute la durée de l'adhésion (de dix ans en cas de subventions), toute la chaîne de la commercialisation des hébergements portant son label.

Il a estimé que ces clauses faisaient obstacle au développement de labels concurrents et à la liberté commerciale des adhérents et a considéré qu'elles étaient excessives dans leur étendue et dans leur durée.

Le Conseil a limité la sanction pécuniaire à 10 000 €, mais a adressé plusieurs injonctions à la Fédération, en lui ordonnant de :

• supprimer de ses documents contractuels :

– la clause soumettant à l'accord préalable du relais départemental la publicité sur d'autres supports que ceux édités par le réseau ;
– la clause interdisant au propriétaire de gérer en parallèle, à proximité du gîte de France lui appartenant, des meublés saisonniers ou toute autre formule d'accueil non agréée « *Gîtes de France* ».

• limiter aux deux premières années d'adhésion à son réseau la clause interdisant aux adhérents d'apposer, sauf protocole signé entre la Fédération et un organisme tiers, un double label sur le même gîte rural et la clause imposant aux adhérents qui ne désirent pas commercialiser eux-mêmes leur hébergement de le faire par l'intermédiaire des relais départementaux « *Gîtes de France* ».

Décision 06-D-06 du 17 mars 2006, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'hébergement touristique en gîtes ruraux et chambres d'hôtes

Cartel des portes : mise en œuvre pour la première fois de la procédure de clémence

Le Conseil de la concurrence a sanctionné neuf entreprises du secteur de la fabrication des portes en bois pour des pratiques d'entente de prix. Mettant en œuvre pour la première fois son nouveau programme de clémence, le Conseil a exonéré de sanction pécuniaire la société France Portes, qui avait sollicité le bénéfice de cette procédure.

Compte tenu du rôle qu'elle a joué dans l'entente, la société France Portes encourait une sanction de 1,25 million d'euros. Elle a bénéficié d'une

immunité totale en raison de sa totale coopération avec les autorités de concurrence [1].

L'existence de la procédure de clémence introduit une insécurité permanente au sein des cartels

La *« clémence »* est une nouvelle procédure ouverte aux entreprises [2] qui peuvent, en contrepartie de la dénonciation d'une entente à laquelle elles ont participé – et dont les autorités de concurrence n'avaient pas connaissance auparavant – obtenir l'immunité à l'issue de la procédure contentieuse déclenchée.

Ce nouveau dispositif vient utilement compléter l'arsenal juridique du Conseil de la concurrence (injonctions, sanctions, non-contestation des griefs, engagements). Il permet d'améliorer sensiblement la détection des ententes, notamment celles de type horizontal, les plus graves, en introduisant un facteur d'instabilité très fort au sein des cartels : chaque participant à l'entente voit s'accroître le risque qu'un autre participant la dénonce et ne peut échapper à ce risque qu'en la dénonçant lui-même le premier.

Les étapes de la procédure

Dans la présente affaire, la société France Portes avait sollicité en mai 2002 l'application d'une mesure de clémence, en dénonçant l'existence d'un cartel dans le secteur des portes en bois en France. À l'appui de sa dénonciation, elle avait versé de nombreuses pièces et fourni un mémorandum décrivant l'historique et les principaux aspects du fonctionnement du cartel. L'entreprise avait ensuite, dans les mêmes formes, dénoncé un autre cartel, portant sur les portes laquées.

Le Conseil de la concurrence a accordé à la société France Portes le bénéfice conditionnel de la clémence dans un avis du 23 juillet 2002, puis s'est saisi d'office des pratiques. Dans le cadre de cette procédure contentieuse, le Conseil de la concurrence a alors immédiatement demandé une enquête à la DGCCRF, laquelle a donné lieu à des perquisitions dans les jours qui ont suivi.

Les deux cartels mis au jour

Les éléments apportés par la société France Portes, ainsi que ceux saisis lors de l'enquête, ont permis d'établir l'existence de deux cartels nationaux, dont l'objectif était de stabiliser les prix en établissant en commun des grilles de prix *minima*, dans un contexte de marché difficile pour l'ensemble des sociétés du secteur.

---

1. Cette société a, la première, apporté au Conseil de la concurrence des éléments probants, contribuant à établir la réalité de deux cartels (un cartel sur les portes planes et isoplanes et un cartel sur les portes laquées) et à en identifier les auteurs. Elle a fait preuve d'une coopération totale avec les autorités de concurrence à tous les stades de la procédure et n'a pas exercé de contrainte à l'égard des autres membres du cartel. Enfin, elle a cessé de mettre en œuvre les pratiques d'entente à compter de l'ouverture de la procédure et n'a pas prévenu les autres membres des cartels dénoncés.

2. Les dispositions relatives à la procédure de clémence ont été introduites dans le Code de commerce suite à l'entrée en vigueur de la loi NRE du 15 mai 2001 (article L. 464-2-IV).

Le premier cartel appelé « *Club des cinq* » ou C5, actif jusqu'à fin 2001, concernait le marché des portes en bois planes et isoplanes. Il était composé des sociétés France Portes, Ekem, Magri, Fonmarty, JH Industries, Righini, Malerba et Blocfer. Ces sociétés concurrentes avaient pris pour habitude de se réunir après les réunions organisées par le Syndicat national des fabricants des menuiseries industrielles (SNFMI) à Bordeaux.

Le second cartel, actif jusqu'en 2000, concernait le marché des portes laquées. Il était composé des principaux producteurs de portes laquées, à savoir les sociétés France Portes, Berkvens-Svedex et Polydex. Les réunions avaient lieu environ une fois par an à Paris.

La gravité des pratiques et les sanctions pécuniaires prononcées

Les cartels sont considérés par les autorités de concurrence comme des pratiques d'une extrême gravité, qualifiées d'injustifiables par l'OCDE.

En l'espèce, la détermination de prix *minima* de vente communs visait à limiter la concurrence par les prix entre ces entreprises pourtant indépendantes et a également eu pour effet de cloisonner le marché national en rendant plus difficile l'accès d'opérateurs étrangers aux marchés visés. Mais le Conseil a tenu compte, dans le montant de la sanction, du fait que les prix *minima* n'avaient pas toujours été appliqués par les membres des deux cartels, limitant en cela le dommage à l'économie créé par ces pratiques.

Le montant total des sanctions infligées par le Conseil aux membres du cartel s'est élevé à 5 035 000 €.

Cette décision a a été entièrement confirmée par la cour d'appel de Paris (arrêt du 24 avril 2007).

Décision 06-D-09 du 11 avril 2006, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication des portes

Affaire du logiciel Drapo : condamnation de 34 entreprises de BTP pour entente généralisée sur les marchés publics d'Île-de-France

Dans le prolongement d'une procédure pénale, dirigée contre plusieurs personnes physiques, ouverte en 1994, et qui s'est révélée prescrite en novembre 2002, le Conseil de la concurrence s'est autosaisi et a rendu une décision, dans laquelle il a sanctionné 34 entreprises pour s'être entendues préalablement à l'attribution de nombreux appels d'offres publics en région Île-de-France. Le montant total des sanctions s'est élevé à 48 millions d'euros.

Sur la base des pièces et documents transmis au Conseil de la concurrence par le juge d'instruction et en particulier du rapport d'enquête de la DGCCRF établi sur commission rogatoire, le Conseil de la concurrence a établi que, de la fin 1991 à 1997, les principales entreprises du secteur se sont entendues pour se répartir les marchés de travaux publics d'Île-de-France, entre elles ou entre leurs filiales, entraînant avec elles de nombreuses entreprises plus petites. Au total, les appels d'offres d'une quarantaine de marchés ont été faussés, parmi lesquels les marchés passés par la SNCF et la RATP pour la construction des lignes Eole et Météor.

Les entreprises se répartissaient tous les grands marchés publics de la région Île-de-France par le biais de « tours de table »

Dans le cadre de cette entente générale, les grandes entreprises du secteur répartissaient les travaux à venir entre les sociétés de leur groupe en procédant à des *« tours de table »*, réunions au cours desquelles les responsables des entreprises exprimaient leurs vœux, se partageaient les chantiers futurs et, finalement, vérifiaient la réalisation de ce partage.

Les documents saisis lors de l'enquête font notamment état de l'existence de dix *« tables »*, correspondant à la répartition des marchés par zones géographiques, par grand projet identifié, par maître d'ouvrage ou encore par nature de travaux.

Le partage des marchés a fonctionné sur une longue période et reposait sur un système de répartition particulièrement élaboré. Sa mise en œuvre s'est traduite par un courant habituel d'échanges d'informations et par la pratique d'offres de couverture.

Le respect de la clé de répartition était garanti par la comptabilisation des « avances et retards » de chaque entreprise et par un système de compensations qui pouvaient conduire au versement de sommes d'argent, à l'octroi de travaux en sous-traitance officielle ou occulte ou encore à la constitution de sociétés en participation.

Des pratiques extrêmement graves

En mettant en place de telles ententes, les sociétés en cause ont délibérément violé les règles de concurrence. Les maîtres d'ouvrage ont été trompés dans la procédure d'attribution de leurs marchés et n'ont pu tirer parti des appels d'offres qui auraient dû leur permettre d'attribuer les marchés au meilleur prix.

Le Conseil a souligné que cette entente généralisée avait causé un dommage particulièrement grave à l'économie, les ententes ayant concerné un secteur d'activité en pleine expansion et un large territoire. Il a également souligné l'importance des marchés en cause (de l'ordre de 1 milliard d'euros).

Des sanctions exemplaires

Compte tenu de ces éléments, le Conseil de la concurrence a infligé aux majors du secteur des sanctions qui représentent 5 % de leur chiffre d'affaires – soit le maximum autorisé par la législation alors applicable [3] – et pour les autres des sanctions allant de 1 à 4 % de leur chiffre d'affaires. Cette décision a fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris (affaire pendante à la date de rédaction du présent rapport).

Décision 06-D-07 du 21 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux publics dans la région Île-de-France

3. La loi NRE a, depuis, modifié les dispositions de l'article L. 464-2 du Code de commerce en relevant le plafond de sanctions, lequel est passé de 5 % du dernier chiffre d'affaires de la société à 10 % du chiffre d'affaires mondial de l'entreprise ou du groupe. En l'espèce, c'est l'ancien plafond qui s'applique dans cette affaire.

Parfums et cosmétiques de luxe

Le Conseil de la concurrence a sanctionné treize sociétés [4] exploitant des marques de parfums et cosmétiques de luxe et trois [5] de leurs distributeurs pour s'être entendues sur les prix de vente au consommateur, supprimant de ce fait toute possibilité de concurrence entre les points de vente des produits.

Le montant total des amendes s'est élevé à 45,4 millions d'euros.

La mise en place d'ententes verticales sur les prix

Entre 1997 et 2000, les entreprises en cause se sont entendues avec les distributeurs de leur réseau pour faire cesser toute concurrence au niveau de la vente au détail des produits de leurs marques. Chaque fournisseur de parfums ou de cosmétiques fixait à ses distributeurs un « *prix public indicatif* », ainsi que le taux maximum de remise que les distributeurs étaient autorisés à pratiquer, de manière à fixer le prix de détail minimum des produits offerts à la vente. Par ailleurs, des contrôles des prix pratiqués, des pressions et des menaces de représailles commerciales étaient mis en œuvre à l'égard des distributeurs qui refusaient d'appliquer les prix *minima* imposés par la marque et qui souhaitaient se distancier de cette politique tarifaire. Les relevés de prix pratiqués au cours de l'enquête ont permis de constater l'efficacité de l'entente dans la mesure où les prix minima effectivement appliqués correspondaient aux prix communiqués par les fournisseurs.

La défense de l'image de la marque ne peut justifier les restrictions apportées au principe de la libre fixation des prix

La jurisprudence tant nationale qu'européenne autorise les marques, dont l'image est associée au luxe, à contrôler étroitement la situation des points de vente qui distribuent la marque et à vérifier la qualité de la présentation de leurs produits de façon à assurer leur mise en valeur à travers un réseau de distribution sélective.

Mais cette même jurisprudence n'autorise pas les marques à entraver la liberté que conserve chaque distributeur ainsi sélectionné de fixer son taux de marge et donc son prix au détail. En effet, cette liberté permet au consommateur final de faire jouer la concurrence entre les points de vente d'une même marque et d'obtenir ainsi de meilleurs prix.

Ces pratiques sont contraires aux articles 81 du traité CE et L. 420-1 du Code de commerce.

Le Conseil a déjà sanctionné à de nombreuses reprises des pratiques de prix « *indicatifs* » fonctionnant comme des prix *minima* imposés (03-D-45, calculatrices à usage scolaire / 05-D-07, Winchester, secteur des armes et munitions / 05-D-66, TVHA, secteur de l'électronique grand public / 05-D-70,

4. Beauté Prestige International (Jean-Paul Gaultier et Issey Miyake), Chanel, Parfums Christian Dior, Comptoir nouveau de la parfumerie (Hermès), ELCO (Clinique et Estée Lauder), Parfums Givenchy, Guerlain, Kenzo Parfums, L'Oréal Produits de luxe France, Pacific Création Parfums (Lolita Lempicka), Shiseido France, Thierry Mugler Parfums, Yves Saint-Laurent Parfums.

5. Marionnaud, Nocibé et Sephora.

cassettes vidéo pour enfants Disney), mais aussi l'octroi de remises conditionnées au respect des prix du fabricant (05-D-32, Royal Canin) ou encore des clauses relatives à la publicité de marques de luxe, dès lors qu'elles sont utilisées pour dissuader les distributeurs de faire porter leurs campagnes publicitaires sur les prix (96-D-72, Rolex / 01-D-45, Ray Ban).

Gravité des pratiques et dommage à l'économie

Les pratiques ayant pour objet et pour effet de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché sont constitutives de « *restrictions caractérisées* » de concurrence, au regard des lignes directrices de la Commission européenne du 13 octobre 2000 relatives aux restrictions verticales. Sans revêtir le caractère de gravité exceptionnelle des ententes horizontales entre concurrents (cartels), ces pratiques sont graves par nature car elles ont pour conséquence de confisquer, au profit des auteurs de l'infraction, le bénéfice que le consommateur est en droit d'attendre de la concurrence entre les revendeurs des produits d'une même marque.

Pour apprécier l'importance du dommage à l'économie causé par les pratiques, le Conseil a pris en compte la durée des pratiques et la taille du marché affecté (814,5 millions d'euros pour les marques qui ont fait l'objet de sanctions).

Cette décision a fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris (affaire pendante à la date de rédaction du présent rapport).

Décision 06-D-04 du 13 mars 2006, relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe

Produits de chauffage, sanitaires, plomberie et climatisation

Saisi par le ministre de l'Économie, le Conseil de la concurrence a sanctionné 69 entreprises spécialisées dans le négoce ou la fabrication d'appareils de chauffage, céramique sanitaire et robinetterie, ainsi que sept fédérations professionnelles de fabricants, grossistes et installateurs, pour avoir mis en œuvre, entre 1993 et 1998, des pratiques anticoncurrentielles.

Le Conseil a mis au jour plusieurs ententes horizontales et verticales organisées par les acteurs traditionnels du secteur, visant à évincer les grandes surfaces de bricolage (GSB) et a sanctionné les entreprises concernées à hauteur de 26 millions d'euros.

Des stratégies communes d'éviction pour entraver le développement des acteurs de la grande distribution et des coopératives d'installateurs

À l'occasion de réunions organisées pour la plupart sous l'égide de leurs fédérations professionnelles, les négociants-grossistes en produits de chauffage, sanitaires, plomberie et climatisation se sont entendus pour faire obstacle à l'approvisionnement des grandes surfaces de bricolage et des coopératives d'installateurs et limiter ainsi leur développement. Les membres de l'entente se sont accordés pour boycotter et menacer de déréférencement les fabricants ou fournisseurs approvisionnant les grandes surfaces de bricolage et les coopératives d'installateurs et faire pression sur les négociants-grossistes qui maintenaient leurs livraisons à ces derniers.

Par ailleurs, plusieurs groupements de référencement (Centramat, GSP, GSE) et certains de leurs membres négociants-grossistes ont mis en œuvre une politique commerciale anticoncurrentielle au travers du déréférencement ou de menaces de déréférencement à l'encontre des fabricants acceptant de livrer les GSB et les coopératives d'installateurs concurrentes. Enfin, le Conseil a démontré que la FNAS et les membres des groupements Centramat, GSP et GSE s'étaient, respectivement, concertés avec des fabricants pour freiner le développement ou la création de GSB ou de coopératives d'installateurs concurrentes.

Clauses restrictives de concurrence dans les contrats de distribution des chaudières

Par ailleurs, le Conseil de la concurrence a constaté que les contrats de distribution de plusieurs fournisseurs avaient pour objet et pour effet de réserver la revente des produits de chauffage aux seuls installateurs professionnels, obligation qui allait au-delà des impératifs légitimes de sécurité propres à ces appareils.

Le Conseil a estimé qu'il aurait été suffisant de prévoir une clause par laquelle le fournisseur acceptait de livrer tout distributeur en vue de la revente, dès lors que ce dernier s'engageait en contrepartie à s'assurer que l'installation ou le remplacement des appareils étaient assurés par un installateur professionnel ou donnait lieu à l'établissement systématique d'un certificat de conformité. Le Conseil a rappelé que, lorsqu'il est possible d'atteindre un même objectif par des moyens moins restrictifs de concurrence, cette solution doit être privilégiée.

Il a donc été enjoint aux sociétés Saunier Duval, ELM Leblanc, Chaffoteaux et Maury, Frisquet et De Dietrich Thermique de modifier leur contrat de distribution afin de supprimer les clauses restrictives en cause.

Cette décision a fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris (affaire pendante à la date de rédaction du présent rapport).

Décision 06-D-03 du 9 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie et climatisation

Taxis marseillais

Saisi en août 2004 par le ministre de l'Économie, le Conseil a rendu une décision dans laquelle il sanctionne cinq syndicats de taxis et trois réseaux de radios-taxis pour avoir mis en œuvre, à Marseille, entre 2002 et 2006, une entente anticoncurrentielle fixant un prix unique de cession des licences.

Syndicats et radio-taxis marseillais se sont entendus à partir de janvier 2002 sur le prix de revente des licences

- **L'ensemble de la profession organisait les reventes des licences, à un prix unique, en établissant une liste d'attente gérée par ses soins**

En France, la conduite d'un taxi est soumise à la détention d'une licence ou « *autorisation de stationnement* », délivrée par le maire ou le préfet. Si

certaines licences sont délivrées gratuitement, la plupart sont « *achetées* » sur un marché secondaire auprès d'un titulaire qui souhaite la céder, selon une procédure encadrée par la loi du 20 janvier 1995 (dite *« loi Pasqua »*).

Le 16 janvier 2002, six syndicats marseillais de taxis, sous l'égide de leur Intersyndicale, et avec la participation des radios-taxis, ont signé un protocole d'accord créant une liste unique des licences à vendre et fixant le prix de la licence à 38 100 euros. Si la grande majorité des parties mises en cause ne niait pas l'existence de cette entente et mettait en avant l'intérêt collectif de cette pratique pour la profession, le Conseil a rappelé qu'une entente sur les prix constitue une pratique anticoncurrentielle grave.

- **L'existence de menaces de rétorsion, en cas de non-respect par les artisans taxis de la liste unique, a permis à l'entente de fonctionner durablement**

Le Conseil a observé que l'entente avait fonctionné grâce aux pressions et menaces de représailles exercées sur les artisans-taxis qui souhaitaient acheter leur licence en dehors du dispositif de liste unique gérée par les syndicats. En effet, plusieurs éléments de l'enquête démontraient que les radios-taxis s'étaient engagés à écarter tout nouvel acquéreur de licence qui aurait acheté celle-ci en dehors de la liste unique.

Cette entente a eu pour effet d'augmenter le prix moyen de la licence à Marseille, d'entraver le développement de la profession et de nuire à la qualité du service rendu

Cette entente a eu pour effet d'augmenter considérablement le prix moyen de vente des licences à Marseille, qui est passé de près de 19 000 euros en 2000 à 50 000 euros en 2005, soit une hausse de 163 % en cinq ans.

Le Conseil a noté que cette hausse artificielle du prix des licences a eu pour conséquence :

– de rendre moins accessible la profession de chauffeur de taxi, en particulier aux plus jeunes ;
– d'inciter les chauffeurs de taxis à pratiquer les *maxima* des prix des courses ;
– de faire pression sur l'autorité réglementaire pour réévaluer chaque année ces maxima du fait du prix élevé d'achat des licences ;
– de concentrer l'activité des artisans-taxis sur les courses les plus rentables ;
– de faire pression sur les autorités municipales pour qu'elles ne créent pas de nouvelles autorisations délivrées à titre gratuit, en dépit de la croissance des besoins en taxis à Marseille.

Le Conseil a prononcé des sanctions pécuniaires proportionnées à la gravité des pratiques constatées

Le Conseil a considéré, à la lumière de la jurisprudence « *viandes bovines* » de la Commission européenne, qu'il convenait d'apprécier l'importance de ces sanctions au regard de la situation financière des membres des syndicats et associations professionnelles sanctionnés, alors même que les ressources de ces organisations seraient faibles ou nulles.

Le Conseil de la concurrence, eu égard à la gravité des pratiques relevées, du dommage causé à l'économie et de la situation des entreprises concernées,

a infligé des sanctions d'un montant total de 113 850 € à l'encontre de cinq syndicats de taxis et trois réseaux de radios-taxis.

Le Conseil a également prononcé une injonction de publication d'un résumé de la décision, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires, dans *La Provence* et dans *L'Artisan du taxi*.

Décision 06-D-30 du 18 octobre 2006, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des taxis à Marseille

Distribution des cycles et produits pour cyclistes

Saisi par le ministre de l'Économie, le 8 septembre 2004, de pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des cycles et produits pour cycles de moyenne et haut de gamme, le Conseil de la concurrence a sanctionné 22 entreprises pour avoir mis en œuvre une série d'ententes portant sur leurs pratiques commerciales.

Les petits détaillants ont coordonné leur politique commerciale et se sont entendus pour entraver le développement de détaillants concurrents, notamment des discounters

Réunis au sein de réseaux tels Mastercycle (aujourd'hui MC2R) ou Bouticycle, plusieurs détaillants avaient mis en place des concertations anticoncurrentielles, dans le but de réserver la distribution de cycles aux réseaux traditionnels.

Le Conseil a estimé que la fixation de prix de vente *minima* « *conseillés* » et de taux de marge prédéfinis étaient des pratiques graves, d'autant plus que les membres de Mastercycle et de Bouticycle étaient intervenus dans leurs réseaux respectifs pour faire respecter ces consignes et avaient exercé des pressions sur leurs fournisseurs afin qu'ils cessent de livrer les détaillants concurrents pratiquant des prix plus bas.

Le Conseil a également sanctionné certains fournisseurs pour avoir coordonné leur politique commerciale avec les détaillants.

Le Conseil a sanctionné l'existence de clauses anticoncurrentielles présentes dans les conditions générales de vente ou les contrats de distribution de plusieurs fournisseurs

Le Conseil a également sanctionné :

- une clause d'interdiction de rétrocession entre détaillants portant sur des matériels haut de gamme, qui a eu pour effet d'empêcher les *discounters* de s'approvisionner auprès d'autres fournisseurs européens ;
- des clauses subordonnant le référencement des fournisseurs au réseau Mastercycle au respect de prix dits « *conseillés* » ;
- des clauses imposant aux distributeurs des prix *minima* de détail ;
- une clause interdisant des exportations.

Enfin, le Conseil a pris en compte, au titre du dommage à l'économie, l'importance de la concurrence intermarque sur le marché, les pratiques en cause n'ayant affecté que la concurrence intramarque. Le montant total des sanctions s'est élevé à 580 000 €. Cette décision a fait l'objet d'un recours

devant la cour d'appel de Paris (affaire pendante à la date de rédaction du présent rapport).

Décision 06-D-37 du 7 décembre 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des cycles et produits pour cyclistes

Mesures conservatoires

Secteur de la diffusion de la presse

Saisi en septembre 2005 par les Messageries lyonnaises de presse (MLP) et par Agora Diffusion Presse, de pratiques mises en œuvre par les Nouvelles messageries de la presse parisienne (NMPP) et de la Société auxiliaire pour l'exploitation des messageries transport presse (SAEM-TP), le Conseil de la concurrence a rendu le 23 février 2006 une décision dans laquelle il leur a enjoint, à titre conservatoire et dans l'attente de sa décision au fond, de suspendre certaines dispositions de leur protocole interprofessionnel qui devaient entrer en vigueur le 2 mars 2006.

Les plans de revalorisation de la rémunération des diffuseurs

Depuis plusieurs années, les diffuseurs de presse, notamment les kiosquiers, connaissent des problèmes liés à des conditions de travail de plus en plus difficiles, à une rémunération insuffisante et à une faible valorisation de leur fonds de commerce.

Les taux de rémunération des diffuseurs s'étant révélés insuffisants pour faire face à leurs charges, un premier plan de revalorisation avait été mis en place et avait donné lieu à la signature de plusieurs accords interprofessionnels (30 septembre 1994 et 18 septembre 2001). Le principe de ces accords repose sur l'octroi d'une rémunération complémentaire aux diffuseurs qui remplissent certains critères de qualification.

Ce premier plan s'étant avéré insuffisant, un second plan de revalorisation de la rémunération des diffuseurs a été négocié aboutissant à la signature de deux protocoles interprofessionnels le 30 juin 2005 avec l'UNDP et le SNDP par les NMPP et la SAEM-TP. Par ailleurs, un avenant au protocole interprofessionnel du 18 septembre 2001 avait également été signé, à cette même date, en vue d'aménager les critères de qualification du premier plan.

La plainte des MLP et d'Agora presse

Les MLP et Agora soutenaient que les critères de qualification du second plan de revalorisation de la rémunération des diffuseurs présentaient un caractère discriminatoire, dans la mesure où ils favorisaient les diffuseurs liés au groupe des NMPP (comme les magasins *« Maisons de la Presse »* et *« Presse Mag »*) au détriment des autres diffuseurs.

Elles faisaient également valoir que plusieurs critères avaient un caractère fidélisant, les diffuseurs étant incités à concentrer leurs efforts de commercialisation sur les produits NMPP et SAEM-TP, au détriment des produits MLP.

L'analyse du Conseil de la concurrence

Après avoir analysé les stipulations de l'accord et de l'avenant en cause, le Conseil a estimé que l'économie générale du nouveau système de

rémunération des diffuseurs proposé par les NMPP et la SAEM-TP, qui cumulait plusieurs critères à caractère fidélisant, était susceptible d'avoir pour objet ou pour effet d'évincer l'unique messagerie concurrente du marché (les MLP) et de constituer à ce titre un abus de position dominante.

En effet, compte tenu du fort encombrement des dépôts de presse et des linéaires, une complète exposition de tous les titres n'est pas possible. Dès lors, une mise en valeur des titres relevant des deux messageries collectivement dominantes à laquelle le diffuseur est incité par une rémunération supplémentaire, ne peut se faire qu'au détriment des titres relevant des autres messageries, en l'occurrence, des MLP.

La décision de suspension ordonnée par le Conseil n'a cependant pas interdit la revalorisation de la rémunération des diffuseurs de presse. En effet, le décret du 25 novembre 2005 qui autorise des majorations dans la mesure où elles sont subordonnées « *à des critères objectifs transparents, équitables et non discriminatoires, de nature à garantir le respect du principe de neutralité tel qu'il est défini à l'article 11 de la loi n° 87-39 du 27 janvier 1987* », a relevé le plafond de la rémunération versée aux diffuseurs, ce qui permet de l'augmenter conformément aux critères du premier plan de revalorisation.

La décision du Conseil a été entièrement confirmée par la cour d'appel de Paris (arrêt du 9 mai 2006).

Décision 06-MC-01 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par les sociétés Messageries lyonnaises de presse et Agora Diffusion Presse

Secteur des crèches collectives

Le Conseil de la concurrence a ordonné à une association gestionnaire de crèches dans les Bouches-du-Rhône de suspendre l'application d'un avenant aux contrats de travail de ses salariés afin de garantir le bon déroulement d'un appel d'offres public.

Saisi le 22 février 2006 par la commune de Bouc-Bel-Air (Bouches-du-Rhône) de pratiques mises en œuvre par l'association Les Bouc'Choux, gérante des trois structures d'accueil de la petite enfance de la commune, le Conseil de la concurrence a ordonné à cette association de suspendre, à titre conservatoire, l'application d'un avenant au contrat de travail de 33 de ses salariés. Le Conseil a en effet estimé que cet avenant avait pour objet et pour effet de dissuader les concurrents des Bouc'Choux d'entrer sur le marché de la gestion des crèches de la commune.

L'avenant présentait le risque d'entraver la concurrence sur le marché de la gestion des crèches de la commune de Bouc-Bel-Air

Le Nouveau Code des marchés publics et la législation communautaire prévoient que l'attribution de la gestion des services de la petite enfance relève d'une procédure d'appel d'offres. Par ailleurs, les activités soumises à une procédure de marché public entrent dans le champ d'application de l'article 122-12 du Code du travail, qui prévoit que l'employeur entrant reprend tous les contrats de travail de l'employeur sortant.

C'est dans ce contexte que l'association Les Bouc'Choux avait adopté, en juin 2005, un avenant aux contrats de travail de ses salariés offrant à chacun une somme forfaitaire de 100 000 €, si l'effectif de leur employeur était amené à dépasser 60 personnes. L'association n'était pas concernée par cet avenant dans la mesure où son propre effectif était limité à une quarantaine de salariés. En revanche, la plupart de ses concurrents auraient été concernés par cette nouvelle clause, s'ils avaient repris l'activité de l'association.

Le Conseil a constaté que le mécanisme instauré par l'avenant faisait peser le coût du versement de la prime en question, non sur l'actuel employeur signataire de l'avenant (c'est-à-dire l'association elle-même) mais sur celui qui lui succéderait en cas d'obtention du marché et qui, en application de l'article 122-12 du Code du travail, aurait dû reprendre tous les salariés. Cette disposition contraignait donc un nouvel employeur potentiel, titulaire du marché, à verser la somme globale de 3,3 millions d'euros aux salariés signataires de l'avenant, ce qui dissuadait les entreprises concurrentes de présenter leur candidature à la gestion des crèches.

La mesure conservatoire prononcée par le Conseil a permis d'éviter qu'une éventuelle distorsion de concurrence ne survienne à l'occasion de la nouvelle procédure d'appel d'offres public

Le Conseil a relevé que les effets de l'adoption de cet avenant sur la procédure de mise en concurrence avaient été manifestes lors d'un premier appel d'offres intervenu en 2005 puisque plusieurs candidats s'étaient récusés en apprenant l'existence de l'avenant, conduisant la commune à déclarer l'appel d'offres infructueux. Son maintien hypothéquait donc sérieusement l'exercice d'une concurrence effective et non faussée lors du nouvel appel d'offres qui devait être lancé par la commune de Bouc-Bel-Air durant l'été 2006.

Le Conseil a donc enjoint à l'association Les Bouc'Choux de suspendre, à titre conservatoire, l'application de l'avenant jusqu'à la décision au fond ou jusqu'au constat de la suppression effective de l'avenant dans les formes légales, et d'en informer chaque salarié. L'association Les Bouc'Choux devait également rendre compte au Conseil, dans un délai d'un mois, de la situation des contrats de travail de ses salariés.

Décision 06-MC-02 du 27 juin 2006 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la commune de Bouc-Bel-Air

Desserte maritime de la Corse depuis le port de Marseille

Le 19 septembre 2006, la Compagnie méridionale de navigation (CMN) a saisi le Conseil afin de dénoncer des pratiques d'entente entre la SNCM, la collectivité territoriale de Corse (CTC) et l'Office des transports de la Corse (OTC) lors de la préparation et du déroulement de l'appel d'offres pour l'attribution de la délégation de service public relative aux liaisons maritimes entre Marseille et la Corse. Elle reprochait par ailleurs à la SNCM d'avoir abusé de sa position dominante en présentant une offre globale indivisible. Le 23 octobre 2006, la société Corsica Ferries a saisi à son tour le Conseil, se plaignant également du caractère abusif du comportement de la SNCM.

Dans une décision rendue le 11 décembre 2006, le Conseil a ordonné à titre conservatoire à la SNCM de rendre divisible son offre globale.

Le Conseil ne s'est pas estimé compétent pour examiner les pratiques d'entente dénoncées

S'agissant de l'entente, le Conseil de la concurrence a estimé que les comportements reprochés à la collectivité territoriale de Corse et à l'OTC – qui auraient cherché, au moyen d'une entente anticoncurrentielle avec la SNCM, à favoriser cette dernière en élaborant un règlement d'appel d'offres conçu « sur mesure » et en examinant les autres offres de manière discriminatoire, voire en les boycottant – n'étaient pas détachables des actes de puissance publique (règlement de l'appel d'offres et procédure de choix du délégataire) dont la légalité ne peut être appréciée que par le juge administratif.

S'agissant en revanche des pratiques d'abus de position dominante reprochées à la SNCM, le Conseil de la concurrence a estimé qu'elles étaient détachables et qu'il était donc compétent pour les examiner.

L'effet d'éviction de l'offre indivisible de la SNCM

Le dépôt d'une offre globale, qu'il soit autorisé – voire encouragé – ou non par l'entreprise ou la collectivité organisant la compétition, ne peut être considéré comme étant, par nature, abusif, même s'il émane d'une entreprise en position dominante. En effet, l'existence d'une position dominante ne doit pas priver l'opérateur qui la détient, de la possibilité de faire examiner son offre en fonction de ses mérites propres.

Cependant, dans la présente espèce, le Conseil a estimé que la SNCM – qui, à ce stade de l'instruction, pouvait être considérée comme étant en position dominante sur les marchés du transport du fret et des passagers sur les liaisons entre Marseille et la Corse – était susceptible d'avoir abusé de sa position dominante en présentant une offre indivisible.

En effet, l'effet d'éviction de l'offre présentée par la SNCM était incontestable dans la mesure où :

– d'une part, le recours (au moins partiel) au service de cette société était indispensable pour la collectivité, faute pour les autres concurrents de pouvoir formuler des offres portant sur l'ensemble des lignes ;
– d'autre part, le refus de la SNCM de s'engager de manière ferme sur le montant de la subvention demandée, ligne par ligne, ne permettait pas à l'OTC de comparer les différentes offres.

Il n'était donc pas exclu que la combinaison de ces deux facteurs ne laisse à la collectivité aucun autre choix que celui de confier à la SNCM le service public délégué, sauf à ne pas couvrir la totalité de ce service.

Dans ces conditions, la signature d'un contrat de délégation de service public risquait de créer un préjudice immédiat pour les intérêts des consommateurs ainsi que pour l'économie du secteur

Le contrat de délégation de service public de continuité territoriale arrivait à échéance le 31 décembre 2006 et la signature du contrat de renouvellement était imminente.

Le Conseil a estimé que l'attribution pour six ans d'une délégation de service public à l'issue d'une mise en concurrence faussée qui n'aurait pas permis de

garantir à la collectivité délégante et, à travers elle, aux contribuables corses, payeurs en dernier ressort de la subvention, un choix économique éclairé, constituait une atteinte grave et immédiate, en raison du caractère difficilement réversible du contrat de délégation qui aurait pu être signé.

Les mesures d'urgence à l'encontre de la SNCM

C'est pourquoi, afin de garantir les conditions d'une mise en concurrence effective dans les délais impartis par le calendrier de l'appel d'offres en cours, le Conseil de la concurrence a enjoint à la SNCM :

• *« dans les 48 heures suivant la notification de la décision :*

– *en premier lieu, d'indiquer à l'Office des transports de la Corse le montant ferme de la subvention sur lequel elle s'engage ligne par ligne dans l'offre qu'elle a déposée ;*
– *en deuxième lieu, de faire droit, dans les mêmes 48 heures, à toute demande de l'Office permettant à ce dernier d'évaluer le montant demandé, de manière ferme, pour les offres groupées qu'il souhaiterait étudier ;*
– *en troisième lieu, de préciser explicitement à l'Office qu'elle ne s'oppose ni à un examen par ce dernier, dans des conditions assurant le respect effectif de l'égalité de traitement entre les différentes candidatures, de son offre ligne par ligne ou regroupée, selon les critères auxquels entend recourir l'Office, ni – au terme de cet examen – à la possibilité d'une attribution partielle de la délégation. »*

• *« de s'abstenir de signer tout projet de contrat qui lui serait proposé pour une nouvelle délégation de service public relative à la desserte maritime de la Corse à partir de Marseille tant qu'elle n'aura pas justifié, par une lettre adressée au bureau de la procédure du Conseil de la concurrence, avoir exécuté l'injonction prononcée* [...] *ci-dessus. »*

Décision 06-MC-03 du 11 décembre 2006, relative à des demandes de mesures conservatoires dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent

■ Activité communautaire et internationale

Europe

Depuis le 1er mai 2004, le Conseil de la concurrence, conformément à l'article 35 du règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002, est, avec la DGCCRF, l'une des deux autorités nationales de concurrence françaises au sein du Réseau européen de concurrence (*European Competition Network* – ECN).

L'année 2006 est la deuxième année d'existence du réseau et témoigne d'une coopération efficace entre autorités de concurrence.

Il convient de rappeler qu'à l'origine, ce système d'échange d'informations est fondé sur les articles 81 et 82 du traité CE et sur le règlement CE n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81

et 82 du traité. Ce règlement a institué un réseau de coopération entre la Commission et les autorités de concurrence des États membres. Il permet à la fois aux autorités de concurrence de coordonner la mise en œuvre des articles 81 et 82 et de s'entraider dans la gestion des cas.

La coordination au sein du réseau

Dans la mesure où les autorités de concurrence des États membres peuvent toutes être conduites à appliquer les règles communautaires aux pratiques de concurrence, une coordination est apparue indispensable pour le bon fonctionnement de ce 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 décision, la Commission exerce un contrôle afin de s'assurer de la cohérence d'ensemble du système, avant que l'autorité nationale prenne sa décision.

La phase d'allocation des cas (article 11 § 3)

L'article 11 § 3 du règlement n° 1/2003 (ci-dessous « *11 § 3* ») dispose que « *les autorités de concurrence des États membres informent la Commission par écrit avant ou sans délai après avoir initié la première mesure formelle d'enquête. Cette information peut également être mise à la disposition des autorités de concurrence des autres États membres* ». En pratique, cette information des autres autorités de concurrence, y compris de la Commission européenne, au début de la procédure, se fait par diffusion, sur l'intranet du réseau, d'un formulaire type appelé fiche « *11 § 3* » ou fiche « *New case* ».

L'élément qui déclenche la mise sur le réseau d'une affaire est l'affectation du commerce entre États membres. L'examen de cette condition d'applicabilité du droit communautaire est d'abord réalisé 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 européenne et de la jurisprudence du Tribunal de première instance ou de la Cour de justice des communautés européennes.

En 2006, le Conseil de la concurrence a appliqué le droit communautaire dans les affaires suivantes :

La décision **06-D-03** du 9 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie, climatisation ; la décision **06-D-04** du 13 mars 2006 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe ; la décision **06-D-06** du 17 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'hébergement

touristique en gîtes ruraux et en chambres d'hôtes ; la décision **06-D-09** du 11 avril 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication des portes ; la décision **06-D-18** du 28 juin 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité cinématographique ; la décision **06-D-22** du 21 juillet 2006 relative à des pratiques mises en œuvre par la société NGK Spark Plugs France sur le marché des bougies pour deux-roues ; la décision **06-D-26** du 15 septembre 2006, relative à la saisine des sociétés Lamy Moto et Moto Ouest à l'encontre des sociétés Yamaha Motor France et MBK et la décision **06-D-37** du 7 décembre 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des cycles et produits pour cyclistes.

On signalera également les deux décisions d'engagements concernant la vente par internet qui « *par nature, est ouvert au commerce transfrontalier* » : la décision **06-D-24** du 24 juillet 2006 relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France et la décision **06-D-28** du 5 octobre 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels Hi-Fi et Home cinéma.

Concernant la mise sur le réseau de fiches *« 11 § 3 »*, l'année 2006 a été une année riche. En effet, entre le 1er janvier et le 31 décembre 2006, le Conseil a mis 23 fiches *« 11 § 3 »* sur le réseau intranet, alors que ce nombre était de 17 en 2005 et que le nombre global des fiches « *11 § 3* » établies au sein du réseau est en baisse (200 en 2004, 182 en 2005 et 136 entre le 1er janvier et le 30 novembre 2006).

Parmi les 25 États membres de l'Union européenne en 2006, la France (Conseil de la concurrence et DGCCRF) se trouve en tête des diffusions de fiches *« 11 § 3 »* sur le réseau. Entre le 1er mai 2004 et le 31 mars 2007, les autorités françaises de concurrence ont mis 111 fiches sur le réseau (soit 70 pour le Conseil de la concurrence), suivies par le *Bundeskartellamt* de l'Allemagne (74 fiches), la NMA des Pays-Bas (51 fiches), le GVH de la Hongrie (44 fiches) et l'OFT du Royaume-Uni (40 fiches) [6].

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.

Avec le règlement nº 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.

6. Informations publiées sur le site de la Commission européenne (http://ec.europa.eu/comm).

Le règlement nº 1/2003 est fondé sur un régime de compétences parallèles : toutes les autorités de concurrence ont désormais l'obligation d'appliquer les articles 81 et 82 du traité CE, lorsqu'il y a affectation du commerce entre États membres. Dans ce cadre, si les autorités de concurrence sont tenues d'opérer une division efficace du travail en collaborant étroitement avec leurs homologues, lorsque cela est nécessaire pour l'instruction d'une affaire, chacune d'entre elles conserve son pouvoir de décider d'enquêter ou non sur une affaire. À ce titre, la communication relative à la coopération au sein du réseau explique que, dans la plupart des cas, l'autorité qui reçoit une plainte ou entame une procédure d'office reste en charge de l'affaire.

Le rôle de la Commission (article 11 § 4)

L'article 11 § 4 du règlement nº 1/2003 dispose qu'« *au plus tard 30 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 par catégorie, les autorités de concurrence des États membres informent la Commission.* [...] *Ces informations peuvent aussi être mises à la disposition des autorités de concurrence des autres États membres* ». Il s'agit d'un mécanisme de consultation obligatoire de la Commission avant la fin de la procédure, qui confère à la Commission un rôle de pilotage du réseau.

Il y a lieu de souligner que cette obligation d'informer la Commission est limitée aux décisions ordonnant la cessation d'une infraction, acceptant des engagements ou retirant le bénéfice d'un règlement d'exemption par catégorie. Pour toutes les autres décisions, l'information de la Commission et des autres ANC est facultative et se fait dans le cadre de l'article 11 § 5 du règlement.

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 des obligations prévues à l'article 11 § 4 du règlement nº 1/2003 (dite « *fiche 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 2006, le Conseil de la concurrence a introduit neuf fiches 11 § 4 sur le réseau, ce qui constitue une diminution par rapport à 2005 où le nombre de fiches 11 § 4 s'élevait à seize. Le Conseil de la concurrence se montre cependant très actif en ce qui concerne les fiches 11 § 4. Entre le 1er mai 2004 et le 31 mars 2007, le Conseil de la concurrence a diffusé 34 fiches 11 § 4 sur l'ECN, suivi par la NMA des Pays-Bas (25 fiches) et la *Konkurrencestyrelsen* du Danemark (17 fiches) [7].

Afin de pouvoir suivre les procédures des autorités de concurrence jusqu'à leur terme, le règlement nº 1/2003 a également prévu la rédaction d'une fiche type dite « *closed case* ». Sur une base facultative, les autorités peuvent ainsi informer les autres membres du réseau de l'issue d'une procédure. Le Conseil de la concurrence qui avait établi onze fiches « *closed case »* en 2005 en a doublé le nombre en 2006 (22).

7. Informations publiées sur le site de la Commission européenne (http://ec.europa.eu/comm).

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 nº 1/2003, les autorités peuvent se prêter assistance mutuelle dans la réalisation de leurs enquêtes. Depuis le 1er mai 2004, l'article 12 du règlement nº 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 (article 22)

Afin d'aider les autorités de concurrence à appliquer efficacement les articles 81 et 82 du traité CE, le règlement nº 1/2003 a conféré 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 la division du travail entre eux et l'application cohérente des articles 81 et 82 du traité 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 nº 1/2003 offre donc la possibilité à une autorité nationale de concurrence d'effectuer sur son territoire toute enquête et inspection 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 sur la base de l'article 12 du règlement nº 1/2003.

En 2006, au titre de l'article 22 du règlement nº 1/2003, le Conseil de la concurrence a sollicité les services de l'Autorité de concurrence italienne *(Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato)*. La DGCCRF a, pour sa part, demandé l'assistance de la SPF, l'autorité de concurrence belge.

D'autres affaires ont donné lieu à une assistance de la part de la DGCCRF laquelle, au titre de l'article 35 du règlement nº 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 (article 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. Alors que ce type de disposition 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.

L'article 12 § 1 du règlement n° 1/2003, explicité dans le considérant n° 16, donne aux autorités nationales et communautaires de concurrence le pouvoir d'échanger et d'utiliser comme moyen de preuve 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. Toutes les informations obtenues dans le cadre de l'application des articles 81 et 82 du traité CE 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 n° 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 n° 1/2003, qu'en ce qui concerne les échanges opérés sur la base volontaire des dispositions de l'article 12.

Dans la pratique, en 2006, 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 n° 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.

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 n° 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* ».

En pratique, ces discussions se traduisent, d'une part, par des groupes de travail de différentes compositions et, d'autre part, par l'association des autorités nationales de concurrence aux décisions contentieuses de la Commission européenne.

Les groupes de travail

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* »), sur des sujets très variés. 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. À titre d'exemple, la dernière réunion plénière de l'année 2006 a porté sur l'adoption d'un programme modèle de clémence élaboré par le groupe de travail spécialisé sur la clémence.

En deuxième 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 seize groupes de travail, tels que, notamment, le secteur pharmaceutique, les professions réglementées, les services financiers, l'automobile, l'environnement, les télécommunications. Ces groupes sont généralement coprésidés par la Commission et une autorité nationale.

En 2006, l'un des groupes les plus actifs était le groupe *Banking*. Ce groupe est un lieu d'échange d'informations sur des sujets liés à la mise en œuvre du droit de la concurrence dans le secteur des banques et d'une large gamme de services, tels que les infrastructures de paiement, les paiements d'entreprises et de particuliers et les cartes bancaires.

En 2006, le groupe de travail s'est essentiellement concentré sur deux domaines : les enquêtes sectorielles (*sector inquiries*) sur les opérations bancaires portant sur les comptes personnels d'une part, et l'examen des marchés des cartes bancaires, d'autre part.

L'année 2006 a également constitué la première année d'existence du groupe travaillant sur le secteur pharmaceutique *Pharmaceuticals*. Après les réponses apportées par l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire Bayer-Adalat en 2004, les conclusions de l'avocat général Jacobs et l'arrêt de la Cour du 31 mai 2005 en réponse à la question préjudicielle de l'autorité grecque de concurrence dans l'affaire Syfait, la Commission et les autorités nationales ont considéré qu'il était 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. Le groupe *Pharmaceuticals* s'est réuni pour la première fois en mars 2006 et a débattu de la méthodologie, des éléments à prendre en considération pour définir les marchés des médicaments ainsi que de la pratique décisionnelle relative à la distribution de produits pharmaceutiques.

Le groupe *Énergie*, créé en 2004, joue un rôle de forum de discussion sur des questions clés et sur l'élaboration d'une approche commune dans l'application des règles communautaires de concurrence sur les marchés de l'énergie. Ce groupe a également pour but d'encourager la surveillance de la concurrence sur les marchés énergétiques de l'Union.

Les travaux du groupe *Énergie* en 2006 se sont concentrés sur l'état de la concurrence dans le secteur de l'électricité et du gaz. La Commission avait lancé, en juin 2005, des enquêtes sectorielles dans ces deux secteurs. Les résultats récoltés dans les États membres ont été analysés lors des réunions de 2006. Le 30 novembre 2006, 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.

En troisième lieu, dès avant l'entrée en vigueur du règlement nº 1/2003, 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 à la mise en œuvre de l'article 82 du traité CE.

Le groupe de travail relatif aux programmes de clémence a porté ses fruits en 2006. Ce groupe de travail a été créé pour résoudre le problème né du fait que dans un régime de compétences parallèles entre la Commission et les autorités nationales de concurrence, une demande de clémence adressée à une autorité donnée n'est pas considérée comme une demande de clémence adressée à une autre autorité. En pratique, une entreprise a intérêt à demander la clémence auprès de toutes les autorités de concurrence qui sont compétentes pour appliquer l'article 81 du traité CE sur le territoire affecté par l'infraction et qui peuvent être considérées comme bien placées pour agir contre l'infraction en question.

Afin de résoudre ce problème, le groupe de travail a publié, le 29 septembre 2006, un programme modèle dont le but est d'éviter que les entreprises qui pourraient solliciter le bénéfice de la clémence ne soient dissuadées de le faire en raison des divergences entre les programmes de clémence existant au sein du réseau. Dans cette perspective, le programme modèle établit le traitement auquel une entreprise qui demande la clémence peut s'attendre de la part de toute autorité membre du réseau, une fois que tous les programmes auront été alignés sur le modèle. Le programme modèle définit un cadre permettant de récompenser les entreprises membres à un cartel pour leur coopération. Il est prévu que les autorités nationales de concurrence mettent tout en œuvre, dans les limites de leurs compétences, pour aligner leurs programmes respectifs sur le programme modèle du réseau. Le programme n'empêche toutefois pas une autorité de concurrence d'adopter une approche plus favorable envers les entreprises qui demandent la clémence dans le cadre de son programme.

En ce qui concerne le groupe *Article 82*, un « *discussion paper* » a été publié le 19 décembre 2005. Les personnes intéressées pouvaient transmettre leurs observations jusqu'au 31 mars 2006. Les autorités nationales de concurrence ont échangé leurs points de vue en mai 2006. La commissaire Neelie Kroes a animé une discussion publique qui a eu lieu le 14 juin 2006.

En 2005, la Commission avait 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 de pratiques anticoncurrentielles et de concentrations, il est apparu utile de réunir les autorités de concurrence sur le sujet. À cet égard, il convient de préciser qu'un grand nombre d'États membres, dont le Conseil de la concurrence, ont formellement créé un poste et défini une fonction de chef économiste au sein de leur autorité.

En établissant un contact plus étroit entre les économistes des autorités nationales de concurrence et la Commission européenne, ce groupe de travail vise à développer une expertise technique ainsi qu'une approche commune dans l'application d'outils de modélisation destinés à la politique de concurrence.

Le groupe des chefs économistes s'est réuni pour la première fois en septembre 2005. Les travaux de l'année 2006 ont surtout porté sur les méthodes de travail des économistes des autorités de concurrence, notamment dans le domaine des abus de position dominante et des concentrations.

Le comité consultatif (article 14)

Le Conseil de la concurrence prend activement part aux comités consultatifs de la Commission européenne.

Le comité consultatif, institué par l'article 14 du règlement n° 1/2003, réunit régulièrement les services de la Commission et les représentants des autorités nationales de concurrence, ces derniers devant donner leur avis sur les avant-projets de décision de la Commission européenne. La Commission européenne, dans sa Communication relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence du 27 avril 2004, définit ce comité comme « *l'enceinte où les experts des diverses autorités de concurrence examinent certaines affaires ainsi que des questions générales relevant du droit communautaire de la concurrence* ».

La Commission européenne a l'obligation de consulter le comité consultatif et de tenir « *le plus grand compte* » de son avis.

Courant 2006, la Commission a adopté une vingtaine de décisions. Ces décisions portaient essentiellement sur des sanctions de cartels de dimension communautaire, voire internationale. Le Conseil de la concurrence a donc eu maintes opportunités de transmettre ses observations à l'autorité communautaire.

Mais le comité consultatif ne donne pas seulement son avis sur des décisions de la Commission. À titre d'exemple, en 2006, il s'est prononcé sur les nouvelles lignes directrices relatives au calcul des amendes de la Commission. Ces lignes directrices ont été publiées le 1er septembre 2006 et s'appliquent à toutes les affaires dont la communication des griefs a été notifiée aux parties après le 1er septembre 2006.

Ces nouvelles lignes directrices apportent des changements considérables au calcul des amendes par la Commission. En ce qui concerne le montant de départ, bien que celui-ci, comme avant, soit déterminé en fonction de la gravité et de la durée de l'infraction, il n'est plus calculé à partir d'une somme forfaitaire, mais en proportion de la valeur des ventes de biens et services réalisées par l'entreprise durant la dernière année d'exercice dans le secteur géographique concerné et à l'intérieur du territoire de l'EEE.

En ce qui concerne la prise en compte de la durée de l'infraction, l'augmentation de 10 % par année entière qui était la règle jusqu'au 1er septembre 2006 se trouve remplacée par une multiplication par le nombre d'années de durée de l'infraction.

Enfin, afin de renforcer la lutte contre les cartels, la Commission a désormais la possibilité d'ajouter systématiquement une pénalité comprise entre 15 et 25 % du montant de base en cas de participation au cartel (droit d'entrée).

Le poids de la récidive, en tant que circonstance aggravante de l'infraction, est accru. Sous l'ancien régime, l'augmentation du montant de l'amende à ce

titre s'élevait systématiquement à 50 %. Désormais, la majoration pourra atteindre 100 %. Enfin, la Commission pourra prendre en compte, pour constater la récidive, non plus seulement ses décisions antérieures, mais également les décisions de toutes les autorités nationales de concurrence membres du réseau. Par conséquent, l'échange d'information entre autorités nationales de concurrence décrit ci-dessus prend toute son importance.

International

Au cours de l'année 2006, le Conseil de la concurrence est demeuré très présent au sein des organisations intergouvernementales et non gouvernementales consacrant tout ou partie de ses travaux à la politique et au droit de la concurrence. Il a également poursuivi son activité bilatérale.

Par ailleurs, dans le cadre de la réorganisation interne souhaitée par son président, le Conseil de la concurrence a décidé, à la fin de l'année 2006, de confier à l'avenir la définition et la mise en œuvre de son activité internationale à un nouveau service, le service du président.

Ce service aura notamment pour mission :

- de représenter le Conseil de la concurrence au sein des organisations internationales à caractère intergouvernemental ou non gouvernemental ;
- de définir la position du Conseil de la concurrence dans ces différentes instances ;
- de conduire pour son compte les négociations ou les consultations relatives aux différents aspects institutionnels, matériels et procéduraux de la politique et du droit de la concurrence ;
- de représenter le Conseil de la concurrence auprès des autorités de concurrence des pays tiers ;
- d'animer les relations bilatérales dans lesquelles le Conseil de la concurrence est engagé.

L'année 2006 constitue donc un exercice de transition. Le bilan qui en est dressé ci-après ne fait pas état de l'ensemble de l'activité internationale du Conseil de la concurrence, mais se focalise sur certains aspects méritant d'être évoqués soit en raison de développements nouveaux, soit parce qu'ils traduisent les priorités définies en début d'exercice.

Les activités multilatérales

Dans les enceintes multilatérales, le Conseil de la concurrence a notamment participé cette année aux travaux de la Conférence des Nations unies pour la coopération et le développement (CNUCED), de l'Organisation pour la coopération et le développement économiques (OCDE), du réseau International de Concurrence (ICN) et de l'*American Bar Association* (ABA).

Les travaux menés au sein de la CNUCED

Le Conseil de la concurrence participe depuis de nombreuses années aux activités du groupe intergouvernemental d'experts de concurrence de la CNUCED.

La septième session du groupe intergouvernemental d'experts, qui s'est tenue à Genève (Suisse) du 30 octobre au 2 novembre 2006, a porté sur cinq questions :

– ont été analysés, en premier lieu, les mécanismes de coopération et de règlement des différends relatifs à la politique de concurrence prévus par les accords régionaux de libre-échange. Il existe environ 300 accords régionaux ou bilatéraux, dont une centaine contient des clauses relatives à la concurrence. Ce type d'accord s'est fortement développé ; de nombreuses organisations régionales se sont engagées dans cette voie et certaines d'entre elles, comme la Communauté des États de l'Est africain (EAC) et le Marché commun d'Afrique orientale et australe (COMESA) réfléchissent à l'opportunité de créer une autorité de concurrence régionale. L'intégration de clauses de ce type dans les accords régionaux constitue un facteur important de diffusion du droit de la concurrence, et contribue à encourager les États ne disposant pas d'une telle législation à s'en doter, ainsi l'Équateur et la Bolivie dans le cas de la Communauté andine ;
– a été évoquée, en deuxième lieu, la relation entre le droit et la politique de la concurrence et les subventions. Ce débat s'est déroulé en deux temps. La première partie de la discussion a porté sur le contrôle des aides d'État. La Commission européenne et le Royaume-Uni ont présenté les objectifs et les caractéristiques de cette réglementation. La seconde partie du débat a porté sur les subventions à l'exportation ;
– la session s'est intéressée, en troisième lieu, à la relation entre les autorités de concurrence et les autorités de régulation. Ce thème a particulièrement intéressé les pays en voie de développement dans lesquels, à l'instar du Cameroun, du Kenya, du Maroc et de la Zambie, des autorités de régulation sectorielle ont été créées avant l'autorité de concurrence ;
– l'attention s'est portée, en quatrième lieu, sur la coopération internationale dans le cadre des enquêtes et des poursuites visant les ententes caractérisées dans les pays en développement. Il existe une grande variété d'instruments de coopération, ces derniers permettant un échange d'informations confidentielles (par exemple, l'accord États-Unis/Australie), une reconnaissance mutuelle (par exemple, entre la Corée du Sud et la Turquie) ou une coopération informelle. Le représentant de la Commission européenne a estimé que la situation n'était pas satisfaisante en ce qui concerne l'échange d'information avec des pays extérieurs à l'Union, notamment dans la mesure où les informations recueillies dans le cadre de la clémence ne peuvent être communiquées qu'avec l'autorisation expresse des entreprises ;
– en cinquième et dernier lieu, il a été procédé à une revue par les pairs de la Tunisie sous la présidence de M. Mateus, président de l'Autorité de concurrence portugaise. Les progrès considérables effectués par la Tunisie en matière de concurrence durant la dernière décennie ont été unanimement salués et des recommandations ont été faites, principalement au sujet du niveau des sanctions, de la communication et de la formation. Sur ce dernier point, M. Jeribi, président du Conseil de la concurrence tunisien, a tenu à remercier la CNUCED, la Commission européenne et la France de leur coopération. M. Tounakti, directeur général de la concurrence et de la recherche économique, a notamment ajouté que l'effort de formation serait poursuivi et approfondi dans les secteurs complexes.

Les représentants tunisiens ont ensuite engagé une discussion avec les représentants de la France, du Royaume-Uni et des États-Unis au sujet, notamment, des actions de sensibilisation à mettre en œuvre afin de contribuer à la création ou au renforcement d'une culture de concurrence.

Les travaux menés au sein de l'Organisation pour la coopération et le développement économiques (OCDE)

Comme chaque année, le Conseil de la concurrence a participé, au sein de la délégation française au Comité de la concurrence de l'OCDE, aux tables rondes organisées pendant les trois différentes sessions destinées à nourrir les débats avec les pairs.

La session de février 2006 a permis d'approfondir en particulier deux sujets :

– le premier concernait les conditions d'application du droit de la concurrence aux concessions. À cette occasion, le président Lasserre a présenté la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence en la matière, en faisant état notamment de la décision 05-D-58 du Conseil de la concurrence du 3 novembre 2005 relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'eau potable en Île-de-France, dans laquelle l'attention des collectivités territoriales de la région a été attirée sur l'importance d'introduire une réelle concurrence sur le marché amont de la fourniture d'eau ;
– le second sujet évoqué était la répression des ententes en cas d'absence de preuve directe de l'existence de l'accord. À ce sujet, le Conseil de la concurrence a notamment présenté un cas d'entente sanctionnée récemment dans le secteur du transport urbain de voyageurs, dans lequel la sanction a pu être imposée parce qu'un faisceau d'indices graves, précis et concordants permettait d'en retenir l'existence.

Par ailleurs, la session a constitué l'occasion d'un examen de Taiwan par les pairs. Cet exercice a permis de mettre en lumière la montée en puissance de la politique de concurrence sous l'égide de l'autorité de concurrence taiwanaise, la *Fair Trade Commission*, avec laquelle le Conseil de la concurrence entretient des relations particulièrement suivies, notamment depuis qu'un accord bilatéral de coopération technique a été signé en 2004.

Durant la session de juin 2006, une table ronde consacrée aux sanctions et aux mesures correctrices en cas d'abus de position dominante a été organisée par le Comité de la concurrence de l'OCDE.

La discussion a d'abord conduit à faire état des éléments saillants des contributions des diverses délégations :

– la prédominance, dans les faits, des remèdes de nature comportementale, bien que de nombreux pays considèrent que les remèdes structurels devraient faire l'objet d'un usage plus fréquent ;
– l'application privilégiée des mesures correctrices dans le cadre de pratiques mises en œuvre au sein des industries de réseaux (télécommunications, énergie, etc.) ;
– la réflexion encore limitée à propos de l'effet dissuasif de ces mesures.

Trois sujets ont ensuite fait l'objet d'une attention particulière : les sanctions pécuniaires, les remèdes et les engagements.

S'agissant des engagements, la discussion a permis de souligner la richesse et la diversité des outils utilisés par les autorités nationales de concurrence dans le cadre de la mise en œuvre de leur politique de la concurrence.

À ce titre, l'importance que revêtent les mesures conservatoires a été mise en relief, le Conseil de la concurrence étant fréquemment conduit à faire usage de cet outil qui lui permet d'agir en temps réel en faisant échec, lorsque cela s'avère possible et nécessaire, à des pratiques unilatérales condamnables avant que leurs effets ne se soient fait sentir durablement ou ne soient devenus irrémédiables.

À cette occasion, le président Lasserre a relevé que la procédure d'engagements, mise en place en novembre 2004 et permettant de mettre fin à certaines pratiques potentiellement anticoncurrentielles à échéance relativement brève, faisait également l'objet d'une utilisation croissante.

Il a également précisé que les engagements permettaient de cibler au mieux les remèdes portés aux problèmes de concurrence, par le moyen d'une discussion constructive avec l'entreprise auteur de la pratique potentiellement abusive.

Par ailleurs, lors de cette même session, la délégation française s'est exprimée sur le lien entre l'environnement et la concurrence et sur l'application du droit de la concurrence par la voie de l'action de groupe.

S'agissant du premier thème, la contribution française a souligné que, si le droit de la concurrence et le droit de l'environnement poursuivent des objectifs distincts, le contrôle du respect des règles de concurrence peut contribuer à une bonne application des règles environnementales. À ce titre, M^me^ Anne Perrot, vice-présidente du Conseil de la concurrence, a notamment présenté l'apport de l'économie industrielle à l'étude des liens entre environnement et concurrence. Dans ce contexte, elle a cité le cas des marchés de droits à polluer, des certificats d'économie d'énergie ou des éco-industries dont les acteurs recyclent certains matériaux ou dépolluent des sites. Elle a précisé que les autorités nationales de concurrence, en général, et le Conseil de la concurrence, en particulier, sont fondés à surveiller le fonctionnement concurrentiel de ces marchés de droits, fonctionnement concurrentiel qui permettra de surcroît une diminution du prix de traitement de la pollution.

Sur le second thème, relatif à la question de l'interaction entre action civile et publique, la délégation française a précisé son attachement au maintien de la notion de dommages et intérêts compensatoires, ainsi qu'aux principes directeurs du procès civil.

Au cours de la session d'octobre 2006, la France a également participé à certaines tables rondes concernant la reconnaissance préalable de culpabilité et les solutions négociées dans les affaires d'entente. La délégation française a présenté une note sur la procédure de non-contestation, qui permet de réduire les sanctions des entreprises qui ne contestent pas les griefs notifiés et prennent des engagements pour l'avenir.

Enfin, dans le secteur des activités bancaires, la France a fait un bilan de la législation en vigueur, de la pratique décisionnelle et de la jurisprudence en la matière, et évoqué en particulier le rapport remis en 2005 par M. Philippe Nasse, vice-président du Conseil de la concurrence, en sa qualité de conseiller

honoraire à la Cour des comptes, qui préconise un cadre général d'analyse des coûts de sortie qui pourrait être appliqué au secteur de la banque de détail et émet des propositions visant à réduire ces coûts de sortie.

*Les travaux au sein du Réseau international de concurrence (*International Competition Network – *ICN)*

L'ICN est un réseau informel créé le 25 octobre 2001, à l'initiative des États-Unis. Il regroupe des autorités de concurrence et des représentants du secteur privé et se consacre exclusivement aux questions de concurrence. Il vise à permettre à la fois la convergence volontaire des droits nationaux de la concurrence et la coopération entre autorités nationales de concurrence.

Le Conseil de la concurrence, qui est membre de l'ICN, a participé en 2006 à sa conférence annuelle, présidée par M. Ulf Böge, président de l'autorité allemande de concurrence (*Bundeskartellamt).* Cette conférence a rassemblé à Cape Town (Afrique du Sud) 97 pays, soit sept de plus que lors de la précédente conférence, ainsi que des membres d'organismes internationaux et des représentants d'organisations ou d'autres entités non gouvernementales.

Les travaux de la conférence, qui ont porté sur un certain nombre d'aspects théoriques et pratiques du droit de la concurrence, se sont en particulier traduits par les résultats suivants :

– le groupe de travail sur les cartels a présenté les premiers chapitres consacrés, d'une part, au manuel relatif à l'élaboration et à l'application de programmes efficaces de clémence et, d'autre part, au manuel d'application sur la collecte des preuves dématérialisées ou numériques. Eu égard à la diversité des approches adoptées par les différents systèmes nationaux en la matière, il est apparu nécessaire de privilégier, dans un premier temps, la tenue de débats dans le cadre de structures plus resserrées, par exemple le Réseau européen de concurrence, et d'inscrire ces débats, dans un second temps, dans une structure internationale ;
– en matière d'abus de position dominante, le Conseil de la concurrence est associé aux travaux du nouveau groupe de travail sur les pratiques unilatérales (*Unilateral Conduct Working Group*), piloté par les autorités de concurrence allemande et américaine. Ce groupe de travail a ciblé son activité sur les objectifs (*Subgroup on Objectives*) et sur la dominance et le pouvoir de marché (*Subgroup on the Assessment of Dominance/Market Power)*.

Enfin, fort de la pratique décisionnelle développée par le Conseil de la concurrence dans le domaine des communications électroniques, le président Lasserre a prononcé un discours sur la mise en œuvre de la concurrence dans ce secteur et est intervenu au cours des débats relatifs aux relations entre les cadres réglementaires sectoriels et de concurrence, en particulier par référence aux cas néo-zélandais et français.

La conférence annuelle de printemps de la section antitrust *de l'*American Bar Association *du 28 au 31 mars 2006 à Washington DC*

Le président Lasserre, qui était convié à la 54e conférence annuelle de printemps de la section *antitrust* de l'*American Bar Association* à Washington DC, a participé au panel concernant le thème relatif aux perspectives d'application

du droit de la concurrence dans le monde : « *Enforcement perspectives around the world* », qui a réuni les représentants d'autorités de concurrence du Brésil (*Conselho Administrativo de Defesa Economica*), du Mexique (*Comision Federal de Competencia*), de l'Union européenne, en particulier de l'Allemagne (*Bundeskartellamt),* de la France, du Royaume-Uni (*Office of Fair Trading*) et d'Asie, en particulier du Japon (*Japan Fair Trade Commission* – JFTC).

Le président Lasserre a pris part, aux côtés de M. Böge, président de l'autorité allemande de concurrence *(Bundeskartellamt)* et ancien président de l'ICN et de M. Takeshima, président de l'autorité japonaise de concurrence (*Japan Fair Trade Commission* – JFTC), à la discussion relative aux restrictions de concurrence imputables aux États (« *Addressing State Imposed or Facilitated Restraints* »). Cette table ronde était présidée par M. Monti, ancien membre de la Commission européenne, commissaire à la concurrence et président de l'université Bocconi.

Le président Lasserre a notamment présenté, devant un public de spécialistes américains du droit de la concurrence, la répartition des compétences entre les autorités nationales de concurrence et la Commission européenne depuis l'entrée en vigueur du règlement n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des articles 81 et 82 du traité CE.

Les activités bilatérales

Le cadre succinct du présent rapport ne permettant pas d'évoquer l'intégralité des activités bilatérales du Conseil de la concurrence en 2006, il apparaît opportun d'insister ci-après sur les trois priorités définies au début de l'exercice.

Dans ses relations avec les pays non francophones, le Conseil de la concurrence s'est attaché à renforcer progressivement ses relations avec les autorités de concurrence de certains pays d'Asie. Il a, par ailleurs, entamé un dialogue global avec les autorités de concurrence de pays francophones. Il a enfin participé, avec certains pays récemment dotés d'un cadre réglementaire en matière de concurrence, à des programmes de jumelage ciblés devant permettre l'enrichissement réciproque des parties par la diffusion des meilleures pratiques.

Le renforcement des relations avec l'Asie

• Les visites du Conseil de la concurrence en Corée du Sud et au Japon

Dans le cadre des relations bilatérales entretenues depuis 17 ans, une délégation du Conseil de la concurrence conduite par le président Lasserre s'est rendue successivement en Corée du Sud et au Japon en octobre 2006.

Les entretiens du président Lasserre avec ses homologues coréens et japonais ont porté en particulier sur les points suivants :

– la répression accrue contre les cartels ;
– la montée en puissance de la procédure d'engagements ;
– la mise en place de la procédure de clémence ;
– la mise en œuvre de la procédure de transaction ;
– l'approche plus économique des abus de position dominante.

À Tokyo, le Conseil de la concurrence a rencontré l'autorité japonaise de concurrence, la *Japan Fair Trade Commission* (ci-après la JFTC).

Cette visite a permis de confirmer la très grande qualité des relations entretenues entre les deux autorités. Elle a également été l'occasion pour leurs présidents d'échanger sur l'évolution récente et les développements possibles de la politique et du droit de la concurrence en France, en Europe et au Japon.

S'agissant des procédures dites négociées, le président Takeshima a montré un intérêt particulier pour l'expérience française en matière de clémence et d'engagements.

En Corée du Sud, le président Lasserre a rencontré le président Kwon, président de l'autorité coréenne de concurrence, la *Korea Fair Trade Commission* (ci-après la KFTC).

L'ensemble des discussions tenues, tant avec la JFTC qu'avec la KFTC, a mis en lumière une communauté de vues à propos des cartels, qu'il convient de sanctionner à la fois plus sévèrement et plus efficacement.

- **L'accueil d'une délégation vietnamienne par le Conseil de la concurrence**

Conduite par le vice-ministre du Commerce du Vietnam, une délégation du Conseil de la concurrence vietnamien a été reçue au Conseil de la concurrence par le président Lasserre.

À cette occasion, un protocole d'accord a été élaboré entre les deux parties afin d'intensifier la collaboration existante.

Ce protocole, qui vise à renforcer l'efficacité et la capacité de mise en œuvre du droit de la concurrence, porte en particulier sur la coopération et l'assistance humaine et technique en matière de concurrence. Il implique notamment les missions suivantes :

- la fourniture d'experts et l'assistance technique aux stades de l'instruction des affaires de concurrence et de la prise de décision, à destination des membres du Conseil de la concurrence du Vietnam et des fonctionnaires des organismes directement liés ;
- l'échange régulier d'informations sur les résultats de la mise en œuvre du droit de la concurrence et sur son évolution, en vue de promouvoir une culture de concurrence ;
- le partage d'expérience destiné à renforcer l'efficacité du règlement des affaires de concurrence.

La consolidation des relations avec les pays francophones

Le Conseil de la concurrence a été l'un des principaux artisans d'un séminaire destiné aux pays francophones organisé à la Cour de cassation à la fin de l'année 2006.

Ce séminaire avait pour but de promouvoir un dialogue entre les autorités de la concurrence et les juges des pays participants qui étaient en particulier l'Algérie, le Bénin, le Cameroun, l'Égypte, le Gabon, Madagascar, le Mali, le Maroc, la Mauritanie, le Niger, le Sénégal, le Tchad, le Togo et la Tunisie.

Ce séminaire a en particulier été l'occasion d'évoquer les sujets suivants :

- la mise en perspective de l'utilité et de l'importance du droit de la concurrence pour le développement économique ;
- la présentation des concepts essentiels du droit de la concurrence ;
- l'analyse du rôle du juge dans la mise en œuvre du droit de la concurrence et la réflexion sur les différents types de relations institutionnelles entre les autorités de concurrence et les juges ;
- les règles de preuve des pratiques anticoncurrentielles ;
- les relations entre les autorités nationales de concurrence et certaines autorités régionales.

La richesse des échanges entamés permet d'envisager de faire de ce séminaire un événement annuel et de l'ouvrir à d'autres États, notamment les nouveaux États membres de l'Union européenne, ainsi que d'autres pays du continent asiatique.

La mise en place de programmes de jumelage

Des programmes de jumelages ont été mis en place par les autorités de concurrence françaises (Conseil de la concurrence et DGCCRF) avec la Tunisie et l'Ukraine.

Ces jumelages, qui reposent sur le détachement de chefs de projets français issus de ces autorités auprès des autorités de concurrence de ces deux pays, couvrent essentiellement deux volets.

D'une part, chacun des accords prévoit des formations portant sur des thèmes particuliers de droit de la concurrence, dispensées par les rapporteurs du Conseil de la concurrence aux membres et aux agents des autorités nationales de concurrence tunisiennes (le Conseil de la concurrence et la Direction générale de la concurrence et des enquêtes économiques ou DGCEE) et ukrainienne (*The Antimonopoly Committee of Ukraine*).

D'autre part, ces programmes de jumelage prévoient la rédaction de manuels communs portant sur les droits français de la concurrence, d'une part, et tunisien ou ukrainien, d'autre part.

Les programmes de jumelage avec la Tunisie et l'Ukraine ont débuté respectivement en 2006 et en 2003. Ils se poursuivront en 2007.

Études thématiques

Études thématiques

La preuve des accords de volontés constitutifs d'entente . . 77

L'objet de la preuve (principes généraux) 80

Les preuves 111

Conclusion 138

Les barrières à l'entrée 139

Typologie des barrières à l'entrée 140

L'utilisation des barrières à l'entrée en contentieux et en contrôle des concentrations 149

La prévention des barrières à l'entrée et de leurs effets 156

Conclusion 160

Études thématiques

La preuve des accords de volontés constitutifs d'entente

La maxime latine *Idem est non esse et non probari* [1] illustre bien l'importance de la preuve : le droit existe indépendamment de la preuve mais ne vit pleinement que grâce à elle. En droit de la concurrence comme en droit pénal, la charge de la preuve obéit très étroitement à l'adage selon lequel la charge incombe au demandeur. La présomption d'innocence et le doute qui profitent au mis en cause imposent de rapporter la preuve de la culpabilité sans laisser d'ombre. Le fardeau de la preuve pèse plus lourdement que sur le demandeur au procès civil.

L'objet de la preuve porte, s'agissant d'une entente, sur les éléments constitutifs de l'infraction administrative, telle qu'elle est définie par les textes.

L'article L. 420-1 du Code de commerce dispose que « *sont prohibées, 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 ».

En vertu du 1° de l'article 81 du traité CE : « *Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles*

1. *« Ce qui n'est pas prouvé n'est pas. »*

d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à :

- *fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction ;*
- *limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements ;*
- *répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ;*
- *appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes* [...] *;*
- *subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires* [...]. »

Ces textes ne définissent l'entente, comportement prohibé, que par des catégories juridiques impliquant toutes une certaine idée de concertation ou de concours de volonté, ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de fausser ou de restreindre la concurrence. La constatation de la violation des articles L. 420-1 du Code de commerce ou 81 du traité suppose donc la démonstration d'un accord de volontés qui se manifeste, comme il est défini à l'article L. 420-1 du Code de commerce – notamment car la liste n'est pas limitative – sous forme d'« *actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions* », l'article 81 du traité parlant quant à lui d'« *accords entre entreprises* », de « *décisions d'associations d'entreprises* » et de « *pratiques concertées* ».

Les éléments constitutifs d'une entente anticoncurrentielle sont triples :

- un élément subjectif : un concours de volontés entre entreprises, souvent baptisé « *entente* » ;
- un élément matériel : ce concours de volontés doit avoir un objet ou un effet anticoncurrentiel ;
- un lien de causalité entre les deux éléments.

La présente étude portera essentiellement sur la preuve de l'accord de volontés. Les preuves de l'objet et de l'effet des ententes ne feront, en effet, pas l'objet de développements spécifiques, mais seront parfois jointes aux parties consacrées aux preuves des différentes formes d'accords de volontés, lorsque la clarté de l'exposé le nécessitera (voir, sur le fond, l'article sur « *objet, effet et intention anticoncurrentiels* » dans le rapport annuel du Conseil pour 2003, pp. 55 sqq).

La démonstration du concours de volontés comme l'un des éléments constitutifs essentiels de l'infraction emporte deux conséquences.

En premier lieu, elle place le processus de création du contrat, le concours de volontés, principe fondateur du droit civil, au cœur d'un processus de poursuite quasi répressif. En droit de la concurrence, on verra que l'on n'aborde pas seulement des relations contractuelles, mais aussi des pratiques concertées qui ne remplissent pas toutes les conditions juridiques du contrat, ni même de l'accord, et n'ont pas la même valeur entre les parties.

En second lieu, les pratiques d'entente étant dissimulées dans la plupart des cas, l'accord de volontés est difficile à déceler, plus encore que la restriction de concurrence qui en résulte.

Ainsi que le Conseil de la concurrence le rappelait dans son rapport annuel pour 1993, « *c'est essentiellement en matière d'entente que l'administration de la preuve de pratiques anticoncurrentielles présente des difficultés* » (p. 37).

Conscientes de ces difficultés, les juridictions françaises comme communautaires ont largement admis la preuve des ententes par regroupement d'indices d'origine et de nature variées.

Ainsi, la Cour de justice des communautés européennes a-t-elle récemment relevé, dans un arrêt du 25 janvier 2007 (Sumitomo Metal Industries Ltd ; C 403/04 P et C 405/04 P) : « [...], *il est usuel que les activités, que des pratiques et accords anticoncurrentiels comportent, se déroulent de manière clandestine, que les réunions se tiennent secrètement, et que la documentation y afférente soit réduite au minimum. Il s'ensuit que, même si la Commission découvre des pièces attestant de manière explicite une prise de contact illégitime entre des opérateurs, celles-ci ne seront normalement que fragmentaires et éparses, de sorte qu'il se révèle souvent nécessaire de reconstituer certains détails par des déductions. Dès lors, dans la plupart des cas, l'existence d'une pratique ou d'un accord anticoncurrentiel doit être inférée d'un certain nombre de coïncidences et d'indices qui, considérés ensemble, peuvent constituer, en l'absence d'une autre explication cohérente, la preuve d'une violation des règles de la concurrence (arrêt Aalborg Portland e.a. / Commission, précité [2], (points 55 à 57)* » (§ 51).

Les preuves admissibles en droit de la concurrence, qui reposent largement sur des présomptions de fait, reflètent cette difficulté d'établissement de la preuve.

La preuve de l'accord de volontés constitutif d'entente pose donc deux questions principales qui constitueront les deux grandes parties de cette étude :

L'objet de la preuve

Ce premier point permettra d'aborder les deux éléments nécessaires pour démontrer à suffisance de droit l'existence d'une entente : l'existence d'un concours de volontés entre au moins deux volontés indépendantes :

– l'existence de volontés indépendantes est un préalable nécessaire, ce qui recouvre l'indépendance des volontés entre elles et de chaque volonté prise isolément ;
– l'existence d'un concours de volontés : cette partie permettra de souligner que le nœud de volonté est plus ou moins « *serré* », le concours de volontés plus ou moins intense, selon le type d'entente concerné.

Les preuves en elles-mêmes

Ce second point se décompose en deux sous-parties :

– la charge de la preuve et les modes d'administration de la preuve (administration loyale de la preuve, dans le respect de la présomption d'innocence) ;
– les principaux modes de preuve admissibles en matière d'entente (directes et indirectes).

2. CJCE, 7 janvier 2004, C-204/00P, 205/00P, 211/00P, 213/00P, 217/00P et 219/00 P.

En revanche, l'admissibilité des différents supports de preuves et leur valeur probatoire ne seront pas étudiées dans la présente étude [3].

L'objet de la preuve (principes généraux)

Dans un arrêt du 9 janvier 2001 (SEEE), la cour d'appel de Paris rappelait que « *pour que la pratique puisse être sanctionnée sur le fondement des articles L. 420-1, L. 462-6 et L. 464-2 du Code de commerce,* [il faut] *que les entreprises aient librement et volontairement participé à une action concertée, en sachant qu'elle avait pour objet ou pouvait avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché* [4] ».

Cet attendu de principe souligne que les entreprises doivent avoir librement et volontairement participé à une action concertée, en connaissance de cause. Cette définition jurisprudentielle précise les deux principales composantes de l'accord de volontés, qui se noue entre plusieurs volontés autonomes et indépendantes, économiquement et juridiquement, l'une de l'autre, et qui se caractérise par un objet commun (contrat ou pratique concertée) et par la participation de chaque volonté particulière à cet objet commun.

L'existence de volontés indépendantes

Ainsi que l'écrivait la Commission de la concurrence, dans son rapport annuel pour 1980 (p. 223) : « *Toutes les ententes supposent un concours de volontés, quelle que soit la forme de cet accord et même s'il ne se formalise pas réellement* [...] *; la démonstration ou la conviction qu'il y a ou qu'il y a eu un concours de volontés des personnes physiques ou morales juridiquement et économiquement distinctes est une condition absolue de toute incrimination* [5] ».

– l'accord de volontés des entreprises est appréhendé par l'intermédiaire de l'accord de volontés entre les personnes physiques qui les représentent ;
– il suppose l'existence d'au moins deux volontés dont l'une au moins émane d'une « *entreprise* », au sens du droit de la concurrence ;
– il se noue entre personnes « *juridiquement et économiquement distinctes* » ;
– l'adaptation au droit de la concurrence du principe d'autonomie de la volonté nécessite aussi des développements particuliers.

3. Ce sujet nécessiterait à lui seul la réalisation d'une étude thématique (preuves documentaires, aveux, déclarations, déclarations anonymes, enregistrements pratiqués à l'insu des parties, pièces tirées d'une autre procédure pénale) et englobe la preuve de toutes les pratiques anticoncurrentielles, et non seulement des ententes.

4. Soulignement ajouté.

5. Soulignement ajouté.

La volonté des personnes morales s'exprime par le truchement des personnes physiques représentant ces personnes morales

Comme pour l'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales, l'implication d'une personne morale [6] dans une infraction administrative d'entente suppose l'intervention des personnes physiques qui la représente. En effet, si personne n'a jamais vu une personne morale commettre une infraction, pas davantage n'a-t-on vu une personne morale assister à une réunion, signer un contrat.

L'accord de volontés, matérialisé par une transaction entre personnes physiques qui représentent la personne morale, nécessite le support d'une intervention humaine.

La personne morale ne sera responsable que des actes commis par ses représentants, que ceux-ci agissent pour le compte de l'entreprise ou pour leur propre compte, car il appartient à la personne morale de veiller à ce qu'il n'y ait pas de comportements anticoncurrentiels dans l'entreprise.

Devant le Conseil, les moyens tirés du défaut de représentativité du représentant de l'entreprise ou encore de l'absence d'« *intérêt* » de l'entreprise dans le comportement de ce représentant sont parfois soulevés.

D'une façon générale, un cadre dirigeant d'une entreprise, ou *a fortiori* un mandataire social, est réputé représenter ou engager l'entreprise qui l'emploie lorsqu'il agit dans le cadre de ses activités professionnelles. L'entreprise ne peut donc prétendre que son dirigeant a agi à titre personnel et que ses comportements ne l'engageaient pas, ainsi que le Conseil l'a rappelé dans deux décisions récentes **(06-D-03 *bis*** et **06-D-30)**.

Pour mémoire, la participation frauduleuse, « *personnelle et déterminante* » de la personne physique « *dans la mise en œuvre* » de l'entente est pénalement réprimée par l'article L. 420-6 du Code de commerce.

Le concours de volontés suppose au moins deux volontés, dont l'une émane d'une « entreprise »

La nature des sujets du droit de la concurrence n'est pas définie. En effet, alors que l'article 81 du traité CE vise expressément les « *accords entre entreprises* », l'article L. 420-1 du Code de commerce ne précise pas entre quelles parties se noue l'action concertée, la convention, l'entente expresse, tacite ou la coalition.

Se fondant sur une lecture littérale de l'article L. 420-1 du Code de commerce, le Conseil avait souligné, dans une décision 99-D-41 du 22 juin 1999 relative à des pratiques mises en œuvre par le Comité intersyndical du livre parisien dans le secteur de l'imprimerie de publications, qu'il résultait des termes mêmes du libellé des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 du traité « *qu'il n'est pas nécessaire que les actions concertées, les conventions, ententes expresses ou tacites, ou coalitions prohibées qu'il vise soient mises en*

6. On verra plus loin qu'une « *entreprise* » sujet de l'entente, peut être aussi une personne physique, mais dans la plupart des cas, il s'agit de personnes morales.

œuvre par des entreprises au sens du droit de la concurrence ; [...] *il n'y a donc pas lieu de rechercher si les syndicats de salariés en cause ou leur coordination constituent une entreprise au sens du droit de la concurrence* ».

Cette décision a été annulée par la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 29 février 2000, dans lequel la cour souligne que le droit de la concurrence s'applique, en vertu de l'article 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 (actuel article L. 410-1 du Code de commerce), à « *toute entité qui, quelle que soit sa nature ou sa forme juridique, exerce une activité de production, de distribution, ou de service* » et que pour appliquer l'article 7 de l'ordonnance (actuel article L. 420-1 du Code de commerce), il convient de rechercher « *si l'une au moins des parties* [7] *à l'entente, peut être considérée comme acteur économique exerçant une activité sur le marché* ». Cette jurisprudence confirme donc que des entités qui ne constituent pas des entreprises au sens du droit de la concurrence peuvent être sanctionnées pour avoir participé à une entente, mais elle ne reconnaît l'existence d'une entente que si au moins une entreprise y a participé. Mais la Cour de cassation, dans un arrêt du 15 janvier 2002 [8], semble revenir à la conception qui est celle du droit communautaire, à savoir que seules des entreprises au sens large du droit de la concurrence, tel qu'il va être défini ci-dessous, peuvent participer à une entente et être sanctionnées.

Il convient de signaler que cette divergence entre la jurisprudence de la cour d'appel de Paris et la jurisprudence communautaire, soulignée en son temps par la doctrine, est sans portée pratique, car le Conseil n'a jamais, à ce jour, sanctionné des entités qui ne constitueraient pas des entreprises, pour avoir participé à une entente [9].

Le sujet du droit de la concurrence, c'est l'entreprise. Cette notion est essentiellement fonctionnelle et économique ; elle n'est pas juridique. La Cour de justice, dans un arrêt du 23 avril 1991, Klaus Höfner et Fritz Elser (C-41/90), la définit ainsi : « [...] *toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entreprise et de son mode de financement* ». Or, « *constitue une activité économique toute activité consistant à*

7. C'est nous qui soulignons.

8. *« Attendu qu'après avoir relevé que l'article 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, qui définit le champ d'application de cette dernière, vise les entités qui exercent une activité de production, de distribution ou de service et admis que tel pourrait être le cas, notamment, d'une organisation syndicale qui se livrerait à une activité économique, distincte de sa mission première de défense des intérêts de ses adhérents, l'arrêt retient qu'en l'espèce, le Conseil de la concurrence a exclu que les syndicats parties à l'entente incriminée aient une activité économique sur le marché voisin du placement des travailleurs et relève qu'aucune activité de cette nature ne leur est imputée sur le marché de référence ; que les juges en déduisent que ces syndicats n'ont pas la qualité d'acteurs économiques, même si, par une action ponctuelle, ils ont pu porter une atteinte à la concurrence ; qu'en l'état de ces constatations et énonciations, la cour d'appel, qui ne s'est pas fondée sur le caractère isolé des agissements en cause, mais sur l'absence d'activité économique des syndicats poursuivis au sens de l'article 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 devenu l'article L. 410-1 du Code de commerce, a décidé à bon droit que les dispositions de l'article L. 420-1 du même Code ne leur étaient pas applicables ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches.* »

9. Mais il est vrai que l'extension de la notion d'« *entreprise* » à tout organisme collectif (syndicat, ordre professionnel...) qui sort de son rôle de défense des intérêts de ses membres, pour agir sur un marché en adoptant des décisions qui touchent à la politique commerciale de ceux-ci, réduit singulièrement les cas où l'on peut se trouver en présence de « *non-entreprises* ».

offrir des biens ou des services sur un marché donné [...] » (CJCE, 18 juin 1998, Commission/Italie C-35/96 § 36) ou encore toute « *activité à but lucratif ou non, qui implique des échanges économiques* » (Commission, Coupe du monde de football 1998, nº 2000/12/CE, 20 juillet 1999).

Le statut juridique est donc indifférent. L'entreprise peut ne pas être dotée de personnalité juridique, ainsi que l'a récemment rappelé la Cour de justice des communautés européennes dans un arrêt du 28 juin 2005, Dansk Rorindustri A/S : « [...] *la notion d'entreprise au sens des dispositions du traité en matière de concurrence n'exige pas que l'unité économique concernée soit dotée de la personnalité juridique* [...] » (§ 113).

La forme juridique de l'entreprise importe peu ; il peut s'agir d'un démembrement de l'État sans personnalité juridique autonome (Service des monnaies et médailles, Direction de la météorologie nationale en France), d'une société, d'un établissement public, de coopératives, de fondations, d'entreprises artisanales ou de personnes physiques exerçant une activité économique ou une profession libérale [10].

La nature de l'activité en cause constitue le critère essentiel. La détermination de cette nature n'étant pas toujours évidente, une analyse « *multicritères* » peut être engagée : si l'offre proposée par l'organisme est en concurrence avec des offres identiques sur un marché, cela peut constituer un indice.

Les organismes dont les activités ne présentent pas un caractère économique ne constituent pas des entreprises. Cette définition exclut les organismes dont la fonction est purement sociale (CJCE, 17 février 1993, Poucet et Pistre, C160/91) ou qui sont chargés de missions de service public et investis de prérogatives de puissance publique (lutte contre la pollution ou contrôle de l'espace aérien, par exemple [11]).

L'entreprise peut ne pas intervenir directement sur un marché, mais indirectement en exerçant un contrôle sur un opérateur actif sur ce marché. Ce contrôle doit donner lieu à une immixtion directe ou indirecte dans la gestion de l'opérateur du marché, immixtion qui la fait participer aux activités économiques exercées par l'entreprise contrôlée [12]. Ainsi, la Cour de justice des communautés européennes, statuant sur une question préjudicielle, a-t-elle récemment avancé qu'une fondation bancaire pouvait, sous certaines conditions, recevoir la qualification d'entreprise au sens du droit de la concurrence (CJCE, 10 janvier 2006, Cassa di Risparmio di Firenze et autres, C-222/04).

La Cour de justice des communautés européennes a rappelé, dans un arrêt Fenin du 11 juillet 2006 (C-205/03 P) que « *c'est le fait d'offrir des biens ou des*

10. En 1993, la Commission européenne a, pour la première fois, clairement affirmé l'application du droit de la concurrence aux professions libérales dans une décision du 30 juin 1993 (93/438/CEE), et a exposé que « *le fait que l'activité des expéditeurs en douane soit considérée par le droit italien comme une profession libérale ne fait pas obstacle au fait que les expéditeurs en douane sont des entreprises qui exercent une activité économique* ».

11. CJCE, Eurocontrol, 364/92, § 30 : « *Prises dans leur ensemble, les activités d'Eurocontrol, par leur nature, par leur objet et par les règles auxquelles elles sont soumises, se rattachent à l'exercice de prérogatives, relatives au contrôle et à la police de l'espace aérien, qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique. Elles ne présentent pas un caractère économique justifiant l'application des règles de concurrence du traité.* »

12. Dans le cadre d'une unité économique qu'ils forment ensemble.

services sur un marché donné qui caractérise la notion d'activité économique » et non l'activité d'achat en tant que telle. L'activité d'achat [13] ne relève du droit de la concurrence que si elle s'effectue en vue d'une revente sur un marché. Ainsi, c'est le caractère économique ou non de l'utilisation ultérieure du produit acheté qui détermine le caractère de l'activité d'achat. En conséquence, lorsqu'une entité achète un produit pour en faire un usage dans le cadre d'une activité non économique, par exemple une activité de nature purement sociale, même si elle peut exercer un pouvoir économique important en tant que puissance d'achat, elle n'agit pas en tant qu'entreprise [14].

Il convient de signaler le caractère extensif de la définition d'« *entreprise* » qui accompagne le champ grandissant d'application du droit de la concurrence. Un bon exemple est fourni à cet égard par le secteur de la Sécurité sociale [15].

Le concours de volontés suppose que les participants soient au moins deux, juridiquement distincts et économiquement indépendants l'un de l'autre

Ainsi que le rappelait la Commission de la concurrence, dans son rapport pour 1984 (p. 11) : « *Il ne peut y avoir d'entente sans un concours de volontés libres entre des entreprises juridiquement distinctes mais aussi économiquement indépendantes les unes des autres.* »

Les décisions des organismes collectifs (syndicats, ordres professionnels, groupements...), qui se présentent comme des décisions unilatérales, sont en réalité des décisions qui émanent du concours de volontés entre leurs membres.

Par ailleurs, les entreprises faisant partie d'un même groupe ou les entreprises liées par un contrat d'agence ne sont pas économiquement et juridique-

---

13. Dès 1991, dans son rapport annuel, le Conseil avait souligné que *« la libre expression de choix par les demandeurs joue un rôle crucial dans l'économie en ce sens qu'elle oriente, si elle n'est pas mise en échec par des pratiques anticoncurrentielles émanant des offreurs, les ressources vers les emplois qui sont les plus appréciés et permet ainsi d'obtenir l'efficience du système économique. Il n'appartient donc pas à l'organisme exclusivement chargé de veiller à ce que la demande puisse s'exprimer aussi librement que possible, de critiquer les conditions dans lesquelles cette liberté a été utilisée ».*

14. Ainsi, le Service national de santé espagnol, organisme gérant le système national de santé publique espagnol, qui fournit gratuitement des prestations de santé à ses assurés, ne constitue pas une entreprise, lorsqu'il achète à une association (la FENIN) les produits utilisés dans les hôpitaux espagnols, car il ne vend pas ses prestations sur un marché (arrêt Fenin).

15. Une abondante jurisprudence relative au secteur de la sécurité sociale est venue distinguer, parmi les activités des organismes de sécurité sociale, celles qui ne constituent pas des activités économiques, à savoir celles :
– dont le mode de fonctionnement relève d'un système de répartition, qui ne peut que relever de l'État, et n'obéit pas à une logique de marché ;
– dont le niveau des contributions et des prestations est fixé par la loi et ne relève pas d'une logique économique (les prestations versées ne dépendent pas des contributions initiales) ;
– pour lesquelles le principe de solidarité occupe une part importante, étant précisé que la poursuite d'une finalité sociale (ou l'absence de but lucratif) ne suffit pas, à elle seule, à exonérer des organismes de l'application du droit de la concurrence.
En application de ces critères, la Cour de justice des communautés européennes a jugé, dans l'arrêt Poucet et Pistre du 17 février 1993, que les organismes chargés de la gestion de certains régimes obligatoires de sécurité sociale ne sont pas des entreprises, tandis que les organismes chargés de gérer les régimes complémentaires (CJCE, 16 novembre 1995, FFSA) ou des fonds de pension chargés de la gestion d'un régime de pension complémentaire (CJCE, 21 septembre 1999, Albany International BV ; C-6796) le sont.

ment indépendantes [16]. Leurs accords ne sont donc pas des accords entre volontés indépendantes et ne peuvent relever du droit des ententes. De même, lorsque les parties sont liées par des relations contractuelles impliquant certains liens de subordination d'une partie par rapport à l'autre, leurs accords ne relèvent pas du droit des ententes.

- **Le concours de volontés entre plusieurs volontés indépendantes, engagé dans des actes en apparence unilatéraux**

Certaines actions, en apparence unilatérales, révèlent, en réalité, une entente. Tel est le cas des actes des syndicats, des groupements ou des ordres professionnels. Lorsque le syndicat ou le groupement agit, il révèle une collectivité d'agents réunis par un intérêt commun et exprime leur volonté collective. Le concours de volontés entre membres est présumé. Dès lors qu'ils sortent de leur rôle de défense des intérêts dont ils ont la charge et interviennent sur des marchés, ces organismes accomplissent un acte de production, de distribution ou de service qui constitue une entente.

Bien qu'émanant d'une seule personne morale et revêtant un caractère d'unilatéralité, les pratiques mises en œuvre par des syndicats, des ordres professionnels ou associations sont donc présumées constituer des accords entre leurs membres, en vertu de la jurisprudence de la Cour de cassation. Dans un arrêt de principe du 16 mai 2000 (Ordre national des pharmaciens), la Cour de cassation a en effet jugé 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 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, entre ses membres* ».

De même, dans le domaine de l'action syndicale, la Cour de cassation a-t-elle réaffirmé, dans un arrêt du 15 janvier 2002 (société Les meilleures éditions), le principe de l'absence d'immunité des syndicats au regard du droit de la concurrence, dès lors qu'une organisation syndicale « *se livrerait à une activité économique, distincte de sa mission première de défense des intérêts de ses adhérents* [17] ».

16. En ce sens, ces entreprises (au sens commercial du mot) constituent une seule entreprise, une seule entité économique, au sens du droit de la concurrence.

17. De même, dans un arrêt du 26 octobre 2004 rendu sur le recours formé contre la décision 04-D-07 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la boulangerie dans le département de la Marne, la cour d'appel de Paris a rejeté l'argumentation de la fédération départementale de la boulangerie-pâtisserie de la Marne (auteur avec 26 boulangers d'une entente sur le prix de la baguette) qui tentait de s'exonérer en expliquant qu'elle s'était strictement tenue à son rôle d'information et d'assistance de ses membres : « [...] *en donnant à ses membres et en faisant diffuser par ses délégués de secteur la consigne de pratiquer un même prix de vente pour la baguette de pain, alors que la fixation de ce prix doit résulter de critères objectifs parmi lesquels, notamment, les coûts de revient des prestations fournies, cet organisme professionnel est sorti de sa mission de défense des intérêts de la profession qu'il représente en faisant obstacle à la fixation du prix d'une denrée de base par le jeu du marché.* »
Enfin, dans sa décision viande bovine (décision du 2 avril 2003 ; COMP/C. 38 279/F3), la Commission a insisté sur la responsabilité des syndicats : « *La Commission reconnaît l'importance de la liberté syndicale* [...]. [...] *Toutefois, de telles organisations sortent des limites de cette mission lorsqu'elles prêtent leur concours à la conclusion et à la mise en œuvre d'accords méconnaissant des règles d'ordre public, telles que les règles de concurrence. En l'occurrence, la conclusion d'un accord entre organisations agricoles et organisations d'opérateurs en aval qui tend à suspendre les importations et à convenir d'un prix minimum d'achat sort des limites de l'action syndicale légitime* »(§ 112).

Les pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par ces organismes sont régulièrement jugées comme constitutives d'ententes prohibées. Ainsi, la cour d'appel de Paris a-t-elle, dans un arrêt du 29 juin 2004 (CNPA), approuvé le Conseil d'avoir sanctionné le Conseil national des professionnels de l'automobile (CNPA) pour des pratiques d'incitation au boycott, et de menace de boycott, constitutives d'ententes dirigées contre une banque et un quotidien régional. Le CNPA avait, d'une part, invité ses adhérents à boycotter l'établissement de crédit car celui-ci avait noué des relations commerciales avec des distributeurs automobiles indépendants et, d'autre part, averti le quotidien de la possibilité de voir ses adhérents ne plus recourir à ses services publicitaires au motif que des annonces, présentées comme illégales, y étaient insérées par des mandataires.

Les organisations professionnelles constituant elles-mêmes des réunions d'entreprises, elles sont davantage l'instrument de l'entente que les participants autonomes à l'entente, puisque c'est au bénéfice des membres que sont accomplies les infractions. C'est la raison pour laquelle les autorités de concurrence, au-delà du montant des cotisations que perçoivent ces organismes, prennent en compte les chiffres d'affaires des entreprises membres pour fixer le montant de l'amende à leur infliger [18].

En droit communautaire, ces entités sont qualifiées d'« *associations d'entreprises* » et elles constituent, au côté des « *accords* » et des « *pratiques concertées* », l'une des trois formes que peut revêtir l'accord de volontés en droit communautaire, selon l'article 81 du traité.

Dans un arrêt du 2 octobre 2003 (Eurofer ASBL), la Cour de justice des communautés européennes a jugé que cette notion n'était pas subsidiaire à celle d'accord et qu'une même pratique d'échange d'informations anticoncurrentielle pouvait être qualifiée d'accord entre les membres du cartel et de décision de l'association dont ils sont membres. La sanction infligée aux membres dépendra de leur participation personnelle à l'infraction mise en œuvre par l'organisme collectif et de leur niveau d'adhésion à ces pratiques, cette adhésion pouvant être présumée.

Dans la décision 06-D-03 du 9 mars 2006, le Conseil a rappelé que les entreprises membres d'un groupement étaient présumées avoir adhéré à ses statuts : « *L'adhésion des parties aux groupements d'achat démontre, par elle-même, la volonté des parties de respecter les statuts du groupement. Le fait qu'elles n'aient pas participé à la rédaction de ces statuts n'a aucune incidence sur leur acceptation. Il convient donc d'écarter les arguments selon lesquels, n'ayant pas été membres du groupement depuis son origine, les entreprises ne sauraient se voir imputer leur participation à une entente fondée sur le caractère anticoncurrentiel des statuts du groupement* » (§ 961 [19]).

18. Conformément à la jurisprudence du Tribunal de première instance des communautés européennes (arrêt du 13 décembre 2006, FNCBV, T-217/03 et T-245/03, § 314) et à la décision 06-D-30 du 18 décembre 2006 (§ 118).

19. Dans la même décision, le Conseil avait souligné que les membres du groupement Centramat ne pouvaient ignorer le caractère anticoncurrentiel des chartes élaborées au sein de leur groupement, tous ayant participé à des réunions au cours desquelles cette charte a été élaborée ou évoquée (§ 992).

• Les accords intragroupe

Aux fins de l'application des règles de la concurrence, la séparation formelle entre deux sociétés, résultant de leur personnalité juridique distincte, n'est pas déterminante, ce qui importe étant l'unité ou non de leur comportement sur le marché. Si deux sociétés ayant des personnalités juridiques distinctes forment ou relèvent d'une seule et même entreprise ou entité économique qui déploie un comportement unique sur le marché, les accords conclus entre elles ne constituent pas des ententes illicites, dès lors qu'elles ne disposent pas d'autonomie commerciale (en ce sens, voir l'arrêt de la Cour de justice des communautés européennes, 14 juillet 1972, ICI/Commission, 48/69, point 140).

Ainsi, aucune entente ne peut être constituée entre deux filiales non autonomes du même groupe, entre une filiale non autonome et sa maison mère ou encore entre deux entreprises liées par un contrat d'agence [20].

L'entente ne pourra exister qu'entre entreprises autonomes au sens du droit de la concurrence ; les accords intragroupes entre la maison mère et sa filiale ne relèveront du droit des ententes que si la filiale est autonome. Les critères à prendre en compte afin de déterminer si la qualification d'entreprise peut être reconnue à une société filiale ont été définis par le Conseil dans de nombreuses décisions (notamment décision 99-D-18 du 2 mars 1999 relative à des pratiques relevées dans la distribution des produits de la société Laboratoire 3M). Ainsi, il convient d'examiner plusieurs paramètres, parmi lesquels l'importance de la participation financière de la société mère dans le capital de la société contrôlée, les nominations au sein des organes de direction, la possibilité pour les organes dirigeants de la société filiale de déterminer librement une stratégie industrielle, financière et commerciale pleinement autonome. S'agissant de ce dernier critère, le Conseil a considéré dans une décision 99-D-57 du 12 octobre 1999 que « *le fait pour une entité économique d'avoir un directeur qui dispose d'une délégation de pouvoir lui permettant de signer des contrats, de la liberté de gérer le personnel, le matériel et le bureau d'études, et qui représente la société et signe des offres ou passe des commandes, ne suffit pas, en l'absence d'autonomie stratégique, à la qualifier d'entreprise au sens du droit de la concurrence.* »

S'agissant du droit des ententes, la maison mère est présumée responsable des pratiques commises par sa filiale à 100 %, sauf pour elle à renverser cette présomption en démontrant que la filiale disposait d'une autonomie de décision, de sorte que les deux entreprises ne peuvent être poursuivies pour entente, faute d'indépendance économique (décision 06-D-07 *bis ;* arrêt de la cour d'appel de Paris, 15 juin 1999, SACER). En effet, les autorités de concurrence peuvent présumer qu'une filiale à 100 % applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par sa société mère, sans devoir vérifier si la société mère a effectivement exercé ce pouvoir (Cour de justice des communautés européennes, 16 novembre 2000, Stora Kopparbergs Bergslags / Commission, C-286/98 P, points 27 à 29 ; Tribunal de première

20. La Cour de justice des communautés européennes a jugé, dans un arrêt du 24 octobre 1996 (Viho) que l'article 81 § 1 « *ne s'applique pas aux relations à l'intérieur d'une seule entité économique ou entreprise, par exemple une société mère et les filiales qui en dépendent* ».

instance des communautés européennes, 15 juin 2005, Tokai Carbon Co. Ltd, T 71/03 ; décisions du Conseil 00-D-50, 00-D-67 et 04-D-32).

S'il est démontré, au contraire, que la société contrôlée disposait d'une totale marge de manœuvre, elle est responsable de son comportement (Cour de cassation, 4 juin 1996, entreprise Jean Lefebvre ; décision du Conseil 03-D-17).

Les mêmes principes de recherche d'autonomie s'appliquent aux relations entre deux filiales d'un même groupe. Dans la décision 06-D-26 du 15 septembre 2006, le Conseil a rappelé qu'aucune entente ne pouvait être constituée entre deux filiales d'un même groupe, si celles-ci n'ont pas d'autonomie de décision par rapport au groupe : « *En l'absence de volontés qui seraient suffisamment autonomes pour manifester un accord, les politiques de coordination des filiales d'un même groupe, connues ou non des clients, en tant qu'elles concernent les relations entre sociétés du groupe, sont donc exclues du champ d'application des dispositions relatives à l'interdiction des ententes dans un cas tel que celui de l'espèce. En l'occurrence, Yamaha Motor France et MBK, sociétés du même groupe, n'ont pas d'autonomie de décision.* »

• Exception à l'« immunité intragroupe »

Le domaine des marchés publics fournit une exception au principe de l'immunité des accords survenus au sein d'un groupe constituant une unité économique. La cour d'appel de Paris, confirmant dans un arrêt du 18 novembre 2003 (Signaux Laporte), la décision 03-D-07 du Conseil, a rappelé que « *si de telles entreprises* [ayant entre elles des liens juridiques et financiers faisant d'elles une unité économique] *déposent plusieurs offres, la pluralité de ces offres manifeste l'autonomie commerciale des entreprises qui les présentent et l'indépendance de ces offres, mais si ces offres multiples ont été établies en concertation ou après que les entreprises ont communiqué entre elles, lesdites offres ne sont plus indépendantes. Dès lors le présenter comme telles, trompe le responsable du marché sur la nature, la portée, l'étendue ou l'intensité de la concurrence. Cette pratique a, en conséquence, un objet ou potentiellement, un effet anticoncurrentiel ; il est par ailleurs sans incidence sur la qualification des pratiques que le maître d'ouvrage 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* ». « *Dès lors, quels que soient les liens pouvant exister entre elles, les sociétés* [...] *étaient tenues de respecter les règles de la concurrence auxquelles elles s'étaient soumises, ce qui excluait qu'elles puissent présenter des offres dont l'indépendance n'était qu'apparente.* » En présentant volontairement des offres séparées, elles ont « *fait naître chez les opérateurs extérieurs* [...], *une légitime croyance dans leur indépendance et dans la réalité et l'étendue de la concurrence lors de la soumission aux appels d'offres qu'ils organisaient* ». Elles peuvent donc être poursuivies pour entente anticoncurrentielle.

• Les contrats d'agence

La question de l'absence d'autonomie entre sociétés peut également concerner, dans certaines circonstances, les relations entre une société et son représentant de commerce ou entre un commettant et son commis.

Lorsqu'un agent, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique les instructions qui lui sont imparties par son commettant, les interdictions édictées par l'article 81 du traité et par l'article L. 420-1 du Code de commerce sont inapplicables dans les rapports entre l'agent et son commettant, avec lequel il forme une unité économique.

En effet, s'agissant de l'application du droit des ententes, la question de savoir si un commettant et son intermédiaire ou « *représentant de commerce* » forment une unité économique, le deuxième étant un organe auxiliaire intégré dans l'entreprise du premier, est importante aux fins de déterminer si un accord entre eux constitue un accord entre volontés indépendantes. Ainsi, il a été jugé que « *si un* [...] *intermédiaire exerce une activité au profit de son commettant, il peut en principe être considéré comme organe auxiliaire intégré dans l'entreprise de celui-ci, tenu de suivre les instructions du commettant et formant ainsi avec cette entreprise, à l'instar de l'employé de commerce, une unité économique* » (Cour de justice des communautés européennes, arrêt Suiker Unie e.a. / Commission, point 41).

La Commission, dans les lignes directrices sur les restrictions verticales [21] considère que le vrai contrat d'agence est constitué lorsque l'agent ne supporte aucun risque financier ou commercial en ce qui concerne les activités pour lesquelles le commettant l'a désigné [22].

Dans l'arrêt Daimler Chrysler, le Tribunal de première instance des communautés européennes, statuant sur la situation des agents Mercedes, a estimé que ces agents étaient intégrés et n'avaient aucune autonomie par rapport au constructeur automobile, n'ayant qu'un rôle de négociation dans la vente des véhicules, au tarif fixé par le commettant et selon ses directives, et ne supportant que peu de risques financiers. Le Tribunal met en exergue le risque prix : s'il repose entièrement sur le fabricant, l'agent n'est pas autonome et sa situation se rapproche de celle d'un salarié : « [...] *les agents ne sont susceptibles de perdre leur qualité d'opérateur économique indépendant que lorsqu'ils ne supportent aucun des risques résultant des contrats négociés pour le commettant et opèrent comme auxiliaires intégrés à l'entreprise du commettant* [...]. *Dès lors, lorsqu'un agent, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique les instructions qui lui sont imparties par son commettant, les interdictions édictées par l'article 81, paragraphe 1, CE sont inapplicables dans les rapports entre l'agent et son commettant, avec lequel il forme une unité économique* » (arrêt du 15 septembre 2005, Daimler Chrysler, § 87 et 88 [23]).

Dans la décision 06-D-18 du 28 juin 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité cinématographique, le Conseil devait apprécier si les contrats de concession publicitaire passés entre les régies

21. Communication de la Commission portant lignes directrices sur les restrictions verticales (2000/C 291/01) : points 12 à 20.

22. *Ibidem,* point 15.

23. Voir aussi l'arrêt de la Cour de justice des communautés du 14 décembre 2006, *Confederation Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, C-217/05.

nationales de publicité et les exploitants de cinéma (ayant pour objet la concession de l'exploitation publicitaire des écrans, moyennant redevance) constituaient des contrats passés entre opérateurs indépendants. Le Conseil a estimé que les régies supportaient, dans leur relation avec les exploitants en vue du démarchage des annonceurs, des risques commerciaux et financiers non négligeables et qu'elles déterminaient de manière indépendante leur stratégie commerciale. Elles avaient donc une activité indépendante des exploitants de salles, avec lesquels elles ne formaient pas une unité économique. Le droit des ententes était donc applicable à leurs relations contractuelles.

- **Les relations impliquant des relations de subordination**

Les principes du droit civil sur l'autonomie de la volonté et le libre consentement ne sont pas transposables en droit du travail. Le lien de subordination du salarié à son employeur contraint la volonté du premier : leurs relations ne peuvent donc s'analyser comme un accord de volontés entre des opérateurs autonomes. Pour la jurisprudence communautaire, le salarié ne constitue pas un opérateur distinct de son employeur : il ne constitue donc pas une entreprise.

Dans la décision 06-MC-02, le Conseil, statuant sur une demande de mesures conservatoires, a estimé qu'un avenant à un contrat de travail, voulu et accepté par les salariés d'une association, ne constituait pas une entente entre ces salariés et l'association employeur, bien que la part prise par les salariés dans sa rédaction ait été importante : « [...] *même si tout contrat peut être le support d'une entente au sens de l'article L. 420-1 du Code de commerce, il est difficile de qualifier ainsi une relation qui lie un employeur à son salarié, plaçant ce dernier dans une position de subordination qui rend incertaine l'application de la notion d'accord de volontés au sens du droit des ententes. En conséquence, et à ce stade de l'instruction, il n'y a pas lieu de rechercher si l'avenant au contrat de travail en cause pourrait révéler l'existence d'une entente susceptible d'être qualifiée au regard de l'article L. 420-1 du Code de commerce* ».

Cette solution avait déjà été utilisée dans une décision 03-D-24 du 26 mai 2003, dans laquelle le Conseil avait analysé les relations entre la RATP et les médecins salariés de ses centres médicaux.

Chacune des volontés impliquées dans l'entente doit être libre (les faits justificatifs : contraintes, rôle de l'autorité publique)

Pour reprendre les termes utilisés dans le rapport annuel du Conseil, énoncés plus haut : « *Il ne peut y avoir d'entente sans un concours de volontés libres entre des entreprises juridiquement distinctes mais aussi économiquement indépendantes les unes des autres* [24]. »

Ce point est relatif à la liberté du consentement, qui est double : elle implique que l'accord de volontés ait été librement consenti par les partenaires et aussi que chaque volonté se soit librement déterminée, ce qui rappelle la notion de « *vices du consentement* » en droit civil.

24. Rapport annuel 1984, p. 11.

- **L'accord de volontés doit avoir été librement consenti**

En droit communautaire, comme en droit national, sont seuls visés les comportements anticoncurrentiels qui ont été adoptés par les entreprises de leur propre initiative [25].

Si un comportement anticoncurrentiel est imposé aux entreprises par une législation nationale ou si celle-ci crée un cadre juridique qui, lui-même, élimine toute possibilité de comportement concurrentiel de leur part, les articles 81 et 82 ne leur sont pas applicables. Dans une telle situation, la restriction de concurrence ne trouve pas sa cause dans des comportements autonomes des entreprises (voir Tribunal de première instance des communautés européennes, 11 décembre 2003, Transbordeurs grecs, Strintzis Line Shipping SA, T-65/99, point 119). En revanche, les articles 81 et 82 du traité peuvent s'appliquer s'il s'avère que la législation nationale laisse subsister la possibilité d'une concurrence susceptible d'être empêchée, restreinte ou faussée par des comportements autonomes des entreprises [26]. En droit national, l'article L. 420-4 1° du Code de commerce constitue le pendant national à l'« *autorisation de la loi* » communautaire. Il dispose : « *Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 : 1) les pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire* [...]. »

Les entreprises peuvent donc invoquer « *l'exception tirée de l'action étatique* » ou « *l'autorisation de la loi* », lorsqu'elles sont incitées à enfreindre le droit de la concurrence par la législation nationale elle-même.

En pratique, cette exception est peu pratiquée, en droit communautaire comme en droit national [27].

Dans l'affaire des expéditeurs en douane, la réglementation étatique prévoyait seulement que le Conseil national des expéditeurs en douane adoptait un tarif, mais ne prévoyait pas de niveaux ou de plafond de prix ; le CNSD a donc adopté un comportement autonome, anticoncurrentiel, en fixant des prix planchers [28].

Le Conseil de la concurrence estime que l'article L. 420-4 1° ne peut exonérer que les pratiques constituant une conséquence inéluctable de l'application de textes législatifs ou réglementaires (décision du Conseil 96-D-18 du 26 mars 1996, conseil régional de l'Ordre des architectes d'Auvergne), ce que le Conseil a très rarement admis. Il convient cependant, pour une application positive de cet article, de se reporter à deux décisions du Conseil en date du 16 janvier 2003 (décisions 03-D-03 et 03-D-04 relatives à des pratiques mises en œuvre par les barreaux des avocats de Marseille et d'Albertville).

25. CJCE, 20 mars 1985, Italie/Commission, 41/83, points 18 à 20 ; 19 mars 1991, France/Commission, C-202/88, point 55.

26. CJCE, 29 octobre 1980, Van Landewycke. e.a. /Commission, 209/78 à 215/78 et 218/78, point 126.

27. CJCE, 10 décembre 1985, Stichting Sigarettenindustrie e.a. /Commission, 240/82 à 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 et 269/82, points 27 à 29.

28. TPICE, 30 mars 2000, T 513/93.

Dans ces affaires, la pratique consistant dans l'obligation imposée par les deux barreaux précités, aux avocats membres de ces barreaux, d'adhérer à un contrat collectif d'assurance garantissant leur responsabilité civile, a échappé à l'application de l'article L. 420-1 du Code de commerce, cette pratique étant la conséquence inéluctable de l'obligation d'assurance des avocats et de la mission générale des barreaux de protection des avocats (résultant des dispositions combinées des articles 17 et 27 de la loi nº 71-1130 du 31 décembre 1971 régissant les professions juridiques).

Par ailleurs, l'étendue de cette protection a été singulièrement restreinte par l'arrêt du 9 septembre 2003 (CIF ; C 198/01 [29]) dit des « *allumettes italiennes* », dans lequel la Cour de justice a jugé qu'en vertu de la primauté du droit communautaire, les autorités de concurrence, comme les juridictions, devaient écarter l'application des lois nationales contraires aux règles communautaires et que « *l'exception tirée de l'action étatique* » n'était pas invocable par les parties devant les autorités de concurrence, si la loi qu'elles invoquent est contraire aux règles communautaires. Dans ce cas, leur comportement est qualifiable au sens des articles 81 et 82 du traité. Toutefois, les autorités de concurrence ne sauraient les sanctionner pour des faits passés, en vertu du principe de sécurité juridique ; seules les pratiques postérieures à la décision des autorités de concurrence (écartant l'application de la loi anticoncurrentielle auxdites entreprises) pourront être sanctionnées. La protection ne s'étend plus dès lors qu'aux pratiques antérieures à la première décision.

Mais cette exception est très rarement admise par les autorités de concurrence, les législations nationales laissant, le plus souvent, une marge de manœuvre aux entreprises dont les accords sont donc libres.

En l'absence d'une disposition contraignante imposant un comportement anticoncurrentiel (règlement communautaire, législation nationale) et ne laissant aucune place pour des comportements indépendants, l'absence d'autonomie dans le chef des opérateurs mis en cause ne sera retenue à décharge par les autorités de concurrence « *que s'il apparaît sur la base d'indices objectifs, pertinents et concordants que ce comportement leur a été unilatéralement imposé par les autorités nationales par l'exercice de pressions irrésistibles, telles que la menace d'adoption de mesures étatiques susceptibles de leur faire subir des pertes importantes* » (arrêt Asia Motor France e.a. / Commission, point 65, § 122).

Dans l'affaire des viande bovines françaises, les parties prétendaient que le ministre de l'Agriculture les aurait fortement encouragées à conclure l'accord anticoncurrentiel. La Commission européenne écarte ce moyen, les

29. § 49 : « *Ce devoir de laisser inappliquée une législation nationale contraire au droit communautaire incombe non seulement aux juridictions nationales, mais également à tous les organes de l'État, en ce compris les autorités administratives* [...]. »
§ 52 : « *S'agissant, en revanche, des sanctions susceptibles d'être prononcées à l'encontre des entreprises concernées, il convient d'opérer une double distinction, selon que la législation nationale exclut ou non la possibilité d'une concurrence qui serait encore susceptible d'être empêchée, restreinte ou faussée par des comportements autonomes des entreprises et, dans le premier cas, selon que les faits en cause sont antérieurs ou postérieurs à la déclaration de l'autorité nationale de la concurrence de laisser inappliquée ladite législation nationale.* »

entreprises étant dotées d'une marge d'autonomie à l'époque des faits [30]. Le Tribunal de première instance, à la suite de la Commission, expose que « *s'agissant du rôle joué par le ministre de l'Agriculture français dans la conclusion de l'accord,* [...], *il suffit de constater que, selon une jurisprudence constante, la circonstance que le comportement des entreprises a été connu, autorisé ou même encouragé par des autorités nationales est, en tout état de cause, sans influence sur l'applicabilité de l'article 81 CE* [31] ».

On se situe dans ce cas, non plus dans le « *commandement de la loi* », mais dans celui du « *commandement de l'autorité légitime* », ce qui assure une transition avec les vices du consentement du droit civil ou les causes absolutoires ou faits justificatifs du droit pénal.

- **La volonté doit s'être déterminée librement**

L'accord de volontés requis en matière d'entente intervient souvent entre plusieurs personnes morales ; c'est dire que l'élément de subjectivité ne peut qu'y être restreint par rapport à l'accord entre deux personnes physiques.

Il n'y a pas d'accord s'il n'y a pas libre consentement. Les vices du consentement (ou faits justificatifs) ne sont que rarement retenus par les autorités de concurrence, pour exonérer les entreprises de leur responsabilité. En effet, ceux-ci assurent, en droit civil, la protection subjective des opérateurs ; ils sont donc mal adaptés au droit de la concurrence qui tend à la protection objective du marché. Tout au plus sont-ils pris en compte au titre des circonstances atténuantes.

Signalons que les faits justificatifs invoqués par les parties sont surtout tirés du droit pénal (contrainte, légitime défense, commandement de l'autorité, état de nécessité), même si les vices du consentement civil inspirent souvent le raisonnement suivi, sans qu'ils soient même cités (violence surtout). Les parties estiment que leur comportement n'est pas autonome, car vicié par la subordination, et non fautif, car justifié par des excuses absolutoires. Bien que l'approche des vices du consentement soit différente de celle des excuses en droit pénal, en pratique, les résultats sont identiques quant aux cas d'exonération finale des comportements anticoncurrentiels, extrêmement rares.

- **La contrainte**

La contrainte exercée par une partie sur une autre n'exonère le comportement de celui qui la subit que si elle est irrésistible.

Ainsi que le Tribunal de première instance des communautés européennes l'a rappelé dans un arrêt Cascades du 14 mai 1998 : « *Une entreprise ne pourrait échapper à l'application de l'article 85 au motif qu'elle a agi sous la contrainte que si ce comportement était indispensable pour écarter un péril dont l'entreprise était menacée, si les menaces étaient directes, si le péril était imminent et si aucune autre voie légale ne permettait d'y parer* » (§ 101).

De graves menaces revêtant le caractère de force majeure, c'est-à-dire d'irrésistibilité et imprévisibilité, peuvent parfois exonérer une entreprise de sa

30. Commission, 2 avril 2003, affaire COMP/C. 38 279/F3 – Viandes bovines françaises, § 152.
31. TPICE, 13 décembre 2006, FNCBV, T-217/03 et T-245/03, § 92.

responsabilité. Dans un arrêt du 9 novembre 1989, société BP France, la cour d'appel de Paris a estimé qu'un opérateur contraint de s'aligner sur les prix résultant d'une entente ne peut avoir consenti librement à celle-ci et ne peut donc être sanctionné pour avoir participé à l'entente : « *La société Esso justifie par les pièces versées aux débats, qu'elle n'a consenti à aligner ses prix que sous la pression de graves menaces ; que si elle montre le caractère illicite des comportements parallèles observés, une telle circonstance établit toutefois que cette société ne s'y est résolue que sous l'empire de contraintes individuelles lui imposant un mode de fixation de ses prix, exclusif de tout accord de volontés à une quelconque action concertée.* »

Mais cette jurisprudence ancienne n'est plus appliquée.

En général, les pressions économiques, même violentes, exercées par une partie sur une autre, ne vicient pas l'intégrité du consentement de cette partie. Elles sont, en revanche, parfois prises en compte dans le calcul des sanctions [32].

Dans la décision COMAREG du 9 octobre 1990, le Conseil a considéré qu'« *une menace de boycottage qui n'était pas irrésistible compte tenu de la part relativement modeste des annonces des concessionnaires dans le chiffre d'affaires de la société éditrice, ne saurait exonérer la société COMAREG du grief de participation de cette dernière à une entente* » (90-D-35, rapport d'activité 1990, p. 104 [33]).

Dans l'affaire des viandes bovines françaises, une fédération soulignait que l'accord anticoncurrentiel avait été conclu sous la contrainte exercée par des éleveurs, ce qui constituait une cause de nullité en droit civil français et donc une cause d'irresponsabilité. La Commission écarte cet argument, soulignant que « *pour qu'un engagement soit qualifié d'accord au sens de l'article 81, il n'est pas nécessaire qu'il constitue un contrat obligatoire et valide selon le droit national* » ; elle ajoute qu'« *il résulte d'une jurisprudence constante qu'une entreprise* [...] *partie à un accord au sens de l'article 81 du traité ne peut se prévaloir du fait qu'elle y participerait sous la contrainte des autres participants. En effet, plutôt que de participer à cet accord, elle pourrait dénoncer les pressions dont elle fait l'objet aux autorités compétentes et introduire auprès de la Commission une plainte* [...] [34] ».

Si les violences et voies de fait ne constituent pas une cause d'exonération, *a fortiori* en est-il ainsi des pressions exercées dans les limites des pratiques habituelles du commerce qui, par nature, et surtout dans les relations verticales, impliquent toujours l'usage de pouvoir de pression entre parties inégales.

La Cour de justice des communautés européennes, dans un arrêt BMW Belgium du 12 juillet 1989, a estimé que les concessionnaires BMW, sommés par le fabricant de ne pas vendre à des revendeurs non agréés, bien que

32. Dans un arrêt du 4 juillet 1996 (FNIH), la cour d'appel de Paris a approuvé le Conseil d'avoir reconnu responsable, mais exonéré de sanction, la société Coca Cola qui « *n'avait consenti à une entente anticoncurrentielle sur les prix* (des distributeurs de boissons) *que sous la pression exercée par la FNIH et divers syndicats professionnels locaux* (menaces et mots d'ordre de boycott, menaces de destruction d'appareils) ».

33. Voir dans le même sens Odoncia (93-D-49).

34. Commission, 2 avril 2003, affaire COMP/C. 38 279/F3 – Viandes bovines françaises, § 121.

soumis à des « *liens de dépendance économique* [...] *(qui) pouvaient conditionner leur liberté de décision pouvaient refuser de consentir à l'accord qui leur était proposé* ». L'argument de « *résistibilité* » a été retenu. Toutefois, l'amende a été réduite en conséquence.

De la même façon, la police des prix exercée par un fabricant sur son réseau de distribution afin que celui-ci respecte les prix imposés, n'est pas une cause d'exonération.

Dans un arrêt du 7 juin 1990, Nike France, la cour d'appel de Paris a approuvé le Conseil d'avoir sanctionné une entente entre Adidas et « *certains de ses détaillants agréés* » au terme de laquelle Adidas leur imposait un coefficient multiplicateur à appliquer à leur prix d'achat pour calculer leur prix de vente, sous peine de voir non renouvelé leur agrément.

La cour a estimé que « *le seul désir d'être intégré ou maintenu dans un réseau de distribution ne peut être assimilé à une contrainte exclusive d'un consentement réciproque* ». Dans le même arrêt, la cour précise que la police des prix assurée par Reebok sur ses distributeurs agréés afin qu'ils respectent les prix, allant jusqu'à la cessation des relations commerciales, ne peut s'assimiler à « *une contrainte physique les empêchant de donner un libre consentement* » et que la pratique constituait donc une entente.

La position restrictive des autorités de concurrence est conforme à celle du juge des contrats. Celui-ci admet difficilement les arguments tirés de la violence économique dans les relations contractuelles entre professionnels (Cour de cassation, 20 mai 1980). « *La violence n'est susceptible de vicier le consentement que s'il a été donné dans des circonstances de fait impliquant une contrainte injuste ou illicite, laquelle ne peut résulter de l'usage par une société de sa force économique dans ses rapports avec des dirigeants d'entreprises rompus aux affaires* » (cour d'appel de Paris, 28 février 1992, époux Jonville).

Dans la plupart des cas, le Conseil prend en compte l'état de subordination des distributeurs en ne les attrayant pas dans la procédure. Cela ne revient pas à admettre que l'accord de volontés n'est pas constitué, mais à ne sanctionner que le fabricant pour cette entente.

- **La nécessité de se défendre contre des pratiques illicites ne vaut pas excuse absolutoire**

La nécessité de mettre un terme à une situation illicite n'autorise pas les entreprises à s'entendre [35]. Elles ne peuvent se faire justice elles-mêmes.

35. Dans un arrêt du 12 juillet 1962, Acciaierie ferriere, la Cour de justice a ainsi défini la légitime défense : « [...] *attendu que la légitime défense présuppose un acte indispensable pour écarter un péril dont l'auteur du fait se trouve menacé et qu'elle exige que les menaces soient directes, que le péril soit imminent et qu'aucune autre voie légale ne permettait d'y parer, ce qui n'est pas le cas en l'occurrence ; que d'ailleurs il n'est ni établi ni offert en preuve soit qu'un danger imminent menaçait la SA Modena soit que la seule violation de la loi communautaire lui eut permis de surmonter des difficultés conjoncturelles inhérentes à toute entreprise industrielle dans des périodes données. Qu'il n'y a donc pas lieu d'admettre dans ce chef l'existence d'un fait justificatif* » (voir aussi TPI, 10 mars 1992, Hüls, T-9/89, §365 et 366).

Le Tribunal de première instance a ainsi rappelé dans un arrêt du 15 mars 2000 (cimenterie CBR SA e.a. contre Commission des communautés européennes, T-25/95, points 1855 et 1865) : « *Des entreprises ne sauraient justifier une infraction aux règles de la concurrence en prétextant qu'elles y ont été poussées par le comportement d'autres opérateurs économiques.* »

Dans un arrêt du 18 mars 2003 (Lamy), la cour d'appel de Paris a considéré, comme le Conseil, que le caractère éventuellement illicite des pratiques commerciales d'un *discounter* dans le secteur des opticiens ne pouvait faire disparaître le caractère prohibé de la réunion au cours de laquelle ceux-ci avaient décidé d'exclure le *discounter* du marché et qu'il appartenait aux opticiens qui s'estimaient lésés par les choix commerciaux de ce *discounter* d'exercer toutes voies de droit pour les faire cesser et les sanctionner.

Si les faits justificatifs du droit pénal ou les vices du consentement en droit civil ne constituent pas, dans la généralité des cas, une cause d'exonération des pratiques anticoncurrentielles, *a fortiori*, les conditions de commission des faits qui ne seraient pas des faits justificatifs en droit pénal, telles la complicité ou la tenue d'un rôle passif dans une entente, n'exonèrent pas leurs auteurs. Ainsi, dans une entente sur appel d'offres, « *la compromission des maîtres de l'ouvrage avec les entreprises* [...] *ne fait pas échec à l'application des textes invoqués* » (Cour de cassation, 6 octobre 1992, SA entreprise Jean Lefèbvre et autres ; 12 janvier 1993, Sogéa).

Dans l'arrêt Inéo du 7 mars 2006, la cour d'appel de Paris a confirmé la décision 05-D-19 relative aux marchés de construction d'ouvrages d'art sur l'autoroute A84, dite « *Route des estuaires* », dans le département de la Manche. Le Conseil avait sanctionné 21 entreprises qui avaient participé à une concertation générale portant sur la dévolution d'une cinquantaine de marchés. Elle a considéré que le fait que certaines sociétés ayant participé à l'entente aient pu obtenir des informations détenues par la DDE à la suite de fuites, voire d'une collusion, ne pouvait constituer pour elles une cause d'exonération.

Enfin, le rôle passif d'une entreprise ne peut éventuellement être retenu que comme circonstance atténuante (TPI, 6 décembre 2005, Brouwerij Haacht NV/T 48/02, § 75).

Signalons pour mémoire que les conditions d'exonération du § 3 de l'article 81 du traité ou du 2e alinéa de l'article L. 420-4 du Code de commerce ne sont pas des faits justificatifs, mais une cause d'exonération des accords basée sur leur contribution au progrès économique. Les restrictions de concurrence peuvent être exemptées sur le fondement de l'article 81 § 3 du traité et du 2e alinéa de l'article L. 420-4 du Code de commerce. Il appartient aux parties en cause de se défendre sur ce point, la charge de la preuve reposant sur elles [36]. Généralement, ces justifications sont fondées sur un bilan coûts-avantages pour l'économie de la pratique incriminée. Elles relèvent donc

36. Il faut démontrer que les restrictions sont indispensables au progrès économique, qu'une partie équitable du profit est réservée aux consommateurs et enfin qu'il n'existe pas de moyens moins restrictifs de concurrence pour atteindre le même but.

d'une appréciation au fond des pratiques qui ne ressort pas du champ de la présente étude, basée sur l'accord de volontés [37] [38].

L'existence d'un concours de volontés

Comme il a été dit plus haut, les articles d'incrimination ne donnent pas de définition de l'entente, mais se limitent à une énumération non limitative des formes que peut revêtir le concours de volontés : accords, pratiques concertées, associations d'entreprises en droit communautaire, actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions en droit national. L'ancien article 50 de l'ordonnance du 30 juin 1945 renvoyait quant à lui à une formule très large, puisqu'il visait « *les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalition sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit* ».

Le législateur n'a pas voulu restreindre *a priori* le champ d'action des autorités de concurrence. La jurisprudence communautaire et nationale a d'ailleurs admis la grande liberté des autorités de concurrence dans le choix des formules choisies pour qualifier une entente.

Ainsi que la Cour de justice l'a rappelé dans un arrêt du 23 novembre 2006, Asnef-Equifax, C-238/05 : « [...] *si* [l'article 81 § 1, CE] *distingue la notion de "pratique concertée" de celle d'"accords entre entreprises" ou de "décisions d'associations d'entreprises", c'est dans le dessein d'appréhender, sous les interdictions de cette disposition, différentes formes de coordination et de collusion entre entreprises* [...] » (§ 32).

De même, en droit national, la cour d'appel de Paris a admis que, pour qualifier les pratiques, les autorités de concurrence puissent se référer aux différentes notions d'accords et de pratiques concertées. Ainsi, dans l'arrêt Bouygues Télécom du 12 décembre 2006, la décision du Conseil a été pleinement approuvée s'agissant de la condamnation d'une entente de répartition de marchés entre les trois opérateurs de téléphonie mobile. La cour a estimé qu'aucune confusion ne résultait, dans la rédaction du grief ou de la décision du Conseil, de l'utilisation des notions de « *pratique concertée* », d'« *accord* », de « *gel de parts de marché* » ou de « *stabilisation des parts de marché* ».

En dehors de toute définition légale, c'est donc la jurisprudence qui fournit une définition du concours de volontés constitutif d'entente. La jurisprudence nationale qualifie le concours de volontés d'« *action concertée* », de « *concertation prohibée* », de « *volonté commune de s'entendre* », ou

37. Il en est de même de la jurisprudence Wouters du 19 février 2002, selon laquelle les accords entre entreprises n'enfreignent pas nécessairement l'article 81 § 1 du traité dans la mesure où la réglementation professionnelle en cause s'avère nécessaire au bon exercice de la profession. Cette jurisprudence a été étendue aux règles édictées par les fédérations sportives (Tribunal de première instance, 30 septembre 2004, T-313/02).

38. Dans l'affaire des viandes bovines, la Commission a précisé que l'existence d'une crise du marché pouvait être invoquée sur le fondement de l'article 81 § 3 (*cf*. CJCE, 16 octobre 2002, LVM/Commission, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, points 487 et 488), même si la Commission précise qu'à supposer une notification effectuée, l'exonération n'aurait sans doute pas été accordée en l'espèce, les quatre conditions cumulatives n'étant pas réunies. Les conditions posées par la jurisprudence pour reconnaître l'état de nécessité en font une cause d'exonération impossible à démontrer.

encore de « *volonté commune de restreindre la concurrence* ». Certaines formules sont plus développées, telles la « *volonté commune des entreprises de se comporter d'une manière déterminée sur le marché considéré* ».

Trois formules récentes permettent de mieux cerner la notion d'accord, de concours de volontés.

Les deux premières insistent sur la libre expression de volonté : selon un arrêt du 11 janvier 2005 de la cour d'appel de Paris (Ordre des architectes d'Aquitaine), il faut que les entreprises aient « *librement exprimé leur volonté commune de se comporter d'une manière déterminée sur le marché* ». La cour d'appel précise, dans un arrêt du 2 juillet 2003 (Gan Eurocourtage), que cette libre expression doit être constatée par les autorités de concurrence : « *Le comportement unilatéral d'un opérateur économique n'entre pas dans les prévisions* [de l'article L. 420-1] *lequel implique que soit constatée l'expression de la volonté commune des entreprises en cause de se comporter d'une manière déterminée sur le marché considéré* ».

Dans la troisième formule, utilisée dans un arrêt du 18 décembre 2001 (Bajus), la cour d'appel de Paris insiste davantage sur la volonté de s'entendre : « *Une pratique ne peut être qualifiée d'entente anticoncurrentielle que si les entreprises en cause ont librement et volontairement participé à l'action concertée, en sachant quel en était l'objet ou l'effet* ».

L'entente serait donc la libre expression d'une volonté commune de se comporter d'une manière déterminée sur le marché en sachant quel en était l'objet ou l'effet.

Les volontés libres et autonomes doivent se nouer dans une volonté commune pour constituer l'entente. Chaque volonté doit rencontrer la volonté des autres, ce qui veut dire qu'elle doit s'extérioriser d'une certaine façon. En ce sens, une simple intention de s'entendre n'est pas répréhensible (tentative non punissable) ; l'expression de la volonté, une certaine extériorité du comportement sont requis.

L'entente se manifeste par l'accord de volontés, par le but recherché ou le résultat obtenu et le lien entre l'accord et ce but ou ce résultat. La jurisprudence exige non seulement que soit démontré l'élément subjectif de la faute, c'est-à-dire la conscience de participer à un accord, mais aussi que soit démontrée la conscience de ses conséquences prévisibles.

Toutefois, la preuve de l'intention de violer le droit de la concurrence n'est pas requise. Une entreprise ne peut exciper de son ignorance du droit de la concurrence pour se voir absoute de la participation à une entente sur les prix, dès lors qu'elle savait qu'elle s'entendait avec ses concurrents sur les prix. Sa participation à l'entente suffit à caractériser l'infraction : point n'est besoin de démontrer son intention de violer le droit de la concurrence [39].

39. Sur la distinction entre l'intention de porter atteinte à la concurrence et l'intention de s'entendre (voir étude thématique du rapport annuel 2003 précitée, pp. 73-75) ; en matière d'entente comme en matière d'infractions pénales de police ou délits correctionnels, l'élément moral est présumé à partir de la preuve de l'élément matériel : « *La chose renferme en elle-même le dol* » (« *res in se ipsa dolum habet* »).

La rencontre de volontés se manifeste de plusieurs façons, selon qu'on est en présence d'un accord ou d'une pratique concertée, mais une identité de comportement des entreprises (parallélisme de comportement) ne nécessite pas toujours le concours de leurs volontés ; l'adhésion, la participation de chaque entreprise à ce nœud de volonté doit être démontrée. Enfin, dans un cas, des ententes anticoncurrentielles peuvent être caractérisées sans aucun concours de volontés : c'est l'effet cumulatif des contrats.

L'objet du concours de volontés

L'objet du concours de volontés recouvre en réalité deux cas de figure qui peuvent largement se recouper avec les notions d'accord et de pratique concertée en droit communautaire.

En présence d'un accord, l'objet du concours de volontés consiste en un plan, une stratégie précise.

En présence d'une pratique concertée ou concertation ou entente tacite en droit national, l'objet du concours de volontés se limite à la mise en commun d'informations, sans aller jusqu'à l'adoption d'un plan. La pratique se situe à mi-chemin entre l'acte unilatéral et le concours de volontés [40].

- **L'objet consiste en l'adoption d'un plan : la notion communautaire d'« accord »**

Selon la Commission européenne, il y a « *accord* » « *lorsque les parties s'entendent sur un plan commun qui limite ou est susceptible de limiter leur comportement commercial respectif en déterminant les lignes de leur action ou abstention réciproque sur le marché* » (Commission, 11 décembre 2001, phosphate de zinc [41]).

Par la conclusion d'un accord, les parties expriment leur volonté commune de se comporter d'une manière déterminée [42].

Cela ne signifie pas qu'elles s'engagent fermement à se comporter d'une manière déterminée, car leur accord de volontés peut ne pas comporter de force obligatoire : les *gentlemen agreements* constituent des accords. En cela, l'accord se distingue du contrat civil, qui a force de loi entre les parties.

Le plan commun d'action anticoncurrentiel fixe une stratégie commune : l'accord a un objet précis, par exemple se partager le marché ou encore fixer des prix à un certain niveau. En s'accordant sur les termes de ce plan, les entreprises savent qu'elles s'entendent et que cette entente aura des conséquences (sur les prix, sur les quantités).

40. Voir la thèse de Catherine Vincent : *Comportement unilatéral et concours de volontés en droit de la concurrence,* juillet 1997, université Panthéon-Assas (Paris II), p. 24.

41. « *Un accord restreignant la concurrence* [...] *existe lorsque les parties parviennent à un concours de volontés qui limite ou est de nature à limiter leur liberté commerciale en déterminant les lignes de leur action mutuelle sur le marché ou de leur abstention d'action* » (Commission, Tabac brut d'Espagne, 20 octobre 2004).

42. Il y a accord quand il y a « *expression de leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée* » (CJCE, 8 juillet 1999, Anic, 49/92 P).

Le plan a souvent pour support la conclusion (signature) d'accords exprès, qu'ils s'insèrent dans des structures juridiques existantes (SA, coopératives, SEP, GIE...) ou non (accords ponctuels entre entreprises indépendantes).

Mais l'entente n'exige pas toujours un plan commun d'action. Il peut par exemple s'agir d'une simple concertation, de la divulgation d'une information par un concurrent à un autre de ses intentions ou de son comportement futur, sollicitée ou acceptée par ce dernier. Une déclaration d'intention qui réduit les incertitudes peut suffire à caractériser l'entente : il n'est pas besoin d'un engagement ferme de conduite (TPI, 15 mars 2000, cimenterie CBR SA, T-25/95). Le plus souvent, ce cas de figure concerne le partage d'informations entre concurrents.

- **L'objet du concours de volontés réside dans le partage d'informations : la notion de « pratique concertée »**

Sans aller jusqu'à la constitution d'un plan commun d'action, les opérateurs partagent des informations sur les prix ou sur d'autres données que les prix, réduisant l'incertitude de chacun sur le comportement des autres. Les entreprises n'ont pas de projet commun, mais mettent en place des structures de coordination dont l'objectif est plus général : il ne s'agira pas de s'accorder sur un barème de prix (là, on est en présence d'un accord), mais de mettre en place, par exemple, un programme de lutte contre la détérioration des marges des entreprises. La notion de « *pratique concertée* » permet d'appréhender les accords de volontés qui ne sont pas noués autour d'un projet d'action précis.

Les parties n'ont pas décidé à l'avance ce qu'elles feraient. Mais elles adoptent en connaissance de cause un mécanisme collusoire qui facilite la coordination de leur comportement commercial.

Autrement dit, au sens du droit de la concurrence, il y aura concordance de volontés, non seulement quand les entreprises conviennent à l'avance de leur comportement sur le marché, mais également lorsqu'elles éliminent délibérément le risque d'ignorance de leurs comportements futurs par une information réciproque et lorsque, grâce à cela, elles peuvent coordonner leur comportement. L'élément de coopération consiste en ce que chacun des participants, du fait de la concordance des volontés, peut escompter que les autres adopteront sur le marché un comportement déterminé. L'accord de volontés ne vise pas l'obtention d'un objectif déterminé, comme un prix ou une répartition de marchés, mais une atténuation de concurrence sur le marché.

Dès ses arrêts ICI et Sandoz du 14 juillet 1972 (48/69 et 53/69), la Cour de justice des communautés européennes précisait : « *Par sa nature même, la pratique concertée ne réunit pas tous les éléments d'un accord, mais peut notamment résulter d'une coordination qui s'extériorise par le comportement des participants.* »

Il s'agit d'une pratique *sui generis* qui suppose un concours de volontés qui se situe en deçà de l'accord.

Ainsi que l'a défini la Cour de justice des communautés européennes, dans un arrêt Suiker Unie du 16 décembre 1975 : « *La notion de "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 elles aux risques de la concurrence, coopération aboutissant à des conditions de concurrence qui ne correspondent pas aux conditions normales du marché [...] ».

Le contenu de la concertation réside dans l'élimination de toute incertitude sur le comportement des concurrents :

« *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, y compris le choix des destinataires de ses offres et de ses ventes »* (§ 173).
« [...] *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* [43]*, 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* » (§ 174).

En droit communautaire, la notion de pratique concertée prohibée s'applique à toute action de coordination sciemment conduite par des entreprises, qui sans avoir été poussée jusqu'à la conclusion d'une convention proprement dite, aboutit à des conditions de concurrence qui ne correspondent pas aux conditions normales de marché, compte tenu de la nature des produits, de l'importance et du nombre des entreprises ainsi que du volume et du caractère dudit marché.

En droit national, les pratiques concertées sont visées sous le terme d'actions concertées ou de concertations ou collusions, dont la Commission de la concurrence a donné une définition très proche de la définition communautaire : pour elle, il s'agit de termes généraux qui permettent « *d'appréhender, à la limite, certaines formes de coordination ou de parallélisme de comportement entre des entreprises qui, sans avoir conclu entre elles une convention ou passé un accord* », substituent sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence*,* « *selon l'expression employée par la Cour de justice des communautés européennes* [44] ».

L'objet de la pratique concertée constitue donc une « *forme atténuée de concours de volontés* [45] » qui se traduit par une certaine *« concordance des comportements »* [46].

43. C'est nous qui soulignons.
44. Voir rapport annuel de la Commission de la concurrence pour 1981, pp. 25-26.
45. Louis Vogel, « Définition et preuve de l'entente en droit français de la concurrence – Étude de la jurisprudence récente », *La Semaine juridique*, éd. E, nº 48, p. 494.
46. Thèse précitée de Catherine Vincent.

« *Du point de vue subjectif,* [les notions d'accord et de pratique concertée] *appréhendent des formes de collusion qui partagent la même nature et ne se distinguent que par leur intensité et par les formes dans lesquelles elles se manifestent* » (CJCE, 8 juillet 1999, Commission/Anic Partecipazioni C-49/92 P ; § 131).

L'adhésion de chacun se manifeste par l'acceptation volontaire d'une perte d'autonomie entre concurrents. Selon la formule d'E. Claudel, en droit de la concurrence, il y a « *volition sans projet* [47] », ce qui est très différent du droit civil où les obligations ont toujours un objet précis et déterminé. Les entreprises ne prennent aucun engagement ; on verra plus loin que la preuve de leur comportement suspect, après l'échange d'informations, n'a pas à être recueillie.

Par ailleurs, la rencontre des volontés est ici moins évidente que pour les accords (*cf.* article E. Claudel), car il n'y a pas véritablement échange de consentements, comme en matière de contrat, mais juxtaposition de consentements à partager des informations, à dévoiler son attitude sur un marché, à réduire le niveau d'incertitude. Il y a « *consentement sans l'échange* [48] », alors qu'ainsi que le rappelle Emmanuelle Claudel, reprenant une citation du précis Dalloz sur les obligations : « *Dans la conception française, le contrat naît non de la juxtaposition de deux déclarations dont chacune serait isolément obligatoire, mais de la rencontre de volontés qui fait naître une volonté nouvelle, celle de réaliser une opération commune qui est l'objet du contrat. C'est le nœud des volontés, le courant de confiance qui passe entre les parties qui forme le contrat* [49] ».

Dans son rapport annuel pour 1988, le Conseil distinguait trois catégories de pratiques d'entente anticoncurrentielle : « *la détermination ou la mise en œuvre de stratégies communes à plusieurs opérateurs par voie d'entente explicite ou tacite, qui viole la condition d'autonomie des décisions* », ce qui recouvre la notion d'accord ; « *l'échange d'informations sur les stratégies que chacun des opérateurs est susceptible de mettre en œuvre, qui viole la condition d'incertitude* », ce qui vise les « *pratiques concertées* [50] » ; enfin,

47. Emmanuelle Claudel, *Le droit civil des affaires. Rôle et place des mécanismes fondamentaux du droit civil en droit des affaires. Le consentement en droit de la concurrence, consécration ou sacrifice*, RTD Com, 1999.

48. B. Oppetit, « Le consentement sans l'échange : le concours des consentements, le concours implicite », *Rev. jur. com.,* novembre 1995, numéro spécial, *L'échange des consentements*, p. 69, cité dans la thèse précitée de Catherine Vincent.

49. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, précis Dalloz 1996, § 85, p. 79, cité dans Emmanuelle Claudel, RTD Com 1999, p. 291.

50. Derrière la notion juridique de *« pratique concertée »*, c'est la pratique couramment visée sous la dénomination d'*« échanges d'informations »* qui est visée. Ainsi que l'a énoncé le Tribunal de première instance des communautés européennes, dans un arrêt Ciment (15 mars 2000, cimenterie CBR 25/95, point 1852) : la pratique concertée consiste dans *« toute prise de contact directe ou indirecte de nature à dévoiler à un concurrent le comportement que l'on est décidé, ou que l'on envisage de tenir soi-même sur le marché, lorsqu'une telle prise de contact a pour objet ou pour effet d'aboutir à des conditions de concurrence qui ne correspondraient pas aux conditions normales du marché. Pour établir une pratique concertée, il n'est donc pas nécessaire de démontrer qu'un opérateur économique s'est formellement engagé, à l'égard d'un ou de plusieurs autres, à adopter tel ou autre comportement ou que les concurrents ont fixé en commun leur comportement futur sur le marché. Il suffit que, à travers sa déclaration d'intention, l'opérateur économique ait éliminé, ou à tout le moins substantiellement réduit, l'incertitude quant au comportement à attendre de sa part sur le marché* ».

« *les pratiques d'exclusion qui limitent ou interdisent l'entrée sur le marché considéré* ».

Cette distinction souligne que la notion de pratique concertée, ou, en droit national, de coalitions, concertations, collusions, s'applique dans le domaine des échanges d'informations entre concurrents. En matière d'entente verticale, un échange d'informations entre opérateurs situés à des niveaux différents de la chaîne économique n'est pas en soi nuisible à la concurrence et ne constitue pas en soi une infraction alors qu'entre concurrents, dans certaines configurations de marchés, il a pour effet de porter atteinte à la concurrence. Les preuves de ces échanges d'informations sont le plus souvent des preuves comportementales, comme on le verra plus loin (participation à des réunions...).

Les marchés publics constituent le domaine privilégié d'application de cette notion. En matière de marchés publics, en effet, si l'entente peut porter sur un accord de partage de marchés ou sur le montant des soumissions, elle peut aussi consister en échanges d'informations avant le dépôt des offres, quelle que soit leur nature, dont les autorités de concurrence considèrent qu'elles ont nécessairement vicié les réponses des entreprises ou leur abstention, en affectant leur autonomie.

Le Conseil rappelle, dans tous ses rapports annuels et dans ses décisions, 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* ».

Les échanges d'informations sur les prix sont toujours sanctionnés ; les autres échanges d'informations constituent des infractions autonomes ou des pratiques accessoires à d'autres comportements anticoncurrentiels. Ils ne constituent des infractions autonomes que sur des marchés oligopolistiques où la concurrence est déjà naturellement restreinte et où tout accroissement artificiel supplémentaire de la transparence permet une coordination des comportements, dans les conditions prévues dans la jurisprudence dite des « *tracteurs anglais* » (CJCE, 28 mai 1998, John Deere).

Ainsi que l'a souligné le Conseil de la concurrence dans une décision 05-D-64, s'agissant d'informations échangées entre les palaces parisiens : « *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 ».

Dans cette décision 05-D-64 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces parisiens, confirmée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 26 septembre 2006, le Conseil a sanctionné six établissements hôteliers parisiens de luxe (le Bristol, le Crillon, le George V, le Meurice, le Plaza Athénée et le Ritz) qui, de 1999 à 2001, avaient échangé régulièrement des informations, à la fois confidentielles et stratégiques, sur leurs activités et leurs résultats respectifs. Le caractère nominatif, non public, confidentiel et stratégique des données échangées (qui portaient notamment sur le taux d'occupation des palaces, le prix moyen par chambre louée et sur le revenu moyen par chambre disponible), ainsi que le caractère systématique, régulier et rapproché des échanges a été souligné. La cour a conclu que « *la mise en commun de ces données non publiques* [avait] *assuré une transparence artificielle des paramètres du marché, dès lors caractérisé par un équilibre collusif* ». Elle a souligné l'existence des effets anticoncurrentiels réels qui avaient été révélés par l'instruction, s'agissant de la convergence des évolutions du prix moyen des établissements au cours de la période considérée.

De même, dans sa décision 05-D-65, confirmée par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 12 décembre 2006 (Bouygues Télécom), le Conseil a sanctionné les trois opérateurs mobiles (Orange France, SFR et Bouygues Télécom) pour avoir échangé régulièrement des informations confidentielles et stratégiques portant notamment sur leurs volumes de ventes brutes, de résiliations et de ventes nettes de 1997 à 2003 et sur les nouveaux abonnements et les résiliations enregistrés par les opérateurs entre 2000 et 2002.

Dans un arrêt du 12 juillet 2001, Tate et Lyle British Sugar (T-202/98, T-204/98 et T-207/98), le TPICE a estimé que la circonstance que les prix échangés au cours d'une réunion à objet anticoncurrentiel étaient connus de certains avant la réunion anticoncurrentielle, est sans incidence sur la qualification de la pratique, car « *l'organisation des réunions litigieuses permettait aux participants d'avoir connaissance de ces informations de façon plus simple, rapide et directe que par le biais du marché* » et créait un climat de certitude mutuelle quant à la politique de prix future de chaque entreprise.

Les effets des pratiques concertées

Dans un arrêt du 8 juillet 1999 (Commission/Anic Partecipazioni C-49/92 P), la Cour de justice des communautés européennes a rappelé que « *la notion de pratique concertée implique, outre la concertation entre les entreprises, un comportement sur le marché faisant suite à cette concertation et un lien de cause à effet entre ces deux éléments* » (§ 118). Cette notion n'implique pas nécessairement que « *ce comportement produise l'effet concret de restreindre, d'empêcher ou de fausser la concurrence* » (§ 124). Cet effet est donc présumé dès lors que l'entreprise reste active sur le marché : « *Il y a lieu de présumer, sous réserve de la preuve contraire qu'il incombe aux opérateurs intéressés de rapporter, que les entreprises participant à la concertation et qui demeurent actives sur le marché tiennent compte des informations*

échangées avec leurs concurrents pour déterminer leur comportement sur ce marché. Il en sera d'autant plus ainsi lorsque la concertation a lieu sur une base régulière au cours d'une longue période, comme c'était le cas en l'espèce, selon les constatations effectuées par le Tribunal » (§ 121).

Les entreprises ne peuvent renverser cette présomption qu'en démontrant qu'elles ne sont plus actives sur le marché.

En matière d'échanges d'informations dans les marchés publics, on admet aussi que l'autorité de concurrence n'ait pas à rapporter la preuve de la façon concrète dont les entreprises en cause se sont comportées lorsqu'elles ont soumissionné ; le simple fait d'échanger des informations suffit à faire présumer que la consultation a été faussée [51].

Une volonté commune d'échanger des informations n'exige pas la réciprocité

La réciprocité dans la communication d'informations n'est pas exigée : une communication unilatérale d'informations suffit.

Dans le domaine des marchés publics, la solution est déjà acquise. Dans un arrêt du 15 juin 1999 (SOLATRAG), la cour d'appel a approuvé le Conseil d'avoir sanctionné pour entente une entreprise qui avait, avant le dépôt des offres, communiqué à ses concurrentes des devis estimatifs largement repris par celles-ci dans leur soumission. Cette entreprise qui n'avait pas obtenu le marché, alléguait que « *cette simple communication unilatérale d'informations chiffrées* » ne pouvait « *constituer, à défaut de réciprocité, un échange d'informations anticoncurrentiel* ». La cour a précisé qu'« *il importe peu que l'échange d'informations auquel a procédé la société* [...] *n'ait pas été réciproque* ».

En droit communautaire aussi, il est désormais acquis que la seule réception d'informations relatives au comportement futur des concurrents, au cours de réunions par exemple, suffit à caractériser la participation à la concertation. L'entreprise a « *dû nécessairement prendre en compte, directement ou indirectement, les informations obtenues au cours de ces réunions pour déterminer la politique qu'elle entendait suivre sur le marché* » (TPICE, 12 juillet 2001, Tate et Lyle, British Sugar et Napier Brown, 202, 204 et 207/98). La réciprocité n'est pas une condition de qualification des pratiques,

51. Signalons que la cour d'appel de Paris n'applique pas cette jurisprudence, dans le domaine des bordereaux de prix unitaires (dits BPU), mais il est vrai que ces échanges d'informations n'ont pas lieu sur des marchés oligopolistiques. Le Conseil avait estimé que les échanges d'informations intervenus entre des entreprises d'électrification pour formuler des propositions au maître d'ouvrage en vue de réactualiser un bordereau de prix unitaire avaient nécessairement faussé leur réponse aux appels d'offres pour des marchés d'électrification rurale passés sous la forme de marchés à bons de commande (pour lesquels les propositions des soumissionnaires devaient être formulées sous forme de rabais ou de majoration par rapport aux prix du bordereau unitaire) qui avaient lieu sept mois plus tard, nonobstant la circonstance que leur proposition n'avait pas été reprise dans le BPU réactualisé par le syndicat. En effet, elles avaient nécessairement échangé entre elles, sept mois avant les appels d'offres, des informations (échanges approfondis) sur leurs coûts, et déterminé des prix moyens de main d'œuvre et de fourniture ; « [...] *ces échanges leur donnaient la possibilité d'avoir une meilleure connaissance des marchés, des concurrents, du coût de réalisation de leurs chantiers et pouvaient les influencer dans la détermination de leurs propres offres* ». Dans un arrêt du 12 février 2002, la cour d'appel de Paris a réformé cette décision, exigeant que soit rapportée la preuve que ces échanges avaient influencé les entreprises dans la détermination de leurs offres (dans le même sens, voir aussi l'arrêt du 21 septembre 2004, dans le domaine des marchés publics d'électrification rurale de Charente-Maritime).

même si la notion même d'*« échange d'informations »* pourrait donner à penser le contraire [52].

Cette position, qui incrimine une entreprise qui a reçu une information au cours d'une réunion à objet anticoncurrentiel, semble condamner une pratique qui pourrait paraître, à première vue, purement unilatérale. Signalons cependant que la pratique décisionnelle du Conseil préserve davantage le consentement des parties, en exigeant, dans certains cas, que l'adhésion à l'objet anticoncurrentiel se manifeste par la réitération de la volonté infractionnelle après la première réunion à objet anticoncurrentiel [53].

La jurisprudence sur les pratiques concertées est maintenant bien fixée. En droit communautaire, les débats portent surtout sur le montant des sanctions, la plupart des cartels sanctionnés sur ce fondement étant révélés à la suite de demandes de clémence [54].

Enfin, la pratique concertée dissimule parfois un accord en bonne et due forme, par définition caché.

Il a été rappelé que l'objet du concours de volontés peut résulter d'un accord ou de pratiques concertées. La notion d'association d'entreprises en droit communautaire constitue la troisième catégorie de pratiques.

La notion d'entente complexe utilisée dans les dernières affaires de cartel de la Commission (affaire polypropylène par exemple) permet de fusionner, sous une seule infraction « *commune continue ayant un seul et unique objectif global* », les deux notions d'accord et de pratique concertée [55]. Cette notion est critiquée par la doctrine [56] car une entreprise peut être déclarée responsable de cette infraction complexe, alors même qu'elle n'a pas participé à toutes les manifestations de l'entente, mais à un seul de ses éléments constitutifs [57] (CJCE, 7 janvier 2004, Aalborg).

• Le parallélisme de comportement

Il peut se trouver que des entreprises, du fait de leurs caractéristiques propres et des circonstances spécifiques au marché concerné, adoptent des comportements parallèles qui les conduisent à se comporter comme si elles ne formaient qu'une seule entreprise, sans que cette identité de comportement nécessite le concours de leurs volontés. Il s'agit de situations connues sous les qualificatifs de « dominance collective » ou d'« oligopole non collusif ». Lorsque certaines conditions « *relatives au fonctionnement des marchés, à*

52. L'avocat général Darmon, dans ses conclusions sur l'affaire « *Pâtes de bois* » II (C 89, 104, 116, 117, 125 à 129/85), avait estimé que la concertation requérait « *par définition une réciprocité de communications entre concurrents* ».

53. *Cf. infra* la présomption tirée de la participation à une réunion à objet anticoncurrentiel.

54. Signalons cependant que dans trois arrêts récents de la Cour de justice du 2 octobre 2003 (Eurofer ASBL, Thyssen, Stahl et Corus (poutrelles) points 47, 81 et 111), il semble admis que la notion de pratique concertée s'applique aussi en dehors des marchés d'oligopoles étroits, « *le seul principe général retenu en matière de structure de marché étant que l'offre ne doit pas avoir un caractère atomisé* » (point 86 de l'arrêt Thyssen).

55. CJCE, 8 juillet 1999, Anic, 49/92 P.

56. Catherine Grynfogel, « Le concours de volontés entre entreprises, une notion protéiforme en droit communautaire des ententes », *RJDA*, 2005, p. 551.

57. Cette circonstance est uniquement prise en compte dans le calcul de la sanction.

l'information accessible aux agents et à la rationalité qui inspire leurs décisions [58] » sont réunies, les entreprises n'ont pas besoin de s'entendre, de conclure des accords ou d'adopter des pratiques concertées pour se comporter de façon identique, et notamment fixer leurs prix à des niveaux supra-concurrentiels [59] ; elles se conforment individuellement à une règle tacite commune, sans qu'aucune concertation relevant d'un accord de volontés ne soit nécessaire entre elles ; dès lors, l'alignement de leur comportement peut s'expliquer par ces conditions. Dans ces configurations de marché, toutes les entreprises ont intérêt à fixer leurs prix à des niveaux proches des prix de monopole plutôt qu'à se livrer à une guerre des prix qui amènerait ceux-ci à un niveau concurrentiel. Chacune anticipe que toute action de baisse des prix qu'elle mènerait entraînerait la réaction des concurrents qui, en baissant à leur tour leurs prix, réduiraient à néant le gain espéré.

Même si ce comportement d'alignement peut avoir le même objet ou effet restrictif de concurrence qu'une entente, le concours de volontés dont il a été souligné qu'il constituait un élément constitutif de l'infraction d'entente anticoncurrentielle, fait défaut. L'infraction n'est donc pas caractérisée. Les oligopoles ne constituent pas en eux-mêmes des atteintes à la concurrence [60].

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché du transport public urbain de voyageurs (05-D-38), le Conseil a rappelé les trois conditions qui peuvent expliquer que les entreprises alignent leur comportement sans avoir à se concerter :

– « *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* ».

58. Anne Perrot et Louis Vogel, « Entente tacite, oligopole et parallélisme de comportement », *La Semaine juridique*, Éd. E, nº 48.

59. Au-dessus du niveau de prix qui résulterait d'un fonctionnement concurrentiel du marché.

60. Conclusions de l'avocat général Mayras dans l'affaire des matières colorantes (48/60) : « *Les oligopoles ne sont pas, en eux-mêmes, prohibés par le traité et l'article 85 ne doit pas conduire à imposer aux entreprises, dont l'activité s'exerce sur les marchés de cette nature, des obligations telles qu'elles interdiraient leur activité ou risqueraient de conduire à une transformation complète des structures de la profession.* »

La participation circonstanciée de chaque entreprise doit être démontrée

• Participation directe

Le Conseil a rappelé, dans une décision 97-D-52, que « *l'entente au sens de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 résulte d'un concours de volontés qui n'exige pas nécessairement une convention au sens du droit des obligations, ni une décision prise en commun ;* [...] *il suffit d'une adhésion consciente à un comportement collectif* » ; « [...] *dès lors, la preuve de l'adhésion peut être rapportée par tout moyen* ».

Les personnes susceptibles de se voir reprocher la participation à une entente sont, au premier chef, celles qui collaborent directement à leur conception. Mais le fait d'adhérer en connaissance de cause à une pratique élaborée par d'autres ou d'y prêter son concours peut aussi être sanctionné.

• L'adhésion

Comme le rappelait le Conseil dans une décision 88-D-01 : « *Constitue une participation à une* [...] *action concertée l'adhésion aux termes de l'accord sous la forme d'une application des décisions arrêtées.* »

L'adhésion à une entente suppose d'abord la connaissance de l'entente, car l'adhésion doit être consciente, puis doit se manifester par un comportement extérieur positif [61].

L'adhésion doit être consciente ; pour qu'une entreprise soit partie à l'entente, il faut montrer, par le comportement d'alignement de cette entreprise, qu'après avoir eu connaissance de l'entente, elle en a suivi les commandements, en connaissance de cause.

Le comportement extérieur manifestant l'adhésion peut résulter de la signature d'un contrat (preuve documentaire) ou du comportement de l'entreprise qui manifeste son adhésion, sans aucune ambiguïté possible [62] (preuve comportementale).

La preuve de l'adhésion d'une entreprise à une pratique concertée horizontale est beaucoup plus aisée à rapporter que la preuve de l'adhésion à un

61. La preuve de cette conscience peut être présumée. Ainsi le Conseil a-t-il estimé que le fait, pour une compagnie pétrolière de s'être systématiquement alignée sur des prix dont elle ne pouvait ignorer qu'ils résultaient d'une entente était assimilable à une adhésion à cette entente (décision 89-D-14). Cette jurisprudence a été très critiquée et est restée à ce jour sans postérité. En effet, il était présupposé que les compagnies pétrolières savaient que les prix identiques pratiqués par certains distributeurs de carburants résultaient, compte tenu des caractéristiques du marché, d'une entente et non d'un parallélisme de comportement et il leur était reproché un alignement sur les prix de cette entente, ce qui revenait *a contrario* à leur imposer une obligation positive de faire éclater l'entente constituée.

62. Dans un arrêt SEE Camille Bayol du 9 novembre 2004, la cour d'appel de Paris a censuré l'analyse du Conseil qui avait considéré qu'en tant que mandataire du groupement et signataire de l'étude de prix transmise au maître d'œuvre, cette société « *ne pouvait ignorer* » que ces estimations avaient été utilisées par un autre groupement pour établir une offre de couverture. La cour, après avoir rappelé que l'entente anticoncurrentielle suppose une participation libre, volontaire et consciente à l'action concertée, a estimé qu'en l'espèce, la participation de la société Bayol n'était pas établie. Elle a relevé que l'offre présentée par le groupement dont elle était membre avait été établie à partir d'une étude commandée par l'autre entreprise membre du groupement, seule à avoir eu un rôle actif dans son élaboration, et que le seul fait que la société Bayol ait signé l'estimation adressée au maître d'œuvre ne suffisait pas à caractériser sa volonté de participer à la collusion.

accord vertical, mise à part bien sûr l'hypothèse où celle-ci se manifeste par la signature d'un contrat. Ces points seront développés plus amplement dans la suite de l'exposé. Il convient à ce stade de comparer schématiquement les deux situations.

Dans des situations de pratiques concertées entre concurrents, la preuve de la connaissance de l'entente résulte de la participation à une réunion à objet anticoncurrentiel ou de contacts avec les participants à cette réunion (envoi de courriers, fax, contacts téléphoniques). L'adhésion à l'entente résultera de la participation à cette réunion ou d'un comportement d'alignement sur la ligne commune.

Dans un arrêt du 18 mars 2003 (Lamy), la cour d'appel de Paris, à propos d'un boycott concerté de fournisseurs décidé entre opticiens au cours d'une réunion, a retenu la participation à l'action concertée d'opticiens qui n'avaient pas participé à la réunion à l'origine de l'action concertée. Elle rappelle que « *l'adhésion à une entente peut se déduire de la mise en œuvre par une entreprise du comportement anticoncurrentiel collectivement décidé* [par d'autres] » et retient, par conséquent, le grief à l'égard d'une société dont la participation à la réunion n'était pas établie, dès lors qu'elle avait été informée des actions qui y avaient été décidées et qu'elle avait manifesté sa solidarité avec les participants à la réunion en appliquant les consignes qui avaient été adoptées [63].

S'agissant des relations entre un fournisseur et ses distributeurs, la simple connaissance d'une pratique, même suivie d'un comportement d'alignement, ne suffit pas. La jurisprudence la plus récente exige que la rencontre des volontés se concrétise, à savoir d'une part que le fournisseur exprime sa demande clairement, ce qui permet aux distributeurs de pouvoir adhérer en connaissance de cause au comportement anticoncurrentiel et, d'autre part, que l'adhésion des distributeurs se manifeste de façon explicite.

Dans un arrêt du 15 février 2000 (Société ploërmelaise de friction industrielle), la cour d'appel de Paris a approuvé le Conseil d'avoir estimé que la transmission par un fabricant de garnitures de frein à douze de ses revendeurs et à certains clients d'une marque concurrente, de documents de nature à discréditer cette marque concurrente, constitue une pratique unilatérale de dénigrement du fournisseur, et non d'entente, bien qu'un de ces revendeurs ait répercuté ces informations à ses clients après avoir reçu lesdits documents accompagnés de la recommandation du fournisseur d'en faire « *le meilleur usage* ».

63. Mais elle a aussi jugé qu'avaient participé à la concertation deux opticiens qui n'étaient pas présents à la réunion, pour lesquels le Conseil ne disposait d'aucune preuve qu'ils aient été informés de la teneur de la réunion, mais qui avaient, pour l'un, téléphoné aux fournisseurs et, pour l'autre, envoyé un courrier aux fournisseurs qui différait des formulations décidées collectivement. La connaissance, par les distributeurs en question, de la ligne d'action commune n'était pas démontrée, mais leurs comportements révélaient, selon la cour, cette connaissance et l'adhésion à l'entente. La cour a relevé que les fournisseurs avaient répondu à ces opticiens dans les mêmes termes que ceux utilisés pour répondre aux opticiens qui avaient adressé le courrier type proposé lors de la réunion, ce qui démontrait, selon la cour, « *que dans l'esprit du fournisseur le comportement de la société* [...] *s'inscrivait dans la pratique collective incriminée* [...] ». Dans cet arrêt, la cour a donc tenu compte, à titre d'indice de l'implication de ces opticiens dans l'entente, de la perception qu'en ont eue les fournisseurs victimes.

En effet, la volonté du fournisseur d'inciter ses distributeurs à ne pas acheter les produits concurrents ne ressortait pas des preuves du dossier. La cour relève que la formule employée ne constitue pas une consigne du fabricant et que celui-ci « *a pu de manière unilatérale communiquer ces renseignements à ses commerciaux et à ses clients, indépendamment du comportement que l'un d'entre eux pouvait adopter* ». Le revendeur qui a répercuté les informations dispensées par le fabricant à ses clients avait un intérêt propre à répercuter ces informations, distinct de celui du fabricant ; « *la simple convergence des intérêts particuliers des deux entreprises qui étaient dans des situations objectives différentes, n'est pas un élément de preuve suffisant d'une pratique concertée destinée à fausser le jeu de la concurrence* ».

L'exception à l'accord de volontés : l'effet cumulatif des contrats

Dans le cas de l'application de l'effet cumulatif des contrats, les pratiques anticoncurrentielles ne résultent pas d'un accord de volontés de plusieurs concurrents visant à s'entendre, mais de la mise en œuvre indépendante de plusieurs contrats identiques passés entre chacun d'entre eux et leurs distributeurs et dont l'effet cumulatif est restrictif de concurrence.

Dans un arrêt du 7 mai 2002, Masterfood, la cour d'appel de Paris a appliqué les critères de la jurisprudence communautaire (TPI, 28 février 1991, Delimitis, et 5 juillet 2001, Colin Arthur Roberts et Valerie Ann Roberts) et a mesuré l'effet de forclusion résultant d'un ensemble de contrats de prêt de congélateurs à titre gratuit conclus entre les principaux fabricants de glace et les détaillants, en contrepartie de l'engagement de ces détaillants de n'y exposer que des glaces du producteur en question. Les parts de marché de ces fabricants s'élevant à plus de 65 %, elle énonce que « *l'effet restrictif de concurrence résultant d'un ensemble d'accords de distribution doit s'apprécier au regard de la nature et de l'importance des contrats sur le marché en cause, de l'existence de possibilités réelles et concrètes pour un nouveau concurrent de s'infiltrer dans le faisceau de contrats, et des conditions dans lesquelles s'accomplit le jeu de la concurrence sur le marché de référence, à savoir, notamment le nombre et la taille des producteurs présents sur le marché, le degré de saturation de ce marché, la fidélité de la clientèle aux marques existantes* [64] ».

En l'espèce, ces conditions n'étaient pas réunies.

Depuis cette décision, le Conseil n'a sanctionné qu'une seule fois des contrats dont l'effet cumulatif était restrictif de concurrence, en 2005 (voir rapport annuel). Dans la décision 05-D-49 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 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.

64. Voir aussi TPI, 21 mars 2002, M. H Shaw et T. J Falla, T 131/99 ; TPI, 21 mars 2002, Colin Joynson, T 231/99.

Ces pratiques verticales avaient 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.

Les preuves

L'administration de la preuve

Ce sujet recouvre la charge de la preuve et les modes d'administration de la preuve.

La charge de la preuve

Les preuves des ententes, comme celles de toutes les pratiques anticoncurrentielles, incombent à l'autorité de concurrence. Dans un arrêt de sa chambre commerciale du 12 octobre 1993, la Cour de cassation a rappelé le principe applicable en ce qui concerne la charge de la preuve : « *La preuve des pratiques anticoncurrentielles entrant dans le champ d'application des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986* [...] *incombe à celui qui s'en prétend victime ou aux autorités administratives dans le cadre des enquêtes* [...] ».

En cas de saisine directe, il appartient à la partie saisissante, non de supporter l'intégralité de la charge de la preuve, mais du moins d'apporter au Conseil tout document utile venant à l'appui de ses prétentions et pouvant être utilisé à titre de preuve, de commencement de preuve ou de présomptions. À défaut, la partie saisissante s'expose à un rejet de sa plainte pour défaut d'éléments suffisamment probants. Le Conseil de la concurrence, dans sa décision 04-D-48 du 14 octobre 2004 (point 133), a rappelé : « *Aucun texte ni principe ne fait obligation à la partie saisissante d'apporter au Conseil de la concurrence la preuve des agissements qu'elle dénonce. Dans le cas de saisines provenant d'entreprises, de collectivités ou d'organisations, comme en l'espèce, la saisissante se trouve généralement dans l'incapacité de fournir des éléments permettant, à eux seuls, de caractériser de façon certaine une pratique mise en œuvre par une autre entreprise, dès lors qu'elle n'a pas accès aux informations internes de celle-ci. C'est pourquoi le titre V du livre IV du Code de commerce confère aux rapporteurs du Conseil des pouvoirs d'enquête dont l'exercice garantit la possibilité, pour celui-ci, de se prononcer sur la base de faits proprement établis. En revanche, il appartient à la partie saisissante d'assortir ses déclarations d'indices crédibles permettant de présumer l'existence de pratiques illicites, ce que fait l'association ETNA France dans sa saisine.* »

Les parties peuvent critiquer les modes de preuve retenus par le Conseil devant la cour d'appel (Cour de cassation, 27 mars 2001, Philips). La Cour de cassation a rappelé que l'analyse *in concreto* de la portée des éléments de preuve relevait de l'appréciation souveraine du Conseil et de la cour d'appel (Cour de cassation, 8 décembre 1992).

Les modes d'administration de la preuve

Contrairement au droit civil pour lequel c'est la loi qui détermine les modes de preuve admissibles et leur valeur probatoire (articles 1341 et suivants [65]), la preuve est libre en droit de la concurrence comme en droit pénal (article 427 du CPP).

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 droit de la concurrence comme en droit pénal, il ne s'agit pas de prouver un acte juridique, mais un fait matériel.

La pluralité des preuves n'est pas requise : compte tenu de la vraisemblance de l'information qui y est contenue, de l'origine du document et des circonstances de son élaboration, une seule preuve peut se suffire à elle-même. Ainsi que le soulignait la Cour de cassation dans un arrêt du 25 avril 2001 (Laurent Bouillé) : « *La variété des indices qui doivent être retenus pour présumer l'existence d'une entente anticoncurrentielle n'impose pas la diversité de leur source* ». De même, le Tribunal de première instance a-t-il rappelé, dans un arrêt du 15 mars 2000 (cimenterie CBR SA e. a. contre Commission des communautés européennes, T-25/95, point 1531) : « *Aucun principe de droit communautaire ne s'oppose à ce que la Commission, pour conclure à l'existence d'une infraction à l'article 85 § 1 du traité se fonde sur une seule pièce, pourvu que la valeur probante de celle-ci ne fasse pas de doute et pour autant que, à elle seule, ladite pièce atteste de manière certaine l'existence de l'infraction en question.* »

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 Convention européenne des droits de l'homme, 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). Il revient donc aux juridictions nationales et aux autorités de concurrence d'apprécier les éléments de preuve recueillis par elles, au regard notamment des articles 2 et 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

65. On distingue généralement les preuves littérales ou par écrit, les preuves testimoniales, les preuves par présomption et l'aveu.

Faute de texte spécifique régissant l'administration de la preuve devant le Conseil, celle-ci peut être établie par tous les moyens. Le plus souvent, celle-ci résulte d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants. Tous les modes de preuves sont admis (écrits, témoignages, aveux) ; l'origine des preuves (enquête de concurrence, enquête pénale, autres autorités de concurrence, documents apportés par les parties) et leur support sont libres (enregistrements [66], photographies, écrits).

L'appréciation de leur valeur probatoire dépend, comme dans le domaine répressif, de l'intime conviction des autorités de concurrence. Il va toutefois sans dire que des preuves documentaires ou testimoniales ont une valeur plus grande que les preuves par présomption dont on verra plus loin que les autorités de concurrence font parfois usage, mais toujours avec une grande circonspection. Par exception au principe de l'intime conviction, c'est le Code de commerce qui détermine la valeur probatoire des procès-verbaux établis par la DGCCRF qui retracent des déclarations de témoins ou de personnes mises en cause [67] : en vertu de l'article L. 450-2 du Code de commerce, ces procès-verbaux font foi jusqu'à preuve contraire rapportée par écrit ou par témoignage.

L'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales pose les deux principes d'égalité des armes et de respect du contradictoire. Sous le contrôle de la cour d'appel de Paris [68], le Conseil veille strictement à ce que, lors du déroulement des enquêtes ou de l'instruction, ni les enquêteurs ni les rapporteurs n'utilisent des procédés déloyaux [69] et à ce que les preuves aient été soumises au contradictoire.

Les différentes preuves des ententes

La présomption d'innocence définie à l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme garantit à tout individu qu'il ne peut être traité comme coupable d'une infraction avant qu'un tribunal compétent n'ait établi sa culpabilité selon la loi (cour d'appel de Paris, 15 juin 1999, SA Canal Plus).

Dans un arrêt du 25 octobre 2005 (groupe Danone, T 38/02), le Tribunal de première instance de communautés européennes a rappelé qu'« [...] *eu égard à la nature des infractions en cause ainsi qu'à la nature et au degré de sévérité des sanctions qui s'y rattachent, le principe de la présomption d'innocence s'applique notamment aux procédures relatives à des violations des règles de concurrence applicables aux entreprises susceptibles d'aboutir à la prononciation d'amendes ou d'astreintes* » (voir arrêts de la

66. Dans 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, le Conseil a admis la recevabilité comme preuve d'enregistrements sonores de conversations téléphoniques.

67. Contrairement aux officiers de police judiciaire, ils n'interviennent pas pour constater eux-mêmes les faits, par définition complexes et cachés qui constituent une entente (les ententes sont rarement constatées en flagrant délit !).

68. Voir CA de Paris, 8 avril 1994, Hyperallye.

69. Décision 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 ; décision 04-D-07 : vérification que les enregistrements d'interventions orales avaient été communiqués aux enquêteurs dans des conditions régulières.

Cour du 8 juillet 1999, Hüls/Commission, C-199/92 P, Rec. p. I-4287, points 149 et 150, et Montecatini/Commission, C-235/92 P, Rec. p. I-4539, points 175 et 176 ; § 216).

« *Ainsi, il est nécessaire que la Commission fasse état de preuves précises et concordantes pour fonder la ferme conviction que l'infraction a été commise* » (voir arrêt Volkswagen/Commission, point 99 *supra*, points 43 et 72, et la jurisprudence citée ; § 217).

La preuve des pratiques anticoncurrentielles peut résulter, soit de preuves se suffisant à elles-mêmes, soit d'un faisceau d'indices constitué par le rapprochement de divers éléments recueillis en cours d'instruction qui peuvent être tirés d'un ou plusieurs documents ou déclarations et qui, pris isolément, peuvent ne pas avoir un caractère probant (décision 01-D-13 du 19 avril 2001). « *La preuve de l'existence de telles pratiques* [...] *peut résulter en particulier d'un faisceau d'indices constitué par le rapprochement de diverses pièces* [...] *même si chacune de ces pièces prise isolément n'a pas un caractère suffisamment probant* » (décision 89-D-42).

La cour d'appel de Paris et la Cour de cassation (8 décembre 1992) ont admis ce mode de preuve : « *À l'évidence l'existence et l'effectivité d'une entente* [...] *ne sont normalement pas établies par des documents formalisés, datés et signés, émanant des entreprises auxquelles ils sont opposés* [...]. *La preuve ne peut résulter que d'indices variés dans la mesure où, après recoupement, ils constituent un ensemble de présomptions suffisamment graves, précises et concordantes* » (cour d'appel de Paris, 19 septembre 1990).

L'entente peut s'appuyer sur une structure juridique (constitution de SEP, de groupement, de GIE [70]...) ou sur un contrat isolé [71].

En dehors des preuves contractuelles, les ententes peuvent être prouvées par d'autres preuves directes emportant conviction par elles-mêmes, telles des déclarations, des aveux. L'absence de preuve directe oblige à « *faire appel à un raisonnement logique déductif* [72] », par confrontation de pièces, de déclarations...

L'accord de volontés peut être démontré par des présomptions, à savoir des preuves indirectes reposant sur une démarche intellectuelle établissant la vérité d'un fait par une conséquence tirée d'un autre fait : on infère alors la participation à l'entente du comportement des entreprises (continuité des relations commerciales, participation à des réunions à objet anticoncurrentiel, alignement des comportements).

70. La constitution d'un GIE entre entreprises indépendantes, par lequel elles mettent en commun certains éléments de leur politique commerciale, constitue en soi un accord de volontés, donc une entente. Si l'objet en est anticoncurrentiel, elle sera prohibée (cour d'appel de Paris, 9 décembre 1990, Fédération nationale d'horticulture).

71. Les pratiques non détachables de contrats comportant l'usage de prérogatives de puissance publique et pour l'exécution d'une mission de service public ne relèvent pas de la compétence du Conseil ; de même, les conventions collectives sont-elles exclues du champ des ententes anticoncurrentielles, car si elles traduisent un concours de volontés, elles comportent également une dimension de commandement, sous réserve des stipulations allant au-delà du but de la convention.

72. Laurent Dupont, «La preuve des pratiques anticoncurrentielles en droit français », *Revue de la concurrence,* nº 74, juillet-août 1993.

L'article 1349 du Code civil dispose que « *les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu*. » En droit de la concurrence, il n'existe pas de présomption établie par la loi ; elles présentent donc les caractéristiques mentionnées à l'article 1353 du Code civil : « *Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol.* »

Ces preuves sont délicates de maniement et réfragables, c'est-à-dire qu'elles peuvent être renversées par des preuves contraires.

On verra que l'évolution du droit de la concurrence va dans le sens d'une plus grande protection des parties.

La place grandissante du consentement des parties dans la preuve des accords verticaux va de pair avec une utilisation prudente des présomptions tenant à des participations à des réunions anticoncurrentielles ainsi que des présomptions tirées des comportements parallèles des entreprises.

La place grandissante du consentement dans la preuve des accords verticaux

- **Accords verticaux**

Historiquement, les ententes horizontales ont été sanctionnées avant les ententes verticales. La notion d'accord de volontés en matière d'accords verticaux n'allait pas de soi, les distributeurs alléguant que les politiques de distribution sélective ou exclusive des fournisseurs résultaient d'un choix unilatéral des fournisseurs.

La Cour de justice a posé le principe que « *l'article 85, se référant de façon générale à tous les accords qui faussent la concurrence à l'intérieur du marché commun, n'établit aucune distinction entre ces accords, selon qu'ils sont passés entre opérateurs concurrents au même stade ou entre opérateurs non concurrents situés à des stades différents* » (13 juillet 1966, Grundig-Consten, 56 et 58/64 [73]). C'est ainsi que, comme l'a souligné la cour d'appel de Paris, « *l'agrément par les fabricants des distributeurs* [...] *se fonde sur l'acceptation expresse ou tacite, de la part des contractants, de la politique poursuivie par les fabricants* [...] » ; cet agrément (d'apparence unilatérale) est donc de nature contractuelle (arrêt du 28 janvier 1988, conseil de l'Ordre des pharmaciens).

La démonstration d'une entente suppose d'abord la démonstration d'un accord de volontés entre deux ou plusieurs entreprises. Mais la démonstration de l'accord de volontés constitutif d'une entente n'est pas la même selon que l'on se situe dans un accord horizontal ou dans un accord vertical. La jurisprudence relative aux pratiques verticales est plus exigeante sur le standard des preuves que celle relative aux pratiques horizontales. Cette différence s'explique aisément : en effet, les opérateurs situés à des niveaux

73. Voir aussi CJCE, AEG Téléfunken, 25 octobre 1983.

différents de la chaîne économique peuvent avoir des intérêts divergents et les rapports verticaux sont le plus souvent entachés d'inégalité dans les rapports de force. Dès lors, la recevabilité des preuves d'acquiescement tacite sera plus étroite que pour les pratiques horizontales.

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. Les accords de volontés qui peuvent se manifester dans les types d'accords énumérés aux articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 du traité CE se divisent en deux catégories :

– soit les accords de volontés sont matérialisés dans une relation contractuelle : les preuves de ces accords résultent généralement, directement, de la signature d'un contrat ;
– soit les accords de volontés sont tacites : il faut alors démontrer la volonté de chaque participant à l'entente de commettre une pratique anticoncurrentielle ; les preuves, indirectes, de nature variée, sont généralement tirées du comportement des entreprises.

La volonté commune de s'entendre dans les relations verticales entre un fournisseur et ses distributeurs est aisée à démontrer si un contrat à objet anticoncurrentiel est signé par les revendeurs (Cour de cassation, 18 mai 1993, Salomon)

Mais les preuves directes ne sont pas les plus fréquentes.

La pratique décisionnelle du Conseil montre, au cours des dernières années, un certain nombre d'exemples d'ententes anticoncurrentielles qui trouvent directement leur source dans des dispositions contractuelles [74]. Ces dispositions illicites peuvent être diverses :

– dans la décision 05-D-07 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. Un article 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 avait diffusé dans son réseau des tarifs de vente. Ces agissements avaient constitué un faisceau d'indices concordants d'entente sur les prix, malgré l'absence d'un relevé exhaustif des prix pratiqués par les

74. Voir rapports annuels du Conseil, partie commentaire de jurisprudence sur les ententes verticales.

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) ;

– dans une 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, le Conseil a rappelé que l'entente entre un fabricant et ses distributeurs peut 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 volontés des distributeurs qui peut, par ailleurs, être démontré par leur respect des prix « *conseillés* » par le fabricant, résulte de la signature de ce contrat [75] ;
– dans une décision 07-D-06 du 28 février 2007, le Conseil a sanctionné Sony Computer Entertainment France (SCEF) pour avoir convenu, avec ses distributeurs, de vendre la console PS2 à un prix unique lors de son lancement en France. Les distributeurs avaient signé une charte (§ 102) contenant une clause explicite selon laquelle ils s'interdisaient de communiquer sur un autre prix que celui indiqué par SCEF.

Le Conseil a aussi relevé le caractère anticoncurrentiel de clauses d'exclusivité (d'approvisionnement, de clientèle [76]) instaurant des pratiques discriminatoires, de clauses de remises, de clauses d'interdiction de rétrocession, d'interdiction d'exporter [77], d'interdiction de vente par internet au sein d'un réseau et d'interdiction de vente passive en dehors du réseau [78].

La preuve comportementale

Le plus souvent, il n'existe aucune preuve directe de l'entente résultant de l'existence de clauses contractuelles anticoncurrentielles signées par les

75. 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 minimum conseillés et en veillant à ce qu'ils soient respectés par ces distributeurs ».* Les revendeurs des produits Philips et Sony avaient signé une charte selon laquelle ils devaient respecter la politique de communication des fabricants à travers leurs annonces de prix dans les publicités. Cette signature venait encore renforcer l'entente sur les prix qui résultait de la diffusion de prix de détail imposés, lesquels avaient été appliqués par les revendeurs, du fait notamment d'une véritable police des prix exercée par les fabricants (voir aussi décision 06-D-37 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des cycles et produits pour cyclistes, dans laquelle le Conseil a sanctionné plusieurs fabricants de cycles pour avoir inséré dans leurs contrats de distribution des clauses imposant aux revendeurs de respecter les prix de vente conseillés).

76. Dans la décision relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché du chou-fleur de Bretagne, l'analyse des contrats « *Industrie* » mis en place par le comité économique agricole de la région Bretagne a fait apparaître une clause d'exclusivité anticoncurrentielle (05-D-10) (voir aussi décision 05-D-32 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Royal Canin et son réseau de distribution, confirmée pour l'essentiel par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 4 avril 2006 (société Établissements horticoles Georges Truffaut) ; voir aussi 06-D-22 ; 06-D-26 ; 06-D-03 *bis*.

77. Voir, par exemple, décision 06-D-37 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des cycles et produits pour cyclistes.

78. Décision 06-D-24 relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France et une décision 06-D-28 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels Hi-Fi et Home cinéma.

parties. Il faut alors, pour caractériser la pratique, démontrer l'accord de volontés des deux parties à l'entente. En l'absence de contrat à objet anticoncurrentiel dont la signature, par les entreprises en cause, suffit à démontrer leur accord de volontés, cet accord 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.

Les accords verticaux tacites nécessitent toutefois la démonstration de l'accord de volontés, ce qui implique que chacune des parties (fabricant/distributeurs) ait manifesté (extériorisé) sa volonté de façon claire, l'accord des parties supposant que chacun ait pu connaître la volonté de l'autre : l'invitation (offre) du fabricant, tête de réseau, doit être claire, précise et complète et l'acquiescement de ses distributeurs (acceptation de l'offre) doit porter sur l'objet de l'offre, à savoir la pratique anticoncurrentielle. En l'absence de ces conditions, on est en présence d'un acte unilatéral du fabricant, non répréhensible sous la qualification d'entente.

La preuve du concours de volontés est délicate lorsque le fabricant met en œuvre une politique contraire aux dispositions du contrat ou contraire aux intérêts du distributeur. Dans une affaire Sony, il était reproché à Sony d'accorder une remise de 5 % à des distributeurs ne remplissant pas les conditions prévues au contrat pour en bénéficier (à savoir fournir un suivi d'assistance technique aux consommateurs). Le Conseil, puis la cour d'appel de Paris avaient sanctionné Sony pour entente (voir arrêt du 8 juillet 1994). La Cour de cassation a annulé l'arrêt de la cour, faute de démonstration de la preuve que les distributeurs avaient contribué à la mise en œuvre de cette politique (Cour de cassation, 29 octobre 1996). La preuve comportementale est donc requise en ce cas.

Dans un arrêt du 15 mars 2000, SA cimenterie CBR, le Tribunal de première instance a estimé que le simple fait qu'un producteur d'un État membre ait su que les achats effectués auprès de lui par d'autres producteurs avaient pour finalité de faire cesser ou de réduire ses ventes directes sur le marché européen, ne permet pas de le considérer comme partie à une entente contraire à l'article 81 : son adhésion à la pratique anticoncurrentielle, qui est contraire à son intérêt, ne peut résulter du seul fait qu'il ait vendu sa production en connaissance de cause ; une adhésion plus explicite à la pratique est requise, comme par exemple une interdiction d'exporter.

Ainsi que l'a rappelé le Tribunal de première instance, dans un arrêt du 21 octobre 2003 General Motors Nederlands § 58 : « *En l'absence d'accords entre entreprises, un comportement unilatéral d'une entreprise, sans la participation expresse ou tacite d'une autre entreprise, ne relève pas de l'article 81, paragraphe 1, CE (arrêt de la Cour du 30 juin 1966, Société technique minière, 56/65, Rec. p. 337, 358 ; du 25 octobre 1983, AEG/Commission, 107/82, Rec. p. 3151, point 38, et du 17 septembre 1985, Ford/Commission, 25/84 et 26/84, Rec. p. 2725, point 21)* ».

Au plan communautaire, les règles relatives à l'administration de la preuve du concours de volontés en matière d'ententes verticales ont été fixées, pour l'essentiel, par les jurisprudences Bayer (TPICE, 26 octobre 2000, affaire T-41/96 ; CJCE, 6 janvier 2004, C-2/01 P et C-3/01 P) et Volkswagen (TPICE, 3 décembre 2003, affaire T-208/01 ; CJCE, 13 juillet 2006, affaire C-74/04 P). À l'occasion de ces deux affaires, les juges communautaires ont consacré une

conception restrictive de la notion d'*« accord »* au sens de l'article 81 § 1 du TCE, beaucoup plus étroite que celle adoptée, au cours des années précédentes, par la Commission européenne :

– les juges communautaires ont mis fin à l'interprétation très large faite par la Commission européenne de la jurisprudence antérieure en matière de réseaux de distribution contractuellement structurés, visant à ce que des mesures unilatérales prises par des fournisseurs soient considérées comme s'insérant automatiquement dans le cadre des relations commerciales continues de ce fournisseur avec ses distributeurs, et soient ainsi, *de facto*, susceptibles d'être qualifiées d'entente ;
– ils ont par ailleurs réaffirmé qu'une mesure unilatérale ne saurait être qualifiée d'« *entente* » au seul motif que le partenaire auquel est imposée ladite mesure poursuit ses relations commerciales avec son auteur et qu'il convient, pour chaque mesure en cause, de prouver qu'elle a fait spécifiquement l'objet d'une concordance de volontés, cette dernière ne pouvant être globale et générale, ou présumée.

En matière d'accords verticaux, il faut distinguer les situations dans lesquelles les relations fournisseurs/distributeurs s'insèrent dans le cadre de relations contractuelles suivies et habituelles, des situations dans lesquelles les relations sont ponctuelles et interviennent hors de tout contrat de distribution ou de concession : la jurisprudence Volkswagen s'applique au premier cas, tandis que la jurisprudence Bayer s'applique au second.

– *Les pratiques ne résultant pas directement d'un contrat mais s'inscrivant dans des relations contractuelles suivies entre un fournisseur et ses distributeurs*

L'affaire Volkswagen concerne des pratiques s'inscrivant dans le cadre de relations commerciales continues entre le fournisseur et ses distributeurs, régies par un accord général préétabli.

• Dans une décision du 29 juin 2001, la Commission européenne avait estimé que le constructeur Volkswagen avait commis une infraction aux dispositions de l'article 81 § 1 du traité CE en ce qu'il avait fixé les prix de vente d'un de ses modèles en exigeant de ses concessionnaires allemands, auxquels il avait adressé à cette fin une circulaire, de ne pas consentir de remises aux clients ou de ne leur consentir que des remises restreintes lors de la vente de ce modèle. Alors que le contrat de concession conclu avec les revendeurs prévoyait que Volkswagen faisait des « *recommandations de prix non contraignantes pour le prix final et les remises* », disposition qui n'était pas contraire au droit de la concurrence, le constructeur avait adressé des circulaires et des courriers à ses concessionnaires allemands, exigeant de ces derniers qu'ils ne consentent pas de remises aux clients ou seulement des remises restreintes sur le modèle « Passat ». Les invitations litigieuses n'avaient pas été mises en œuvre. La Commission avait néanmoins estimé que la politique de distribution litigieuse du constructeur avait été acceptée tacitement par les concessionnaires lors de la signature du contrat de concession : « *Des invitations adressées par un constructeur automobile à ses concessionnaires sous contrat constituent un accord lorsqu'elles* [visent] [...] *à influencer les concessionnaires* [...] *dans l'exécution de leur contrat avec* [le constructeur ou l'importateur] ». Ainsi, selon la Commission, les concessionnaires signataires du contrat de concession (conforme au droit de la concurrence) étaient censés avoir, lors de et par leur signature, accepté

d'avance une évolution ultérieure illégale du même contrat, alors même que, en raison précisément de sa conformité au droit de la concurrence, ledit contrat ne pouvait permettre au concessionnaire de prévoir une telle évolution.

Cette position trouvait notamment son origine dans une décision Peugeot du 4 décembre 1991 (CE, n° 92/154/CEE) dans laquelle la Commission avait estimé qu'une circulaire adressée par ce constructeur à son réseau, les invitant à cesser toutes ventes à un acheteur intermédiaire, n'était pas une mesure unilatérale, mais venait s'insérer « automatiquement » dans les relations commerciales entre Peugeot et ses distributeurs, régies par un contrat type signé par l'ensemble des distributeurs.

• Pour le Tribunal, cette thèse ne devait pas prospérer. Dans un arrêt du 3 décembre 2003 (T-208/01), celui-ci a jugé que la seule signature préalable du contrat ne suffisait pas à démontrer l'acquiescement des distributeurs. Une preuve comportementale devait être apportée.

Le Tribunal a observé que l'analyse de la Commission était en contradiction avec une jurisprudence constante, celle-là même invoquée par la Commission, selon laquelle il est nécessaire, pour pouvoir constater l'existence d'un accord de volontés au sens de l'article 81 § 1 du traité, de rapporter la preuve, y compris dans le cadre de réseaux de distribution contractuellement structurés, d'un « *concours de volontés* » devant « *porter sur un comportement déterminé, lequel doit, alors, être connu des parties lorsqu'elles l'acceptent* » (CJCE, 12 juillet 1979, BMW Belgium et 11 janvier 1990, Sandor Prodotti Farmaceutici ; TPICE, 26 octobre 2000 Bayer T-41/96).

Le Tribunal ajoute qu'il ne peut être considéré que l'élément déterminant de l'insertion d'une invitation dans un contrat est que cette invitation vise à influencer le concessionnaire dans l'exécution dudit contrat. Si tel était le cas, la transmission par le concédant d'une invitation à ses concessionnaires aboutirait, en effet, systématiquement, à la constatation d'un accord, dès lors que, par définition, une telle invitation vise à influencer ses concessionnaires dans l'exécution de leur contrat. En revanche, une invitation s'insère dans un contrat préexistant, c'est-à-dire devient partie intégrante dudit contrat, « *dès lors, certes, que cette invitation vise à influencer les concessionnaires dans l'exécution du contrat, mais, surtout, dès lors que cette invitation est, d'une manière ou d'une autre, effectivement acceptée par les concessionnaires* ».

• Dans un arrêt du 13 juillet 2006, la Cour de justice a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt du Tribunal par la Commission européenne.

La Cour a jugé que, contrairement à la thèse défendue par la Commission, toute invitation adressée par un constructeur à des concessionnaires ne constitue pas nécessairement un accord au sens de l'article 81 § 1 et ne dispense pas de démontrer l'existence d'un concours de volontés des parties au contrat de concession dans chaque cas particulier.

La Cour a estimé que le Tribunal avait justement relevé que, pour constituer un accord au sens de l'article 81 § 1, CE, « *il suffit qu'un acte ou un comportement apparemment unilatéral soit l'expression de la volonté concordante de deux parties au moins, la forme selon laquelle se manifeste cette concordance n'étant pas déterminante par elle-même* ».

Elle a précisé que la volonté des parties peut résulter tant des clauses du contrat de concession en question que du comportement des parties et,

notamment, de l'existence éventuelle d'un acquiescement tacite des concessionnaires à l'invitation du constructeur (en ce sens, voir arrêt CJCE du 18 septembre 2003, Volkswagen/Commission, C-338/00 P).

S'agissant du premier cas de figure (volonté des parties résultant des clauses du contrat), la Cour a estimé que le Tribunal avait entaché son arrêt d'une erreur de droit en jugeant que des clauses conformes aux règles de la concurrence ne pouvaient être considérées comme autorisant des invitations contraires à ces règles [79]. Pour la Cour, il ne peut être exclu, en effet, qu'une invitation contraire aux règles de la concurrence soit considérée comme autorisée par des clauses apparemment neutres d'un contrat de concession. La Cour cite à cet égard sa propre jurisprudence [80].

Dans ce cas de figure, il convient donc de s'attacher à examiner si les invitations litigieuses faites par le constructeur automobile sont explicitement contenues dans le contrat de concession ou, à tout le moins, si les clauses de celui-ci autorisent le constructeur automobile à faire usage de telles invitations. La Cour a rejeté la thèse de la Commission selon laquelle, en signant un contrat de concession, le concessionnaire donne son consentement *a priori* à toutes les mesures adoptées par le constructeur dans le cadre de cette relation contractuelle, de sorte que toute invitation adressée par un constructeur à ses concessionnaires constituerait un accord au sens de l'article 81 § 1 du traité. Une telle position instituerait ainsi une présomption systématique de l'existence d'un concours de volontés des parties au contrat de concession aboutissant à un renversement de la charge de la preuve.

La Cour réaffirme la spécificité de la situation dans laquelle les entreprises mises en cause entretiennent des relations commerciales continues régies par un contrat-cadre, dès lors qu'il s'agit de prouver l'existence d'un accord au sens de l'article 81 du traité. Elle précise que l'examen des invitations litigieuses faites par le constructeur automobile au regard des stipulations du contrat-cadre de concession doit être réalisé *in concreto*, en tenant compte des buts poursuivis par ce contrat en tant que tel, à la lumière du contexte économique et juridique au regard duquel il a été conclu. Un contrat de distribution en tous points conforme au droit de la concurrence, et notamment au règlement d'exemption par catégorie des accords automobiles, peut être à la source des invitations litigieuses en ce qu'il autorise le constructeur à faire usage de telles invitations. En pareil cas, mais seulement dans cette hypothèse, l'acquiescement des concessionnaires à l'invitation du constructeur peut être déduit de la signature du contrat-cadre.

79. Thèse du Tribunal : dès lors que le contrat lui-même est conforme au droit de la concurrence, il ne peut pas prévoir des applications contraires au droit de la concurrence.

80. Arrêt Ford du 17 septembre 1985, 25/84 et 26/84 : la Cour estime que des circulaires adressées par Ford à ses concessionnaires allemands interdisant de vendre en Allemagne des véhicules conduite à droite, se rattachent à une annexe du contrat de concession prévoyant que les gammes de véhicules peuvent être complétées par le fabricant. Arrêt Volkswagen du 18 septembre 2003, C-338/00 : la Cour approuve le Tribunal d'avoir jugé que des mesures prises par Volkswagen en vue de limiter les livraisons de véhicules aux concessionnaires italiens, mises en œuvre, dans le but explicite d'entraver les réexportations à partir de l'Italie, s'inséraient dans les relations commerciales continues des parties au contrat de concession, le Tribunal ayant relevé notamment que le contrat de concession prévoyait la possibilité de limiter de telles livraisons.

Par conséquent, en l'espèce, selon la Cour, le Tribunal aurait dû « *examiner au cas par cas les clauses du contrat de concession en tenant compte, le cas échéant, de tous les autres facteurs pertinents, tels que les buts poursuivis par ce contrat à la lumière du contexte économique et juridique au regard duquel celui-ci a été conclu* ».

Dans le second cas de figure (absence de dispositions contractuelles pertinentes), l'existence d'un accord au sens de l'article 81 § 1 suppose l'acquiescement, explicite ou tacite, de la part des concessionnaires à la mesure adoptée par le constructeur automobile (voir en ce sens, notamment, arrêt CJCE du 12 juillet 1979, BMW Belgium e.a. / Commission, 32/78, 36/78 à 82/78). Ce cas de figure n'avait pas d'intérêt en l'espèce dans la mesure où la Commission n'avait pas évoqué ou recherché un acquiescement explicite ou tacite des concessionnaires.

En conséquence, pour déterminer si les invitations litigieuses s'étaient insérées dans l'ensemble des relations commerciales de Volkswagen avec ses concessionnaires, « *le Tribunal aurait dû examiner si elles étaient prévues ou autorisées par les clauses du contrat de concession, en tenant compte des buts poursuivis par ce contrat en tant que tel, à la lumière du contexte économique et juridique au regard duquel il a été conclu* ». En l'espèce, la Cour estime que les clauses du contrat de concession, et notamment la clause prévoyant que le constructeur faisait des recommandations de prix non contraignantes pour le prix final et les remises, ne pouvaient être regardées comme ayant autorisé Volkswagen à adresser des recommandations contraignantes aux concessionnaires en ce qui concerne le prix des véhicules neufs. Les invitations litigieuses ne constituaient donc pas un accord au sens de l'article 81 § 1 du traité.

Cette jurisprudence se situe dans la continuité d'un autre arrêt de la Cour de justice des communautés européennes. Celle-ci avait jugé, dans un arrêt du 11 janvier 1990 (Sandoz Prodotti Farmaceutici S. p. A. c/Commission, C-277/87), qu'en présence d'une interdiction claire faite par un fournisseur à ses distributeurs d'exporter, cette interdiction figurant sur chaque facture, et de l'acquiescement réitéré des distributeurs qui avaient continué à acheter sans protester les produits du fournisseur, l'existence d'un accord de volontés était bien caractérisée : « *Constitue un accord interdit par l'article 85, paragraphe 1, du traité, et non pas un comportement unilatéral, l'envoi systématique par un fournisseur à ses clients de factures comportant la mention "exportation interdite", lorsque celui-ci s'insère dans un ensemble de relations commerciales continues régies par un accord général préétabli, découlant de l'agrément donné par le fournisseur à l'établissement de relations commerciales avec chaque client, préalablement à toute livraison, et de l'acceptation tacite par les clients de la ligne de conduite adoptée par le fournisseur à leur égard, acceptation attestée par des commandes renouvelées passées sans protestation à des conditions identiques ».* Dans le même arrêt, la Cour de justice a précisé que pour *« être constitutive d'un accord au sens de l'article 85 du traité, il suffit qu'une stipulation soit l'expression de la volonté des parties* [...] *sans qu'il soit nécessaire qu'elle constitue un contrat obligatoire et valide selon le droit national* ».

En matière d'ententes verticales sur les prix, le Conseil a eu à se prononcer sur les preuves requises au sein de réseaux de distributeurs, en l'absence de dispositions contractuelles.

Pour que l'entente soit constituée, le Conseil exige que soit démontré l'accord des volontés entre le fournisseur et les distributeurs, sur la politique de prix imposés.

En l'absence de preuves établissant directement la volonté du fournisseur d'imposer des prix (clauses de prix imposés, déclarations établissant cette volonté ou témoignages de tiers), la preuve de cette volonté nécessite : en premier lieu, la preuve d'une communication des prix par le fournisseur à ses distributeurs (au cours d'une réunion commerciale avec les distributeurs par exemple), car en l'absence d'extériorisation du comportement, il ne peut y avoir accord de volontés ; en second lieu, la preuve que ces prix communiqués sont, en réalité, dans l'esprit du fournisseur, des prix imposés ; cette preuve peut résulter d'un système de contrôle des prix mis en place par le fournisseur.

La preuve du consentement des distributeurs, en l'absence de preuves directes (signature de clauses de prix par exemple ou déclarations), résultera quant à elle de la mise en œuvre de ces prix par les distributeurs.

Ces trois éléments du « *faisceau* » d'indices ont été pour la première fois théorisés par le Conseil dans une décision 02-D-42 (Akaï), mais ils ne sont que la formalisation des preuves de l'accord de volontés énoncées plus haut, lorsque les preuves de cet accord sont purement comportementales. Il en ressort logiquement qu'aucun de ces éléments n'est absolument requis dans tous les cas, lorsque certaines preuves directes viennent aider à démontrer l'accord de volontés.

La décision 06-D-04 du Conseil relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe (contre laquelle un recours est pendant devant la cour d'appel de Paris) est venue encore clarifier les preuves requises pour démontrer une entente verticale sur les prix, lorsqu'il n'existe pas de preuve directe de l'entente, résultant par exemple de clauses contractuelles anticoncurrentielles signées par les parties.

Le Conseil considère qu'il faut établir les trois points suivants :

– le premier critère, à savoir l'évocation des prix avec les distributeurs, peut être démontré « *à partir de tout procédé par lequel un fabricant fait connaître à ses distributeurs le prix auquel il entend que ses produits soient vendus au public. La notion d'évocation n'implique pas que les prix aient été négociés avec les distributeurs, ni même discutés oralement. L'élaboration par un fabricant, et la diffusion à ses distributeurs, d'un document général décrivant les prix de base, les prix de vente conseillés au détail, et la date présente ou future de la disponibilité des produits, par exemple sous la forme d'un catalogue des tarifs, caractérise l'existence d'une politique générale de diffusion de prix conseillés consistant en une "évocation des prix de revente entre le fournisseur et ses distributeurs à l'occasion de négociations commerciales", sans qu'il soit nécessaire de démontrer que les négociations commerciales entre le fournisseur et ses distributeurs ont porté sur l'élaboration de ces prix. Au demeurant et à elle seule, la diffusion de prix conseillés ne constitue pas une pratique anticoncurrentielle* ».

– le deuxième « *exige* [...] *que soit prouvée la mise en place d'une police des prix fondée sur un système de contrôle par le fournisseur, les représailles ne constituant qu'une catégorie extrême dans les actes de cette police, parmi un large éventail allant des simples contrôles de prix, aux pressions, menaces de rétorsions et représailles effectives. De fait, si le présent dossier évoque fréquemment la possibilité de représailles, il n'en retrace pas directement l'effectivité. À l'inverse, il abonde en faits témoignant de l'existence de contrôles, pressions et menaces. En outre, l'existence de remises de fin d'année (RFA) qui récompensaient le respect de la politique tarifaire des marques, permettait, dans de nombreux cas, de ne pas recourir directement à l'arme des représailles, le non-versement de ces remises équivalant, dans les faits, à des sanctions de nature financière* ». Le Conseil explique que « *la police des prix n'est* [...] *en rien, antinomique de l'accord de volontés* » et qu'« *elle est son nécessaire complément pour garantir que quelques déviants ne viennent pas compromettre le fonctionnement de l'entente* ».
– le troisième critère du faisceau d'indices peut être démontré par la signature d'un contrat de coopération commerciale impliquant le respect de la politique commerciale ou de la politique de communication du fabricant par les revendeurs (ou prohibant certaines techniques de vente telles que prix barrés, soldes, prix « *discriminatoires* ») mais aussi par l'acceptation de la part de ces distributeurs de remises conditionnées au respect des prix, ou encore par la démonstration du respect effectif de ces prix par les distributeurs.

S'agissant du respect de ces prix, il faut apporter la preuve d'une application significative, au niveau des ventes au détail, des prix conseillés. « *Cette preuve peut être apportée par les déclarations du distributeur ou par des pièces établissant sans conteste cette application. En l'absence de ces éléments, l'observation directe des prix de détail et l'accumulation de ces prix au voisinage des prix conseillés apportent la preuve recherchée* ».

En l'espèce, le Conseil a utilisé les relevés de prix effectués par la DGCCRF dans 74 points de vente sur 59 produits de parfums et cosmétiques de 31 marques différentes, soit au total plus de 4 300 relevés. Le Conseil a constaté que ces relevés montraient que les prix publics indicatifs préconisés par les fournisseurs étaient respectés à un taux remarquablement élevé. Le Conseil a répondu aux parties qui contestaient la représentativité de l'échantillon, qu'il n'était pas question d'élaborer un échantillon répondant parfaitement aux règles formelles de la statistique, mais d'élaborer un échantillon sérieux, portant sur un nombre de relevés significatif, effectués dans toutes les zones de chalandise, sur un panel de produits tenant compte des parts de marché de chaque marque et reflétant la répartition de la distribution à l'époque des faits.

La preuve de l'acquiescement des distributeurs à la pratique nationale de prix imposés du fabricant n'exige pas que soit démontré l'acquiescement de chaque distributeur, mais l'acquiescement d'une « *part importante* » de distributeurs, « *d'un nombre de points de vente suffisant* », ou encore d'un nombre « *suffisant* », « *significatif* » de distributeurs (cour d'appel de Paris, 7 juin 1990, Nike – Reebok).

Le Conseil est en cela parfaitement en accord avec la jurisprudence de la cour d'appel qui n'a jamais exigé, pour retenir des pratiques d'entente

verticale entre fournisseurs et distributeurs, que soit rapportée la preuve que tous les distributeurs avaient donné leur accord : dans l'arrêt du 22 novembre 2005 (Dexxon Data Media), la cour d'appel a ainsi confirmé la condamnation des pratiques des sociétés Noblet et Texas Instruments pour entente verticale sur les prix des calculatrices, sans avoir exigé une telle preuve ; de même, la cour d'appel a-t-elle confirmé la condamnation de la société Royal Canin pour avoir mis en place une entente sur les prix de détail des croquettes haut de gamme, sans exiger la preuve de l'acquiescement de chaque distributeur (4 avril 2006, Truffaut).

La jurisprudence communautaire n'exige pas davantage la preuve de l'acquiescement de tous les distributeurs, mais d'une grande partie de ceux-ci. Ainsi, dans un arrêt du 21 octobre 2003, General Motors BV (T-368/00), le Tribunal a-t-il confirmé la décision de la Commission réprimant une entente entre General Motors et ses concessionnaires (décision de ne plus leur accorder de primes à l'exportation), après avoir relevé que neuf concessionnaires sur 20 avaient acquiescé à l'entente en supprimant leurs exportations, ces neuf concessionnaires représentant environ 65 % de toutes les exportations effectuées [81].

Dans cette même décision 06-D-04, le Conseil a souligné que chaque distributeur d'un réseau de distribution n'a pas à être mis en cause dans l'entente, si l'autorité de concurrence le décide. De même, 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 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* ».

– *Les pratiques s'inscrivant dans le cadre de relations ponctuelles entre un fournisseur et ses distributeurs*

Les principes s'appliquant dans cette configuration ont été posés par les juridictions communautaires dans l'affaire Bayer et ont reçu application dans la pratique décisionnelle du Conseil.

• L'affaire Bayer (TPICE, 26 octobre 2000, affaire T-41/96 ; CJCE, 6 janvier 2004, C-2/01 P et C-3/01 P) concerne des pratiques s'inscrivant dans le cadre de relations ponctuelles et intervenant hors tout contrat de distribution ou de

81. Le Tribunal souligne l'absence de preuves à l'encontre des autres concessionnaires (pas d'éléments de rattachement au contrat de concession et pas de preuve d'un acquiescement comportemental). « *Il importe encore de souligner que la décision attaquée ne contient pas de preuves du fait que, hormis les neufs concessionnaires cités, d'autres concessionnaires aient exprimé le même engagement. La thèse de la Commission selon laquelle il ne s'agit pas uniquement des neuf concessionnaires pour lesquels il existe la preuve d'un engagement exprès, mais de la totalité des 20 concessionnaires identifiés comme exportateurs, ne peut donc être retenue* » (§ 151). Mais, sur la pratique d'entente, le Tribunal conclut : « *Toutefois, selon les chiffres de la Commission, mentionnés au considérant 99 de la décision attaquée, les neufs concessionnaires en cause représentaient, à la fin du mois de juin 1996, environ 65 % de toutes les exportations effectuées. Ces chiffres ne sont pas contestés. La Commission en a déduit à juste titre qu'Opel Nederland était assurée, grâce à ces seuls engagements, d'obtenir une réduction considérable du volume des exportations* » (§ 152). (C'est nous qui soulignons).

concession (Bayer ne distribuait pas ses médicaments par le biais d'un réseau contractuellement structuré).

Les prix de l'Adalat, médicament destiné à soigner les maladies cardio-vasculaires, produit et commercialisé par Bayer AG, étaient en France et en Espagne en moyenne inférieurs de 40 % à ceux appliqués au Royaume-Uni, de 1989 à 1993. En raison de ces différences de prix, des grossistes établis en Espagne et en France avaient, dès 1989 ou 1991, entrepris l'exportation d'Adalat vers le Royaume-Uni. Face à cette situation, le groupe Bayer avait commencé à ne plus honorer l'intégralité des commandes passées par les grossistes établis en France et en Espagne. La pratique qui était reprochée à Bayer par la Commission consistait dans un refus de vente aux grossistes au-delà du volume qui leur était nécessaire pour approvisionner leur marché national plus 10 %, ce qui aboutissait à leur interdire d'exporter dans les faits.

La Commission, dans une décision du 10 janvier 1996, avait condamné le laboratoire Bayer pour entente contraire à l'article 81 § 1 du traité au motif que ce laboratoire, en refusant de vendre aux grossistes au-delà de certaines quantités censées correspondre à la demande du marché national, s'était entendu avec ses grossistes pour restreindre les importations parallèles de son produit Adalat. Le laboratoire soutenait que sa décision avait été adoptée et mise en œuvre unilatéralement et imposée aux distributeurs, ce qui la faisait échapper à l'application de l'article 81 § 1 du traité. La Commission avait toutefois constaté que les grossistes avaient poursuivi leurs relations commerciales avec le laboratoire et qualifié cette poursuite des relations commerciales d'« *acquiescement* », alors même que les grossistes s'étaient plaints de la politique restrictive mise en place par Bayer et avaient tenté d'échapper aux mesures prises par Bayer en modifiant leur mode de commande afin de tromper le laboratoire sur l'étendue réelle de leurs besoins.

Dans un arrêt Bayer AG contre CE du 26 octobre 2000 (T-41/96), le Tribunal a annulé cette décision, estimant que la Commission n'avait pas prouvé qu'il existait un « *accord* » au sens de l'article 81 § 1 entre Bayer et ses grossistes pour limiter les exportations parallèles de l'Adalat. Ni le comportement du groupe Bayer, ni les attitudes des grossistes ne représentaient, selon le Tribunal, des éléments constitutifs d'un accord entre entreprises. Aucun des documents présentés par la Commission ne contenait d'indice prouvant la volonté de Bayer d'imposer une interdiction d'exporter à ses grossistes et que les livraisons étaient subordonnées au respect de cette prétendue interdiction. La Commission ne démontrait pas non plus que les grossistes avaient adhéré à cette politique, leur réaction dénotant, au contraire, une attitude opposée. Ainsi, la Commission n'avait pas prouvé l'existence d'un acquiescement, exprès ou tacite, des grossistes à l'attitude adoptée par le fabricant. Enfin, le Tribunal a rejeté la thèse de la Commission selon laquelle il était suffisant, pour prouver l'existence d'un accord, de constater que les parties continuaient à entretenir leurs relations commerciales et a rappelé que la notion même d'accord repose sur une concordance de volontés entre les opérateurs économiques.

Dans un arrêt du 6 janvier 2004 (C-2/01 P et C-3/01 P), la Cour de justice a estimé, à la suite du Tribunal, que le refus opposé par Bayer d'approvisionner en Adalat les grossistes établis en Espagne et en France (qui exportaient

ses produits au Royaume-Uni) ne constituait pas une entente entre ces opérateurs, car ce refus de Bayer ne constituait pas une « *invitation* » claire aux grossistes à la réalisation d'une pratique commune : « *Toutefois, un tel accord ne peut se fonder sur ce qui n'est que l'expression d'une politique unilatérale de l'une des parties contractantes, qui peut être exécutée sans l'assistance d'autrui. En effet, considérer qu'un accord interdit par l'article 85, paragraphe 1, du traité peut être établi sur la seule base de l'expression d'une politique unilatérale visant à empêcher les importations parallèles aurait pour effet de confondre le champ d'application de cette disposition avec celui de l'article 86 du traité* » (§ 101). « *Pour qu'un accord au sens de l'article 85* [devenu 81], *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* » (§ 102).

Partant, c'était à bon droit que le Tribunal avait recherché si le comportement de Bayer permettait de conclure que le laboratoire avait exigé des grossistes, comme condition de leurs futures relations contractuelles, qu'ils se conforment à sa nouvelle politique commerciale. Or, le seul fait qu'il existe une entrave aux importations parallèles ne suffit pas à démontrer que Bayer avait imposé une interdiction d'exporter aux grossistes.

La Cour confirme la position du Tribunal en ce qu'il avait estimé que la « *volonté réelle* » des grossistes était de *« continuer à effectuer des commandes de médicaments pour l'exportation et pour les besoins du marché national* », et de faire croire à Bayer, au moyen d'une répartition des commandes destinées à l'exportation entre les différentes agences, que les besoins nationaux avaient augmenté : « *Loin d'établir l'existence d'une concordance de volontés, cette stratégie ne constituait qu'une tentative des grossistes pour tourner à leur avantage l'application de la politique unilatérale de Bayer, dont la mise en œuvre ne dépendait pas de leur coopération* » (§ 123).

La Cour retient qu'en l'absence de contrat-cadre de distribution, « *le seul fait qu'il existe concomitamment un accord, neutre en soi, et une mesure restrictive de la concurrence imposée de manière unilatérale n'équivaut pas à un accord interdit par ladite disposition. Partant, le seul fait qu'une mesure adoptée par un fabricant, qui a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence, s'inscrit dans le cadre de relations commerciales continues entre ce dernier et ses grossistes, ne saurait être suffisant pour conclure à l'existence d'un tel accord* ».

La Cour a donc pleinement confirmé la position du Tribunal selon laquelle une entente ne saurait être présumée sur la base de la seule poursuite des relations commerciales. Notamment, les évolutions non prévues au contrat ne sont pas censées avoir été acceptées par les distributeurs, surtout quand elles ne vont pas dans le sens de leur intérêt. Il incombe à la Commission de prouver que chaque mesure dont elle allègue le caractère illicite, a fait l'objet d'une réelle concordance de volontés entre les entreprises concernées.

Comme a pu le souligner la doctrine [82], « *les jurisprudences Bayer et Volkswagen recentrent ainsi la jurisprudence communautaire en matière d'entente autour de* [...] *la rencontre de deux volontés dans un but commun (pré) défini* » : selon la formule utilisée par la Cour et le Tribunal de première instance, « *pour qu'il y ait accord au sens de l'article 81, paragraphe 1 du traité, il suffit que les entreprises en cause aient exprimé leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée* ».

• La jurisprudence Bayer a trouvé application dans la pratique décisionnelle du Conseil :

Dans la décision 05-D-72 relative à des pratiques mises en œuvre par divers laboratoires dans le secteur des exportations parallèles de médicaments [83], le Conseil a jugé, en effet, 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. 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 résultait « *pas non plus des éléments recueillis, notamment auprès des différents interlocuteurs des laboratoires, qu'une interdiction d'exporter ait été demandée par aucun des 21 laboratoires visés par les parties plaignantes et* a fortiori *que les grossistes-répartiteurs aient pu répondre favorablement à une telle invitation* ». L'accord de volontés visant à exclure les exportateurs du marché n'était donc pas démontré.

Cette décision a été confirmée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt rendu le 23 janvier 2007 (société Pharmalab). La cour a retenu notamment que « *le seul fait qu'un distributeur restreigne ses commandes dans la limite des quotas imposés par son fournisseur ne caractérise pas une entente entre ces entreprises lorsque, comme en l'espèce, cette situation résulte d'une décision, unilatérale, imposée par le fournisseur, la commande passée par le distributeur dans de telles conditions ne valant pas acquiescement aux restrictions en cause ;* [...] *au demeurant, les multiples plaintes déposées par les exportateurs démontrant le contraire, s'il en était besoin* ».

La participation à des réunions à objet anticoncurrentiel : la présomption d'adhésion à la pratique concertée

Les accords ou pratiques concertées se nouent souvent au cours de réunions auxquelles participent les entreprises membres de l'entente.

En droit communautaire, la participation à une réunion ou à plusieurs réunions à objet anticoncurrentiel (accord ou pratique concertée) instaure une présomption réfragable d'adhésion de l'entreprise à cet objet et démontre donc sa participation à l'entente, en l'absence de toute autre preuve.

---

82. M. Thill-Tayara et F. Herrenschmidt « Jurisprudence communautaire récente en matière d'entraves : la fin des ententes présumées ? », *Revue Lamy Droit des affaires* – Chronique, février 2004.

83. Décision confirmée par la cour d'appel de Paris, 23 janvier 2007, Pharma Lab ; voir dans le même sens l'arrêt précité de la Cour de cassation (29 octobre 1996, Sony) et l'arrêt du 15 mars 2000 (SA cimenterie CBR) du TPICE.

La participation d'une entreprise à une réunion au cours de laquelle un accord portant sur les prix ou sur les quantités a été adopté, laisse présumer que l'entreprise a bien adhéré à l'accord en question. Il en est de même de la participation à « *une ou plusieurs réunions au cours desquelles un concours de volontés s'est manifesté* ». Dans un arrêt Ciment du 15 mars 2000, le Tribunal réaffirme cette présomption : « *Dès lors qu'une entreprise ou une association d'entreprises a participé, même sans y jouer un rôle actif, à une ou plusieurs réunions au cours desquelles un concours de volontés s'est manifesté ou réaffirmé sur le principe de comportements anticoncurrentiels et qu'elle a, par sa présence, souscrit ou à tout le moins, donné à penser aux autres participants qu'elle souscrivait au contenu de l'accord anticoncurrentiel, conclu puis confirmé au cours desdites réunions, elle doit* [...] *être considérée comme ayant participé audit accord* » (§ 15).

Cette présomption est une présomption réfragable, comme le rappelle la Cour de justice dans son arrêt Aalborg : « *Lorsque la participation à de telles réunions a été établie, il incombe à cette entreprise d'avancer des indices de nature à prouver que sa participation auxdites réunions était dépourvue de tout esprit anticoncurrentiel, en démontrant qu'elle avait indiqué à ses concurrents qu'elle participait à ces réunions dans une optique différente de la leur* » (7 janvier 2004, Aalborg Portland e. a. / Commission, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, § 81).

Cette présomption a été fortement critiquée par la doctrine, d'autant qu'elle s'applique quel qu'ait été le rôle de cette entreprise au cours de la réunion.

Le fait que l'entreprise ait tenu un rôle purement passif, se bornant à écouter les autres, ne l'exonère pas de sa participation à l'entente, sauf à ce qu'elle démontre que sa participation à la réunion était dépourvue de nature anticoncurrentielle.

Dans un arrêt du 5 décembre 2006 (Westfalen Gassen Nederland BV ; T-303/02), le Tribunal précise : « [...] *le silence observé par un opérateur dans une réunion au cours de laquelle une concertation illicite a lieu sur une question précise touchant à la politique des prix ne peut être assimilée à l'expression d'une désapprobation ferme et claire. Au contraire, selon la jurisprudence, l'approbation tacite d'une initiative illicite, sans se distancier publiquement de son contenu ou la dénoncer aux entités administratives, a pour effet d'encourager la continuation de l'infraction et compromet sa découverte. Cette complicité constitue un mode passif de participation à l'infraction qui est donc de nature à engager la responsabilité de l'entreprise* [...] » (§ 124 [84]).

Dans un arrêt du 12 juillet 2001 (Tate et Lyle British Sugar, T-202/98, T-204/98 et T-207/98), le Tribunal de première instance des communautés européennes a admis que « [...] *le seul fait d'avoir reçu lors de ces réunions des informations concernant des concurrentes, informations qu'un opérateur indépendant préserve comme secrets d'affaires, suffit à manifester l'existence chez elle d'un esprit anticoncurrentiel* » (§ 66). « [...] *grâce à la seule participation auxdites réunions, chaque participant a nécessairement pris*

84. Voir aussi TPICE, 16 novembre 2006, Peroxidos Organicos, T-120/04, § 68.

en compte, directement ou indirectement, les informations obtenues au cours de ces réunions pour déterminer la politique qu'il entendait suivre sur le marché » (§ 67).

La circonstance qu'un seul participant à la réunion ait dévoilé ses intentions au cours de la réunion, les autres restant taisants, n'exclut pas la qualification d'entente : « *Le fait que seul un des participants aux réunions litigieuses dévoile ses intentions ne suffit pas à exclure l'existence d'une entente* » (TPICE, 12 juillet 2001, Tate et Lyle British Sugar, T-202/98, T-204/98 et T-207/98 ; § 54).

Ainsi que le rappelle le Tribunal, dans l'arrêt Enichem du 17 décembre 1991 (T-6/89), l'entreprise qui a participé à une réunion à objet anticoncurrentiel « *a nécessairement dû prendre en compte, directement ou indirectement, les informations obtenues au cours de ces réunions pour déterminer la politique qu'elle entendait suivre sur le marché* [...] » (*§* 201). Le comportement subséquent de l'entreprise est donc, lui aussi, présumé [85].

Le comportement d'apparence purement unilatéral d'une entreprise peut donc être qualifié d'entente, sa seule participation, même passive, à une seule réunion, suffisant à démontrer son adhésion à la volonté commune. Ce renversement de la charge de la preuve va d'autant plus loin que, ainsi que la Cour de justice l'a rappelé dans l'arrêt Anic, l'entreprise ne peut rapporter la preuve qu'elle n'a pas souscrit aux pratiques anticoncurrentielles en n'appliquant pas les mesures décidées en commun.

Dans un arrêt du 16 novembre 2000 (C-291/98 P Sarrio SA), la Cour de justice a confirmé l'arrêt du Tribunal de première instance (arrêt du 14 mai 1998, Sarrio/Commission, T-334/94), aux termes duquel le comportement effectif de l'entreprise importe peu dès lors qu'elle s'est rendue coupable de collusion, et notamment peu importe qu'elle n'ait pas suivi la ligne définie en commun : « [...] *il est de jurisprudence constante que le fait qu'une entreprise ne se plie pas aux résultats des réunions ayant un objet manifestement anticoncurrentiel n'est pas de nature à la priver de sa pleine responsabilité du fait de sa participation à l'entente, dès lors qu'elle ne s'est pas distanciée publiquement du contenu des réunions (voir, par exemple, arrêt du Tribunal du 6 avril 1995, Tréfileurope/Commission, T-141/89, point 85). À supposer même que le comportement sur le marché de la requérante n'ait pas été conforme au comportement convenu, cela n'affecte donc en rien sa responsabilité du chef d'une violation de l'article 85, paragraphe 1, du traité* » (§ 118 de l'arrêt du Tribunal cité au § 8 de l'arrêt de la Cour).

La Cour confirme cette appréciation en ces termes : « *Il convient d'admettre, ainsi que l'a fait le Tribunal, que la participation d'une entreprise à des réunions ayant un objet anticoncurrentiel a objectivement pour effet de créer ou de renforcer une entente et que la circonstance qu'une entreprise ne donne pas suite aux résultats de ces réunions n'est pas de nature à écarter sa responsabilité du fait de sa participation à l'entente, à moins qu'elle se soit distanciée publiquement de leur contenu. Or* [tel n'est pas le cas en l'espèce]... » (§ 50).

85. Voir ce qui a été dit *supra* sur les pratiques concertées.

Dans un arrêt du 5 décembre 2006 (Westfalen Gassen Nederland BV ; T-303/02), le Tribunal de première instance souligne que les entreprises peuvent avoir intérêt à ne pas se soumettre à la collusion : « *La requérante pouvait également avoir tout intérêt à ce que les fournisseurs de gaz respectent les accords conclus et croient qu'elle s'y conformerait aussi, alors que, sans en avertir ces entreprises, elle pratiquait des prix un peu inférieurs à ceux convenus de façon à accroître ses marges et sa part de marché. Il convient de rappeler, à cet égard, que, selon la jurisprudence, le fait que le comportement sur le marché des entreprises concernées n'est pas conforme aux »règles du jeu« convenues n'affecte en rien leur responsabilité du chef de leur participation à un accord anticoncurrentiel* [...]. »

Le Conseil de la concurrence et, à sa suite, ses juridictions de contrôle, sont plus exigeants quant à la preuve de l'adhésion de l'entreprise à l'entente, du moins s'agissant de réunions tenues dans le cadre statutaire d'une organisation professionnelle [86].

Dans ce cas de figure, la participation d'une entreprise à une seule réunion à objet anticoncurrentiel ne suffit pas, à elle seule, à caractériser sa participation à une entente. Son adhésion doit être corroborée par la réitération de sa volonté infractionnelle, comme par exemple un comportement d'alignement sur la ligne décidée en commun ou la participation à une autre réunion à objet anticoncurrentiel [87].

Dans la décision 06-D-03 *bis* du 9 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie et climatisation, le Conseil a rappelé que « [...] *l'accord de volontés est démontré dans deux hypothèses :*

- *si l'entreprise n'a participé qu'à une seule réunion ayant un objet anticoncurrentiel dès lors qu'il est également établi qu'elle a adhéré à cet objet, notamment par la diffusion des consignes adoptées ou encore par l'application des mesures décidées au cours de cette réunion ;*
- *si l'entreprise a participé à plusieurs réunions ayant le même objet anticoncurrentiel* » (§ 687).

En l'espèce, le Conseil a retenu la participation à l'entente des entreprises qui avaient participé à plusieurs réunions dont l'objet était de « *mettre en place des stratégies communes entre les grossistes présents afin d'évincer deux circuits de distribution, les grandes surfaces de bricolage et les coopératives d'installateurs, des marchés de l'approvisionnement en produits de chauffage et sanitaire et de boycotter les fabricants livrant directement ces circuits* » (§ 700). S'agissant des entreprises pour lesquelles n'était démontrée que la participation à une seule réunion à objet anticoncurrentiel, le Conseil a recherché si d'autres indices confirmaient leur adhésion à l'objet de l'entente, comme par exemple, la mise en œuvre de décisions prises lors de cette réunion.

86. Le Conseil a précisé dans sa décision 06-D-03 *bis* que *« la solution pouvait être différente pour les réunions occultes ou secrètes entre concurrents »,* § 683.

87. Décision 94-D-16.

De même, dans un arrêt du 26 octobre 2004, la cour d'appel de Paris a estimé qu'était démontrée la participation consciente et volontaire des boulangers à une entente syndicale sur le prix de la baguette, qui n'avaient pas tous assisté à la réunion où elle avait été décidée, mais qui avaient au moins appliqué la consigne, quand ils n'avaient pas, en qualité de délégués syndicaux de secteur, activement contribué à sa mise en œuvre en la diffusant auprès des boulangers du département (décision 04-D-07).

- **Le caractère réfragable de la présomption : la distanciation publique**

C'est à l'entreprise ayant participé à une réunion anticoncurrentielle qu'il appartient de démontrer qu'elle n'aurait pas souscrit aux initiatives anticoncurrentielles (CJCE, 8 juillet 1999, Commission/Anic Partecipazioni, C-49/92 P ; § 96).

L'entreprise pourra s'exonérer en démontrant, conformément à la jurisprudence communautaire, qu'elle s'est distanciée publiquement de l'objet de l'entente.

Dans l'arrêt du 5 décembre 2006 précité (Westfalen Gassen Nederland BV, T-303/02), le Tribunal de première instance a précisé les conditions dans lesquelles une entreprise peut renverser la présomption de participation à une entente anticoncurrentielle qui pèse sur elle quand elle a participé à une ou plusieurs réunions où a été discutée cette pratique.

Au § 103, le Tribunal rappelle que « *la notion de distanciation publique en tant qu'élément d'exonération de la responsabilité doit être interprétée de manière restrictive* ».

Un écrit envoyé aux concurrents peut prouver la distanciation de l'entreprise. En l'espèce, souligne-t-il, « *si la requérante avait effectivement voulu se dissocier des discussions collusoires, elle aurait pu aisément indiquer par écrit à ses concurrents et au secrétaire de la VFIG, après la réunion du 14 octobre 1994, qu'elle ne voulait en aucun cas être considérée comme un membre de l'entente et participer à des réunions d'une association professionnelle servant de cadre occulte à des concertations illicites* (en ce sens, voir arrêt du Tribunal du 11 décembre 2003, Adriatica di Navigazione/Commission, T-61/99, Rec. p. II-5349, point 138) ».

La distanciation publique doit être claire : l'entreprise doit clairement faire savoir aux autres entreprises qu'elle prend ses distances vis-à-vis de l'objet de la réunion.

« *Les seules affirmations de la requérante quant au caractère plausible d'une telle distanciation au regard de sa position d'opérateur récent et dynamique sur le marché en cause ne sont pas de nature à satisfaire à la charge de la preuve qui lui incombe* » (§ 96).

Le rôle purement passif de l'entreprise, l'assiduité plus ou moins grande de l'entreprise aux réunions, la mise en œuvre plus ou moins complète des mesures convenues et l'effet anticoncurrentiel des décisions prises ne seront pris en compte que pour apprécier le niveau de la sanction.

La dénonciation de l'entente aux autorités publiques, après la réunion à objet anticoncurrentiel, paraît être la seule forme imparable de la distanciation de l'entreprise.

Le parallélisme de comportement

Comme il a été vu plus haut, dans certaines configurations de marché, les entreprises peuvent adopter des comportements identiques sans que cette identité de comportement nécessite un concours de volontés. Il s'agit des situations de dominance collective ou d'oligopole non collusif.

En revanche, sur des marchés où ces conditions ne seraient pas réunies, le parallélisme de comportement revêtira une toute autre signification. Il ne pourra s'expliquer que par une concertation entre les opérateurs, concertation tacite, qui sera alors présumée.

La constatation d'un parallélisme de comportement, associée à la démonstration négative de l'absence d'autres explications plausibles à ce parallélisme que celle de l'existence d'une entente tacite, pourrait donc rapporter la preuve de l'existence d'une entente tacite. Il faut donc rapporter la preuve que le comportement ne s'explique ni par les conditions de fonctionnement du marché, ni par la poursuite de l'intérêt individuel des entreprises [88].

C'est la solution qui semble avoir été retenue dans plusieurs arrêts de la Cour de justice, dans une décision de la Commission de la concurrence et dans une décision du Conseil de la concurrence.

La Cour de justice des communautés européennes a estimé que la preuve de l'entente tacite était rapportée, lorsqu'à la constatation d'un parallélisme de comportements s'ajoutait la preuve négative de l'absence d'explication plausible. Dans un arrêt du 14 juillet 1972 (Farbenfabriken Bayer contre Commission), elle a sanctionné les principaux producteurs européens de matières colorantes qui avaient procédé à trois augmentations uniformes des prix de matières colorantes en 1964, 1965 et 1967, après avoir annoncé publiquement ces hausses. En l'espèce, il y avait identité des taux appliqués par les différents producteurs lors de chaque hausse, identité des matières colorantes concernées par les hausses et quasi-identité de la date de leur mise en application.

La requérante exposait que la Commission n'avait pas prouvé l'existence de pratiques concertées : il y aurait eu, en réalité, « *comportement sciemment parallèle des participants à un oligopole,* [...] *dû à des décisions autonomes de chaque entreprise, déterminées par des nécessités économiques objectives, et notamment par l'exigence de redresser le niveau insatisfaisant de rentabilité de la production des matières colorantes* ». Les prix auraient manifesté une tendance à la baisse (vive concurrence) ; selon la requérante, « *compte tenu de ces caractéristiques du marché et eu égard au phénomène généralisé d'érosion continue des prix, chaque membre de l'oligopole ayant décidé de procéder à une hausse de ses prix pouvait raisonnablement s'attendre à être suivi par ses concurrents qui avaient les mêmes problèmes de rentabilité* ».

La Cour expose que, compte tenu des caractéristiques oligopolistiques du marché des colorants (80 % du marché sont répartis entre dix producteurs ;

88. Démonstration que les conditions dites de l'équilibre « *non collusif* » mentionnées plus haut ne sont pas réunies.

ces fabricants ont des structures de production et, dès lors, de coûts, très différents, rendant malaisée la connaissance des coûts des producteurs concurrents ; le nombre total des matières colorantes est très élevé) et compte tenu des hausses constatées (trois hausses consécutives), les annonces de prix des fabricants précédant les hausses effectives de prix rendaient le marché transparent.

« [...] *dès lors, par leur façon d'agir, les entreprises en cause ont, en ce qui concerne les prix, temporairement éliminé certaines des conditions de concurrence sur le marché, qui faisait obstacle à la réalisation d'un comportement parallèle uniforme* ».

La Cour relève ensuite « *que l'absence de spontanéité des comportements est corroborée par l'examen d'autres éléments du marché* », et notamment la circonstance que « [...] *si un parallélisme des comportements en matière de prix pouvait pour les entreprises concernées constituer un objectif attractif et dépourvu de risques, la réalisation spontanée d'un tel parallélisme quant au moment, quant aux marchés nationaux et quant à l'assortiment de produits concernés est difficilement concevable* ».

Suivant le même raisonnement, la Commission de la concurrence française a, dans un avis du 24 mars 1983, considéré que constituait une entente le fait, pour les producteurs de tuiles et briques dans la région Midi-Pyrénées, d'avoir, en 1983, pratiqué des hausses simultanées et de même ampleur de prix. Ce parallélisme de comportement ne pouvait s'expliquer autrement que par des échanges d'informations et des actions concertées entre ces entreprises. La part des coûts du gaz et des salaires dans le coût total de production des tuiles était variable selon les producteurs de tuile ; l'augmentation de ces coûts ne pouvait donc les avoir affectés de la même façon, les structures des entreprises n'étant, au surplus, pas identiques (taille et organisation de production différentes).

Ainsi que le soulignait le Conseil dans son premier rapport d'activité (rapport d'activité du Conseil, 1987, p. XIV), « *en l'absence de preuves formelles, la constatation d'un parallélisme de comportement n'est pas en elle-même suffisante pour établir ou même présumer l'existence d'une pratique prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance. Encore faut-il que ce parallélisme ne puisse s'expliquer par des considérations autres qu'une entente tacite, telles, par exemple, que l'intérêt individuel de chacune des entreprises considérées à mettre en œuvre le comportement observé indépendamment de ce que faisaient les autres entreprises* ».

La fragilité de cette preuve négative d'absence d'explication économique plausible a été mise en évidence par les divergences d'appréciation entre la Commission européenne et la Cour de justice des communautés européennes, dans l'affaire Pâtes de bois (arrêt du 31 mars 1993, C-89/85, 114/85, 116/85).

Alors que la Commission avait estimé que seule une concertation pouvait expliquer la simultanéité des annonces de prix et l'identité des prix annoncés par les principaux producteurs de pâtes de bois américains, canadiens et finlandais, la Cour a considéré que le parallélisme de comportement pouvait s'expliquer par d'autres raisons : « [...] *tout d'abord, le système des annonces de prix peut être considéré comme apportant une réponse rationnelle au*

fait que le marché de la pâte constituait un marché à long terme et au besoin qu'éprouvaient à la fois les acheteurs et les vendeurs de réduire les risques commerciaux. Ensuite, les analogies des dates d'annonces de prix peuvent être regardées comme une conséquence directe de la forte transparence du marché, laquelle ne doit pas être qualifiée d'artificielle. Enfin, le parallélisme des prix et leur évolution trouvent une explication satisfaisante dans les tendances oligopolistiques du marché ainsi que dans les circonstances particulières à certaines périodes. Dans ces conditions, le parallélisme de comportement constaté par la Commission ne saurait apporter la preuve de la concertation » (§ 126).

La preuve négative de l'absence d'explication plausible est contestée sur le plan économique et juridique. En effet, on a vu que l'interdépendance des entreprises peut résulter de comportements individuels et qu'il est difficile d'appréhender ce qu'il faut entendre par comportement rationnel sur un marché. La doctrine a souligné que « *les marchés ne sont que tendanciellement oligopolistiques ou non oligopolistiques et,* [qu'] *à la marge, les interprétations divergent d'autant plus qu'elles sont présentées dans le cadre d'un débat contradictoire* [89] ». L'analyse des conditions de l'équilibre non collusif mentionnées plus haut prête à discussion, et à interprétations parfois divergentes, comme l'affaire Pâtes de bois l'a illustré. Par ailleurs, les preuves négatives sont mal considérées, au plan juridique, en vertu de l'adage « *Factum negantis probatio nulla est* » *(« Il n'y a pas de preuve d'un fait négatif »)* et surtout, ce système aboutit à renverser la charge de la preuve, car le concours de volontés étant présumé, c'est aux entreprises de démontrer qu'aucune collusion n'a existé, ce qui s'avère être une tâche impossible, s'agissant d'une preuve négative.

C'est la raison pour laquelle, sur les marchés caractérisés par une transparence naturelle, il est difficile de démontrer une entente sur la seule base du parallélisme de comportement, corroboré par la preuve négative de l'absence d'autres explications plausibles. Les autorités de concurrence et les juridictions ont, jusqu'à aujourd'hui, exigé des preuves distinctes de comportements volontaires des entreprises, des indices positifs de concertation, tels des contacts entre entreprises et ne se sont pas satisfaites de la preuve négative.

Le parallélisme de comportement assorti du défaut de causes justificatives de celui-ci n'est donc retenu que comme indice, lequel doit être corroboré par d'autres indices.

La Cour de cassation a ainsi rappelé, dans un arrêt du 27 novembre 2001, Caisse nationale du Crédit agricole, 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 un faisceau d'indices graves, précis et concordants* ».

89. Anne Perrot, Louis Vogel, *op. cit*.

L'affaire de la levure de panification illustre bien les réticences des juridictions à retenir le parallélisme de comportement comme seul indice, dès le début des années quatre-vingt.

Dans la décision 89-D-08, le Conseil de la concurrence avait sanctionné plusieurs fabricants de levure de panification (Cour de cassation, 14 janvier 1992), pour avoir mis en œuvre quatre hausses successives du prix départ-usine de la levure vendue aux négociants, à des dates identiques et pour des montants rigoureusement similaires (au centime près). Aucune preuve directe ne démontrait qu'elles s'étaient entendues sur les tarifs. La société Gist-Brocades annonçait ses hausses de prix après que deux des trois sociétés du groupe Lesaffre aient annoncé les leurs mais avant que la dernière société du groupe n'annonce ses hausses. Cette société exposait qu'elle s'était alignée sur les prix de ses concurrents, ce qu'elle pouvait licitement faire. Le Conseil a expliqué que la concurrence par les prix pouvait jouer sur ce marché (importations en développement), que Gist-Brocades avait la capacité de mettre en œuvre une politique tarifaire différente de celle du groupe Lesaffre, et que le comportement de cette entreprise ne pouvait résulter de la seule poursuite de son intérêt individuel en dehors de toute entente. En effet, en l'absence d'entente, elle prenait le risque, en s'alignant sur les prix des sociétés du groupe Lesaffre, que la dernière société, qui n'avait pas encore annoncé ses prix, décide de pratiquer une augmentation inférieure à la sienne. Sa stratégie ne pouvait correspondre à son intérêt que si elle était sûre du comportement de cette dernière société et s'il y avait eu une entente entre les deux groupes. Il n'y avait pas d'autres explications plausibles à cette identité de comportement, leurs coûts n'étant pas identiques, et la structure du marché n'expliquant pas ce phénomène.

La cour d'appel de Paris a confirmé cette analyse, mais en s'appuyant sur des éléments établissant une entente explicite. Les enquêteurs avaient saisi des procès-verbaux de réunions syndicales dans lesquels on avait trouvé la mention « *ont décidé de rester fermes sur les prix* ». D'autres indices figuraient au dossier, et notamment des pièces attestant des échanges d'informations sur les politiques de prix des fabricants à l'égard des négociants.

La Cour de cassation s'est, de même, appuyée sur la stratégie commune résultant des comptes rendus de réunions, pour étayer le parallélisme de comportement, dans un arrêt du 14 janvier 1992.

Dans une récente affaire concernant les marchés publics de transports scolaires de la ville de Grasse, le Conseil a constaté que les mêmes entreprises étaient systématiquement reconduites sur les marchés 1999-2000, 2000-2001 et 2001-2002. Le Conseil disposait de preuves documentaires (déclarations, notes manuscrites) établissant que des échanges d'informations avaient eu lieu avant la soumission pour le marché 2000-2001. Pour établir que l'entente avait aussi porté sur les marchés 1999-2000 et 2001-2002, le Conseil ne disposait pas de preuves documentaires. Il s'est appuyé sur le parallélisme de comportement des entreprises (identité des attributions des marchés de 1999-2000 et 2001-2002 avec l'attribution collusive de 2000-2001 ; parallélisme des hausses de prix entre les marchés 2000-2001 et 2001-2002) et sur d'autres indices extrinsèques.

Le Conseil a rappelé que la stabilité dans la reconduction des lots peut résulter naturellement d'une situation d'équilibre non collusif [90].

Or, dans cette affaire, les conditions d'un équilibre non collusif n'étaient plus réunies durant la période litigieuse, la durée et la nature des marchés, le nombre des lots et les tarifs de certaines sociétés ayant changé. Le Conseil en a déduit que pour les marchés 1999-2000 et 2001-2002, pour lesquels il ne disposait pas de preuves documentaires, la stabilité dans l'attribution des lots (le parallélisme de comportement) ne pouvait résulter que d'une entente.

Mais le Conseil a pris soin de conforter cette analyse en énumérant les trois autres indices extrinsèques dont il disposait pour démontrer l'existence d'une concertation entre les entreprises :

– l'existence de contacts réguliers entre les dirigeants en cause ;
– le fait que la meilleure offre de chacune des entreprises attributaires n'ait jamais coïncidé avec la meilleure offre d'une autre entreprise (le caractère régulier de cet élément excluant l'effet du hasard) ;
– la stabilité des attributions dans le temps qui a abouti à une répartition harmonieuse des lots de marchés dans le temps (ce qui a été considéré comme contraire au principe d'imprévisibilité des appels d'offres publics).

Au total, le Conseil a considéré que la nature et la convergence de ces indices constituaient un faisceau d'indices graves, précis et concordants permettant d'établir la preuve des pratiques anticoncurrentielles sur toute la période, de 1999 à 2002 (04-D-43 [91]).

90. Il a défini un tel équilibre comme un équilibre qui s'établit au sein d'un oligopole lorsque chacun de ses membres peut adopter une ligne de conduite qui maximise son profit par une anticipation correcte du comportement des autres, équilibre qui peut se maintenir si aucun des acteurs n'a intérêt à changer unilatéralement sa stratégie. Mais cet équilibre ne peut s'établir et perdurer que si le marché fonctionne sur un mode suffisamment stable et transparent pour que chaque opérateur puisse correctement prévoir le comportement de ses concurrents et vérifier la validité de sa prévision. Dans le cas contraire, avec une information imparfaite et une modification des règles du jeu, les concurrents doivent échanger des informations pour pouvoir choisir la bonne stratégie. L'équilibre devient alors collusif. Autrement dit, la stabilité dans la reconduction des lots ne peut plus s'expliquer que par une entente entre les soumissionnaires.

91. Dans le domaine des marchés publics, le Conseil s'appuie parfois sur des preuves dites « intellectuelles ». Ces preuves « *intellectuelles* » s'opposent aux preuves documentaires et sont constituées par des comportements qui ne peuvent s'expliquer autrement que par des échanges d'informations entre entreprises. Il en est ainsi par exemple de preuves tirées d'anomalies dans les offres (différences de prix entre les diverses soumissions qui ne reposent que sur un chiffre ; variations de prix de postes ; identité de certains postes ; anomalies dans les prix unitaires) ou encore de l'existence de nombreuses offres irrecevables à cause de pièces manquantes. Le Conseil admet la valeur probatoire de ces preuves intellectuelles, en étant toutefois plus exigeant sur le nombre d'indices requis. Il faut qu'ils soient suffisamment nombreux de telle sorte qu'ils ne puissent résulter du simple hasard ou encore qu'ils soient corroborés par d'autres catégories d'indices. C'est ainsi que dans une décision 04-D-03 du 18 février 2004 le Conseil a retenu quatre indices pour démontrer l'existence d'un échange d'informations, dont trois constituaient des indices « *intellectuels* » tirés de la structure identique des offres, d'ajouts et d'erreurs identiques figurant dans plusieurs offres et un indice extérieur tiré d'une circonstance factuelle, l'absence de visites des lieux avant la soumission.

Conclusion

Mis à part les cas où il est matérialisé dans un contrat, l'accord de volontés, qui constitue un des éléments constitutifs de l'entente, est souvent plus difficile à démontrer que la restriction de concurrence elle-même. C'est la raison pour laquelle, dans le but de protéger l'ordre public économique, le droit de la concurrence permet de sanctionner des formes de concertation atténuées (pratiques concertées). La nécessité pratique de remédier aux atteintes sur le marché conduit à apprécier les conditions de rencontre des volontés de façon différente de celle dont celles-ci sont appréhendées en droit civil. Par ailleurs, elle autorise l'usage de preuves par présomption, mais dans les limites qui ont été rappelées. En effet, les pratiques d'entente, le plus souvent occultes, sont rarement établies par des preuves directes.

On constate par ailleurs, dans la pratique décisionnelle du Conseil et de la Commission européenne, une tendance forte au renforcement des exigences en matière de preuves des ententes. Cette tendance ne s'est pas démentie depuis plusieurs années, le Conseil ayant, dans de récentes décisions, fait œuvre de pédagogie, en décrivant avec beaucoup de minutie les preuves exigées en matière d'ententes verticales et horizontales. Cette pratique semble aujourd'hui stabilisée, offrant aux opérateurs économiques toute la sécurité juridique qu'ils sont en droit d'attendre.

■ Les barrières à l'entrée

Les barrières à l'entrée et à l'expansion sur un marché sont les facteurs qui s'opposent aux efforts de concurrents efficaces tendant à pénétrer le marché et à acquérir une dimension suffisante pour exercer une pression concurrentielle significative sur la ou les entreprises en place. Cette notion est omniprésente dans les analyses menées par le Conseil, que ce soit dans les affaires contentieuses ou en contrôle des concentrations. Elle est utilisée pour estimer le degré de contestabilité des marchés, qui est une caractéristique primordiale de l'environnement concurrentiel.

Les barrières à l'entrée jouent un rôle central dans les affaires d'abus de position dominante. Lorsqu'il apprécie la dominance, le Conseil, après avoir considéré les parts de marché de l'opérateur et de ses principaux concurrents, intègre presque toujours dans son analyse d'autres éléments, parmi lesquels les barrières à l'entrée figurent en bonne place. En effet, des barrières élevées procurent à l'opérateur en place une position protégée à partir de laquelle il peut, le cas échéant, mettre en place des stratégies anticoncurrentielles. Ces stratégies peuvent notamment consister à ériger des barrières artificielles à l'entrée, qui renforcent celles qui existent naturellement. La présente étude donne quelques exemples de barrières comportementales, mais se concentre, pour l'essentiel, sur les barrières structurelles.

Les barrières à l'entrée interviennent également dans les affaires d'entente, notamment pour apprécier le dommage à l'économie. En effet, l'impact d'un cartel sur les prix est d'autant plus important que le marché concerné est peu contestable, car une hausse des prix est alors moins susceptible de provoquer l'arrivée de nouveaux entrants ; les participants à l'entente peuvent profiter de la rente indûment acquise sans être inquiétés par la concurrence potentielle.

Enfin, les barrières à l'entrée font l'objet d'une étude systématique dans les affaires de concentration. Comme l'indiquent les lignes directrices de la Commission sur les concentrations horizontales [92] : « *Lorsque l'entrée sur un marché est relativement aisée, il est peu probable qu'une concentration soulève d'importants problèmes de concurrence. L'analyse des barrières à l'entrée constitue donc un élément clé de l'appréciation concurrentielle. Pour que l'entrée de nouveaux concurrents puisse être considérée comme une contrainte concurrentielle suffisante sur les parties à la concentration, il faut démontrer que cette entrée est probable, qu'elle interviendra en temps utile et sera suffisante pour prévenir ou contrecarrer les effets anticoncurrentiels potentiels de l'opération*. »

Au-delà des débats académiques sur les définitions [93], la présente étude expose l'usage concret que le Conseil de la concurrence fait des barrières à

92. Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 2004/C 31/03, JOCE du 5 février 2004.

93. Le document de l'OCDE daté du 6 mars 2006 et intitulé « *Barriers to Entry* » DAF/COMP (2005) 42, qui rend compte de la controverse théorique sur la notion de barrière à l'entrée, recense huit définitions différentes.

l'entrée dans ses avis et décisions. La première partie présente une typologie des barrières les plus couramment rencontrées dans la jurisprudence du Conseil. La deuxième partie décrit leurs principales utilisations, en particulier l'appréciation du pouvoir de marché, qui peut être rétrospective (dossiers d'abus de position dominante) ou prospective (cas du contrôle des concentrations). D'autres applications des barrières à l'entrée sont mentionnées, notamment l'appréciation de la gravité des ententes. La troisième partie traite de l'activité consultative du Conseil, dans laquelle celui-ci cherche à prévenir, autant que possible, l'apparition des barrières à l'entrée, en particulier réglementaires, ou à en limiter les effets. La conclusion de l'étude rappelle quelques principes généraux qui guident l'analyse des barrières à l'entrée en pratique, en particulier la nécessité de prendre en compte la dynamique des marchés.

Typologie des barrières à l'entrée

Les barrières à l'entrée peuvent prendre des formes très diverses, dont l'analyse relève du cas par cas. On peut néanmoins, dans un but pédagogique, tenter d'organiser les barrières « *naturelles* » en quelques grandes catégories : barrières réglementaires ; barrières liées à la fonction de production et à la technologie en général ; barrières non technologiques (notoriété, coûts de sortie, effets de réseau).

Barrières réglementaires, licences, brevets

Cette première rubrique regroupe des barrières objectives qui s'imposent mécaniquement et bloquent directement l'accès au marché. Ces contraintes, relevant du domaine réglementaire ou du droit de la propriété industrielle, ne sont pas, au moins en théorie, susceptibles d'être compensées ou contournées.

Le secteur de la distribution est caractérisé en France par l'existence de nombreuses barrières réglementaires, comme le Conseil l'a rappelé dans plusieurs avis (97-A-04, 00-A-06, 04-A-18). Ainsi, dans l'avis 97-A-04 du 21 janvier 1997, le Conseil, répondant à diverses questions posées par le ministre de l'Économie à propos de la concentration dans le secteur de la distribution, rappelait que la législation en matière d'implantation, d'horaires d'ouverture, de droit du travail, crée de nombreuses barrières à l'entrée dans ce secteur. Il indiquait notamment que la réglementation sur les implantations peut offrir un avantage aux opérateurs en place : « *Indépendamment des coûts financiers d'accès au marché (location, construction), la distribution de détail est l'objet d'une réglementation spécifique prévue par la loi du 27 décembre 1973 qui subordonne à une autorisation administrative préalable l'ouverture de toute nouvelle surface de vente au-delà d'un certain seuil. Ce seuil a été abaissé à 300 m² par la loi du 5 juillet 1996 qui a par ailleurs étendu la procédure de l'autorisation préalable à de nouveaux cas. Ce dispositif peut constituer une barrière à l'entrée de nouveaux concurrents et conférer aux opérateurs en place un avantage appréciable. La réduction des possibilités d'extension des surfaces commerciales introduit en effet une rigidité dans la capacité des entreprises à adapter leur offre au développement de la demande, à accroître leur clientèle ou à répondre aux pratiques*

d'un distributeur plus puissant qui pourrait profiter d'une position renforcée sur un marché. »

À plusieurs occasions, le Conseil s'est intéressé à des secteurs où l'entrée sur le marché est subordonnée à la détention d'une licence ou d'une autorisation administrative, tant dans des dossiers contentieux (par exemple dans l'affaire des taxis marseillais, *cf. infra*) qu'en contrôle des concentrations. Ainsi, dans son avis 06-A-20 du 20 octobre 2006 relatif à l'acquisition de la société Marine Harvest NV par la société Pan Fish ASA dans le secteur de la production, de la transformation et de la vente du saumon, le Conseil soulignait : « *Dans un second temps, l'élevage de saumon est encadré par l'octroi des licences délivrées par les autorités nationales, voire régionales limitant la biomasse, correspondant au poids total des saumons en cours d'élevage. Seul l'octroi de licences supplémentaires est en mesure de desserrer cette contrainte. Compte tenu du caractère polluant de cette industrie, les autorités norvégiennes accordent très peu de nouvelles licences chaque année et le prix de cession des licences entre producteurs est très élevé* ». Dans cette affaire, le Conseil, après avoir relevé les diverses autres barrières à l'œuvre, dues aux certifications, aux investissements, au besoin en fonds de roulement et aux risques financiers liés à l'activité, concluait : « *L'ensemble de ces barrières à l'entrée et notamment les barrières à l'entrée légales rendent peu vraisemblable l'entrée de nouveaux producteurs et sont susceptibles de limiter l'expansion des producteurs présents sur le marché.* »

L'avis 05-A-01 du 7 janvier 2005 relatif à l'acquisition de la société Laboratoires Dolisos par la société Boiron dans le secteur des médicaments homéopathiques fournit un autre exemple intéressant de barrières réglementaires. La principale barrière à l'entrée sur le marché des médicaments « *en nom commun* » (MNC) était la fixation réglementaire des prix à un niveau très bas : « *La faiblesse du prix fixé par les pouvoirs publics pour les MNC remboursables (plus de 90 % du marché des SNC* [94] *en valeur) à 1,81 € et inchangé depuis 1988 (soit une baisse de 27 % en termes réels) constitue par elle-même une importante barrière à l'entrée. En effet, comme l'indiquent les comptes d'exploitation des parties à l'opération, il semble que l'activité SNC soit à peine rentable, et ce même pour Boiron qui représente presque 70 % du marché en valeur. Dolisos dont l'activité principale est la production et la commercialisation de SNC (90 % du CA) affiche un résultat d'exploitation négatif depuis 1999.* » Pour pouvoir conclure sur les effets vraisemblables de l'opération et, le cas échéant, suggérer des remèdes utiles, le Conseil a dû considérer deux scénarios alternatifs, en fonction de l'évolution du cadre réglementaire. Dans l'hypothèse où celui-ci resterait inchangé, la concurrence en prix resterait impossible et le Conseil a considéré que le bilan de l'opération serait neutre, sous certaines réserves relatives à la commercialisation et à la distribution des médicaments. En revanche, s'agissant du second scénario, il a indiqué qu'« *une évolution de la réglementation qui libérerait les prix supprimerait les principales barrières à l'entrée sur ce marché, sous réserve qu'elle conduise également à l'allègement des coûts d'enregistrement et que les parties s'engagent à ne pas subordonner l'octroi*

94. Souche en nom commun.

d'avantages aux officines à un engagement d'approvisionnement exclusif en SNC ». Cette assertion comportait, outre une proposition d'engagement qui s'appliquait aux parties, un message à l'attention des pouvoirs publics : le Conseil les invitait, dans l'hypothèse où ils mettraient fin à l'encadrement des prix des MNC (permettant ainsi à la nouvelle entité d'augmenter ses tarifs), à réduire de manière concomitante les coûts administratifs d'entrée, de manière à rendre le marché plus contestable.

Dans le secteur pharmaceutique, où le Conseil a également traité de nombreux cas contentieux, les barrières prennent souvent la forme de brevets, qui protègent leur titulaire de toute concurrence, parfois pendant de longues durées. Ainsi, 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 indique : « *Une spécialité pharmaceutique ne bénéficie pas de régime dérogatoire au droit commun de la propriété industrielle. En particulier, les brevets d'invention confèrent à leur titulaire un droit exclusif d'exploitation vis-à-vis des tiers pendant 20 ans. Dans la pratique, la durée de la protection d'une spécialité pharmaceutique est diminuée du temps nécessaire à l'obtention de l'autorisation de mise sur le marché délivrée par le ministre chargé de la Santé publique (pour une période de cinq ans renouvelable) à laquelle est subordonnée toute commercialisation de médicament. En moyenne, un laboratoire, titulaire d'un brevet d'invention, bénéficie d'un monopole d'exploitation de sa spécialité pharmaceutique pendant une durée de dix ans.* »

Économies d'échelle et autres facteurs de coûts

L'entrée sur un marché implique en général de supporter des coûts irrécupérables : promotions pour attirer les consommateurs vers le nouveau produit, dépenses de recherche et développement spécifiques au marché (sans usage alternatif), inefficacités du processus de production liées à des quantités produites trop faibles, coûts d'enregistrement et coûts administratifs divers, etc. Il existe à cet égard une asymétrie temporelle fondamentale entre les opérateurs en place et les entrants : les premiers ont déjà subi ces coûts alors que les seconds conservent la possibilité de les éviter en renonçant à l'entrée (ou en la différant). La littérature économique a mis en évidence la valeur d'engagement des coûts irrécupérables et l'avantage stratégique qu'ils confèrent au premier entré : la décision de supporter des coûts dont une partie ne pourra jamais être récupérée en cas de sortie, par son caractère irréversible, signale aux concurrents potentiels que l'opérateur en place répondra agressivement à toute tentative d'entrée [95].

95. La littérature économique a mis en évidence des situations dans lesquelles l'engagement d'agressivité est crédible et peut, ainsi, dissuader l'entrée (*cf*. Jean Tirole, « Théorie de l'organisation industrielle », *Economica*, 1993, chapitres 8 et 9). Lorsqu'on apprécie la difficulté de l'entrée, il serait donc souhaitable, en théorie, de tenir compte, non pas du niveau actuel des prix, mais du niveau qui prévaudrait après que l'entrée ait eu lieu ; le prix « *post entrée* » dépend des quantités qui seront mises sur le marché par l'entrant et de la possible réaction stratégique de l'entreprise en place (*cf*. les § 38 et 39 du projet de lignes directrices de la Commission européenne sur l'application de l'article 82).

En pratique, les autorités de concurrence adoptent la perspective des concurrents potentiels, en cherchant à apprécier la difficulté et le risque de l'entrée, au regard des caractéristiques des entreprises concernées (taille, surface financière, etc.). Le risque associé à l'entrée croît avec la part des coûts engagés qui ne pourra pas être récupérée en cas d'échec. Toutefois, cette part étant difficile à apprécier [96], on est souvent conduit à raisonner sur l'intégralité des coûts fixes d'entrée : on évalue le montant de l'investissement initial et les conditions dans lesquelles il peut être récupéré, en particulier le temps nécessaire à cette récupération.

Ainsi, dans son avis 03-A-15 relatif à l'acquisition de la société Atos par la société Experian, le Conseil a estimé que l'investissement nécessaire pour entrer sur le marché du traitement des chèques était relativement mineur au regard des marchés concernés : « *Tant la société Experian, que son principal concurrent, la société Safig, estiment la taille minimale d'un centre de traitement de chèques compétitif à environ 100 000/150 000 chèques par jour, soit, sur 250 jours, 0,74 % à 1,11 % des volumes traités sur ce marché en 2002. Malgré de légères divergences d'appréciation sur le coût d'achat des matériels dans le secteur du traitement des chèques (entre 20 000 et 150 000 euros selon la capacité des lecteurs trieurs notamment), les opérateurs se rejoignent pour estimer que l'investissement initial nécessaire pour un centre de cette capacité peut être amorti sur un seul contrat de trois ans dans des conditions normales d'activité. Les coûts fixes sont en effet relativement peu importants, le traitement de chèques étant essentiellement une activité de main-d'œuvre (70 % des coûts totaux)* ». Le Conseil a par ailleurs tenu compte, dans son analyse prospective des marchés, de l'évolution technologique majeure en cours dans le secteur : la dématérialisation des opérations de compensation de chèques apparue avec la mise en place de l'Échange image chèque (EIC). Il a estimé que cette évolution avait deux effets : d'une part, elle rend de moins en moins nécessaire la proximité géographique entre les centres de traitement et les agences bancaires et réduit l'intérêt d'une couverture nationale. D'autre part, elle entraîne une diminution des investissements nécessaires à l'installation d'un centre (en rendant les trieuses inutiles). Le Conseil a conclu qu'au total, « *si les contraintes liées à la taille d'un opérateur compétitif constituent l'un des facteurs explicatifs de la concentration, elles ne constituent pas pour autant un obstacle dirimant à l'accès au marché* ».

Cette affaire a par ailleurs permis au Conseil de mentionner un point général intéressant : la constatation de l'absence d'entrée ne suffit pas à établir l'existence de barrières : « *L'absence d'entrée récente sur le marché, soulignée par le commissaire du Gouvernement dans ses observations, n'est pas, en l'absence d'éléments objectifs indiquant l'existence de barrières à l'entrée, de nature à démontrer à elle seule que l'entrée sur le marché est impossible, dans la mesure où cette absence d'entrée peut être due à de nombreux autres facteurs. Au cas d'espèces, le marché du traitement de chèques a*

96. S'agissant par exemple du capital physique (machine), cela demanderait une étude détaillée du marché de l'occasion. Cela demanderait aussi de déterminer si les entrants peuvent utiliser des contrats de court terme (de location, par exemple) qui leur permettraient de se désengager rapidement et de limiter les pertes en cas d'échec.

connu, du fait de la mise en place de l'EIC, des mutations qui ont généré des coûts d'adaptation pour les opérateurs et ont, de plus, entraîné une baisse du nombre d'opérations de traitement susceptibles d'être rémunérées (disparition du tri retour) et donc des chiffres d'affaires [97]. » Cette affaire a été aussi l'occasion de rappeler que les clients peuvent parfois susciter de nouvelles entrées ou décider d'intervenir eux-mêmes sur le marché (en l'espèce en réinternalisant le traitement d'une partie de leurs chèques), ce qui peut équilibrer l'existence d'éventuelles barrières.

Lorsque la production implique d'importants coûts fixes, l'entrée sur le marché, pour être rentable, doit se faire à grande échelle, ce qui accroît d'autant le risque encouru en cas d'échec. L'industrie audiovisuelle illustre bien cette problématique. Ainsi que le rappelle l'avis 06-A-13 du 13 juillet 2006 relatif à l'acquisition des sociétés TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus, la forte concentration du secteur résulte, notamment, de l'importance des coûts fixes. En l'espèce, la discussion a porté sur la question de savoir si, comme le soutenaient les parties à la concentration, les opérateurs de télécommunications, qui détiennent des ressources financières importantes et ont la capacité d'investir de plus en plus dans les contenus premium, constituent véritablement une concurrence potentielle capable d'exercer, à court ou moyen terme, une pression significative sur la nouvelle entité. Sur ce point, le Conseil a constaté que « *pour entrer sur les marchés des droits de diffusion, sur la télévision, des films américains à succès récents, les nouveaux entrants devront au préalable créer leur propre chaîne thématique cinéma. Or, cette activité fait face à de nombreuses barrières à l'entrée, notamment techniques (savoir-faire), économiques (importance des coûts fixes et incertitude quant à la rentabilité) et surtout temporelles (temps nécessaire pour construire la notoriété d'une chaîne et pour stabiliser ses parts d'audience)* ».

Comme le rappelle l'avis 06-A-13, les barrières à l'entrée dans le secteur audiovisuel concernent la fonction de production des entreprises en un sens plus large que les seuls coûts fixes ; elles comprennent aussi le savoir-faire et l'expérience, l'avance technologique des opérateurs en place et l'accès privilégié, voire exclusif, à des facteurs de production déterminants. Tous ces éléments conditionnent l'efficacité avec laquelle un entrant peut pénétrer sur les différents marchés identifiés. Ainsi, le Conseil souligne l'importance du savoir-faire pour l'activité d'éditeur de chaînes : « *En ce qui concerne l'édition de chaînes, la première barrière est technique et liée au savoir-faire nécessaire à l'édition d'une chaîne : le métier d'éditeur de chaînes consiste à acheter des contenus sur le marché de l'acquisition des droits de diffusion, ou bien à commander ou à produire des contenus spécifiques, et d'agréger ces contenus pour bâtir une offre de programmes, commercialisée comme une chaîne.* [...] *De manière générale, l'édition audiovisuelle est un métier dans lequel l'expérience donne un avantage et l'absence d'expérience constitue un handicap et donc une barrière à l'entrée technique* ». Le Conseil

97. *A contrario*, la constatation d'entrées passées suggère que les éventuelles barrières ne sont pas infranchissables : « *De plus, le secteur est encore en forte expansion et le développement rapide de nouveaux entrants et de certains concurrents comme 9Télécom, Alice ADSL (filiale de Télécom Italia), CEGETEL et Télé2 France, laisse penser qu'il n'existe pas de barrières insurmontables à l'entrée sur le marché de l'accès à internet* » (décision 04-D-17 du 11 mai 2004).

insiste sur les barrières contractuelles liées à l'accès au contenu. Les entrants ayant par définition moins d'abonnés risquent d'avoir accès aux contenus attractifs dans des conditions moins favorables, ou même de ne pas y avoir accès du tout, ce qui les handicape fortement dans la concurrence avec l'opérateur en place : « *Ainsi que le relève l'ARCEP, l'acquisition de droits audiovisuels sera rendue difficile, au-delà des coûts, pour un nouvel entrant compte tenu de la différence de base installée entre un nouvel entrant et l'entité fusionnée, s'agissant notamment des droits sportifs pour lesquels une certaine visibilité est essentielle* ». De plus, des contrats exclusifs de longue durée bloquent complètement l'accès à certains contenus premium : « [...] *de nombreux contenus incontournables ne sont pas disponibles en raison de droits exclusifs. Ainsi, pour créer une chaîne thématique de cinéma, un nouvel entrant a besoin d'acquérir du contenu, c'est-à-dire des droits de télévision payante qui portent à la fois sur des films américains et français récents et sur des films catalogues. Or, les contrats-cadres avec les studios américains sont tous détenus par les parties pour de longues durées* ». Le Conseil souligne aussi l'avance technologique des opérateurs en place en matière de distribution : « *L'importance des charges de distribution, relatives notamment à la sélection des chaînes, à la conception et diffusion des matériels de décodage et à la relation commerciale avec l'abonné ou le téléspectateur, impliquant d'assumer une partie de ce coût fixe dans une logique de promotion, s'ajoute à ces coûts fixes et la conception, la diffusion du matériel de décodage et sa propriété renforcent la position de quelques grands acteurs : ces technologies sont développées pour l'essentiel par des sociétés liées aux grands groupes, disposant ainsi d'une avance technologique certaine. Les droits de propriété intellectuelle renforcent, en outre, les barrières à l'entrée* ».

Autres avantages des opérateurs en place

Cette dernière rubrique regroupe les avantages de l'opérateur en place qui ne relèvent pas directement de ses coûts ou de sa technologie au sens large, notamment la notoriété, les coûts de sortie et les effets de réseau. Le Conseil a évoqué les deux premiers types de barrières dans l'avis qu'il a rendu sur l'acquisition de la société CCMX holding par la société CEGID (05-A-24 du 14 décembre 2005). Le secteur concerné est celui des progiciels de gestion à destination de la profession comptable. Les deux principales barrières à l'entrée identifiées par le Conseil sont les coûts de changements d'opérateurs (*« switching costs »*) et la notoriété des fournisseurs.

S'agissant d'abord des coûts liés aux changements, le Conseil relève que « *l'achat d'une licence portant sur un progiciel pour expert-comptable est amorti au bout de trois à quatre ans et ce n'est donc qu'à partir de la cinquième année que le cabinet s'interrogera éventuellement sur l'opportunité de changer sa solution informatique. Les coûts de changement sont significatifs puisque au-delà du coût direct du logiciel, il faut prendre en compte la nécessité de former du personnel ainsi que le coût et le risque attachés au transfert des dossiers dans un nouveau système. La société CEGID expose que les éditeurs ont mis au point des solutions permettant la migration rapide et sans risque des données d'un système à l'autre. Ce progrès*

n'annule toutefois pas les coûts de changement, notamment en termes de risques pris par le cabinet qui passe d'une solution éprouvée à une solution qu'il ne connaît pas. De fait, une grande partie des clients interrogés se considèrent comme étant captifs de leur prestataire. L'importance de ces coûts explique que les cabinets hésitent à changer de logiciel, et qu'ils ont recours aux mises à jour effectuées par leur prestataire pour adapter leur logiciel ». Toutefois, les clients doivent adopter de nouvelles générations de progiciels lorsque se produit une rupture technologique ; lors de tels renouvellements de produits, les clients mettent les éditeurs en concurrence. Le Conseil note ainsi : « *Cependant, un changement de logiciel devient attractif, voire s'impose, lorsque le logiciel en place repose sur une technologie dépassée. Dans ces circonstances, les coûts supportés par le cabinet d'experts-comptables sont presque équivalents, qu'il opte pour une nouvelle gamme éditée par le même prestataire ou pour la gamme d'un autre éditeur.* » La dynamique du secteur, fondée sur l'innovation, neutralise l'effet des coûts de sortie et remet les différents acteurs à égalité d'armes dans le jeu de la concurrence. Le Conseil a considéré que le marché était, au moment de la concentration envisagée, en train de connaître une rupture technologique de nature à remettre en cause les positions des acteurs sur le marché : « *Aujourd'hui, la généralisation de l'usage d'internet a entraîné l'apparition d'un nouveau mode de gestion informatique, l'ASP* [...]. *Cette nouvelle technologie introduit un important facteur d'incertitude sur l'évolution à terme des positions des opérateurs installés sur le marché, qui pourraient être ainsi remises en cause.* »

Cet avis mentionne aussi les effets de réputation. En l'espèce, la notoriété des fournisseurs garantit, aux yeux des clients, la pérennité et la qualité du produit acheté : « *Lorsqu'un changement d'opérateur est envisagé, la notoriété fait alors partie des critères principaux de choix du prestataire informatique. La qualité des produits vendus par les éditeurs se mesure en termes de performance du logiciel et aussi de fiabilité des services d'assistance et de maintenance. Les clients apprécient cette qualité essentiellement en fonction de la notoriété et de l'antériorité des éditeurs. Les experts-comptables soulignent également l'importance de la pérennité d'un éditeur : la disparition, ou même le simple rachat d'un éditeur, fait en effet peser un risque sur le suivi de la gamme et le maintien des prestations de maintenance et d'assistance. La disparition ou le rachat des éditeurs peut cependant être difficile à anticiper et il s'agit donc d'un facteur de qualité peu transparent pour la clientèle.* » En l'espèce, l'importance de la notoriété est toutefois compensée par l'essaimage de cadres appartenant à des entreprises présentes sur le marché : « *L'importance de ce critère de notoriété n'a toutefois, par le passé, pas été un obstacle à l'entrée sur le marché de nouveaux éditeurs, dans la mesure où il s'agissait de structures créées par d'anciens collaborateurs issus des éditeurs déjà présents sur le marché. Ainsi, la société Coala a été créée par d'anciens salariés de CEGID, et le logiciel d'Ibiza a été mis au point par un ancien collaborateur de la société Sage et se trouve commercialisé par un ancien salarié de CCMX. Les ruptures technologiques décrites ci-dessus ont favorisé ces créations par essaimage. Les structures existantes hésitent à innover de sorte que les opportunités sont alors saisies par d'anciens salariés qui créent leur propre entreprise pour développer l'innovation en cause.* »

Enfin, la présence d'effets de réseau peut constituer un avantage important pour le ou les opérateurs en place. Un marché de produits présente des effets de réseau lorsque l'utilité globale du produit pour les consommateurs qui l'utilisent dépend non seulement de l'usage personnel qu'ils en font, mais également du nombre des autres consommateurs utilisant ce produit. Un tel effet de réseau est un effet de réseau direct. Il y a effet de réseau indirect lorsque la valeur d'un bien pour un utilisateur augmente à mesure que le nombre et la variété des produits complémentaires augmentent. Dans sa décision 06-D-18 du 28 juin 2006, le Conseil a constaté la présence d'un effet de réseau indirect sur le marché de la régie publicitaire cinématographique nationale : « *L'intérêt de la demande finale, celle des annonceurs, est de pouvoir accéder à un réseau de salles le plus important possible. Il existe, dès lors, une externalité indirecte de réseau : chaque exploitant a un intérêt indirect à ce que le réseau de cinémas auquel il adhère soit le plus grand possible, afin qu'un maximum d'annonceurs importants soit attiré par celui-ci.* » De même, le Conseil a évoqué la présence de tels effets sur le marché du téléchargement payant de musique en ligne (décision 04-D-54 du 9 novembre 2004), les deux biens complémentaires étant, en l'espèce, le lecteur portable et le contenu musical : « *De plus, Apple bénéficie certainement d'un effet de réseau indirect, au sens où les possesseurs d'iPod sont, toutes choses égales par ailleurs, incités à télécharger sur la plate-forme d'Apple.* »

La décision du 24 mars 2004 de la Commission européenne relative à des pratiques mises en œuvre par la société Microsoft (COMP/C-3/37 792) met en évidence le mécanisme par lequel les effets de réseau peuvent créer de fortes barrières à l'entrée. En l'espèce, il s'agissait, sur les deux principaux marchés en cause, celui des lecteurs multimédia et celui des systèmes d'exploitation, d'effets de réseau indirects : « *Les effets de réseau qui caractérisent les marchés du logiciel multimédia* [...] *se traduisent également par des barrières à l'entrée pour les nouveaux arrivants. Un lecteur multimédia permettant la réception en continu n'aurait pas beaucoup de succès auprès des consommateurs s'il n'y avait pas ou s'il y avait peu de contenus numériques correspondants que ce lecteur soit capable de lire. C'est ainsi que l'entité T9 déclare que : "Il y a d'importants effets de réseau sur ce marché. Personne n'investira dans une technologie s'il n'est pas assuré que d'autres l'utiliseront, ce qui implique que la technologie soit déjà utilisée par de nombreuses personnes. Ces effets de réseau rendent les choses encore plus difficiles pour les nouveaux arrivants, qui devraient trouver un moyen de mettre leurs produits dans les mains de millions d'utilisateurs en même temps" ».* De même, il existe de forts effets de réseau indirects sur le marché des systèmes d'exploitation : « *L'utilisation quotidienne d'un ordinateur implique l'utilisation d'applications exécutées sur le système d'exploitation. L'utilité globale d'un système d'exploitation pour un consommateur dépend donc des applications que celui-ci peut utiliser avec ce système et qu'il pense pouvoir utiliser à l'avenir. Pour leur part, les éditeurs de logiciels indépendants créent des applications pour les systèmes d'exploitation pour PC clients qui sont les plus populaires chez les utilisateurs. En d'autres termes, plus un système d'exploitation est populaire, plus il y aura d'applications créées pour lui, et plus il y a d'applications créées pour un système d'exploitation, plus celui-ci sera populaire chez les utilisateurs.* » Le mécanisme ainsi décrit est connu sous le nom de « *barrière à l'entrée des applications* ».

Les effets de réseau naturellement présents sur les marchés peuvent être renforcés par les pratiques prohibées. C'était le cas, dans l'affaire Microsoft, de la vente liée du lecteur Windows Media Player et du système d'exploitation Windows : « *La vente liée du lecteur WMP renforce la barrière à l'entrée liée aux applications, qui protège Windows, et facilitera l'apparition d'une barrière à l'entrée analogue en faveur du lecteur WMP. Une position de force acquise sur un marché caractérisé par des effets de réseau – comme c'est le cas du marché des lecteurs multimédias – est durable dans la mesure où, dès que les effets de réseau favorisent une entreprise ayant connu une montée en puissance déterminante, ils constituent des barrières à l'entrée élevées pour les concurrents potentiels.* » On entre ici dans le domaine des barrières stratégiques.

Exemples de barrières comportementales

Les pratiques unilatérales prohibées par l'article L. 420-2 en droit interne et l'article 82 en droit communautaire peuvent, dans de nombreux cas, s'interpréter comme l'érection de barrières artificielles à l'entrée ou le renforcement de barrières existantes, comme on vient de le voir dans le cas Microsoft. L'objet de la présente étude n'est pas d'étudier en détail les barrières comportementales, ce qui amènerait à considérer une grande partie des pratiques anticoncurrentielles d'éviction. On peut néanmoins citer deux cas récents particulièrement illustratifs de ce type de barrières.

L'affaire de la commune Bouc-Bel-Air (décision 06-MC-02 du 27 juin 2006) est exemplaire de l'utilisation de la position d'opérateur en place pour ériger des barrières visant à consolider cette position. En l'espèce, l'association Les Bouc'Choux était l'unique opérateur présent sur l'activité de gestion des crèches de Bouc-Bel-Air. Les représentants de la mairie ayant informé l'association de leur décision d'ouvrir à la concurrence le marché de service de la gestion des trois structures multi-accueil de la petite enfance, l'association avait introduit un avenant dans le contrat de travail de 33 de ses salariés. Cet avenant prévoyait, d'une part, une compensation de 100 000 € à chacun des salariés dès lors que l'effectif de son employeur dépassait 60 personnes et, d'autre part, une clause limitant aux structures de l'association implantées sur la seule commune de Bouc-Bel-Air la mobilité de son personnel. Or, l'article L. 122-12 du Code du travail oblige le nouvel attributaire à reprendre les contrats en cours. Cet avenant n'avait pas vocation à s'appliquer à l'association car celle-ci pouvait répondre à l'appel d'offres avec un effectif inférieur à 60 salariés et les rigidités à l'emploi ne la concernaient pas puisqu'elle exerçait ses activités sur la seule commune de Bouc-Bel-Air. L'objet anticoncurrentiel de l'avenant était donc clair : il s'agissait de pénaliser les autres participants aux futurs appels. Ainsi, « *seule parmi les compétiteurs aux futurs appels d'offres, l'association Les Bouc'Choux avait pouvoir de proposer à ses salariés des modifications à leur contrat de travail, en tant que monopoleur sur l'activité en cours de gestion des crèches. Mais l'article 122-12 du Code du travail transfère automatiquement au futur employeur de ses salariés les conséquences de ces modifications. Or, dans le cas d'une prestation de service pour laquelle les coûts salariaux sont la charge d'exploitation principale, cette particularité donne à l'employeur "sortant" la*

possibilité de modifier les conditions économiques des offres de ses concurrents, en surenchérissant artificiellement leurs coûts, créant une barrière à l'entrée des concurrents sur les marchés soumis à appels d'offres ».

Dans sa décision 04-MC-02 du 9 décembre 2004, le Conseil a considéré que le contrat d'exclusivité conclu entre Orange Caraïbes et CETELEC Caraïbes, seul réparateur de terminaux mobiles dans les Caraïbes agréé par les constructeurs de ces terminaux, élevait une barrière artificielle à l'entrée, en accroissant les coûts que devrait supporter un nouvel entrant : « *Toutefois, le développement d'une activité de réparation des terminaux mobiles génère des coûts fixes importants, constitués notamment par le recrutement et la formation d'un personnel qualifié, l'obtention d'agréments auprès des constructeurs de terminaux, l'acquisition d'un matériel spécifique et d'un stock de terminaux destinés à être prêtés pendant la durée de la réparation. Dès lors, l'obligation de mettre en place un centre de réparation dédié, qui pèse sur le nouvel opérateur entrant du fait des clauses d'exclusivité, est de nature à constituer une barrière à l'entrée en augmentant artificiellement le coût de l'entrée : face au quasi-monopole du premier opérateur, l'entrant doit amortir ce centre dédié sur une part de marché nécessairement très faible lors de son entrée.* » Le Conseil a enjoint à Orange Caraïbes, à titre conservatoire et dans l'attente d'une décision au fond, « *de supprimer l'ensemble des obligations d'exclusivité qu'elle impose à CETELEC Caraïbes* ».

L'utilisation des barrières à l'entrée en contentieux et en contrôle des concentrations

L'application la plus courante de la notion de barrière à l'entrée est l'appréciation du pouvoir de marché d'une ou de plusieurs entreprises. Mais la notion est également utile dans le contexte du droit des ententes, notamment pour apprécier l'importance du dommage à l'économie.

L'appréciation du pouvoir de marché d'une entreprise

Dans leur utilisation la plus courante, les barrières à l'entrée interviennent pour apprécier la mesure dans laquelle la menace d'entrée sur un marché contraint, ou non, le comportement d'une entreprise en place. Cette problématique intervient tant en contrôle des concentrations que dans les affaires d'abus de position dominante. Dans les deux cas, les barrières ne sont pas étudiées au stade de la délimitation du marché pertinent : en contrôle des concentrations, cette étude est incluse dans le bilan concurrentiel de l'opération ; en contentieux, elle intervient à l'étape de l'appréciation de la dominance.

S'agissant de la délimitation du marché pertinent, l'étude thématique du rapport annuel de 2001 rappelait que le critère prépondérant est celui de la substituabilité de la demande, celle de l'offre n'étant utilisée, le cas échéant, qu'à titre complémentaire. Rappelons que la substituabilité de l'offre renvoie à la possibilité que des opérateurs présents sur des marchés voisins décident d'entrer sur le marché en réponse à une hausse de prix, faible mais significative (de l'ordre de 5 à 10 %), et non transitoire (de l'ordre d'un an). Les entrées de ce type sont rapides et impliquent des coûts faibles, tant au

moment de l'entrée elle-même qu'en cas de sortie éventuelle ; il est donc naturel de les prendre en compte au stade de la délimitation du marché pertinent. Dans son acception initiale, le terme de « *contestabilité* » désignait spécifiquement les entrées de ce type, dites « *Hit and Run* » [98]. Dans la présente étude, ce terme est employé dans un sens plus large, pour qualifier des marchés où les barrières sont peu élevées.

La présence de barrières à l'entrée permet d'autant plus facilement de caractériser la dominance que les barrières sont élevées. C'est particulièrement clair lorsqu'il existe un monopole protégé, par exemple par un brevet ou un droit exclusif. Ainsi, dans la décision 03-D-35 du 24 juillet 2003, relative à des pratiques mises en œuvre par les laboratoires Sandoz sur le marché de certaines spécialités pharmaceutiques destinées aux hôpitaux, le Conseil a conclu : « *Il résulte de ces éléments que le Sandimmun et le Néoral ne sont substituables à aucun autre médicament. Il existe bien, dans ces conditions, au sens des dispositions du Code de commerce, un marché pour ces deux spécialités sur lequel se rencontrent les acheteurs de celles-ci, qui sont tenus de les acheter, et la société Novartis Pharma, qui est la seule entreprise, en France, à les offrir. Sur ce marché, la société Novartis Pharma dispose d'un droit exclusif de distribution, assuré par le dépôt d'un brevet et par une autorisation de mise sur le marché (AMM) délivrée par le ministère de la Santé. Dans ces conditions, cette société Novartis Pharma détient une position dominante, en France, sur le marché de ces deux médicaments.* »

En l'absence de protection absolue conférée par un droit exclusif, le Conseil prend en compte la part de marché de l'entreprise, ainsi que celles de ses concurrents (un écart important entre la principale entreprise et son poursuivant immédiat suggérant l'existence d'un pouvoir de marché). Le Conseil accorde une attention particulière à la dynamique des parts de marché, les conclusions pouvant être différentes si la part de marché de l'opérateur en place est stable ou si elle décroît rapidement au cours du temps. Cette analyse des parts de marché est fréquemment complétée par l'étude des barrières à l'entrée.

Ainsi, dans l'affaire du Roquefort (décision 04-D-13 du 8 avril 2004), le Conseil a constaté que la part de marché de la société incriminée était supérieure à 70 %. Mais il a également relevé que « *la Société des Caves bénéficie, en outre, d'une barrière à l'entrée de type réglementaire en raison de l'obligation faite aux producteurs de n'utiliser, pour la fabrication du roquefort, que du lait de brebis provenant exclusivement du* »rayon roquefort« *et de l'affiner dans les caves du village de Roquefort dont elle est le principal propriétaire* ». Le Conseil a conclu que la position dominante de l'entreprise était établie.

98. William Baumol, John Panzar et Robert Willig, Contestable Markets and the Theory of Industry Structure, Harcourt Brace, Jovanovich, N.Y., 1982. Pour ces auteurs, un marché parfaitement contestable se caractérise par deux propriétés : (i) les entrées et les sorties peuvent se faire instantanément et n'impliquent aucun coût ; (ii) le monopole en place ne peut pas réagir immédiatement aux entrées (ses prix sont rigides). Dans ces circonstances, Baumol et al. montrent que le monopole est discipliné par la concurrence potentielle. Toutefois, ces hypothèses sont très rarement réunies en pratique. Le « modèle » de la contestabilité parfaite n'est donc, tout au plus, qu'un cadre de référence théorique.

Dans l'affaire Microsoft précitée, la Commission européenne n'a pas manqué de relever les barrières à l'entrée sur les différents marchés concernés [99] et de les rappeler au moment de conclure sur la question de la dominance : « *La nature des barrières à l'entrée sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC clients ne fait que corroborer la conclusion selon laquelle Microsoft détient une position dominante sur ce marché. Ces barrières à l'entrée sont dues aux effets de réseau qui caractérisent ce marché.* [...] *Il est établi dans la présente décision que Microsoft possède une position dominante sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC clients, avec une part de marché qui est actuellement nettement supérieure à 90 %. Le marché des systèmes d'exploitation pour PC clients, comme les deux autres marchés pertinents identifiés dans la présente affaire, sont caractérisés par de forts effets de réseau directs et/ou indirects* ».

En matière de concentrations, l'étude des barrières à l'entrée permet d'apprécier, dans le cas où une fusion réduit significativement l'intensité de la concurrence entre les entreprises présentes sur le marché, si l'arrivée de nouveaux acteurs est de nature à compenser l'effet négatif de l'opération. Cette appréciation repose sur trois critères : la vraisemblance des entrées, le délai prévisible dans lequel elles pourraient se produire, et la capacité des nouveaux entrants à créer une véritable pression concurrentielle sur la nouvelle entité. La dimension temporelle est un élément essentiel de l'analyse. Ainsi, les lignes directrices précitées de la Commission indiquent que celle-ci « *examine si l'entrée de nouveaux concurrents serait suffisamment rapide et durable pour dissuader ou contrecarrer l'exercice d'un pouvoir de marché. Le moment précis auquel cette entrée doit intervenir dépend des caractéristiques et de la dynamique du marché, ainsi que des capacités spécifiques des entrants potentiels. Cependant, l'entrée sur le marché n'est normalement considérée comme intervenant en temps utile que si elle s'effectue dans un délai de deux ans* ». Par exemple, dans l'avis précité sur la concentration entre Canal Plus et TPS, le Conseil a pris position sur la question, centrale dans le dossier, de savoir si les opérateurs de télécommunications étaient susceptibles, à court terme, d'exercer une pression concurrentielle sur la nouvelle entité. Il a considéré « *qu'il existe des barrières liées aux effets verticaux de l'opération, notamment sur l'accès aux contenus et aux chaînes les plus attractifs rendant hypothétique l'existence d'une concurrence potentielle, notamment de la part des opérateurs de communications électroniques, à court, voire moyen terme* ». Le Conseil a donc estimé que « *durant cette période transitoire, l'opération soulève des problèmes de concurrence sur le marché de la télévision à accès payant* ». Il a suggéré des engagements visant à remédier aux barrières verticales, consistant notamment à interdire certains contrats d'exclusivité ou à en limiter la durée.

L'appréciation du pouvoir de marché de plusieurs entreprises

La contestabilité du marché est l'un des éléments pris en compte dans la caractérisation des positions dominantes collectives. Ainsi, dans l'affaire des

99. *Cf. supra*.

filiales communes dans le secteur de l'eau potable et de l'assainissement (décision 02-D-44 du 11 juillet 2002), le Conseil a tenu compte de la faible contestabilité du marché, parmi plusieurs autres facteurs, pour caractériser la dominance collective : « *Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la CGE et la SLDE sont, à l'époque des faits, les deux premiers éléments d'un oligopole restreint en détenant 85 % des marchés ; qu'elles sont unies par des liens structurels ; que le produit »eau« qu'elles commercialisent est homogène et sa demande inélastique à son prix ; qu'elles opèrent sur un marché faiblement contestable ; que leurs comportements sont parallèles et prévisibles dans les zones où elles possèdent des entreprises communes ; que la CGE et la SLDE détiennent, à l'époque des faits, une position dominante collective sur le marché national de la gestion déléguée du service de distribution d'eau et sur le marché national de la gestion déléguée de l'assainissement.* »

Comme le rappellent les décisions 06-D-02 du 20 février 2006 (enrobés bitumineux) et 06-D-18 du 28 juin 2006 (publicité cinématographique), l'existence de liens structurels n'est pas nécessaire à la caractérisation d'une position dominante collective, pourvu que d'autres conditions soient vérifiées, parmi lesquelles figure la non-contestabilité du marché : « *En l'absence de liens* [structurels entre les entreprises], *la seule structure du marché peut permettre de mettre en évidence une position dominante collective, si les critères cumulatifs dégagés par le Tribunal de première instance dans son arrêt Airtours du 6 juin 2002 (affaire T-342/99) sont réunis, à savoir la structure oligopolistique et la transparence du marché concerné, la possibilité d'exercer des représailles sur les entreprises déviant de la ligne d'action commune et enfin la non-contestabilité du marché ou l'absence de compétition potentielle.* »

Ces conditions ont pu être vérifiées dans ces deux affaires. Ainsi, dans le cas des enrobés bitumineux, le Conseil constatait : « *Compte tenu des barrières à l'entrée existant sur ce marché, tenant d'une part à l'*affectio societatis *propre aux sociétés communes et d'autre part aux difficultés administratives liées à la création d'une centrale nouvelle, aucune entreprise n'est en mesure de venir contrebalancer la puissance des quatre routières* » et concluait que « *les sociétés routières associées dans les trois centrales ardennaises peuvent être regardées comme disposant d'une position dominante collective sur le marché de la fabrication des enrobés dans les Ardennes* ». Dans l'affaire de la publicité cinématographique, le Conseil a également pu établir la dominance collective des deux opérateurs Mediavision et Circuit A, mais n'a pas pu établir l'existence d'une stratégie d'éviction anticoncurrentielle. En effet, les barrières à l'entrée étaient telles que la clause contractuelle incriminée ne semblait pas avoir pour objet d'évincer les opérateurs locaux (ceux-ci n'avaient de toute façon pas accès au marché national à cause des effets de réseau [100]) : « *Il résulte ainsi des déclarations de l'ensemble des parties que les sociétés Mediavision et Circuit A/Screenvision ne peuvent redouter une entrée sur le marché de la régie publicitaire cinématographique nationale à partir d'une position forte acquise par un opérateur sur le marché de la régie publicitaire cinématographique locale,*

100. *Cf. supra*.

circonstance qui aurait pu expliquer leur volonté d'évincer tout concurrent présent sur le marché de la régie publicitaire cinématographique locale, compte tenu des importantes barrières à l'entrée sur le marché de la régie publicitaire cinématographique nationale. »

Enfin, une opération de concentration peut réduire l'intensité de la concurrence sur des marchés présentant de fortes barrières à l'entrée, sans que cette réduction passe par le canal des effets unilatéraux. Ainsi, l'avis 00-A-06 du 3 mai 2000 relatif à l'acquisition par la société Carrefour de la société Promodès indiquait : « *Considérant, enfin et de façon générale, que lorsque l'opération a pour conséquence de ne laisser subsister dans une zone de chalandise que deux enseignes nationales de même format, offrant pour l'essentiel des produits identiques ou largement substituables, les risques d'une entente tacite ayant pour effet de restreindre la concurrence sont, en principe, élevés ; qu'en effet, dans ce cas, aucun des deux compétiteurs en présence n'a, objectivement, intérêt à mettre en œuvre une politique concurrente active, en baissant ses prix ou en diversifiant son offre ou en multipliant les opérations promotionnelles, pour augmenter le volume de ses ventes, dès lors qu'il sait que son concurrent, pour préserver sa part de marché s'alignerait nécessairement sur ses pratiques et que la mise en œuvre d'une telle politique aurait pour seul effet de réduire simultanément les marges des deux compétiteurs ; que ce comportement est encouragé par la législation sur l'urbanisme commercial qui protège les opérateurs en place de l'entrée d'un nouvel opérateur sur le marché et rend improbable l'obtention d'une autorisation d'extension des surfaces de vente exploitées ; qu'ainsi, lorsque cette situation se présente, il convient d'en faire un examen particulièrement attentif.* » En présence de barrières à l'entrée réglementaires, la fusion risque de conduire à un équilibre avec des prix supraconcurrentiels, sans qu'aucune concertation entre les entreprises ne soit nécessaire (chacune agissant indépendamment, en fonction de son seul intérêt individuel).

Les barrières à l'entrée dans le traitement des ententes

Dans la jurisprudence du Conseil de la concurrence sur les ententes, les barrières à l'entrée interviennent à deux titres : pour apprécier le dommage à l'économie et, dans le cas particulier des échanges d'informations, pour caractériser l'infraction.

Les barrières à l'entrée accroissent à la fois la probabilité de succès et les effets des ententes. Comme l'expliquent M. Levenstein et V. Suslow [101] : « *Upon its creation, a cartel immediately faces three key problems : coordination, cheating, and entry.* [...] *Cartels know that entry will undermine their attempts to increase profits.* [...] *Similarly, Symeonidis (2003)* [102] *finds that the probability of collusion increases with capital intensity, which he interprets as a proxy for high barriers to entry.* [...] *Overall, the most frequent causes of cartel failure*

101. Margaret C. Levenstein et Valerie Y. Suslow, « *What Determines Cartel Success ? », Journal of Economic Literature,* vol. XLIV, mars 2006, pp. 43-95.

102. George Symeonidis, « *In Which Industries Is Collusion More Likely ? Evidence from the UK* », *Journal of Industrial Economics*, 51 (1), 2003, pp. 45-74.

are entry and bargaining problems. » Sur un marché faiblement contestable, les participants à une entente n'ont pas à redouter la concurrence potentielle et peuvent donc profiter pleinement des effets de la collusion.

Le Conseil tient compte des barrières à l'entrée pour apprécier le dommage causé par les ententes. Ainsi, dans l'affaire de la téléphonie mobile (décision 05-D-65 du 30 novembre 2005) : « *Le dommage à l'économie doit être apprécié au regard de la durée des pratiques, soit trois ans et de la taille très importante du marché concerné.* [...] *Il y a lieu de relever également que l'entente a impliqué les trois seuls opérateurs proposant des services de téléphonie mobile sur un marché fermé, l'activité d'opérateur mobile étant soumise à l'obtention d'une licence et aucun MVNO n'ayant eu accès au réseau des opérateurs sur la période en cause. Or ces trois sociétés ont été choisies par l'État, lors de l'attribution de leur licence, non seulement en raison de leur capacité à construire et à financer des réseaux ayant justifié des investissements très importants – ce qu'elles ont démontré – mais aussi de leur aptitude à animer le marché par une concurrence durable et bénéfique au consommateur, objectif que l'entente a volontairement contrarié*. »

La décision 06-D-30 du 18 octobre 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des taxis à Marseille mentionne également des barrières à l'entrée légales : pour exploiter un taxi, il faut en particulier être titulaire d'une « *autorisation de stationnement* » (ou licence) délivrée par les autorités administratives. En l'espèce, le Conseil a sanctionné une entente qui consistait à fixer un prix unique de revente des licences de taxis en établissant une liste unique des licences mises en vente. Dans cette affaire, le lien entre les barrières à l'entrée (licences) et le dommage à l'économie est décrit de la manière suivante : « *Le Conseil constate que l'entente, qui a eu pour effet d'augmenter artificiellement le prix des licences, a rendu de ce fait moins accessible la profession de chauffeur de taxi, en particulier aux jeunes titulaires du certificat de capacité professionnelle des conducteurs de taxi*. »

Les cartels, pour se protéger contre des entrées et tirer le meilleur parti de l'entente, cherchent fréquemment à ériger des barrières artificielles ou à renforcer celles qui existent naturellement. Comme le mentionne l'article précité de Levenstein et Suslow (2006) : « *The most successful cartels do not simply treat barriers to entry as exogenous ; they actively try to create them. »*

Ainsi, dans l'affaire des taxis, on peut penser que les exploitants qui ont acquis leur licence à des prix élevés cherchent à sécuriser leurs revenus et à se protéger contre des entrées futures : *« Les nouveaux acquéreurs de licence ont dû payer un prix supérieur à celui qui aurait découlé du libre jeu du marché, ce qui a eu pour effet de déséquilibrer dès l'origine leur bilan financier et a créé une double incitation, d'une part, à obtenir une augmentation de leurs revenus et, d'autre part, à demander une garantie sur le prix de revente futur de leur licence. Ces contraintes financières artificielles les conduisent à concentrer leurs activités sur les courses les plus rentables en négligeant une partie de la demande et à faire pression sur le pouvoir réglementaire pour que celui-ci, d'une part, augmente le tarif des courses chaque année en arguant du prix élevé d'achat de leurs licences et, d'autre part, ne délivre pas de nouvelles autorisations à titre gratuit. De fait, dans une télécopie adressée au Conseil le 23 mars 2006, la direction du contrôle des voitures publiques de la*

ville de Marseille a déclaré : "Le maire a décidé, le nombre d'autorisations étant suffisant, de ne pas créer de nouvelles autorisations, et ce depuis 1998". *Pourtant, la situation économique de Marseille depuis 1998, comme cela a été précédemment exposé aux points 10 à 12 de la présente décision, n'a cessé de jouer en faveur de l'activité des taxis, ce qui aurait dû, au contraire, conduire à la création de nouvelles licences afin de faire face à la demande accrue de taxis. »* Autrement dit, l'entente, dont le mécanisme repose sur l'existence de barrières réglementaires, a pour effet d'exercer une pression en faveur de l'élévation de ces barrières, ou, à tout le moins, de leur maintien.

Enfin, dans le cas particulier des échanges d'informations, le Conseil utilise la notion de barrière à l'entrée pour caractériser l'infraction. Lorsqu'il applique la jurisprudence des tracteurs anglais sur les échanges d'informations (arrêt John Deere Ltd T35/92 du 27 octobre 1994 du Tribunal de première instance des communautés européennes, confirmé par la Cour de justice des communautés européennes le 28 mai 1998), il prend soin de démontrer le caractère oligopolistique du marché, et porte une attention particulière aux barrières à l'entrée. Par exemple, dans l'affaire des palaces parisiens (05-D-64 du 25 novembre 2005), il écrit : « *Les barrières à l'entrée sur ce marché sont élevées non seulement à cause du coût de l'achat et de l'entretien d'un hôtel de prestige comportant des prestations luxueuses au cœur de Paris, mais aussi parce que la construction d'une image de marque est lente et exigeante. Pour la période concernée par les pratiques d'échanges d'informations, le Conseil relève que ce marché n'a pas connu d'entrées nouvelles. »* La même logique est suivie dans la décision 05-D-65 du 30 novembre 2005 relative à l'entente dans le secteur de la téléphonie mobile. Le Conseil rappelle le raisonnement suivi par le TPICE dans John Deere : *« Les critères qui fondent l'analyse du juge communautaire sont donc ceux d'un oligopole fermé, en raison de l'existence d'importantes barrières à l'entrée, sur lequel les positions des entreprises sont relativement stabilisées* ». Le Conseil explique qu'en l'espèce : « *Les barrières à l'entrée sur le marché sont très fortes, compte tenu de la rareté des fréquences, de l'obligation d'obtenir une licence qui en découle et des coûts fixes extrêmement importants liés au déploiement*. » La cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 12 décembre 2006, a confirmé l'analyse du Conseil et précisé les conditions dans lesquelles les échanges d'informations sont illicites : « *Considérant que si la transparence entre les acteurs économiques n'est pas susceptible, sur un marché concurrentiel, de restreindre l'autonomie de décision et par suite la concurrence entre les offreurs au sens de l'article L. 420-1 du Code de commerce compte tenu du caractère atomisé de l'offre et de l'incertitude subsistant pour chacun des opérateurs économiques quant au caractère prévisible du comportement de ses concurrents, il en va autrement sur un marché oligopolistique fortement concentré où l'échange régulier entre les acteurs assurant la totalité de l'offre, selon une périodicité rapprochée et systématique, d'informations précises et non publiques sur le marché est de nature à altérer sensiblement la concurrence qui subsiste entre les opérateurs économiques dès lors que cette mise en commun régulière et rapprochée d'informations a pour effet de révéler périodiquement à l'ensemble des concurrents les positions sur le marché et les stratégies de chacun d'eux. »* La cour confirme le caractère oligopolistique du marché en relevant en particulier les fortes barrières à l'entrée : « *Qu'il ne peut être*

contesté que le marché pertinent de la téléphonie mobile de détail est un marché oligopolistique fortement concentré, constitué de trois opérateurs assurant la totalité de l'offre, et à caractère fermé, en raison de fortes barrières à l'entrée dues à la rareté des fréquences, à l'obligation d'obtenir une licence qui en découle et aux coûts fixes extrêmement importants liés au déploiement d'un réseau couvrant l'ensemble du territoire. »

La prévention des barrières à l'entrée et de leurs effets

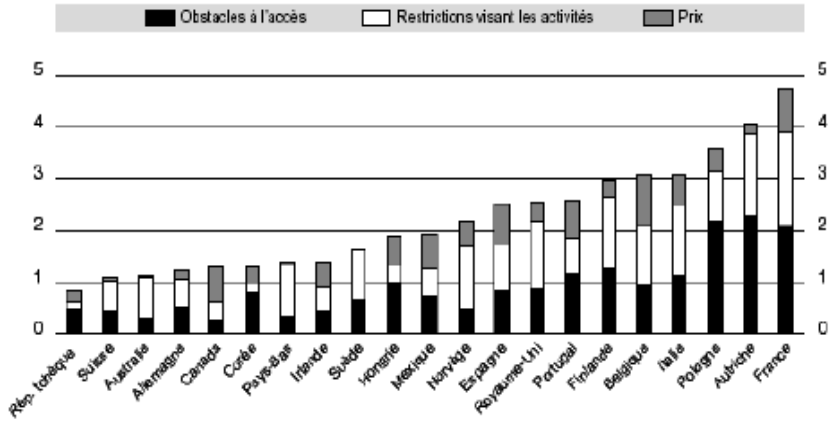
On a vu que l'analyse des barrières à l'entrée est importante dans les dossiers contentieux pour établir la dominance (simple ou collective) ou pour apprécier la gravité d'une entente. Les barrières sont également étudiées, dans une approche prospective, en contrôle des concentrations, pour évaluer si d'éventuels effets unilatéraux pourront être contrecarrés par l'entrée de concurrents potentiels ou si la fusion risque de faire basculer la concurrence vers un régime de collusion tacite. Mais l'action préventive du Conseil ne se limite pas au seul contrôle des concentrations. Le Conseil agit aussi, dans le cadre de son activité consultative, pour limiter l'apparition des barrières ou en prévenir les effets négatifs.

Ainsi, en application de l'article L. 462-2 du Code de commerce, « *le Conseil est obligatoirement consulté sur tout texte réglementaire instituant un régime ayant directement pour effet : 1° De soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives ; 2° D'établir des droits exclusifs dans certaines zones ; 3° D'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente* ». Les restrictions visées au point 1° peuvent s'interpréter comme des barrières réglementaires à l'entrée. D'une manière générale, les textes réglementaires qui créent des barrières à l'entrée ont des objectifs très variés : protection de la santé publique, du droit des marques, de l'environnement, du petit commerce dans les centres urbains, etc. Lorsqu'il donne un avis dans le cadre de l'article L. 462-2, le Conseil cherche à concilier au mieux ce type d'objectifs avec le maintien d'une concurrence aussi vivante que possible. Pour cela, il vérifie que les barrières à l'entrée mises en place sont proportionnées aux objectifs visés et que ces objectifs ne peuvent pas être atteints par des moyens qui pénaliseraient moins la concurrence.

L'importance de cette mission préventive du Conseil ne doit pas être sous-estimée, dans un contexte où les barrières réglementaires sont déjà nombreuses et peuvent avoir des effets non négligeables sur le fonctionnement général de l'économie. Ainsi, un rapport récent de P. Cahuc et F. Kramarz met en évidence les liens entre les rigidités observées sur les marchés de biens et de services et les difficultés d'emploi [103]. Ce rapport cite divers travaux basés sur des comparaisons internationales, qui mettent en évidence le niveau élevé de barrières réglementaires qui prévaut en France : « *Dans cette perspective, la France est dans une situation relativement défavorable puisque son indice de réglementation globale du marché des produits est élevé : selon des chiffres*

103. P. Cahuc et F. Kramarz, *De la précarité à la mobilité : vers une Sécurité sociale professionnelle*, rapport au ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie et au ministre de l'Emploi, du Travail et de la Cohésion sociale, la Documentation française, juin 2005.

récents de l'OCDE, la France arrive en troisième position au sein des 18 pays de l'OCDE, derrière l'Italie et la Grèce, qui sont les seuls pays au sein desquels les barrières à la concurrence soient plus nombreuses ». Le rapport (p. 81) illustre cette problématique en citant l'exemple du commerce de détail pour lequel l'OCDE dispose de données précises sur la réglementation qui prévaut dans plusieurs pays. Les données de l'OCDE, décrites en détail par Boylaud et Nicoletti (2001) [104], rendent compte des barrières à l'entrée sur les marchés (formalités à remplir pour créer une entreprise, restrictions imposées aux grandes surfaces, autorisations requises pour vendre certains produits), des restrictions qui affectent les activités (heures d'ouverture des magasins, participation d'organismes professionnels, monopoles locaux légaux) et des mesures de contrôle des prix. Le graphique suivant présente les indices synthétiques élaborés par l'OCDE pour mesurer les obstacles à la concurrence induits par la réglementation dans ces trois dimensions en 1998. Il apparaît que la France est dans une situation extrême dans l'ensemble des pays pour lesquels des données sont disponibles.



1. Les indicateurs sont exprimés du degré le moins restrictif au degré le plus restrictif (échelle de 0 à 6).

Dans ce même secteur, le Conseil relevait dans l'avis 04-A-18 du 18 octobre 2004 portant sur la question des « *marges arrières* », l'importance des barrières et les distorsions qu'elles impliquent : « *En second lieu, en instaurant des barrières à l'entrée institutionnelles à l'installation de nouvelles grandes surfaces et à l'extension de magasins existants, la loi limite l'offre de linéaire pour les produits. Le déséquilibre entre l'offre et la demande pour l'accès au linéaire renforce le pouvoir de négociation des distributeurs face à leurs fournisseurs. Sur ce point, le rapport du Conseil d'analyse économique (*Régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs*, de Patrick Rey et Jean Tirole, 2000) interprète la hausse, lors de l'annonce de la loi, des cours des actions des grands distributeurs cotés en bourse, comme un indice de la perception par le marché de la limitation de la concurrence entre les distributeurs en place* ».

104. O. Boylaud et G. Nicoletti, « La réforme de la réglementation dans le commerce de détail », *Revue économique de l'OCDE,* nº 32, 2001, pp 282-305.

De même, dans l'avis 05-A-02 du 24 janvier 2005 sur la réglementation des tarifs des courses de taxi, le Conseil a évoqué le problème de la limitation du nombre de licences de taxis parisiens. « *Le Conseil considère, néanmoins, que cette réforme de la tarification ne suffira pas à régler le problème de la pénurie de taxis sur Paris et sa proche banlieue. Il insiste sur la nécessité d'agir sur l'ensemble des éléments d'équilibrage de l'offre et de la demande, au premier rang desquels se trouve le* numerus clausus*. Il rappelle que seule une action développée dans plusieurs directions, portant conjointement sur tous les paramètres d'ajustement de l'offre et de la demande, sera de nature à rééquilibrer le marché considéré. S'agissant du* numerus clausus*, le Conseil note avec regret que l'objectif de créer, d'ici 2007, 1 500 autorisations de stationnement supplémentaires a pris du retard en dépit de la volonté affichée par les pouvoirs publics en ce sens. Le Conseil considère que le niveau des prix de revente des autorisations de stationnement des taxis parisiens qui est, à l'instar des prix pratiqués dans la commune de Cannes, le plus élevé de France avec des cessions à titre onéreux se négociant autour de 150 000 €, témoigne, à l'évidence, de l'insuffisance globale du nombre de taxis dans la région parisienne*. [...] *Le Conseil rappelle que le prix des licences sur le marché secondaire constitue un indicateur indirect de l'adéquation ou de l'inadéquation de l'offre à la demande. L'évolution à la hausse de ce prix révèle donc que les acteurs économiques reconnaissent une rentabilité élevée à l'activité de taxi dans la zone considérée, cette appréciation de rentabilité révélant, à Paris et dans sa proche banlieue, une rareté de l'offre qui permet une relative sélection des courses les plus rentables.* » Après avoir indiqué que la rareté des licences induit des comportements sous-optimaux, le Conseil étudie les modes de gestion efficaces du *numerus clausus*, et les questions que soulève l'attribution de nouvelles licences à titre gratuit.

L'avis 04-A-10 du 15 juin 2004 sur les importations de médicaments vétérinaires illustre la difficile conciliation entre des principes légitimes mais parfois contradictoires. En l'espèce, il s'agissait de concilier des impératifs de santé publique (et de protection des brevets et des marques) avec la libre concurrence dans l'Union européenne. Le texte en discussion instaurait un régime d'autorisation allégée pour les importations parallèles de médicaments ; on parle d'importation « *parallèle* » lorsque d'une part, le médicament importé dispose d'une autorisation de mise sur le marché dans un autre État membre et d'autre part, il existe un médicament « *semblable* » autorisé en France. Le débat portait sur le degré de similarité (entre le médicament importé et le médicament existant en France) requis par le texte pour pouvoir bénéficier du régime allégé. Était-il admis que l'excipient ou le dosage soit différent ? À qui revenait-il de prouver que les éventuelles différences n'avaient pas d'effet sur la santé ? Quel standard de preuve était exigé ? Le Conseil a considéré que le standard de preuve imposé par l'administration sanitaire au demandeur de l'autorisation était trop élevé : « *On ne saurait attendre d'un importateur qu'il apporte une preuve scientifique de l'absence d'effet de ces différences, d'autant qu'il ne dispose pas en général des informations nécessaires. C'est bien à l'autorité sanitaire, dans le cas où elle s'oppose à l'importation parallèle, de mettre en évidence les éventuels effets thérapeutiques (ou sur le temps d'attente) des différences de composition en excipients.* [...] *La rédaction actuelle du projet de texte (voir paragraphe 62 ci-dessus) doit donc être*

modifiée de manière à ne pas faire peser la charge de la preuve sur l'importateur. En tout état de cause, la procédure qui s'applique aux médicaments vétérinaires ne saurait être plus contraignante pour les importateurs que celle qui s'applique aux médicaments à usage humain [105]. » Le Conseil a entendu éviter qu'un standard de preuve trop élevé ne constitue une barrière à l'entrée infranchissable pour les importateurs.

Enfin, lorsque les barrières sont si élevées que des entrées sont extrêmement improbables à court et même à moyen terme, la question se pose de savoir s'il n'y a pas lieu de déroger au droit commun de la concurrence et d'instaurer (ou de maintenir) un dispositif de régulation spécifique. Ainsi, dans le secteur des télécommunications, l'article L. 37-1 du Code des postes et communications électroniques, dans sa rédaction issue de la loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle du 3 juin 2004, prévoit une procédure d'analyse des marchés *ex ante* : « *L'Autorité de régulation des télécommunications détermine, au regard notamment des obstacles au développement d'une concurrence effective, et après avis du Conseil de la concurrence, les marchés du secteur des communications électroniques pertinents, en vue de l'application des articles L. 38, L. 38-1 et L. 38-2. Après avoir analysé l'état et l'évolution prévisible de la concurrence sur ces marchés, l'autorité établit, après avis du Conseil de la concurrence, la liste des opérateurs réputés exercer une influence significative sur chacun de ces marchés, au sens des dispositions de l'alinéa suivant.* » Dans les différents avis qu'il a rendus à l'ARCEP concernant l'analyse de marchés potentiellement régulables, le Conseil de la concurrence a eu l'occasion de souligner les enjeux et les difficultés de cet exercice. Selon la recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003, « *en identifiant les marchés conformément aux principes du droit de la concurrence, il convient d'utiliser les trois critères suivants. Le premier critère réside dans la présence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée, qu'elles soient de nature structurelle, légale ou réglementaire. Cependant, eu égard au caractère dynamique et au fonctionnement des marchés des communications électroniques, les possibilités de lever ces barrières dans un délai adéquat doivent également être prises en considération dans l'analyse prospective effectuée en vue de recenser les marchés pertinents susceptibles d'être soumis à une réglementation* ex ante*. Par conséquent, le deuxième critère consiste à admettre uniquement les marchés dont la structure ne présage pas d'évolution vers une situation de concurrence effective. Il faut pour cela examiner quelle est la situation de la concurrence au-delà des barrières à l'entrée. Le troisième critère réside dans l'incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul à la ou aux défaillances concernées du marché* ». L'analyse prospective des barrières à l'entrée et de leur dynamique joue donc un rôle crucial lorsqu'il s'agit de déterminer les limites des champs respectifs du droit de la concurrence et de la régulation sectorielle dans le secteur des communications électroniques.

105. Cette exigence formulée par le Conseil a été respectée dans le texte final (article R. 5141-123-6 du Code de la santé publique).

Conclusion

Les barrières à l'entrée interviennent de manière récurrente dans les analyses concurrentielles menées par le Conseil, dans les dossiers contentieux (d'ententes et d'abus de position dominante) comme dans les affaires de concentration. Les exemples cités dans l'étude n'épuisent pas tous les cas de figure, mais mettent en évidence un certain nombre de caractéristiques que l'on retrouve dans les différents contextes d'utilisation et qui font l'unité de la notion de barrière à l'entrée.

En premier lieu, la notion de barrière n'est pas binaire (au sens où des barrières existeraient ou n'existeraient pas sur un marché), mais continue : la hauteur des barrières à l'entrée mesure le degré de contestabilité du marché, c'est-à-dire la difficulté pour de nouveaux entrants de pénétrer et de se développer sur le marché.

En second lieu, il ne s'agit pas d'une notion absolue, mais relative, au sens où elle s'apprécie au regard du contexte, notamment de la taille des concurrents présents ou potentiels. Outre les effets de taille, un autre facteur de l'environnement conditionne l'appréciation de la hauteur des barrières : le degré d'incertitude qui entoure la réussite d'une entrée. Les concurrents potentiels mesurent en effet les risques associés à l'entrée, leur degré d'aversion vis-à-vis de ce risque dépendant notamment de leur assise financière. Les montants absolus (de coûts fixes, d'investissements, etc.) ne sont donc pas significatifs en eux-mêmes.

En troisième lieu, le Conseil apprécie, dans chaque cas particulier, l'effet cumulatif des différentes barrières présentes sur la contestabilité du marché ; les barrières ne sont pas étudiées séparément les unes des autres.

Enfin, et surtout, la notion de barrière à l'entrée est fondamentalement dynamique. Pour une autorité de concurrence, la question intéressante n'est pas de savoir si les prix finiront par atteindre leur niveau concurrentiel, mais combien de temps va prendre le processus de retour à la concurrence. Ainsi que l'écrit l'économiste D. Carlton : « *What matters for antitrust and regulation is not what might happen in some year far off in the future, but what will actually happen now and in the near future. Rather than focusing on whether an entry barrier exists according to some definition, analysts should explain how the industry will behave over the next several years* [106]. » C'est en effet le surplus des consommateurs aujourd'hui (ou à court terme) qui importe ; à cet égard, les entrées qui se produiront à long terme sont de moindre intérêt. Les entrées doivent se produire en temps utile pour contrecarrer les effets d'une pratique anticoncurrentielle ou l'accroissement de pouvoir de marché consécutif à une opération de fusion. Lorsqu'il apprécie la contestabilité d'un marché, le Conseil accorde toujours une attention particulière à la perspective temporelle, son objectif étant le maintien de la concurrence ou son rétablissement dans les meilleurs délais.

106. Dennis Carlton, « Why Barriers to Entry Are Barriers to Understanding », *American Economic Review*, Papers and Proceedings, 94 (2), mai 2004.

Analyse de la jurisprudence

Analyse de la jurisprudence

Titre I – La jurisprudence du Conseil de la concurrence . . . 169

Chapitre I – Questions de compétence, de procédure et de preuve . . . 169

Champ de compétence du Conseil de la concurrence . . . 169

Applicabilité de l'article L. 410-1 du Code de commerce . . . 169

Pratiques relevant de la compétence exclusive d'autres juridictions . . . 172

Compétence concurrente de la Commission européenne (clémence) . . . 174

Prescription . . . 174

Application du nouveau régime de prescription de cinq ans . . . 175

Décompte du délai de prescription . . . 175

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 . . . 176

Actes interruptifs . . . 177

Mention de faits prescrits pour éclairer des faits non prescrits . . . 181

Déroulement de la procédure . . . 181

Enquêtes administratives . . . 181

Saisine du Conseil de la concurrence . . . 188

Examen des mesures conservatoires . . . 194

Instruction . . . 195

Contradictoire, droits de la défense, égalité des armes, impartialité, loyauté, séparation des autorités d'instruction et de décision . . . 207

Secret des affaires . . . 216

Transaction . . . 216

Engagements . . . 218

Clémence . . . 219

Preuve des pratiques anticoncurrentielles 219
Règles concernant l'administration de la preuve en matière d'ententes anticoncurrentielles 219
Rôle du saisissant dans la charge de la preuve 221

Imputabilité des pratiques 221
Modification de la structure, de la situation juridique, de la dénomination ou de l'activité de l'entreprise auteur des pratiques . 221
Autonomie des sociétés / Imputabilité entre société mère et filiale . . 225
Imputabilité de pratiques anticoncurrentielles à un syndicat 227
Imputabilité de pratiques mises en œuvre au sein d'un groupement professionnel par les membres 228
Erreur portant sur l'identité de l'entreprise à laquelle les griefs sont imputés 228

Les sanctions 229
La loi applicable 229
La règle non bis in idem et le prononcé de sanctions dans des procédures connexes 229

Chapitre II – Les marchés pertinents 230

Le marché pertinent de produit ou de service 231
La substituabilité du point de vue des demandeurs 231
La substituabilité de l'offre 236

Le marché géographique 237
Dimension nationale 237
Dimension régionale ou locale 238
Dimension européenne ou mondiale 238

Chapitre III – Les ententes illicites 239

La forme des ententes prohibées 239
Les ententes horizontales 239
Les groupements d'entreprises 240
Les entreprises appartenant à un même groupe 241
Les ententes verticales 242

Les preuves des ententes prohibées 243
La distinction entre un simple parallélisme de comportement et une entente 243
La démonstration de l'accord de volontés constitutif d'une entente . . 244

Les participants aux ententes 247
La nature des participants 247
La nature d'entreprise 247
Le rôle des organisations et associations professionnelles 248

Les ententes anticoncurrentielles 250
Concertations ou ententes à l'occasion d'appels d'offres publics . . . 250
Ententes et échanges d'information sur les prix et marges 255
Ententes et échanges d'information ne portant pas directement sur les prix 257
Entraves à l'accès au marché 257
Répartition du marché 260
Restrictions verticales 260

Chapitre IV – Positions dominantes, situations de dépendance économique et abus anticoncurrentiels . . . 271

Les abus de position dominante 272
L'appréciation de la position dominante 272
Qualification des pratiques imputables à une entreprise en position dominante 277

Les abus de dépendance économique 283
La notion de dépendance économique 284
La notion d'abus de dépendance économique prohibé 285

Chapitre V – Les conditions d'application de l'article L. 420-4-I du Code de commerce 285

Les pratiques résultant d'un texte 285

Les pratiques contribuant au progrès économique 285

Chapitre VI – Les pratiques de prix abusivement bas 287

Chapitre VII – La politique du Conseil en matière de sanctions 287

L'aspect correctif : les injonctions 288
Injonctions de s'abstenir de certaines pratiques 288
Injonctions de prendre certaines mesures 288
Examen du respect des injonctions 290

L'aspect dissuasif : les sanctions pécuniaires et la publication des décisions 290
Application des nouveaux plafonds de sanction prévus par la loi dite NRE du 15 mai 2001 290
Motivation des sanctions pécuniaires 291
Le plafond des sanctions 297
Publication des décisions 298
Astreintes 299
Transmission au ministre de l'Économie 299
Transmission du dossier au procureur de la République 299
Transmission du dossier à la commission d'examen des pratiques commerciales 299

Chapitre VIII – Les procédures alternatives ou accessoires aux sanctions 300
La procédure de transaction 300
La procédure de clémence 301
La procédure d'engagements 305
Les engagements des NMPP (06-D-01) 305
Les engagements des sociétés France Télécom et PagesJaunes (06-D-20) 306
Les engagements de Festina (06-D-24) 308
Les engagements des sociétés Bose, Focal JM Lab, Triangle Industries (06-D-28) 309
Les engagements du GIE Les Indépendants (06-D-29) 310
Les engagements de la société AudiPresse (06-D-40) 311

Chapitre IX – Les avis rendus en matière de concentration 313
La contrôlabilité de l'opération 313
La définition des marchés pertinents 315
Acquisition de la société Clemval par la société Bertelsmann (06-A-02) 315
Acquisition des sociétés TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus (06-A-13) 316
Acquisition de la société Marine Harvest NV par la société Pan Fish ASA (06-A-20) 318
Les effets des opérations 318
Acquisition de la société Clemval par la société Bertelsmann (06-A-02) 318
Acquisition des sociétés TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus (06-A-13) 319
Acquisition de la société Marine Harvest NV par la société Pan Fish ASA (06-A-20) 322
Les suites données aux avis 323

Titre II – Jurisprudence de la cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation 324

Chapitre I – Jurisprudence de la cour d'appel de Paris 324
Sur la procédure 324
Sur l'enquête administrative 324
Sur la compétence du Conseil 325
Sur l'étendue de la saisine du Conseil 327
Sur la procédure suivie devant le Conseil 327
Sur la prescription 336
Sur l'effet interruptif de la prescription 337
Sur la procédure suivie devant la cour d'appel 341

Sur le fond 344
Sur la définition du marché pertinent 344
Sur les pratiques d'entente 346
Sur les ententes horizontales 346
Sur les ententes verticales 352
Sur les pratiques d'abus de position dominante 354
Sur le non-respect des injonctions 361
Sur l'imputabilité des pratiques 363
Sur l'application du droit communautaire 363

Sur les mesures des conservatoires 364

Sur les sanctions 366
Sur la gravité des pratiques 366
Sur le dommage à l'économie 369
Sur l'individualisation de la sanction : l'appréciation globale de la gravité des pratiques et du dommage causé à l'économie 370
Sur la détermination des sanctions et le principe *non bis in idem* . . . 370
Sur l'incidence de l'ancienneté des faits ou de la durée de la procédure . 370
Sur le chiffre d'affaires à prendre en considération 371
Sur la demande du commissaire du gouvernement 371
Sur les mesures de publicité (publication et diffusion) 371
Sur la transmission du dossier au procureur de la République 373

Chapitre II – Jurisprudence de la Cour de cassation 373

Sur la procédure 373
La compétence d'attribution du Conseil 373
Le sursis à statuer 374
Les délais de la procédure devant la cour d'appel 374
L'étendue de la saisine de la cour d'appel 374

Sur le fond 375
Le marché pertinent 375
L'entente anticoncurrentielle 377
L'abus de position dominante 378
La vérification de l'exécution des injonctions 379
L'imputabilité des pratiques 381
La détermination des sanctions 381
La détermination de la sanction dans la procédure de transaction . . . 382
La prise en compte d'éléments postérieurs à la période visée dans la notification de griefs 384

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 2006 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

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* ».

Dans la décision **06-D-21**, le Conseil a rappelé que si les articles 81 CE et L. 420-1 du Code de commerce ne s'appliquent pas aux pouvoirs publics lorsqu'ils exercent leurs prérogatives de puissance publique [1], il appartient au Conseil d'apprécier si le contexte normatif et les décisions prises par les pouvoirs publics peuvent conduire à estimer que les décisions en cause échappent au champ d'application de ces articles ou peuvent, le cas échéant, en relever dans la mesure où l'article 81 CE vise des comportements d'opérateurs économiques et où l'article L. 420-1 du Code de commerce s'applique,

1. En application de la jurisprudence « *Aéroports de Paris* » du Tribunal des conflits (18 octobre 1999).

en vertu de l'article L. 410-1 du même code, aux activités de production, de distribution et de services.

Au regard du droit communautaire de la concurrence, les considérations suivantes doivent être prises en compte. Le traité CE impose aux États membres de ne pas prendre de mesures, même de nature législative ou réglementaire, susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises (CJCE, arrêts BNIC/Clair 30 janvier 1985, BNIC/Aubert 3 décembre 1987, Van Eycke/Aspa 21 septembre 1988). Tel est le cas lorsqu'un État membre, soit impose ou favorise la conclusion d'ententes contraires à l'article 81 CE ou renforce les effets de telles ententes, soit retire à sa propre réglementation son caractère étatique en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention en matière économique. Toutefois, les pouvoirs publics n'imposent ni ne favorisent la conclusion d'ententes contraires à l'article 81 CE et ne délèguent pas leurs compétences d'intervention en matière économique, s'ils consultent les professionnels intéressés avant d'arrêter une réglementation économique ou s'ils chargent un organisme professionnel ou interprofessionnel de déterminer, en fonction de critères d'intérêt général arrêtés par eux-mêmes, une telle réglementation, en conservant un pouvoir de contrôle et de réformation des décisions prises à cet effet. Dans l'hypothèse où, en violation du traité CE, un État membre impose à des entreprises d'adopter des comportements contraires à l'article 81 CE, ces entreprises ne peuvent pas être sanctionnées. Il convient donc, à cet égard, d'apprécier si les entreprises en cause conservent une autonomie de comportement (CJCE 11 novembre 1997, Commission et France/Ladbroke Racing, C-359/95P et C-379/95P, Rec. p. I-6265).

Néanmoins, la Cour de justice impose aux autorités nationales de concurrence chargées d'appliquer l'article 81 CE de ne pas se contenter de prendre acte d'un tel comportement étatique. Dans l'arrêt du 9 septembre 2003, Consorzio Industrie Fiammifieri (CIF) et Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (C-198/01, Rec. p. I-8055), la Cour a jugé que « *dès lors qu'une autorité nationale de la concurrence* [...] *est investie de la mission de veiller, notamment, au respect de l'article 81 CE et que cette disposition, combinée avec l'article 10 CE, impose un devoir d'abstention à la charge des États membres, l'effet utile des règles communautaires de la concurrence serait amoindri si, dans le cadre d'une enquête sur le comportement d'entreprises au titre l'article 81 CE, ladite autorité ne pouvait pas constater qu'une mesure nationale est contraire aux dispositions combinées des articles 10 CE et 81 CE et si, en conséquence, elle ne la laissait pas inappliquée* ». Dans le dispositif de cet arrêt, la Cour a dit pour droit : « [...] *en présence de comportements d'entreprises contraires à l'article 81, paragraphe 1, CE, qui sont imposés ou favorisés par une législation nationale qui en légitime ou renforce les effets, plus particulièrement en ce qui concerne la fixation des prix et la répartition du marché, une autorité nationale de la concurrence qui a reçu pour mission, notamment, de veiller au respect de l'article 81 CE : a l'obligation de laisser inappliquée cette législation nationale ; ne peut infliger de sanctions aux entreprises concernées pour des comportements passés lorsque ceux-ci ont été imposés par cette législation nationale ; peut infliger des sanctions aux entreprises concernées pour leurs comportements ultérieurs à la décision de laisser inappliquée cette législation nationale, une fois que cette décision est devenue définitive à leur égard ;*

peut infliger des sanctions aux entreprises concernées pour des comportements passés lorsqu'ils ont été simplement facilités ou encouragés par cette législation nationale, tout en tenant dûment compte des spécificités du cadre normatif dans lequel les entreprises ont agi ».

Au regard du droit national de la concurrence, il convient de prendre en compte le I de l'article L. 420-4 du Code de commerce selon lequel « *ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques :*

1° qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application ;

2° 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 pratiques qui peuvent consister à organiser pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou une même enseigne, les volumes et la qualité de la production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun, ne doivent imposer des restrictions à la concurrence que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès ».

En l'espèce, le Conseil a rappelé qu'en raison de la primauté du droit communautaire, un accord ne peut échapper à l'interdiction édictée à l'article 81 CE, au motif qu'il serait autorisé sur le fondement du droit national. Le Conseil a estimé qu'une restriction de concurrence sensible concernant la production des eaux-de-vie de Cognac était susceptible d'affecter les échanges entre États membres compte tenu de la commercialisation du cognac dans toute la Communauté et que l'article 81 CE était donc susceptible de s'appliquer **(06-D-21)**.

Dans la décision **06-MC-03**, le Conseil s'est estimé compétent pour examiner, dans le cadre d'une demande de mesures conservatoires, l'abus de position dominante reproché à la Société nationale Corse Méditerranée (SNCM). Cette compagnie maritime – apparaissant en position dominante sur le marché des liaisons maritimes entre Marseille et la Corse – avait déposé une offre globale qui portait de manière indivisible sur l'ensemble des lignes concernées par l'appel d'offres organisé par la collectivité territoriale de Corse, pour l'attribution de la délégation de service public relative aux liaisons entre Marseille et la Corse.

En application de la jurisprudence issue de la décision du Tribunal des conflits, Aéroports de Paris, du 18 octobre 1999, le Conseil a estimé que, quand bien même le dépôt d'une offre globale avait été autorisé par le règlement de l'appel d'offres, l'abus de position dominante allégué était détachable de l'appréciation de la légalité de ce dernier. En effet, le règlement particulier de l'appel d'offres autorisait simultanément les offres globales et les offres individualisées par ligne. Les soumissionnaires avaient donc le choix, sans être contraints par le règlement de l'appel d'offres, de présenter une offre globale ou une offre ligne par ligne, et cette possibilité d'option n'était pas de nature à créer, par elle-même, un abus automatique de position dominante de la part d'un soumissionnaire. Cette situation laissait donc à la compétence du

Conseil de la concurrence l'appréciation du comportement unilatéral d'une entreprise au regard des dispositions des articles L. 420-2 du Code de commerce et, éventuellement, 82 du traité CE.

La décision du ministre chargé de l'Économie, prise au titre du contrôle des concentrations organisé par les articles L. 430-1 et suivants du Code de commerce, constitue un acte administratif dont la légalité ne peut être appréciée que par le Conseil d'État. Il en est de même de la décision par laquelle le ministre – constatant que les parties à l'opération de concentration n'ont pas exécuté, dans les délais fixés, une injonction, une prescription ou un engagement – retire, après avis du Conseil de la concurrence, l'autorisation accordée ou enjoint aux parties de s'y conformer sur le fondement du IV de l'article L. 430-8 du Code de commerce. Ce n'est donc que dans la mesure où les comportements dénoncés sont détachables de l'exécution de la décision prise au titre du contrôle des concentrations que le Conseil est compétent pour les qualifier au titre des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce. Dans la décision **06-D-31**, le Conseil s'est en conséquence estimé compétent pour examiner la pratique d'entente entre Heineken et le groupe Rouquette sur le marché de la distribution de la bière en Île-de-France qui avait été dénoncée, cette pratique étant détachable de l'appréciation de la légalité de la décision du ministre prise au titre du contrôle des concentrations.

Dans la décision **06-D-36**, le Conseil a retenu sa compétence pour examiner les pratiques d'abus de position dominante mises en œuvre par une société civile de moyens développant une activité d'imagerie médicale. Cette société, dont les associés étaient des sociétés civiles de moyens regroupant des médecins radiologues, était titulaire d'une autorisation d'exploiter le seul scanner privé du département de la Savoie. Le Conseil a rappelé que l'activité professionnelle libérale de soins médicaux n'est pas exclue du champ d'application du droit de la concurrence, dès lors qu'elle s'analyse en une activité de services (CA de Paris, 4 avril 1997, syndicat des médecins de la Somme). S'agissant de radiologues libéraux, le caractère d'activité de services était renforcé : les patients leur étant adressés sur prescription médicale, ces spécialistes répondaient à deux demandes à la fois, celle du médecin prescripteur et celle du patient.

Pratiques relevant de la compétence exclusive d'autres juridictions

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 font aujourd'hui l'objet d'une application uniforme par les juridictions judiciaires et administratives (Tribunal des conflits, 18 octobre 1999, Aéroports de Paris) : 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 ont été appliquées à plusieurs reprises. Ont ainsi été considérés comme relevant de la compétence des juridictions administratives :

– la convention conclue entre une commune et le service des sapeurs-pompiers agissant sur son territoire. Une telle convention, touchant à l'organisation des missions de secours, relève en effet des actes administratifs pris par le maire de la commune dans le cadre de ses prérogatives de puissance publique, pour organiser les missions de service public qui lui incombent **(06-D-05)** ;
– les décisions de la Commission paritaire des publications et agences de presse (CPPAP), chargée, conformément aux dispositions du décret n° 97-1065 du 20 novembre 1997, de donner un avis sur l'application aux journaux et écrits périodiques des textes législatifs ou réglementaires prévoyant des allégements en faveur de la presse en matière de taxes fiscales et de tarifs postaux et de faire des propositions pour l'inscription sur la liste des organismes constituant des agences de presse ; ces décisions sont prises dans le cadre d'une mission de service public ; en outre, les décisions par lesquelles la CPPAP refuse de délivrer le certificat d'inscription permettant d'obtenir les dégrèvements fiscaux et postaux aux entreprises qui lui en font la demande, peuvent être déférées devant le Conseil d'État **(06-D-14)** ;
– les comportements de la collectivité territoriale de Corse et de l'Office des transports de la Corse (OTC) qui, selon les plaignants, avaient cherché, au moyen d'une entente anticoncurrentielle avec la Société de navigation maritime Corse Méditerranée (SNCM), à favoriser cette dernière en élaborant un règlement d'appel d'offres conçu « sur mesure » pour elle et en examinant les autres offres de manière discriminatoire, voire en les boycottant ; en effet, le règlement particulier de l'appel d'offres lancé pour l'attribution de la délégation de service public relative aux liaisons maritimes entre Marseille et la Corse, de même que la dévolution de cette délégation au(x) candidat(s) retenu(s) à l'issue de cet appel d'offres, constituent des actes par lesquels la collectivité territoriale de Corse et l'OTC font usage, pour l'organisation du service public de continuité territoriale entre la Corse et le continent, de prérogatives de puissance publique ; les comportements dénoncés n'étaient pas détachables de ces actes de puissance publique **(06-MC-03)**.

Dans la décision **06-D-10**, le Conseil a rappelé que, n'étant pas compétent pour connaître des pratiques relevant des dispositions du titre IV du Code de commerce, il ne lui revient pas d'apprécier la licéité de la vente par « *pack* » au regard de l'article L. 442-2 du Code de commerce (revente à perte) (*cf*. aussi 04-D-67).

Le Conseil de la concurrence n'a pas davantage qualité pour apprécier le comportement d'entreprises au regard des dispositions de la réglementation des transports, ni pour qualifier les conditions d'une rupture de contrat, questions qui relèvent de la compétence du juge judiciaire **(06-D-17)**.

Dans la décision **06-D-09**, le Conseil a estimé qu'il n'était pas compétent pour se prononcer sur la validité, au regard des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 § 1 du traité CE et l'éventuelle exemption au titre des articles L. 420-4 du Code de commerce et 81 § 3 du traité, d'un contrat type mis en

place au cours de la procédure (de clémence) par l'une des sociétés mises en cause. L'approbation préalable de contrats types, qui n'a jamais été pratiquée par le Conseil de la concurrence mais uniquement par la Commission européenne, a, en tout état de cause, pris fin avec la mise en œuvre du règlement 1/2003.

Compétence concurrente de la Commission européenne (clémence)

Dans la décision **06-D-09**, le Conseil a rejeté le moyen par lequel il était soutenu qu'il était incompétent pour connaître de la procédure initiée par une demande de clémence, au motif que la société dénonciatrice avait déposé une demande identique auprès des services de la Commission européenne, demande qui aurait dessaisi, par application du 6e alinéa de l'article 11 du règlement 1/2003, l'autorité nationale de concurrence de sa compétence pour appliquer l'article 81 du traité CE. En effet, si la disposition invoquée prévoit que « *l'ouverture par la Commission d'une procédure en vue de l'adoption d'une décision en application du chapitre III dessaisit les autorités de concurrence des États membres de leur compétence pour appliquer les articles 81 et 82 du traité* [...] », le dépôt d'une demande de clémence auprès de la Commission n'entraîne pas nécessairement l'ouverture d'une procédure par cette dernière. Conformément au point 52 de la Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence (2004/C 101/03 du 27 avril 2004), « *l'ouverture d'une procédure est un acte officiel par lequel la Commission fait part de son intention d'adopter une décision en vertu du chapitre III du règlement du Conseil. Elle peut avoir lieu à n'importe quel stade de l'examen de l'affaire par la Commission. Le simple fait que la Commission ait reçu une plainte n'est pas suffisant en soi pour dessaisir les autorités nationales de concurrence de leur compétence* ». En l'espèce, la demande de clémence présentée ainsi que l'immunité conditionnelle accordée à la société par la Commission ne pouvaient s'interpréter comme une ouverture de procédure au sens du 6e alinéa de l'article 11 du règlement 1/2003, dans la mesure où la Commission n'avait jamais pris d'« *acte officiel* [2] » manifestant son intention d'adopter une décision en vertu du chapitre III dudit règlement.

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 : « *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.* »

Le nouvel article L. 462-7, dans sa rédaction issue de l'ordonnance 2004-1173 du 4 novembre 2004, a porté à cinq ans ce délai de prescription, disposant

2. L'*« acte officiel »* est *« un acte d'autorité de la Commission, manifestant sa volonté de procéder à une décision »* (CJCE, 6 février 1973, SA Brasserie de Haecht, nº 48/72).

désormais que « *le Conseil ne peut être saisi de faits remontant à plus de cinq ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction* ».

Application du nouveau régime de prescription de cinq ans

Dans les décisions **06-D-08** et **06-D-15**, le Conseil a fait une application immédiate du nouveau régime de prescription quinquennale à des faits pour lesquels l'ancienne prescription triennale n'était pas acquise à la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 novembre 2004 (soit le 6 novembre 2004).

S'agissant, en effet, d'un texte de procédure et non d'une loi instituant une peine plus sévère, les nouvelles dispositions sont applicables immédiatement, y compris à la poursuite et à la sanction des faits antérieurs à son entrée en vigueur, sous la seule réserve qu'elles ne puissent permettre de poursuivre ou de sanctionner des faits pour lesquels la prescription a été définitivement acquise en vertu du texte applicable précédemment.

L'applicabilité immédiate d'un délai de prescription plus long à des situations dans lesquelles la prescription n'a pas déjà été acquise n'est considérée, ni par la Cour européenne des droits de l'homme (arrêt Coëme et autres c. Belgique du 22 juin 2000, requêtes n° 32492/96 e.a., § 149), ni par le Conseil constitutionnel (décision 88-250 DC du 29 décembre 1998), ni par le législateur, comme contraire au principe de non-rétroactivité des lois répressives.

Le législateur, en adoptant l'article 72 de la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite loi Perben II, dont le Conseil constitutionnel, saisi du texte, n'a pas soulevé d'office l'inconstitutionnalité, a modifié l'article 112-2 du Code pénal, en ce sens que « *sont applicables immédiatement à la répression des infractions commises avant leur entrée en vigueur* [...] *lorsque les prescriptions ne sont pas acquises, les lois relatives à la prescription de l'action publique et à la prescription des peines* ». Ce faisant, le législateur n'a fait que mettre le droit pénal en harmonie avec le principe général de l'applicabilité immédiate des lois de procédure, rappelé aussi bien par la jurisprudence du Conseil d'État (7 mars 1975, commune de Bordères-sur-l'Échez), que par celle de la Cour de cassation (3 avril 1984, Patron, 1re chambre civile, n° 83-10668 et 30 novembre 1999, Oger, chambre commerciale, n° 96-16607, concernant précisément l'allongement d'un délai de prescription).

Cette analyse a été approuvée par la cour d'appel de Paris dans l'arrêt Toffolutti du 12 décembre 2006, rendu sur le recours exercé contre la décision 05-D-71.

Décompte du délai de prescription

Dénonciation des faits au Conseil

Dans la décision **06-D-07 *bis***, le Conseil a écarté l'argumentation des parties selon laquelle la prescription avait commencé à courir à compter d'un courrier par lequel le plaignant avait porté à la connaissance du président du Conseil de la concurrence différents faits se rattachant aux pratiques, de

sorte que la décision d'autosaisine du Conseil, intervenue plus de trois ans après ce courrier, n'aurait pas interrompu la prescription. En effet, le Conseil étant souverain dans l'appréciation de l'opportunité de se saisir d'office, n'a pas à rendre compte des faits ou des documents qui l'ont déterminé à s'autosaisir. De plus, le Conseil n'avait pas été valablement saisi par le courrier, lequel émanait d'une personne physique. La connaissance des faits par le Conseil ne pouvait donc pas, en l'espèce, faire courir le délai de prescription.

Caractère continu des pratiques

« *La prescription de pratiques continues ne commence à courir qu'à compter de la cessation des pratiques.* » Dans la décision **06-D-36**, le Conseil a estimé que présentaient un caractère continu, les pratiques de traitement discriminatoire – mises en œuvre par une société civile de moyens d'imagerie médicale titulaire d'une autorisation d'exploiter le seul scanner privé du département de la Savoie – des demandes d'accès à cet équipement, présentées par certains médecins.

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 **06-D-03 *bis***, il a été fait application de la jurisprudence selon laquelle, le Conseil étant saisi *in rem*, dès lors qu'il est établi qu'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 – est intervenu avant l'expiration du délai de prescription, la prescription se trouve interrompue, par l'effet de cet acte, à l'égard de toutes les entreprises concernées et pour l'ensemble des faits dénoncés dès lors que ces derniers présentent entre eux un lien de connexité (cour d'appel de Paris, 29 juin 2004, CNPA et Cour de cassation, 12 juillet 2005, même affaire). En l'espèce, le Conseil a estimé qu'une demande d'informations, adressée par le rapporteur à l'un des organismes en cause, avait interrompu la prescription à l'égard de l'ensemble des parties, même si cette demande n'avait pour objet, comme l'opposaient les entreprises, qu'une recherche d'informations ayant abouti *in fine* à la notification de certains griefs seulement. Tous les faits dénoncés présentaient, en effet, un lien de connexité entre eux, puisqu'ils s'inscrivaient dans la mise en œuvre d'une même stratégie globale d'éviction des grandes surfaces de bricolage et des coopératives d'installateurs des marchés de l'approvisionnement et de la distribution de produits de chauffage, de céramique sanitaire et de robinetterie.

Les mêmes solutions ont été reprises dans la décision **06-D-07 *bis***. Les parties contestaient que l'effet interruptif des actes tendant à la recherche, la constatation ou la sanction des faits, ait opéré à l'égard de marchés qui avaient été cités et qualifiés pour la première fois seulement dans une notification de griefs complémentaire. Le Conseil a cependant estimé que, dès lors qu'il était saisi des pratiques d'entente dans leur ensemble et non marché par marché, les actes interruptifs de prescription avaient produit leur effet à l'égard de tous les marchés, qu'il s'agisse des marchés pour lesquels

des griefs avaient été énoncés dans la notification de griefs initiale sans être réitérés dans les notifications de griefs complémentaires ou des marchés pour lesquels des griefs avaient été énoncés seulement dans l'une ou l'autre des notifications de griefs complémentaires.

Actes interruptifs

Dans la décision **06-D-04 *bis***, le Conseil a rappelé que le caractère interruptif des actes de la procédure doit s'apprécier au regard des règles procédurales nationales et non communautaires, conformément au principe d'autonomie procédurale selon lequel les autorités nationales de concurrence doivent respecter les règles procédurales de droit interne, y compris lorsqu'elles ont à appliquer le droit communautaire [3].

Il appartient par conséquent au Conseil d'apprécier si les actes de procédure qui lui sont soumis constituent des actes tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction des pratiques, au regard de l'article L. 462-7 du Code de commerce, dans le respect de la jurisprudence de la Cour de cassation et de la cour d'appel de Paris.

L'auteur des actes interruptifs

Les auteurs des actes interrompant la prescription ne sont pas précisés dans l'article L. 462-7 du Code de commerce. Il ressort de la jurisprudence de la cour d'appel de Paris que des actes émanant d'autres organes que les rapporteurs ou les enquêteurs peuvent interrompre la prescription d'une procédure devant le Conseil : il en est notamment ainsi de la décision sur le secret des affaires prise par le président du Conseil (cour d'appel de Paris, 13 décembre 2001, Gamm Vert) ou de la demande de l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel (cour d'appel de Paris, 15 novembre 2005, TPS Canal Plus), ou encore des observations écrites du ministre de l'Économie en réponse au rapport du rapporteur (cour d'appel de Paris, 14 janvier 2003, pont de Normandie ; en ce sens, voir aussi décision 05-D-69). Ont par conséquent valablement interrompu la prescription, bien qu'elles n'émanent pas des enquêteurs ou du rapporteur, la délibération de la commission permanente du Conseil demandant, en application de l'article 463-5 du Code du commerce, communication de pièces du dossier pénal au juge d'instruction et notamment « *des procès-verbaux et rapports d'enquête ayant un lien direct avec les faits dont le Conseil* [était] *saisi* » ainsi que la lettre de relance de la présidente du Conseil **(06-D-07 *bis*)**.

Dans la décision **06-D-08**, le Conseil a précisé que la circonstance que la demande de renseignements effectuée par télécopie par le rapporteur n'ait pas comporté la signature de son auteur était sans influence sur son effet

3. Ce principe a été énoncé par la Cour de cassation, dans un arrêt Pharmalab du 14 décembre 2004 : « *Les autorités nationales, statuant sur l'application du droit communautaire, appliquent les règles de droit interne.* [...] *; qu'en droit interne, le Conseil de la concurrence, qu'il soit saisi d'une violation du droit communautaire ou du droit interne, dispose de pouvoirs identiques pour ordonner une mesure conservatoire ; qu'en conséquence, ces dispositions procédurales de droit interne ne peuvent être ni écartées ni interprétées à la lumière de la jurisprudence communautaire.* »

interruptif de prescription. Il résulte, en effet, de l'arrêt du 28 janvier 2003 de la Cour de cassation (Domoservices maintenance) que, sauf pour les cas particuliers où un texte impose cette formalité, l'absence de signature ne rend pas irréguliers les actes d'instruction auxquels donne lieu la procédure devant le Conseil de la concurrence, dès lors qu'il n'existe aucune ambiguïté sur leur auteur et sur la qualité à agir de celui-ci (en ce sens, voir aussi décision 04-D-01, points 21 et 22). En l'occurrence, la demande de renseignements envoyée par le rapporteur par télécopie comportait clairement, en page de garde à en-tête du Conseil de la concurrence, ses nom et qualité et y était jointe une copie de la décision du rapporteur général le désignant pour rapporter l'affaire.

Les actes accomplis dans le cadre d'une procédure pénale

La décision **06-D-07 *bis*** a été l'occasion pour le Conseil de réaffirmer le caractère interruptif de prescription, pour la procédure de concurrence, d'actes accomplis dans le cadre d'une procédure pénale suivie concurremment (*cf*. aussi décision 05-D-69). Il a ainsi écarté les critiques des parties qui faisaient valoir, d'une part, que reconnaître l'impact d'une procédure pénale sur le droit de la concurrence irait à l'encontre du principe selon lequel le criminel ne tient pas l'administratif en l'état et, d'autre part, que le caractère interruptif d'un réquisitoire introductif ne serait, en tout état de cause, opposable qu'aux personnes parties à l'instruction pénale.

Le Conseil a rappelé que les juridictions pénales sont compétentes en matière de pratiques anticoncurrentielles, sur le fondement de l'article L. 420-6 du Code de commerce [4], pour sanctionner les personnes physiques qui ont pris une part personnelle et déterminante dans la commission de pratiques anticoncurrentielles. Il existe donc un lien étroit, institué par le législateur lui-même, entre les faits à la source du délit pénal de l'article L. 420-6 et les infractions au droit de la concurrence réprimées par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce. Compte tenu de ce lien, 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. Le caractère interruptif d'actes relatifs à l'action pénale dans d'autres actions a déjà été admis par la Cour de cassation. La Chambre criminelle a en effet jugé le 30 mai 1994 que « *les liens étroits de connexité entre,* in rem*, les faits à la source des délits de droit commun et les infractions à la législation des contributions indirectes* [...] *permettent à l'action fiscale, malgré son indépendance, de bénéficier des actes interruptifs de la prescription à l'action publique, en matière économique, notamment les actes d'information et de poursuite jusqu'au jugement rendu sur l'action publique* ». Les actes d'instruction tendant à établir la matérialité du délit de l'article L. 420-6 interrom-

4. « *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* [...]. »

pent donc la prescription de l'action devant le Conseil au sens de l'article L. 462-7 du Code de commerce.

Cette position ne conduit pas à reconnaître que le criminel tiendrait l'administratif en l'état, ce qui signifierait que le Conseil ne pourrait pas statuer sur les pratiques anticoncurrentielles avant que les faits objet de la procédure pénale n'aient été jugés par le juge pénal, ce que le Conseil a toujours écarté, les deux procédures étant distinctes. Il s'agit seulement de faire application de l'article L. 462-7 du Code de commerce, qui définit spécialement les actes interruptifs de prescription en fonction de leur objet ou de leur finalité (actes tendant à la recherche, la constatation ou la sanction des faits dont le Conseil est saisi), sans préciser quels en sont les auteurs (en ce sens, voir décision 05-D-69).

En l'espèce, le Conseil a considéré que la première pièce du dossier pénal – soit le soit-transmis adressé par le procureur de la République de Paris à la préfecture de police (Direction de la police judiciaire) prescrivant l'audition du plaignant et faisant référence à des courriers envoyés par l'épouse de ce dernier au doyen des juges d'instruction et au vice-président du Conseil d'État « [...] *pour signaler que la société Bouygues utilise depuis 85 un logiciel pour l'entente des prix sur les marchés publics d'État* » – constituait un acte tendant à la recherche, la constatation ou la sanction des pratiques d'ententes dénoncées. Ce soit-transmis contenait des instructions adressées par le procureur de la République à la police judiciaire pour enquêter sur les faits révélés. Cet acte, qui avait interrompu la prescription de l'action publique, avait également interrompu la prescription de l'action devant le Conseil portant sur les mêmes faits [5]. Les actes subséquents de l'enquête, à savoir l'audition du plaignant faisant état d'ententes de prix et d'offres de couverture, le réquisitoire introductif d'ouverture d'information judiciaire sur des « *pratiques anticoncurrentielles* », le procès-verbal d'audition du plaignant, le procès-verbal de transport sur les lieux du juge d'instruction et la commission rogatoire délivrée par ce dernier et exécutée par la DGCCRF, constituaient, chacun, des actes ayant interrompu la prescription, puisqu'ils tendaient à la recherche, la constatation ou la sanction des pratiques d'ententes dénoncées.

Dans la même décision, le Conseil a considéré que n'avait pas d'incidence sur la procédure suivie devant le Conseil, la prescription de l'action publique affectant la procédure pénale dont étaient issues des pièces communiquées au Conseil et qui avaient servi à fonder les griefs : « *La prescription constatée au pénal est sans effet sur la procédure devant le Conseil, qui est distincte de la procédure pénale* » (en revanche, si l'annulation de procès-verbaux de mise sous scellés, dans le cadre de la procédure pénale, n'a pas eu d'incidence sur la procédure suivie devant le Conseil, c'est parce que les pièces annulées n'avaient pas été utilisées pour fonder les griefs).

5. Voir décision 92-D-37 dans laquelle le Conseil a déjà admis qu'ont interrompu la prescription des faits des actes antérieurs à sa saisine, comme la lettre adressée à une partie par le chef de service de la DGCCRF marquant le point de départ de l'enquête administrative ou la lettre adressée par le chef du service régional de la concurrence à son supérieur hiérarchique, qui avait déclenché une enquête administrative.

Actes ayant également valablement interrompu la prescription

- le dépôt du rapport d'enquête administrative (en ce sens, voir les décisions 02-D-60, 03-D-18, 03-D-37, 03-D-65) **(06-D-04 *bis*)** ;
- les demandes de renseignements relatifs à la situation juridique et financière des entreprises impliquées dans la procédure (en ce sens, voir aussi cour d'appel de Paris, 15 juin 1999, SOLATRAG et Cour de cassation, 20 novembre 2001, Bec Frères) et les demandes de chiffres d'affaires (celles-ci visant à l'obtention de données nécessaires pour déterminer les éventuelles sanctions pécuniaires à venir) **(06-D-04 *bis*)** ;
- le soit-transmis du procureur de la République aux services de police prescrivant l'audition du plaignant et faisant référence à des courriers envoyés par ce dernier à différentes autorités pour dénoncer les faits, ainsi que les actes subséquents de l'enquête pénale (audition du plaignant faisant état de pratiques anticoncurrentielles, réquisitoire introductif d'ouverture d'information judiciaire sur des « *pratiques anticoncurrentielles* », procès-verbal d'audition du plaignant, procès-verbal de transport sur les lieux du juge d'instruction et commission rogatoire délivrée par ce dernier et exécutée par la DGCCRF) **(06-D-07 *bis*)** ;
- l'autosaisine du Conseil de la concurrence (en ce sens, voir décision 90-D-08, confirmée par la cour d'appel de Paris, 20 septembre 1990) ; en raison de la saisine *in rem* du Conseil, cette autosaisine, portant sur la situation de la concurrence dans le secteur des travaux publics constatée à l'occasion de la passation de divers marchés publics dans la région Île-de-France, a interrompu la prescription à l'égard de tous les marchés particuliers figurant parmi les marchés de travaux publics retenus dans cette région **(06-D-07 *bis*)** ;
- la délibération de la commission permanente du Conseil demandant, en application de l'article 463-5 du Code du commerce, communication de pièces du dossier pénal au juge d'instruction et notamment « *des procès-verbaux et rapports d'enquête ayant un lien direct avec les faits dont le Conseil* [était] *saisi* », ainsi que la lettre de relance de la présidente du Conseil **(06-D-07 *bis*)** ;
- le procès-verbal de communication de documents dressé par le rapporteur, attestant la remise par le juge d'instruction des pièces du dossier pénal ayant un lien direct avec les faits dont le Conseil était saisi (ce procès-verbal fait foi jusqu'à preuve contraire de l'appropriation, par le rapporteur, de ces pièces transmises par le juge d'instruction ainsi que de leur contenu) **(06-D-07 *bis*)** ;
- le procès-verbal de communication de documents dressé par le rapporteur, qui atteste la présentation de l'original d'un scellé au directeur juridique d'une société et recueille les déclarations de celui-ci **(06-D-07 *bis*)** ;
- la notification de griefs **(06-D-07 *bis*)** ;
- la saisine du Conseil **(06-D-07 *bis*)** ;
- la demande de renseignements effectuée par le rapporteur par télécopie, même si cette demande n'est pas revêtue de la signature du rapporteur dès lors qu'il n'y a aucune ambiguïté sur l'identité de son auteur et la qualité de celui-ci (*cf. supra* « *L'auteur des actes interruptifs* ») **(06-D-08)** ;
- la demande de renseignements du rapporteur visant à faire préciser l'identité des sociétés en cause et la modification de leur structure : la bonne

identification des sociétés mises en cause est un préalable indispensable à l'instruction d'un dossier (la demande était particulièrement justifiée, en l'espèce, en raison des importantes modifications ayant affecté le secteur du BTP) **(06-D-33)** ;

– la demande d'une société auprès de la DGCCRF ou du Conseil tendant à obtenir le bénéfice du IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce (clémence) : les courriers adressés à cette fin « *doivent nécessairement être interprétés comme les actes volontaires d'une entreprise révélant aux autorités de la concurrence sa participation à la commission d'infractions à l'article L. 420-1 du Code de commerce, et permettant à ces autorités, à l'aide de son témoignage et des documents versés, d'en faciliter la recherche, d'en constater l'existence et finalement de les sanctionner* » (en ce sens, voir cour d'appel de Paris, 25 novembre 2003, SAS Prefall, pour la déclaration spontanée d'un chef d'entreprise aux agents de la DGCCRF ; 27 septembre 1990, Société des lubrifiants du Midi, pour la lettre d'une société demandant à la Commission de la concurrence de se saisir d'office) **(06-D-09)** ;
– la convocation aux fins d'audition adressée par le rapporteur à un tiers intervenant dans le secteur concerné : la circonstance que l'intéressé n'a pas eu qualité de partie à l'instance devant le Conseil est sans conséquence sur le caractère interruptif de l'acte, pas plus que le fait que le procès-verbal d'audition a été signé postérieurement au jour de l'audition, puis retourné par courrier, n'a d'incidence sur la validité de l'audition (cour d'appel de Paris, 9 avril 2002, Bloc Matériaux, 99-D-01) **(06-D-15)** ;
– la demande adressée par le rapporteur à un tiers afin d'obtenir des renseignements sur le secteur concerné **(06-D-38)** ;
– le procès-verbal d'audition d'un tiers intervenant dans le secteur concerné dressé par le rapporteur **(06-D-38)**.

Mention de faits prescrits pour éclairer des faits non prescrits

Dans la décision **06-D-09**, le Conseil a rappelé qu'en vertu d'une jurisprudence constante, des éléments se rapportant à des faits prescrits peuvent néanmoins être utilisés pour éclairer des faits non prescrits susceptibles d'être sanctionnés, à la condition qu'il n'en soit pas tiré de conséquences quant à la gravité de ces derniers (Cour de cassation, 30 mai 1995, société Juin ; cour d'appel de Paris, 29 janvier 2002, société Saturg).

Déroulement de la procédure

Enquêtes administratives

Habilitation des enquêteurs

Les agents des catégories A et B de la DGCCRF n'ont pas à être individuellement habilités pour mener des enquêtes « simples » ne nécessitant pas le recours à la procédure de visite et saisie. L'article 1er de l'arrêté du 28 janvier 1993 relatif à l'habilitation des fonctionnaires pouvant procéder aux enquêtes nécessaires à l'application de l'ordonnance no 86-1243 du 1er décembre

1986 dispose, en effet, que « *les fonctionnaires de catégorie A et de catégorie B 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 (devenu l'article L. 450-1 du Code de commerce) de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er* décembre *1986, à procéder aux enquêtes dans les conditions prévues au titre VI de l'ordonnance précitée et au décret du 29 décembre 1986* » **(06-D-04 *bis*)**.

Origine de la demande d'enquête

Dans la décision **06-D-04 *bis***, le Conseil a écarté le moyen tiré de la nullité des procès-verbaux et du rapport d'enquête qui aurait résulté de ce que, alors que la saisine avait fait l'objet de deux demandes d'enquête successives, la seconde indiquant qu'elle annulait la précédente, le rapport administratif d'enquête se référait uniquement à la première demande d'enquête. La seconde demande d'enquête avait été rendue nécessaire par un arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait annulé une décision du Conseil au motif que la note d'orientation jointe à la demande de renseignement ne comportait aucune mention relative à son auteur. Il s'agissait donc d'une régularisation purement formelle de la demande d'enquête. De plus, en réalité, le rapport d'enquête, dans son contenu, se référait bien à la seconde demande d'enquête. En conséquence, l'erreur matérielle commise par la DGCCRF, qui n'avait pas visé la seconde demande d'enquête lors de la transmission de son rapport, était sans influence sur la validité du rapport.

A été considéré également inopérant le moyen par lequel les parties invoquaient la nullité des demandes d'enquête, motif pris de ce que le Conseil se serait fondé, lors de sa décision de saisine d'office, sur des éléments relatifs à deux procédures antérieures qui avaient donné lieu à des décisions de classement à la suite des désistements des plaignants. Cet argument, non fondé en droit, le Conseil n'ayant pas à motiver les éléments sur lesquels il se fonde pour se saisir d'office (CA de Paris, 27 novembre 2001, Caisse nationale du Crédit Agricole), manquait encore en fait, la procédure ne se fondant pas sur des pièces ou informations contenues dans les affaires classées précédemment.

Étendue des saisies autorisées par le juge

Dans la décision **06-D-15**, 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 l'ordonnance juridictionnelle avait autorisé les opérations nécessaires à apporter la preuve de pratiques relevées « *dans le secteur des installations fixes pour chemin de fer...* », que les procès-verbaux versés aux débats mentionnaient bien le marché des « *installations fixes pour chemins de fer* », mais que le rapport d'enquête de la DGCCRF ainsi que l'intitulé de la notification de griefs portaient sur « *la pose et l'entretien de voies de chemins de fer* ». Les parties soutenaient que la DGCCRF avaient ainsi « affiné » le secteur d'activité et les marchés en cause après avoir procédé aux opérations de l'enquête, modifications qui avaient eu pour effet de priver les parties de la possibilité de collecter, en temps utile, les éléments de preuve qui leur auraient permis d'assurer utilement leur défense.

En réalité, l'ordonnance du juge avait autorisé les opérations de visite et de saisie « *nécessaires à apporter la preuve* [de] *pratiques relevées dans le secteur des installations fixes pour chemin de fer telles qu'elles ont été énoncées et présumées par notre ordonnance, notamment à l'occasion des marchés privés et soumis à appel d'offres* [...] ». Les éléments recueillis par les enquêteurs au cours de ces opérations et utilisés par le rapporteur concernaient des travaux de pose et d'entretien de voies ferrées qui entraient dans le secteur visé par l'ordonnance. Les motifs de l'ordonnance faisaient d'ailleurs référence à l'un des marchés de travaux sur voies ferrées visé par la notification de griefs.

Dans la décision **06-D-33**, le Conseil a écarté le moyen selon lequel des pièces auraient été indûment saisies, ne concernant pas les marchés limitativement visés dans l'autorisation juridictionnelle ou concernant une période postérieure à l'attribution des marchés en cause. D'une part, des documents, même postérieurs à la période de passation des marchés, pouvaient receler des informations de nature à éclairer son déroulement et, d'autre part, la société en cause admettait que la saisie des documents précités ne lui avait pas fait grief et que ces pièces n'avaient pas été utilisées par le rapporteur pour fonder les charges.

Absence au dossier des ordonnances autorisant les opérations de visite et de saisie

Dans la décision **06-D-33**, le Conseil a repoussé le moyen par lequel il était soutenu que l'absence au dossier de l'ordonnance par lequel le juge avait autorisé les opérations de visite et de saisie avait privé l'entreprise concernée de la possibilité de formuler le recours prévu par le dernier alinéa de l'article L. 450-4 du Code de commerce. En effet, aucune disposition du Code de commerce ne commande au Conseil de mettre les ordonnances du juge autorisant les visites et saisies à la disposition des parties dans le dossier d'instruction.

Au surplus, la société concernée n'expliquait pas en quoi l'absence de cette pièce au dossier aurait pu lui faire grief. Elle avait eu accès à l'intégralité du dossier, et notamment aux procès-verbaux des opérations de visite et saisie effectuées dans les entreprises sur ordonnance du président du tribunal de grande instance. Il lui appartenait de demander cette ordonnance au juge compétent.

Absence d'audition ou de demande de renseignements par les enquêteurs

Dans la décision **06-D-03 *bis***, le Conseil a écarté le moyen par lequel plusieurs entreprises contestaient le fait qu'elles n'avaient fait l'objet d'aucune audition ou demande de renseignements, ce qui les aurait privées du droit d'exercer leur défense. Il ressort en effet d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation (notamment, arrêts des 22 février 2005, société SOCAREL et 26 novembre 2003, société TF1), que « *l'audition de témoins est une faculté laissée à l'appréciation du rapporteur ou du Conseil de la concurrence, eu égard au contenu du dossier* » et la cour d'appel de Paris a jugé, dans un arrêt du 14 janvier 2003 (SA Bouygues) que « *le fait que cette entreprise n'ait pas été l'objet d'investigations aux stades de l'enquête et de l'instruction est, en l'absence d'obligation légale en la matière, sans incidence*

sur la régularité de la procédure, dès lors qu'à compter de la notification de griefs et lors des différentes phases de la procédure, elle a été mise en mesure de faire valoir ses observations en temps utile ».

Indication de l'objet de l'enquête sur les procès-verbaux

- **Étendue du devoir d'information des enquêteurs**

Dans la décision **06-D-03 *bis***, le Conseil a écarté le moyen selon lequel des sociétés auraient été trompées sur l'objet de l'enquête : non informées par les enquêteurs qu'elles étaient susceptibles d'être mises en cause, elles auraient pensé être interrogées seulement comme témoins. La cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 8 avril 1994 (ministre de l'Économie) a jugé que « *les enquêteurs sont tenus de faire connaître clairement aux personnes interrogées l'objet de leur enquête* [...] *indépendamment du pouvoir du Conseil de donner aux faits constatés la qualification qu'ils comportent* ». Il n'appartient donc pas aux enquêteurs de prendre parti sur l'éventuelle qualification des faits : dès lors que l'objet de l'enquête, ressortant en l'espèce des lettres de convocation et des procès-verbaux contestés, avait été clairement indiqué, le moyen tiré de l'irrégularité de ces procès-verbaux ne pouvait prospérer.

Dans la décision **06-D-04 *bis***, le Conseil a estimé que les enquêteurs avaient satisfait à leur obligation d'information des entreprises. Selon la jurisprudence « *Bec Frères* » de la Cour de cassation (20 novembre 2001), « *la mention pré-imprimée sur le procès-verbal selon laquelle l'objet de l'enquête a été porté à la connaissance de la personne entendue suffit à justifier, jusqu'à preuve du contraire, de l'indication de cet objet* ». La Haute Juridiction, dans un autre arrêt du 14 janvier 2003 (SOCAE Atlantique), a précisé l'étendue de la présomption relative à la mention imprimée sur les procès-verbaux : « *La cour d'appel a retenu à bon droit que lorsque l'indication expresse de ce que l'objet de l'enquête a été porté à la connaissance des personnes entendues ne figure pas au procès-verbal, il appartient à l'administration de démontrer qu'elle a néanmoins rempli cette obligation, cette preuve pouvant notamment ressortir des énonciations du procès-verbal* ».

Le Conseil de la concurrence a fait sienne cette jurisprudence dans sa décision 04-D-07 (« *boulangers de la Marne* ») confirmée, sur ce point, par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 26 octobre 2004 : dès lors que les procès-verbaux d'audition portaient la mention dactylographiée ou pré-imprimée que les enquêteurs avaient indiqué leur qualité, le cadre juridique de leur intervention et le secteur concerné par l'enquête, la preuve était apportée que l'objet de l'enquête avait bien été porté à la connaissance des intéressés.

En l'espèce, tous les procès-verbaux portaient la mention dactylographiée ou pré-imprimée que les enquêteurs s'étaient présentés comme « *habilités à mener les enquêtes dans les conditions prévues par l'article 47 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er* décembre *1986, par l'article 45 de l'ordonnance précitée*[...] ». Les procès-verbaux indiquaient, en outre, en première page : « *Nous avons justifié de notre qualité* [...] *avons indiqué l'objet de notre enquête relative à la vérification du respect des dispositions du titre III de l'ordonnance du 1er décembre 1986 dans le secteur de la parfumerie et des*

cosmétiques. » Il devait donc être considéré que l'objet de l'enquête avait été communiqué de façon suffisamment claire aux personnes auditionnées.

- **Moyen tiré du défaut d'information quant à l'objet de l'enquête, invoqué par des tiers**

Dans la décision **06-D-03 *bis***, le Conseil s'est fondé sur l'arrêt Bec Frères de la Cour de cassation (20 novembre 2001) selon lequel un tiers ne peut se prévaloir de l'irrégularité d'un procès-verbal établi dans le cadre de visites et saisies dès lors que l'entreprise personnellement concernée n'en a pas contesté la régularité, pour écarter les moyens avancés par plusieurs entreprises selon lesquels une autre entreprise, non partie à la procédure, n'aurait pas été suffisamment informée de l'objet réel de l'enquête. La société concernée n'ayant jamais contesté personnellement avoir eu connaissance de l'objet de l'enquête, les tiers n'étaient pas fondés à remettre en cause la régularité des procès-verbaux qu'elle avait signés. Les parties ne pouvaient, à cet égard, invoquer un arrêt de la Cour de cassation (4 juin 1991), ayant reconnu le droit à « *toute personne intéressée* » de contester la régularité des opérations de visite et de saisie, cet arrêt ne visant que la possibilité pour un tiers de contester les opérations de visites et saisies devant le juge compétent mais non la validité des procès-verbaux concernant des tiers établis dans le cadre de l'article 47 de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

- **Utilisation d'un même procès-verbal dans deux procédures distinctes suivies devant le Conseil**

Dans la décision **06-D-03 *bis***, le Conseil a estimé que les parties ne pouvaient exciper de l'utilisation d'un procès-verbal d'audition dans le cadre d'une procédure distincte suivie devant le Conseil, censée démontrer l'absence préalable d'indication claire de l'objet de l'enquête aux personnes entendues. Le fait qu'un même procès-verbal ait été utilisé dans deux procédures ouvertes devant le Conseil postérieurement à la réalisation de l'enquête, à la suite de deux saisines distinctes du ministre de l'Économie, n'a aucune incidence quant à la loyauté de l'enquête. En effet, dans le cadre de ses enquêtes d'initiative, la DGCCRF a toute compétence pour recueillir des indices et procéder à des investigations, sans préjuger de la suite qu'elle entend leur donner. Le fait que, dans un second temps, le ministre décide ou non d'utiliser le résultat de ces enquêtes pour former une ou plusieurs saisines devant le Conseil ne saurait rendre irréguliers ou déloyaux les actes d'enquête antérieurs.

Absence de retranscription des questions sur les procès-verbaux

Les décisions **06-D-03 *bis*** et **06-D-13** ont fourni l'occasion au Conseil de rappeler qu'en vertu d'une jurisprudence constante (notamment, CA de Paris, 16 décembre 1994, société Kangourou Déménagements ; 23 mai 2000 EDF/Climespace ; 25 novembre 2003, SAS Prefall), aucune disposition légale ou réglementaire n'exige la transcription des questions dans les procès-verbaux d'audition, la preuve d'une atteinte au principe de loyauté de l'enquête ne pouvant résulter de cette seule absence de transcription. L'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence n'a pas eu pour effet de 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, qui n'ont pas à être établis conformément aux règles de l'article 429 du Code de procédure pénale, sous forme de questions et de réponses, mais selon les dispositions spécifiques applicables à la procédure devant le Conseil.

Le procès-verbal dressé en application des articles L. 450-2 et L. 450-3 du Code de commerce n'est pas un procès-verbal d'interrogatoire ou d'audition au sens de l'article 429 du Code de procédure pénale, mais un procès-verbal d'enquête établi conformément aux dispositions spécifiques applicables à la procédure devant le Conseil **(06-D-13)**.

Objectivité et loyauté des enquêteurs dans la recherche des preuves

Voir aussi *supra* « *Indication de l'objet de l'enquête sur les procès-verbaux* ».

- **Présence d'un enquêteur ayant cessé ses fonctions**

Dans la décision **06-D-03 *bis***, le Conseil a écarté le moyen tiré de l'irrégularité d'opérations de saisies qui aurait résulté de ce que l'un des enquêteurs de la DGCCRF, présent lors de la perquisition effectuée le 19 février 1997, ne pouvait exercer ses fonctions légalement, ayant été nommé rapporteur au Conseil de la concurrence. En application des deux derniers alinéas de l'article L. 450-4 du Code de commerce, dans leur rédaction issue de la loi du 15 mai 2001 qui, dès lors qu'elle porte sur des dispositions de procédure, est d'application immédiate, y compris pour la répression des infractions commises avant son entrée en vigueur, une telle argumentation critiquant le déroulement des opérations de visites ou saisies aurait dû être portée, dans les deux mois suivant la notification de griefs, devant le juge ayant autorisé les opérations.

Le Conseil a toutefois pris soin de répondre en relevant que l'enquêteur avait été nommé rapporteur au Conseil à compter du 1er janvier 1997, par arrêté du 24 décembre 1996, publié au *Journal officiel* le 3 janvier 1997. Toutefois, sur sa demande, il avait été mis à la disposition du Conseil de la concurrence pour une durée de trois ans à compter du 1er mars 1997, par arrêté ministériel du 20 janvier 1997. La date du 1er mars 1997 correspondait à la date à laquelle l'intéressé avait cessé d'exercer ses fonctions à la DGCCRF, à la DNEC, pour rejoindre le Conseil. La circonstance que l'arrêté confiant à l'intéressé les fonctions de rapporteur du Conseil comportait une date d'effet au 1er janvier 1997 était sans incidence sur la régularité des opérations de saisie du 19 février 1997 dès lors que l'intéressé, alors en position d'activité dans le corps des inspecteurs de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, exerçait à la date du 19 février 1997 ses fonctions d'enquêteur sous l'autorité du directeur général de la DGCCRF.

Par ailleurs, le défaut de publication de l'arrêté était sans influence sur l'existence de l'acte, qui résultait de sa signature par délégation du ministre. Le Conseil a observé qu'en tout état de cause, le doute entretenu sur la régularité de la situation de l'intéressé n'était pas susceptible de remettre en cause la validité des actes individuels qu'il avait accomplis à la DGCCRF où il servait en position d'activité avant le 1er mars 1997. En effet, s'agissant de fonctionnaires et plus généralement de toute personne investie de fonctions publiques, la théorie des fonctionnaires de fait, constamment appliquée par le

Conseil d'Etat, conduit ce dernier à juger qu'« *un fonctionnaire irrégulièrement nommé aux fonctions qu'il occupe doit être regardé comme légalement investi desdites fonctions tant que sa nomination n'a pas été annulée* » (CE, Ass, 2 novembre 1923, association des fonctionnaires de l'administration centrale des PTT, p. 699) ou que « *tant que sa nomination n'est pas annulée, un agent public même irrégulièrement nommé accomplit valablement les actes relevant de ses fonctions* » (CE, 8 février 1995, M^me^ Robert).

- **Déroulement des opérations de visites et de saisies et des auditions et établissement des procès-verbaux**

Dans la décision **06-D-03 *bis***, le Conseil a écarté les moyens par lesquels les parties invoquaient diverses irrégularités, censées démontrer que l'enquête s'était déroulée dans des conditions déloyales : interventions séparées des trois enquêteurs pour procéder aux visites et saisies alors qu'ils n'étaient accompagnés que par un seul officier de police judiciaire, audition simultanée par le même enquêteur des représentants de deux sociétés dans les locaux de la DNEC, établissement de deux procès-verbaux d'audition concernant les mêmes personnes en vue de les utiliser dans deux procédures distinctes, excessive longueur des auditions.

Bien que les entreprises n'aient jamais contesté devant le juge compétent le déroulement des opérations comme elles auraient dû le faire en application de l'article L. 450-4 du Code de commerce (deux derniers alinéas), dans sa rédaction issue de la loi NRE du 15 mai 2001, le Conseil a répondu aux moyens, compte tenu de la date à laquelle les opérations critiquées avaient eu lieu, antérieurement à la loi NRE. Il apparaissait toutefois que les parties, soit n'avaient jamais contesté le déroulement des opérations, soit n'apportaient aucun élément de nature à étayer leurs griefs. En outre, si effectivement deux dirigeants avaient été convoqués le même jour, à la même heure, les procès-verbaux démontraient qu'ils avaient été entendus successivement. Le Conseil a écarté également l'argument selon lequel des personnes auraient été trompées par les enquêteurs qui ne leur auraient pas précisé si elles étaient auditionnées en tant que représentantes de leur société ou en tant que représentantes d'organismes professionnels : les intéressées avaient accepté de décrire à la fois l'activité de leur entreprise et leur activité au sein de l'organisation professionnelle dans laquelle elles représentaient leur entreprise. Enfin, aucun élément probant ne venait étayer l'allégation selon laquelle l'avocat d'une société aurait été « *contraint par les enquêteurs à rester muet* ». Un directeur de la société avait écrit, au demeurant, à l'enquêteur pour préciser ses propos retranscrits dans son procès-verbal, de sorte qu'il avait pu ainsi corriger les éventuelles erreurs ou déformations y figurant.

- **Utilisation par les enquêteurs d'éléments extérieurs**

Le Conseil a écarté, dans la décision **06-D-03 *bis*** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie, climatisation, le moyen selon lequel la DGCCRF aurait manqué à son obligation de loyauté, en utilisant une enquête établie dans le cadre qu'une procédure distincte ne concernant pas la recherche des pratiques anticoncurrentielles visées par la saisine ministérielle, mais portant sur le respect des règles de sécurité des chaudières et des règles relatives aux pratiques restrictives de concurrence.

Toutefois, l'enquête en cause portait sur des pratiques locales entrant dans le même champ de la demande d'enquête du ministre de l'Économie. La lettre de transmission des documents issus de l'enquête dont l'utilisation était contestée indiquait d'ailleurs que certaines pratiques relevées étaient susceptibles de relever de l'application de l'article 7 de l'ordonnance de 1986 (devenu L. 420-1 du Code de commerce). En outre, cette enquête révélait les mêmes difficultés d'approvisionnement des grandes surfaces de bricolage, auprès des mêmes entreprises et à la même période, que celles constatées au cours de l'enquête menée dans le cadre de la procédure suivie devant le Conseil. L'utilisation des pièces transmises par la DDCCRF ne pouvait donc constituer un « détournement de pièces », ni caractériser la « déloyauté de l'enquête ». Ces pièces ayant été régulièrement versées au dossier, le principe du contradictoire n'avait pas été non plus méconnu.

Dans la décision **06-D-18**, le Conseil a écarté la critique portant sur l'utilisation, dans la procédure, d'enquêtes relevant de l'initiative de la DGCCRF. Les parties arguaient de la déloyauté manifestée par les enquêteurs qui avaient établi des procès-verbaux et des rapports d'enquête dont l'objet était différent de celui de la saisine et qui ne pouvaient, par conséquent, être transmis sur le fondement de l'article 18 du décret du 30 avril 2002.

L'article 18 du décret du 30 avril 2002 [6] ne limite pas le champ de la communication, dès lors que les documents (rapports d'enquête, procès-verbaux...) présentent un lien avec la saisine du Conseil et ont été recueillis loyalement. En l'espèce, les enquêtes litigieuses portaient sur le secteur de la publicité cinématographique, qui faisait l'objet de la saisine du Conseil. Cet objet avait clairement été indiqué aux sociétés entendues, tant dans les courriers de convocation aux auditions que sur les procès-verbaux concernés, qui visaient les articles L. 450-1 et suivants du livre IV du Code de commerce. Les parties n'avaient donc pu se méprendre sur la portée de leurs déclarations.

Saisine du Conseil de la concurrence

Validité/recevabilité de la saisine

• Conditions de forme

Le Conseil a rappelé, dans la décision **06-D-39**, que pour être valable, la saisine au fond doit répondre aux conditions fixées par l'article 30 du décret n° 2002-689 qui précise qu'elle doit inclure « *son objet et les dispositions du droit national ou du droit communautaire de la concurrence sur lesquelles la partie saisissante fonde sa demande* ».

6. « *Lorsque le rapporteur juge utile, pour l'instruction des saisines mentionnées à l'article L. 462-5 du Code de commerce et des demandes de mesures conservatoires prévues à l'article L. 464-1 du même Code dont il a la charge, et notamment en cas d'urgence, de demander à la DGCCRF communication des éléments dont elle dispose déjà, sa demande est transmise par le rapporteur général, selon les mêmes modalités que celles qui sont prévues au premier alinéa de l'article L. 450-6 de ce code.* »

- **Qualité pour agir**

Dans la décision **06-MC-01**, le Conseil a considéré qu'était recevable la saisine de la commune de Bouc-Bel-Air, même si la délibération du conseil municipal autorisant le maire à saisir le Conseil de la concurrence lui était postérieure. Le Conseil a estimé en effet que la délibération du conseil municipal avait régularisé la saisine effectuée par le maire. Il a relevé en outre qu'en cas d'urgence, l'article L. 2132-3 du Code général des collectivités territoriales dispose que le maire peut, à titre exceptionnel, sans autorisation préalable du conseil municipal, faire tout acte conservatoire ou interruptif de déchéance (par exemple, introduire une action en référé).

Dans la décision **06-D-26**, le Conseil a rappelé qu'une société en liquidation amiable, représentée par son liquidateur, peut valablement le saisir.

- **Disparition du saisissant**

Dans la décision **06-D-18**, le Conseil a écarté le moyen selon lequel la saisine serait devenue sans objet du fait de la disparition, intervenue postérieurement, de la société saisissante. En effet, dans un arrêt du 8 septembre 1998 (Coca Cola Entreprise), la cour d'appel de Paris a jugé que « *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* [...]. [La] *saisine du Conseil par une personne habilitée a pour effet de porter à la connaissance de celui-ci des pratiques susceptibles d'être contraires aux règles de la concurrence, mais* [...] *une fois cette saisine déposée, son auteur n'a pas la maîtrise de la procédure ainsi engagée* ». Les affaires portées à la connaissance du Conseil de la concurrence relèvent donc d'un contentieux objectif, visant à protéger l'ordre public économique, et ne sont pas contraintes par les demandes des parties. La disparition de la saisissante, qui avait régulièrement saisi le Conseil au regard des conditions de recevabilité posées par l'article L. 462-8 du Code de commerce, n'avait donc pas eu pour effet de dessaisir le Conseil.

Voir également en ce sens la décision **06-D-26**.

Étendue de la saisine

- **Pratiques non visées dans la saisine**

« *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 que celles qui lui ont été dénoncées ;* [...] *il peut également retenir, parmi ces pratiques, celles qui se sont poursuivies après sa saisine* » (cour d'appel de Paris, 22 février 2005, Decaux). Ayant rappelé cette jurisprudence dans la décision **06-D-04 *bis***, le Conseil a écarté la thèse des sociétés requérantes selon laquelle le Conseil ne pouvait, sans excéder le

champ matériel et temporel de sa saisine d'office, se prononcer, d'une part, sur des pratiques afférentes aux cosmétiques de luxe, la saisine d'office ne visant que le secteur de la parfumerie de luxe, et d'autre part, sur des pratiques postérieures à cette saisine d'office.

En effet, sur le premier point, l'enquête administrative avait révélé des pratiques portant sur les cosmétiques de même nature que celles révélées pour les parfums, et ayant manifestement le même objet et le même effet. En outre, les contrats de distribution sélective des fabricants visaient indistinctement les deux produits – cosmétiques et parfums –, les montants des achats annuels devant être réalisés par chaque distributeur étaient globalisés et les conditions d'attribution des ristournes étaient définies, en règle générale, indifféremment pour les deux catégories de produits. Ainsi, le secteur des cosmétiques ne constituait pas un marché connexe du marché des parfums mais appartenait à ce même marché pertinent. La pratique décisionnelle du Conseil (avis du 1er décembre 1983, décisions 96-D-57 et 03-D-53), comme de la Commission européenne (décision du 24 juillet 1992, Givenchy-92/428/CEE) allait dans ce sens et l'INSEE réservait d'ailleurs aux deux secteurs un code commun sous la dénomination de « *Commerce de détail de parfumerie et de produits de beauté* ». S'agissant d'une saisine *in rem*, le Conseil pouvait donc conduire ses investigations sur l'ensemble du marché pertinent, incluant les parfums et les cosmétiques de luxe, sans qu'il lui soit nécessaire de prendre une décision formelle d'extension de sa saisine d'office. De même, sur le second point, les pratiques concernées étant des pratiques continues qui s'étaient poursuivies après sa saisine d'office, le Conseil pouvait retenir, dans son examen, les faits postérieurs à sa saisine, se rattachant à ces pratiques.

- **Pratiques non visées dans le complément d'instruction ordonné par la cour d'appel**

Dans la décision **06-D-18**, le Conseil a écarté l'argumentation selon laquelle la procédure aurait été irrégulière pour avoir méconnu *ratione materiae* le cadre strictement délimité du renvoi de l'affaire à l'instruction devant le Conseil, ordonné par la cour d'appel sur le recours formé contre une première décision de rejet de la saisine au fond pour défaut d'éléments suffisamment probants.

La cour d'appel ayant réformé la décision du Conseil et renvoyé l'affaire pour poursuite de l'instruction devant le Conseil, celui-ci pouvait, étant saisi *in rem,* retenir les pratiques qui, quoique non visées dans la saisine initiale, avaient été révélées au cours des investigations et présentaient le même objet ou le même effet que celles dénoncées (*supra*, cour d'appel de Paris, 22 février 2005, Decaux). La circonstance que la cour d'appel ait, par ailleurs, ordonné un complément d'instruction « *sur l'incidence éventuelle, sur le marché de la régie publicitaire locale, des pratiques reprochées à la société Mediavision* » ne pouvait avoir pour effet de limiter la compétence d'instruction du Conseil de la concurrence, cette mesure n'énonçant que les mesures d'instruction minimales auxquelles le Conseil devait procéder. La décision de rejet au fond ayant été réformée, l'instruction pouvait porter également sur tous les éléments compris dans le champ initial de la saisine *in rem*.

Saisine d'office

- **Validité/régularité de la saisine d'office**

Précédente décision de classement concernant les faits visés dans la saisine d'office (respect de la règle non bis in idem*)*

Dans la décision **06-D-04 *bis***, le Conseil a écarté le moyen tiré de l'irrégularité de la saisine d'office qui aurait résulté de ce que les faits relatifs à la saisine auraient fait précédemment l'objet d'une décision de classement du Conseil. Le principe *non bis in idem* s'oppose à ce que, lorsque le Conseil a rendu une décision au fond (condamnation ou relaxe) sur des pratiques à l'encontre d'une entreprise, il puisse statuer une deuxième fois sur ces pratiques à l'encontre de la même entreprise. Trois conditions doivent donc être réunies : l'existence d'une première décision au fond, l'identité des parties et l'identité de l'objet. Ces critères n'étaient pas réunis en l'espèce : la décision de classement, étant consécutive à un désistement, ne prenait pas parti au fond sur l'éventuelle qualification des pratiques dénoncées dans les saisines retirées et n'avait donc pas autorité de la chose décidée ; la saisine d'office n'avait pas le même objet que la saisine initiale du ministre de l'Économie qui visait les clauses des contrats de distribution sélective.

Décision de saisine d'office prise en cours d'instruction (impartialité du Conseil)

Dans la décision **06-D-18**, le Conseil a écarté le moyen selon lequel la décision de saisine d'office, intervenue après une notification de griefs et les réponses des parties à celle-ci, aurait été prise en contradiction avec le principe d'impartialité. Ce moyen était soulevé au regard de la jurisprudence (cour d'appel de Paris, 27 novembre 2001, Caisse nationale du Crédit agricole) selon laquelle la décision par laquelle le Conseil se saisit d'office a « *pour seul objet d'ouvrir la procédure devant le Conseil de la concurrence afin que puissent être conduites les investigations pouvant servir de base à la notification ultérieure de griefs, sans qu'à ce stade aucun fait ne puisse être qualifié ni aucune pratique anticoncurrentielle imputée à quiconque* ». Le Conseil a rappelé que selon une jurisprudence constante, aucune disposition n'impose au Conseil de motiver ses décisions de saisine d'office. Par conséquent, le fait qu'il ait pu s'appuyer sur des faits relevés par l'une des pièces d'un dossier en cours d'instruction n'a pas entraîné de conséquence quant à son impartialité, dès lors que la procédure en cours n'avait pas encore donné lieu à une décision au fond définitive de sa part.

En outre, dans cette affaire, la saisine d'office avait été jointe à la saisine initiale émanant du plaignant mais n'avait toutefois été suivie d'aucun acte de procédure en propre (notamment de notification de griefs complémentaire), de sorte que le Conseil a estimé qu'elle pouvait être écartée des débats et que l'affaire pouvait être examinée au regard de la seule procédure résultant de la saisine initiale.

Erreur matérielle sur la date de la saisine d'office dans plusieurs actes de désignation de rapporteurs

Dans la décision **06-D-07 *bis***, le Conseil a écarté l'argumentation par laquelle les sociétés, tirant parti d'une erreur matérielle sur la date de la saisine d'office figurant dans plusieurs actes de désignation de rapporteurs, invoquaient

l'irrégularité résultant de l'existence de plusieurs saisines d'office. En réalité, une seule décision d'autosaisine avait été prise, laquelle figurait au dossier revêtue de la signature du président du Conseil et les parties en avaient reçu copie dès la première notification des griefs. Or, selon les principes dégagés par la jurisprudence, une décision n'existe qu'à partir de sa signature par l'autorité compétente (Conseil d'État, 26 janvier 1951, Galy). Sa date est réputée exacte jusqu'à ce que la personne qui la conteste apporte la preuve contraire. Les actes de désignation des rapporteurs pris postérieurement avaient, à la suite d'une erreur matérielle – reproduite plusieurs fois, puis rectifiée – mentionné une date erronée comme étant celle de la décision d'autosaisine. Cette mention erronée n'avait pas de portée réelle et était en toute hypothèse sans incidence aussi bien sur l'existence de la décision de saisine d'office que sur la validité des décisions de désignation des rapporteurs.

Compétence et composition de la commission permanente

Dans la décision **06-D-07 *bis***, le Conseil a retenu que la commission permanente, formation spécifique du Conseil de la concurrence, dispose d'un pouvoir de décision en matière d'autosaisine. Le Conseil de la concurrence peut, en effet, en application de l'article L. 461-3 du Code de commerce, siéger soit en formation plénière, soit en section, soit en commission permanente, et les dispositions conférant à la commission permanente certaines attributions n'ont ni pour objet, ni pour effet, de restreindre à ces seules attributions la compétence de cette formation (voir en ce sens la décision 00-D-28 relative à la situation de la concurrence dans le secteur du crédit immobilier, confirmée par la cour d'appel de Paris, 27 novembre 2001).

Le Conseil a par ailleurs écarté les moyens par lesquels il était soutenu que la composition de la formation permanente était irrégulière dans la mesure où seuls deux vice-présidents y avaient siégé. En effet, l'article 4 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 modifié par la loi du 1er juillet 1996 (codifié à l'article L. 461-3 du Code de commerce) édicte que « *la commission permanente est composée du président et de trois vice-présidents* », mais n'impose pas que tous les membres soient présents pour lui permettre de délibérer valablement. La règle de *quorum*, non modifiée en 1996, prévue par l'article 6 du décret du 29 décembre 1986 alors en vigueur, exigeait seulement la présence de trois membres de la commission, condition satisfaite en l'espèce.

Désignation des rapporteurs au stade de l'autosaisine et pour l'instruction de l'affaire

La désignation formelle d'un rapporteur pour instruire une affaire, conformément à l'article 50 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 alors en vigueur, qui disposait que « *le président du Conseil de la concurrence désigne, pour l'examen de chaque affaire, un ou plusieurs rapporteurs* », n'était prévue que pour l'instruction des affaires au fond, postérieure à la saisine du Conseil, et non pour les procédures au cours desquelles le Conseil décidait de se saisir d'office. L'autosaisine du Conseil est, en effet, une décision d'ordre interne, prise hors la présence du commissaire du Gouvernement, non soumise à l'obligation de motivation, insusceptible de recours, dépourvue de formalité et dont la procédure d'adoption n'est régie par aucun texte. Il était dès lors loisible au Conseil de désigner oralement et sans

formalités des rapporteurs chargés spécialement de faire un rapport oral sur la saisine d'office devant la formation chargée de se prononcer sur cette saisine, cette désignation informelle ne faisant pas grief aux parties.

Par ailleurs, la désignation, pour l'instruction de l'affaire, d'un rapporteur présent lors de la séance à l'issue de laquelle la commission permanente a décidé de s'autosaisir, a été validée par l'arrêt Caisse nationale du Crédit agricole de la cour d'appel de Paris du 27 novembre 2001 **(06-D-07 *bis*)**.

Présence du rapporteur lors du délibéré de la saisine d'office

Selon une jurisprudence constante, la mention « *Délibéré sur le rapport oral de* [...] », portée sur toutes les décisions du Conseil, ne révèle nullement que le rapporteur a participé au délibéré de la saisine d'office, mais seulement que le rapporteur a fait un exposé oral devant le Conseil, cette formule finale se référant sans ambiguïté au déroulement de la séance (notamment, cour d'appel de Paris, 30 mars 2004, Semiacs). À supposer que les rapporteurs aient été présents lors du délibéré de la décision de saisine d'office, la cour d'appel de Paris a précisé dans son arrêt Caisse nationale du Crédit agricole du 27 novembre 2001 que « *le fait que M. T.* [rapporteur] *ait assisté au délibéré de la commission permanente n'affecte pas davantage la validité de la décision* [de saisine d'office] *dès lors que celle-ci s'est bornée* [...] *à ouvrir la procédure afin qu'il puisse être ultérieurement procédé aux investigations utiles pour l'instruction des faits dont le Conseil estimait devoir se saisir* » **(06-D-07 *bis*)**.

Communication aux parties des éléments ayant motivé la saisine d'office (problème du contradictoire)

Dans la décision **06-D-07 *bis***, le Conseil a rappelé que ni l'article 11 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, ni le décret pris pour son application, ne faisaient obligation au Conseil de motiver ses décisions d'autosaisine : « *Aucune disposition n'impose au Conseil de la concurrence de rendre compte des circonstances dans lesquelles il a estimé opportun d'exercer le pouvoir de se saisir d'office que la loi lui reconnaît afin, notamment, de le mettre en mesure de donner sa propre orientation à la politique de la concurrence* » (cour d'appel de Paris, Caisse nationale du Crédit agricole, 27 novembre 2001). Le Conseil de la concurrence est souverain dans l'appréciation de l'opportunité de se saisir d'office et n'a pas à rendre compte des circonstances dans lesquelles il décide d'exercer ce pouvoir. Le Conseil n'a donc pas à justifier son autosaisine, ni à produire les éléments factuels au vu desquels il a pris sa décision.

C'est ainsi que, pour répondre au moyen tiré de la violation du contradictoire qui aurait résulté de ce que des pièces du dossier – qui étaient visées dans la décision d'autosaisine et dont la commission permanente avait donc eu connaissance – n'avaient pas été communiquées aux parties, le Conseil a observé que la mention « *Vu les pièces du dossier* » faisait référence à des courriers archivés qui n'avaient pas été joints en annexe à la décision de saisine d'office, et qui n'avaient pas à l'être, la seule pièce devant être versée au dossier étant la décision de saisine d'office elle-même. Au demeurant, ces documents figuraient parmi les pièces communiquées par le juge d'instruction, de sorte que les parties avaient pu en prendre connaissance.

- **Délimitation du champ de la saisine d'office**

Dans la décision **06-D-07 *bis***, le Conseil a écarté le reproche selon lequel la mention délimitant la saisine d'office à la « *situation de la concurrence dans le secteur des travaux publics constatée à l'occasion de la passation de divers marchés publics dans la région Île-de-France* » était trop générale. Il a retenu que cette saisine visait à la fois un secteur professionnel et un cadre régional. Son objet était semblable à celui des enquêtes de concurrence menées à l'initiative de la DGCCRF. En effet, s'agissant de l'objet de l'enquête que les agents de la DGCCRF doivent indiquer aux personnes entendues, la Cour de cassation a confirmé la jurisprudence de la cour d'appel (26 janvier 1999, Bianco Arbex et 2 mars 1999, Surbeco) selon laquelle, lorsque les agents se livrent à une enquête sur la base de l'article 47 de l'ordonnance (actuel article L. 450-3 du Code de commerce), aucune disposition ne les « *contraint* [...] *à délimiter préalablement le marché pertinent sur lequel* [leurs] *investigations pourront porter* ». La délimitation d'un secteur suffit, sans qu'il soit besoin de détailler chacun des marchés visés. La société ne démontrait pas en quoi l'objet, tel que mentionné dans la saisine d'office, aurait pu l'amener à se méprendre sur le champ des investigations.

Dans la même décision, le Conseil a écarté la thèse selon laquelle le rapporteur aurait outrepassé le champ de la saisine d'office : *« Le fait que les actes de désignation des rapporteurs n'aient pas, pour définir le champ géographique et le secteur d'activité, repris exactement les mêmes mots que ceux utilisés dans la décision d'autosaisine n'emporte pas de conséquence, la décision d'autosaisine étant seule apte à définir le domaine des investigations ».*

Par ailleurs, la saisine d'office visant « *la situation de la concurrence dans le secteur des travaux publics constatée à l'occasion de la passation de divers marchés publics dans la région Île-de-France* », le ressort géographique concerné pouvait indifféremment être la région parisienne ou l'Île-de-France, les deux appellations correspondant dans les deux cas à Paris et aux départements des Hauts-de-Seine, Seine-Saint-Denis, Yvelines, Essonne, Val-d'Oise et Seine-et-Marne (loi n° 64-707 du 10 juillet 1964 portant réorganisation de la région parisienne). Quant au secteur d'activité, celui des travaux publics, il était bien identifié. Les 57 marchés sur lesquels avait porté l'instruction répondaient à la triple caractéristique d'appartenir à la catégorie des marchés publics, d'être situés en Île-de-France et de concerner une ou plusieurs des douze spécialités énumérées par la Fédération nationale des travaux publics : ils entraient donc dans le champ de l'autosaisine. En revanche, l'un des marchés, ayant trait à un marché de bâtiment et non un marché de travaux publics, ne pouvait être considéré comme compris dans la saisine. Les pratiques relatives à ce marché ont par conséquent été écartées des débats.

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 ne soit pas irrecevable ou ne soit pas rejetée faute d'éléments suffisamment probants, en application, respectivement, des alinéas 1 et 2 de l'article L. 462-8 du Code de commerce [7] **(06-MC-01** [8] **; 06-MC-02 ; 06-D-05 ; 06-D-15 ; 06-D-21 ; 06-MC-03 ; 06-D-27 ; 06-D-31 ; 06-D-39)**.

Le Conseil a précisé, par ailleurs, dans la décision **06-D-39**, qu'une demande de mesures conservatoires ne peut être examinée que pour autant que la saisine au fond est régulière au regard des dispositions de l'article 30 du décret n° 2002-689 qui précisent que la saisine du Conseil au fond doit mentionner « *son objet et les dispositions du droit national ou du droit communautaire de la concurrence sur lesquelles la partie saisissante fonde sa demande* ».

Instruction des mesures conservatoires : respect du contradictoire et des droits de la défense

Dans la décision **06-MC-03**, le Conseil a écarté le mémoire adressé par fax par une partie saisissante la veille au soir de la séance, estimant qu'« *une telle production était en effet trop tardive pour permettre d'assurer le respect du contradictoire* ». Il a décidé, pour les mêmes raisons, de ne pas tenir compte d'un courrier que lui avait adressé une autre partie en cours de délibéré.

Instruction

La notification des griefs

- **Absence d'audition préalable par le rapporteur**

Le rapporteur n'est pas tenu de procéder à des auditions s'il s'estime suffisamment informé pour déterminer les griefs susceptibles d'être notifiés (Cour de cassation, 15 juin 1999). L'absence d'audition préalable à la notification des griefs ne constitue donc pas une atteinte au principe du contradictoire et la circonstance que des responsables ou des cadres des entreprises vis-à-vis desquelles des griefs ont été retenus n'ont pas été entendus par le rapporteur, est sans incidence sur la régularité de la procédure **(06-D-07 *bis*)**.

- **Notification d'un grief précédemment abandonné dans le cadre d'une autre procédure**

Le Conseil a écarté, dans la décision **06-D-03 *bis***, le moyen selon lequel il était soutenu qu'en notifiant un grief identique à celui notifié et abandonné dans le cadre d'une autre procédure, le rapporteur avait fait preuve de déloyauté dans la conduite de son instruction, ce qui devait conduire le

7. « *Le Conseil de la concurrence peut déclarer* [...] *la saisine irrecevable pour défaut d'intérêt ou de qualité à agir de l'auteur de celle-ci, ou si les faits sont prescrits au sens de l'article L. 462-7, ou s'il estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence.*
Il peut aussi rejeter la saisine [...] *lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants* ».

8. Décision confirmée par la cour d'appel de Paris, 9 mai 2005.

Conseil de la concurrence à annuler la procédure en vertu des principes de l'autorité de chose décidée et *non bis in idem*. Le Conseil a constaté que la décision rendue à l'issue de l'autre procédure ne concernait en rien le grief visé dans la notification critiquée. Il a encore relevé que dans le cadre de l'autre saisine, le rapporteur avait abandonné le grief, non pas en raison de l'absence de pratique anticoncurrentielle, mais en raison de l'impossibilité de traiter ces pratiques dans le champ de la saisine initiale (l'accord en cause ne se rattachait pas au comportement dénoncé par la saisine du Conseil, ne visait pas le même objet et ne pouvait avoir le même effet que les pratiques visées). La procédure n'était donc pas entachée d'irrégularité du fait de la « reprise » du grief par le rapporteur.

• La précision des griefs notifiés

Dans la décision **06-D-18**, le Conseil a rappelé qu'« *un grief au sens de la procédure devant le Conseil de la concurrence est un ensemble de faits, qualifiés juridiquement et imputés à une ou plusieurs entreprises. La notification de griefs doit donc informer les parties des pratiques reprochées, de leur qualification juridique au regard du droit applicable – national ou communautaire – et des personnes auxquelles sont imputées ces pratiques, afin de les mettre en mesure de contester utilement, au cours de la procédure contradictoire, soit la réalité des faits, soit leur qualification, soit leur imputation* ». Il a estimé en l'espèce que la notification de griefs répondait aux exigences rappelées par la cour d'appel de Paris (29 mars 2005, Filmdis Cinésogar [9]), puisqu'elle précisait les faits reprochés, leur qualification juridique et leur imputabilité aux entreprises destinataires. De nombreux passages décrivaient, en outre, les objets et effets anticoncurrentiels dénoncés, tant dans les conclusions partielles afférentes à chaque pratique que dans la conclusion générale. Dès lors que les informations nécessaires avaient été communiquées aux parties, rien n'imposait qu'une subdivision formelle de la notification des griefs soit spécialement consacrée à l'étude des objets ou des effets anticoncurrentiels des pratiques dénoncées. Par ailleurs, pour répondre à la critique selon laquelle la définition du marché pertinent aurait fluctué tout au long de la procédure, la définition retenue dans le rapport étant, de plus, en contradiction avec celle du complément d'instruction ordonné par la cour d'appel de Paris, le Conseil a retenu que la définition du marché pertinent qui devait être prise en compte était celle qui avait été retenue dans la notification de griefs, dont la délimitation et la justification avaient été seulement précisées au stade du rapport, compte tenu des observations des parties et conformément au principe du contradictoire, sans qu'il y ait eu une modification de la définition du marché pertinent au stade du rapport.

Ni le marché pertinent retenu dans une décision antérieure rendue en matière de mesures conservatoires, réformée par la cour d'appel de Paris, ni

9. « *Les garanties fondamentales de la procédure devant être impérativement respectées, la notification des griefs doit informer précisément les entreprises poursuivies des pratiques reprochées et le Conseil ne saurait – sauf notification de griefs complémentaires à laquelle il lui est loisible de procéder – sanctionner une pratique qui n'a pas été visée dans la notification des griefs, peu important à cet égard qu'elle ait été dénoncée dans le rapport et que les parties s'en soient expliquées devant lui.* »

celui auquel la cour d'appel avait fait référence dans son arrêt de réformation n'avaient d'autorité de chose décidée quant aux griefs notifiés postérieurement. Au demeurant, malgré des différences de formulation, le marché visé par la cour d'appel était le même que celui qui était défini dans la notification des griefs et le rapport.

En outre, le Conseil a estimé que les points de divergence pouvant exister entre les positions adoptées dans la notification des griefs, le rapport et les observations du commissaire du Gouvernement, ne sauraient être source de confusion ou d'insécurité juridique, et ce, pour des raisons qui tiennent à la nature même de la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence. Aux termes des dispositions du premier alinéa de l'article L. 463-2 du Code de commerce, la notification des griefs marque l'ouverture de la procédure contradictoire prévue à l'article L. 463-1. L'article 36 du décret du 30 avril 2002 précise que « *le rapport soumet à la décision du Conseil de la concurrence une analyse des faits et de l'ensemble des griefs notifiés* ». La notification de griefs ouvre la phase contradictoire de la procédure et fixe le cadre définitif de l'instance devant le Conseil, imposant à ce dernier de se prononcer sur tous les griefs retenus par le rapporteur, sans pouvoir requalifier d'office les faits qui lui sont soumis, ni ajouter de nouveaux griefs, ni poursuivre de nouvelles entreprises (sauf à devoir surseoir à statuer), et le rapport propose donc une analyse qui n'a pas pour effet de modifier la nature des griefs reprochés aux parties. À chaque étape de la procédure, le commissaire du Gouvernement, qui n'est pas une instance de poursuite dans la procédure, a la possibilité de donner son avis, qui peut différer en tout ou partie de celui soutenu dans la notification des griefs ou de celui soutenu au stade du rapport.

Dans la décision **06-D-07 *bis***, le Conseil a précisé que la notification de griefs est un document synthétique qui définit l'accusation, contient une description précise des faits reprochés, leur date, leur imputabilité et leur qualification, puis reprend, *in fine*, en les résumant, la rédaction des griefs eux-mêmes dans une formule concise. Elle constitue l'acte d'accusation et doit donc être précise (cour d'appel de Paris, 29 mars 2005, Filmdis Cinésogar), cette exigence n'excluant pas que les juges d'appel et de cassation acceptent parfois une rédaction imparfaite et cherchent dans le corps même de la notification de griefs si les entreprises mises en cause ont pu se méprendre sur les griefs notifiés (Cour de cassation, 6 avril 1999, ODA [10]).

Dans la décision **06-D-04 *bis***, le Conseil a écarté la critique relative à l'imprécision des griefs : le grief d'entente verticale sur les prix, en visant « *la grande majorité* [des] *distributeurs agréés de parfums et cosmétiques de luxe au premier rang desquels les sociétés Douglas, Marionnaud, Nocibé et Sephora France* », n'aurait pas permis d'identifier clairement les distributeurs impliqués ; en outre, le rassemblement, au sein de ce même grief des

10. Voir aussi l'arrêt de la CA de Paris, 26 septembre 2006, Hôtel Le Bristol : la notification de griefs « *doit contenir un exposé des griefs libellé dans des termes suffisamment clairs, fussent-ils sommaires, pour permettre aux intéressés de prendre connaissance des comportements qui leur sont reprochés par l'autorité de concurrence, et* [...] *cette exigence est respectée lorsque la décision ne met pas à la charge des intéressés des infractions différentes de celles visées dans la communication des griefs et ne retient que des faits sur lesquels les intéressés ont eu l'occasion de s'expliquer* ».

faits évoqués à l'appui d'un deuxième grief relatif aux dispositifs de ristournes et à un troisième relatif aux restrictions pesant sur les politiques publi-promotionnelles des distributeurs aurait créé une confusion dommageable à l'exercice de la défense.

Sur le premier point, le Conseil a rappelé que selon une jurisprudence constante, tant nationale qu'européenne, la démonstration d'une entente verticale sur les prix entre un fournisseur et ses distributeurs exige la démonstration de la commission de la pratique illicite par le producteur mais n'exige pas la mise en cause de chacun de ses distributeurs. Les fournisseurs poursuivis n'étaient donc pas fondés à prétendre que l'absence de mise en cause de certains distributeurs ne leur permettait pas d'identifier clairement la pratique qui leur était reprochée. Sur le second point, il est constant qu'un même fait, une même pièce ou une même déclaration peuvent être pris en compte pour examiner le bien-fondé de griefs différents. La circonstance que le rapport ait étayé le premier grief par des faits exposés initialement au soutien de griefs qui avaient été distingués dans la notification de griefs, n'a pas eu pour conséquence d'établir un grief nouveau et de porter atteinte au caractère contradictoire de la procédure.

Voir aussi *infra* « *Contradictoire : Mention dans le rapport d'éléments non cités dans la notification de griefs* », décision **06-D-04 *bis*** sur l'insuffisante clarté prétendue de la notification de griefs résultant de ce que le rapporteur avait mentionné dans le rapport des éléments non cités dans la notification de griefs.

Voir aussi *supra* « *Notification de griefs complémentaire et précision des griefs* » (décision **06-D-07 *bis***).

- **Notification de griefs complémentaire**

Notification complémentaire et précision des griefs

Dans l'affaire ayant donné lieu à la décision **06-D-07 *bis***, les griefs contenus dans la notification de griefs initiale avaient été précisés, pour la plupart, dans une première notification de griefs complémentaire sans être reformulés, ce qui ne posait donc aucune difficulté. Un autre grief, cependant, figurant dans la notification de griefs initiale, n'avait pas été repris dans la première notification de griefs complémentaire mais dans la seconde, et sous un nom différent. Le Conseil a donc vérifié, en se référant aux développements de la notification des griefs et à la formule finale d'accusation, si la pratique sanctionnée – qui portait sur quatre marchés – était bien visée et si en dépit de « *la rédaction imparfaite du grief notifié »,* il n'existait aucune incertitude sur l'étendue de la saisine du Conseil (Cour de cassation, 6 avril 1999, ODA).

Pour trois des marchés, il a constaté que les notifications de griefs permettaient aux entreprises de connaître les pratiques qui leur étaient reprochées et de ne pas se méprendre sur les accusations portées contre elles. En revanche, pour le quatrième marché, les griefs notifiés dans la notification initiale n'avaient pas figuré dans la première notification complémentaire, mais dans la seconde et sous une autre dénomination, et ne visaient plus alors que certaines des entreprises destinataires de la notification initiale. Le marché en cause enfin avait été repris sous sa bonne dénomination au stade

du rapport. Le Conseil a estimé que, dans ces conditions, les parties avaient pu être induites en erreur sur l'étendue des accusations pesant sur elles. Il a, en conséquence, écarté le grief correspondant.

Dans la même décision, le Conseil a considéré, pour autant, que l'existence de deux notifications complémentaires puis du rapport qui avait repris des griefs notifiés initialement mais non mentionnés dans les notifications complémentaires n'avait pas compromis l'exercice de la défense des entreprises.

En effet, si la notification de griefs fixe le cadre définitif de l'instance devant le Conseil, imposant à ce dernier de se prononcer sur tous les griefs retenus par le rapporteur, sans pouvoir requalifier d'office les faits qui lui sont soumis, ni ajouter de nouveaux griefs, ni poursuivre de nouvelles entreprises (sauf à devoir surseoir à statuer) et si elle entraîne une certaine immutabilité de l'instance, ce principe n'implique pas l'unicité de la communication des griefs. Si le rapporteur estime, après la notification de griefs initiale, qu'il y a lieu de retenir de nouveaux griefs ou d'imputer des griefs à l'encontre de nouvelles entreprises ou encore s'il apparaît que les personnes concernées ont subi des changements dans leurs structures ou dans leur personne juridique, il peut procéder à une notification de griefs complémentaire, dès lors que le principe de la contradiction est respecté, les parties bénéficiant d'un nouveau délai de deux mois après la nouvelle notification de griefs pour consulter le dossier et présenter leurs observations (en ce sens, voir cour d'appel de Paris, 19 septembre 1990, société Herlicq [11]). Comme pour la notification de griefs initiale, les faits doivent être formulés de manière suffisamment précise et les pratiques doivent être étayées d'éléments de preuve suffisants pour que les parties puissent préparer utilement leur défense (cour d'appel de Paris, 8 juillet 1992, Carrière Gontero ; 17 juin 2003, SNR Roulements).

Le Conseil a encore précisé que la notification de griefs complémentaire ne peut se substituer à la première notification de griefs. En effet, il résulte de l'article 36 du décret du 30 avril 2002 (« *Le rapport soumet à la décision du Conseil de la concurrence une analyse des faits et de l'ensemble des griefs notifiés* ») que ni le rapporteur, ni le rapporteur général ne sont compétents pour annuler un grief notifié (*cf*. décision 04-D-48 [12]). La notification de griefs complémentaire ne peut donc être utilisée pour procéder à l'annulation d'un grief. Elle n'a pas non plus à se prononcer sur le maintien ou l'abandon de griefs contenus dans la notification de griefs initiale (*cf*. décision 01-D-41). En fin de procédure, le Conseil doit, pour vider sa saisine, se prononcer sur tous les griefs, aussi bien ceux contenus dans la notification initiale que ceux contenus dans la (ou les) notification(s) de griefs complémentaire(s), même si le rapporteur a proposé l'abandon de certains griefs au stade du rapport. L'absence de rappel, dans les notifications de griefs complémentaires, des

11. Le Conseil « *n'a pas l'obligation de dénoncer simultanément tous les griefs qu'il retient ;* [...] *en particulier, il peut procéder à une notification complémentaire sans porter atteinte aux droits de la défense à la condition que cette formalité soit accompagnée des garanties prévues par* [l'article L. 463-2 du Code de commerce] ».

12. Ainsi, la formule « *annule et remplace* [la notification de griefs initiale] » employée dans la notification de griefs complémentaire était impropre et ne correspondait d'ailleurs pas à la procédure mise en œuvre dans les faits.

griefs mentionnés dans la première notification de griefs, ne vaut pas abandon de ces griefs.

Réponse aux moyens de procédure soulevés par la notification de griefs initiale

Le rapporteur n'est nullement tenu de répondre, dans la notification de griefs complémentaire, aux éventuels moyens de procédure soulevés par les parties en réponse à la notification de griefs initiale. Il n'est pas davantage tenu de saisir immédiatement le Conseil de ces « *questions préalables* » afin que celui-ci se prononce. Les moyens de procédure ne constituent pas en effet des questions préalables détachables du fond, sur lesquelles le Conseil devrait se prononcer *in limine litis* pour permettre la poursuite de la procédure.

Selon la procédure en vigueur, le rapporteur, au vu des observations des parties en réponse à sa notification de griefs, donne son avis sur les questions de procédure soulevées et il appartient au Conseil, après un débat contradictoire en séance, de statuer sur ces questions dans sa décision **(06-D-07 *bis*)**.

Communication des observations du commissaire du Gouvernement ayant motivé la notification de griefs complémentaire

Voir *infra* « *Contradictoire/Information des parties* » (décision **06-D-07 *bis***).

- **La délégation de pouvoirs de la rapporteure générale adjointe**

Voir la décision **06-D-33** sur l'incompétence prétendue de la rapporteure générale adjointe pour notifier les griefs.

Le rapport

- **La réponse aux observations des parties sur la notification des griefs**

« [...] *selon une jurisprudence constante, il n'est pas nécessaire que le rapport réponde au détail de l'argumentation des parties, dès lors qu'il contient l'essentiel des considérations concernant les éléments soumis à la discussion contradictoire* » **(06-D-07 *bis*)**.

- **La modification ou l'abandon des griefs au stade du rapport**

Le Conseil a repoussé, dans la décision **06-D-18**, les moyens tirés d'une prétendue modification des griefs au stade du rapport : « *La notification des griefs n'a* [...] *pas pour objet d'anticiper ou d'épuiser dès l'origine le débat contradictoire ultérieur, ni de retirer à la formation du Conseil appelée à prendre la décision son pouvoir de motiver librement celle-ci, dès lors qu'elle s'en tient au grief notifié et fonde sa décision 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* » (*cf*. aussi décision 05-D-64). Dès lors, tant que le rapport ne vise pas des pratiques différentes de celles évoquées dans la notification des griefs et ne modifie pas leur qualification, il est possible d'y affiner l'analyse concurrentielle, d'étayer ou de préciser l'un des griefs notifiés.

Les précisions apportées par le rapport pour préciser le type de problématique concurrentielle et les outils d'analyse jugés les plus appropriés pour

étudier les faits décrits dans la notification des griefs, étaient donc destinées à nourrir le débat contradictoire, auquel les parties avaient participé par leurs observations écrites et orales. Elles n'avaient pas ajouté au grief notifié ni imputé ce grief à une nouvelle entreprise, mais seulement précisé la partie des faits à l'origine du problème de concurrence. Ces développements avaient seulement soutenu le grief notifié, en l'étayant. En toute hypothèse, les développements contenus dans le rapport ne lient pas le Conseil, qui doit seulement s'en tenir aux griefs notifiés et fonder sa décision sur des éléments soumis au contradictoire.

- **Mention dans le rapport d'éléments non cités dans la notification de griefs**

La circonstance que le rapporteur se soit appuyé, au stade du rapport, sur des pièces figurant au dossier qui, bien que venant conforter les griefs notifiés, n'avaient pas été expressément citées au stade de la notification de ces derniers, est sans incidence sur la régularité de la procédure, dès lors que les parties ont disposé du délai légal, à la suite de la notification du rapport, pour y répondre **(06-D-04 *bis*)**. En l'espèce, les nouveaux éléments matériels évoqués dans le rapport n'avaient pas modifié les griefs notifiés dans leurs éléments constitutifs (description des faits, qualification juridique, imputation à une ou plusieurs entreprises), mais seulement confirmé l'accusation initiale par des démonstrations supplémentaires à l'appui du raisonnement précédemment développé dans la notification de griefs, apportant, par exemple, de nouveaux indices sur l'existence d'une police des prix ou sur la participation active de certains distributeurs à l'entente dénoncée.

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**

Selon une jurisprudence constante, 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, les autorités administratives indépendantes constituent une catégorie juridique distincte qui n'est pas soumise à la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration. Par conséquent, 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 précitée (Cour de cassation, 28 janvier 2003, Domoservices maintenance ; voir aussi décisions 05-D-19 et 05-D-26) **(06-D-07 *bis*)**.

- **L'erreur commise sur la dénomination des entreprises ou leur adresse**

Dans la décision **06-D-09**, le Conseil a écarté le moyen par lequel une entreprise soutenait qu'une irrégularité « *substantielle* » avait été commise par le rapporteur, dans la mesure où le rapport avait été notifié à son siège alors qu'il aurait dû l'être, conformément au mandat donné par la société, à l'adresse de ses conseils. Le Conseil a observé que le rapport avait été adressé au siège de cette société par envoi recommandé avec une demande d'avis de réception, celui-ci ayant été signé. Les obligations légales de

notification avaient ainsi été respectées et la société qui n'avait, à aucun moment de la procédure, fait part de sa volonté d'élire domicile au siège de ses conseils, avait été régulièrement destinataire du rapport.

Voir aussi la décision **06-D-03 *bis*** (accusé de réception signé par une société tierce domiciliée à la même adresse que la société à laquelle les griefs étaient notifiés).

Cotation du dossier d'instruction

Dans la décision **06-D-07 *bis***, le Conseil a rappelé qu'aucune disposition ne prescrit que le dossier de l'instruction doit être coté. Il en est de même lorsque des pièces issues d'un dossier pénal, soumis, lui, à la formalité de la cotation [13], sont versées au dossier du Conseil.

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**

Origine/régularité de la demande de communication

Dans la décision **06-D-07 *bis***, le Conseil a écarté plusieurs moyens par lesquels les entreprises soutenaient que les demandes de communication de pièces adressées par le Conseil à l'institution judiciaire étaient irrégulières. Il a ainsi estimé qu'aucune irrégularité ne pouvait résulter de ce que la demande émanait de la commission permanente du Conseil composée de seulement deux vice-présidents. Aucun texte n'impose en effet que la commission permanente, « *composée du président et de trois vice-présidents* » selon l'article 4 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 modifié par la loi du 1er juillet 1996 (devenu L. 461-3 du Code de commerce), réunisse tous ses membres pour délibérer valablement. La règle de *quorum*, non modifiée en 1996, prévue par l'article 6 du décret du 29 décembre 1986 alors en vigueur, exige seulement la présence de trois membres de la commission. Ne pouvait davantage être critiqué, l'envoi, par la présidente du Conseil, d'une lettre de relance au procureur de la République proposant une modalité pratique destinée à faciliter la reprographie des documents devant être versés au dossier de la procédure de concurrence. Ce courrier visait seulement à permettre l'exécution des décisions prises par la formation collégiale du Conseil et n'impliquait pas l'immixtion de la présidente dans l'instruction de l'affaire. Enfin, même si l'article 26 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 (devenu l'article L. 463-5 du Code de commerce) ne prévoyait pas que le parquet puisse être destinataire d'une demande de communication de pièces, aucune conséquence ne pouvait être tirée de la circonstance qu'une demande avait été adressée au procureur de la République. En effet, ce dernier avait transmis la demande du Conseil au juge d'instruction en précisant seulement qu'il ne s'opposait pas à la communication sollicitée. Le juge d'instruction avait du reste été informé de ce courrier par le rapporteur.

13. L'article 81 du Code de procédure pénale prévoit que « *toutes les pièces du dossier sont cotées par le greffier au fur et à mesure de leur rédaction ou de leur réception par le juge d'instruction* ».

Précision de la demande de communication

Dans la même décision, le Conseil a estimé qu'était suffisamment précise la demande de communication qui se référait à la saisine d'office du Conseil, en indiquant l'objet de celle-ci. Cette formulation était suffisante pour permettre au juge, qui instruisait l'information pénale portant sur les pratiques anticoncurrentielles relevant du même secteur d'activité et du même marché géographique, de communiquer les documents et pièces ayant un lien direct avec l'objet de la saisine du Conseil. Au demeurant, aucune précision n'avait été demandée par le magistrat instructeur.

- **Accès par le rapporteur aux pièces de la procédure pénale**

Dans la décision **06-D-07 *bis***, le Conseil a rejeté l'argumentation des parties qui soutenaient qu'étaient irrégulières – comme caractérisant une violation de l'article L. 463-5 du Code de commerce – les conditions dans lesquelles les pièces du dossier pénal avaient été communiquées au rapporteur (absence de décision écrite du juge, tardiveté de la réponse du juge caractérisant une décision implicite de refus de communiquer, accès donné au rapporteur à l'intégralité du dossier dont les pièces auraient été emportées puis triées arbitrairement dans les locaux du Conseil).

Sur le premier point, le Conseil a observé que ni l'ordonnance du 1er décembre 1986, ni le Code de procédure pénale ne prévoient un quelconque formalisme pour la communication des pièces du dossier de l'instruction pénale au Conseil de la concurrence, qui ne constitue pas un acte d'instruction au sens du Code de procédure pénale. Une ordonnance de transmission de pièces n'est donc pas nécessaire pour autoriser cette communication. Des différentes pièces figurant au dossier et attestant des échanges qui avaient eu lieu entre le rapporteur et le juge d'instruction, il ressortait que la communication du dossier pénal s'était faite sous l'autorité du juge d'instruction, même si ne figurait au dossier aucune décision écrite de ce dernier.

Sur le deuxième point, aucun texte ne fixe le délai dans lequel la juridiction doit répondre à une demande de communication de pièces du Conseil de la concurrence. Certes, en matière pénale, la Cour de cassation admet l'existence de décisions implicites de refus, mais seulement dans l'hypothèse où le juge d'instruction omet de se prononcer sur une demande d'acte de procédure pénale dont il est saisi au cours de l'instruction (notamment Cass., Crim., 18 juin 1959 ; 2 mai 1967).

Sur le troisième point, le rapporteur désigné était habilité à se rendre au cabinet du juge d'instruction. Les mentions concordantes des documents dressés respectivement par le rapporteur et la greffière du juge d'instruction attestaient que certains cartons de la procédure pénale n'avaient pas été communiqués au rapporteur. Rien dans le déroulement de la communication des pièces ne permettait, en toute hypothèse, de supposer que le rapporteur se serait livré à une sélection arbitraire des pièces en cause.

Voir aussi sur ces questions décision 05-D-69.

- **Opposabilité du dossier pénal**

Dans la décision **06-D-07 *bis***, le Conseil a rejeté la critique des parties selon laquelle le rapporteur avait fondé les griefs exclusivement sur les documents

et pièces de la procédure pénale transmis par le juge d'instruction, en se bornant à les analyser, sans procéder à aucune vérification indépendante. Les notifications de griefs auraient ainsi été fondées sur une procédure judiciaire, qui ne leur avait été communiquée que partiellement et dont les originaux ne figuraient pas au dossier, et l'impossibilité de connaître les pièces à décharge figurant au dossier pénal aurait été préjudiciable aux parties. Par ailleurs, le fait de leur opposer les éléments d'une procédure pénale, à laquelle elles n'avaient pas eu accès et dont elles n'avaient donc pas pu contester la régularité, aurait constitué une violation des principes d'égalité des armes et du procès équitable.

Mais sur le premier point, la communication des pièces d'une procédure pénale en cours d'instruction est expressément prévue par l'article L. 463-5 de Code de commerce [14] qui ne prévoit aucune restriction dans l'utilisation des pièces pénales communiquées au Conseil. De même que le rapporteur peut fonder son analyse des griefs sur le rapport d'enquête administrative qui lui est transmis par le ministre de l'Économie sans procéder lui-même à des actes d'instruction, il peut procéder à cette analyse à partir des documents et pièces de la procédure pénale qui lui ont été communiqués et qui sont de nature à caractériser les griefs, sans procéder à des actes d'investigation complémentaires, s'il estime les poursuites suffisamment fondées par ces documents et pièces. En l'espèce, le dossier de la procédure devant le Conseil, constitué par les seuls documents et pièces transmis par le juge d'instruction, avait été ouvert à la consultation des parties qui avaient eu la possibilité d'en discuter le contenu en présentant leurs propres moyens et pièces. Ces documents et pièces extraits de la procédure pénale étaient nécessairement des copies, l'original de ces pièces figurant au dossier de l'information pénale (voir, pour le recours à ce procédé, les décisions 95-D-86 et 05-D-59, ainsi que l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 28 janvier 1997, secteur des prothèses orthopédiques articulaires). La circonstance que les parties n'aient pas eu accès à l'entier dossier pénal résulte des modalités mêmes de communication prévues par les textes, qui supposent nécessairement une sélection des documents, comme tout acte de communication ou de saisie de documents. Les parties ne démontraient pas en quoi cette façon de procéder aurait porté atteinte aux droits de la défense ou aurait conduit à écarter des pièces à décharge.

Sur le second point, une fois versées au dossier du Conseil, les pièces pénales sont opposables aux parties dans les mêmes conditions que les autres pièces rassemblées lors de l'instruction de l'affaire par le rapporteur, ce qui ne remet pas en cause le droit au procès équitable au sens de l'article 6 de la CEDH. L'égalité des armes, au sens de cet article, fait obligation d'offrir aux parties une possibilité raisonnable de présenter leur défense dans des conditions respectueuses des règles du procès équitable. Elle implique que les pièces produites au dossier du Conseil de la concurrence et l'analyse qu'en fait le rapporteur dans la notification des griefs, soient discutées contradictoirement,

14. « *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 des faits dont le Conseil est saisi.* »

que les parties disposent d'un délai pour préparer leur défense et qu'elles aient la possibilité de présenter les moyens et les pièces qu'elles estiment utiles. Ce sont les pièces et les analyses présentées par le rapporteur qui circonscrivent le domaine dans lequel va s'exercer la discussion contradictoire, celle-ci ne s'étendant pas, lorsqu'il a été fait application de l'article L. 463-5 du Code de commerce, à l'entier dossier d'instruction pénale.

- **Incidence de l'annulation de procès-verbaux issus de la procédure pénale**

L'annulation par la juridiction pénale de procès-verbaux de constatation et de mise sous scellés qui a conduit au retrait du dossier du juge d'instruction des documents concernés, n'a aucune incidence sur la validité de la procédure en cours devant le Conseil, les rapporteurs n'ayant pas utilisé les pièces litigieuses pour fonder les griefs **(06-D-07 *bis*)**.

- **Incidence de l'acquisition de la prescription dans la procédure pénale dont sont issues les pièces communiquées au Conseil**

La prescription de l'action publique (à la suite de l'annulation de procès-verbaux) est sans incidence sur la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence, même si des pièces issues de la procédure pénale ont servi à fonder les griefs : la prescription constatée au pénal est sans effet sur la procédure devant le Conseil, qui est distincte de la procédure pénale **(06-D-07 *bis*)**.

- **Étendue/portée de la communication des pièces**

Dans la décision **06-D-07 *bis***, le Conseil a rejeté l'argumentation selon laquelle l'article 26 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 (devenu L. 463-5 du Code de commerce) aurait limité la communication aux seuls procès-verbaux ou rapports d'enquête [15]. En l'espèce, les pièces dont la communication était contestée étaient des annexes de procès-verbaux, par conséquent indissociables des procès-verbaux du dossier d'instruction : il n'est pas concevable, en effet, que des procès-verbaux et des rapports d'enquête soient communiqués au Conseil sans les pièces qui les accompagnent et qui sont nécessaires à leur exploitation.

Délai supplémentaire accordé sur le fondement de l'article L. 463-2 alinéa 4 du Code de commerce

L'article L. 463-2 alinéa 4 du Code de commerce dispose que « *lorsque des circonstances exceptionnelles le justifient, le président du Conseil peut par une décision non susceptible de recours, accorder un délai supplémentaire d'un mois pour la consultation du dossier et la production des observations des parties* ». Est conforme à ce texte, le délai supplémentaire de quinze jours accordé par le président du Conseil, même si ce délai est inférieur au délai prévu par les dispositions précitées qui ont pour objet de permettre au président du Conseil d'apprécier si la demande de délai supplémentaire est

15. Article L. 463-5 : « *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 des faits dont le Conseil est saisi.* »

justifiée par des circonstances exceptionnelles propres à chaque entreprise et, dans l'affirmative, d'adapter le délai accordé à la nature de ces circonstances, sous réserve de ne pas excéder un mois **(06-D-03 *bis*)**.

La durée de la procédure (justification de la longueur de la procédure, obligation pour les parties de conserver leurs documents commerciaux, incidence d'une longueur excessive de la procédure)

Dans la décision **06-D-03 *bis***, le Conseil a écarté le moyen tiré de la durée excessive de la procédure, présenté par les entreprises qui soutenaient que leurs droits avaient été méconnus, en raison des difficultés qu'elles avaient rencontrées pour collecter des documents susceptibles de contribuer à leur défense. Ayant rappelé que « *le délai raisonnable prescrit par la Convention* [européenne des droits de l'homme] *doit s'apprécier au regard de l'ampleur et de la complexité de la procédure* », le Conseil a observé qu'en l'espèce, la nature et la complexité du dossier justifiaient la durée de l'instruction. De plus, il a estimé que les entreprises ne pouvaient invoquer des difficultés dues à des causes relevant de leur fonctionnement interne, étrangères à l'instruction et à la procédure suivies devant le Conseil (en ce sens, voir aussi la décision 04-D-03).

Il a retenu, à cet égard, qu'aux termes de l'article L. 110-4 du Code de commerce, les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants – ou entre commerçants et non-commerçants – se prescrivent généralement par dix ans, de sorte que les entreprises avaient l'obligation de conserver leurs documents commerciaux pendant ce délai de manière à pouvoir présenter leur défense. En outre, les parties ne démontraient pas en quoi la durée de la procédure aurait conduit à une déperdition des prétendues preuves à décharge et les aurait empêchées d'exercer leurs droits de la défense. Enfin, en application d'une jurisprudence constante, quand bien même la longueur de la procédure aurait été jugée excessive, dès lors qu'il n'était pas établi que les droits de la défense avaient été irrémédiablement compromis, la conséquence ne pouvait être la réformation ou l'annulation de la décision du Conseil, mais seulement la réparation du préjudice éventuellement subi par les parties (Cour de cassation, 28 janvier 2003, Domoservices maintenance et 13 juillet 2004, société DTP terrassement).

Des analyses identiques ont été adoptées dans les décisions **06-D-04 *bis***, **06-D-07 *bis*** et **06-D-33**. Dans la décision **06-D-07 *bis***, la durée de la procédure a été justifiée non seulement par la complexité du dossier et la durée des pratiques, mais aussi par la nécessité d'articuler la procédure de concurrence avec la procédure pénale qui en était à l'origine (information pénale ouverte en 1995 ayant donné lieu, en 1997, à un rapport d'enquête de la DGCCRF agissant sur commission rogatoire du juge d'instruction). Il a été souligné par ailleurs que le déroulement de l'enquête accomplie par les enquêteurs de la DGCCRF avait renseigné les entreprises sur la nature des faits susceptibles de leur être reprochés et leur avait permis de présenter et préserver les éléments nécessaires à leur défense. En outre, l'instruction par les rapporteurs avait donné lieu à l'établissement de trois notifications de griefs, qui avaient permis aux entreprises concernées, à plusieurs reprises, de prendre connaissance des pratiques qui leur étaient reprochées et de présenter leurs observations.

Contradictoire, droits de la défense, égalité des armes, impartialité, loyauté, séparation des autorités d'instruction et de décision

Information des parties / Accès au dossier

- **Communication du dossier par CD-Rom**

Dans la décision **06-D-04 *bis***, le Conseil a écarté le reproche selon lequel l'envoi de la notification de griefs et de ses annexes sous la forme d'un CD-Rom aurait compliqué la tâche des parties. Il a rappelé que la réalisation et l'envoi d'un CD-Rom au stade de la notification de griefs ne sont qu'une facilité supplémentaire offerte aux entreprises, qui conservent la possibilité de venir consulter le dossier au Conseil.

Dans la décision **06-D-09**, le Conseil a écarté le moyen par lequel une entreprise soutenait qu'elle n'avait pu accéder aux annexes du rapport, les CD-Roms contenant ces pièces étant défectueux. En effet, l'intéressée ayant fait état de ces difficultés en cours de procédure, un nouveau jeu de CD-Roms lui avait été adressé par courrier recommandé, puis, l'accusé de réception de cet envoi n'étant jamais parvenu au Conseil, un huissier avait été mandaté afin de remettre à l'intéressée les CD-Roms comportant les annexes sollicitées. En outre, un nouveau délai de deux mois pour produire un éventuel mémoire en réponse lui avait été accordé, faculté que la société n'avait pas exercée.

- **Absence de pièces au dossier**

Pièces ayant servi à fonder les griefs

Dans la décision **06-D-07 *bis***, le Conseil a précisé que lorsque des pièces de la procédure qui ont été utilisées comme éléments de preuve ont disparu ou sont incomplètes, il convient d'apprécier dans quelle mesure leur absence porte atteinte aux droits de la défense et si les éléments de preuve restant au dossier suffisent à fonder les griefs. En l'espèce, le Conseil a estimé que l'absence au dossier de documents relatifs à l'un des marchés concernés, sur lesquels le rapporteur s'était fondé pour notifier des griefs, empêchaient que les pratiques correspondantes puissent être examinées. Aucun grief n'a donc été retenu au titre du marché en cause.

Observations du commissaire du Gouvernement

Dans la même décision, le Conseil a estimé qu'aucune violation du principe de la contradiction ne pouvait résulter de l'absence au dossier des observations du commissaire du Gouvernement qui avaient amené le rapporteur à établir une notification de griefs complémentaire. En répondant aux observations des parties suscitées par la notification de griefs initiale, le rapporteur avait en effet exposé précisément le contenu de la position du commissaire du Gouvernement dont les entreprises avaient ainsi été informées. En outre, les observations du commissaire du Gouvernement avaient été annexées au rapport. Le Conseil a rappelé que les observations du commissaire du Gouvernement ne constituent pas, selon la pratique constante du Conseil validée par la jurisprudence, des pièces que les parties peuvent consulter au stade de l'instruction par le rapporteur.

Éléments détenus par la Commission européenne

La transmission d'informations détenues par la Commission, telle qu'organisée par le 2 de l'article 11 du règlement 1/2003 [16], ne vise que les cas où la Commission, ayant eu connaissance d'une infraction, informe l'autorité nationale de concurrence des mesures prises à l'encontre de la société vis-à-vis de laquelle a été ouverte une procédure (au sens de la Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence datée du 27 avril 2004). Ces dispositions ne peuvent recevoir application lorsque la Commission, après le dépôt d'une demande de clémence, décide de ne pas ouvrir une procédure au fond **(06-D-09)**.

Pièces relatives à une procédure antérieure de mesures conservatoires et à la procédure subséquente suivie devant la cour d'appel de Paris

Dans la décision **06-D-18**, a été rejetée l'argumentation relative à l'absence, sur le CD-Rom contenant la notification de griefs, de pièces concernant l'instruction d'une procédure antérieure de mesures conservatoires et des observations présentées par le Conseil devant la cour d'appel de Paris dans le cadre du recours contre la décision ayant rejeté la saisine au fond et la demande de mesures conservatoires.

Les parties étaient venues consulter le dossier au Conseil sans faire état de l'absence de ces pièces. Celles-ci, sur lesquelles, d'ailleurs, le rapporteur ne s'était pas fondé pour étayer les griefs, étaient, pour partie (observations écrites du Conseil devant la cour d'appel), étrangères à la société qui les revendiquait. Le Conseil n'avait donc pas à communiquer ces éléments aux parties. Au demeurant, ils avaient été intégrés, au stade du rapport, au CD-Rom transmis aux parties et figuraient au dossier que les parties avaient consulté après la notification du rapport. Le fait que certaines erreurs matérielles dans le CD-Rom aient été signalées puis corrigées était sans influence sur la régularité de la procédure.

Annexes du rapport administratif d'enquête

Dans la décision **06-D-36**, ont été écartés les moyens tirés de la disparition des annexes du rapport administratif d'enquête qui, rendant impossible la vérification de la légalité des pièces, aurait entaché d'irrégularité le rapport d'enquête et empêché l'utilisation de ce rapport pour notifier des griefs, à peine de violer le principe du contradictoire et les droits de la défense. Toutefois, il est de jurisprudence constante (notamment, cour d'appel de Paris, 24 janvier 2006, Ordre des avocats du barreau de Marseille), que le principe du contradictoire est respecté dès lors que toutes les pièces sur lesquelles le rapporteur fonde son analyse sont annexées à la notification de griefs et que les parties y ont eu normalement accès. En l'espèce, la notification de griefs ne se fondait pas sur les annexes disparues du rapport d'enquête administrative, sur la légalité desquelles il n'appartenait pas au Conseil de la concurrence de se prononcer.

16. « *La Commission transmet aux autorités de concurrence des États membres une copie des pièces les plus importantes qu'elle a recueillies en vue de l'application des articles 7, 8, 9 et 10 et de l'article 29 § 1. Si l'autorité de concurrence d'un État membre en fait la demande, la Commission lui fournit une copie des autres documents existants qui sont nécessaires à l'appréciation de l'affaire.* »

Voir *supra* « *Régularité de la saisine d'office / Communication aux parties des éléments motivant la saisine d'office* » **(06-D-07 *bis*)**.

Égalité des armes

- **Délais supplémentaires accordés à certaines parties**

Dans la décision **06-D-03 *bis***, le Conseil a écarté le moyen tiré de la violation du principe de l'égalité des armes [17] qui aurait résulté de l'octroi à certaines entreprises d'un délai supplémentaire sur le fondement de l'article L. 463-2 alinéa 4 du Code de commerce qui prévoit que « *lorsque des circonstances exceptionnelles le justifient, le président du Conseil peut, par une décision non susceptible de recours, accorder un délai supplémentaire d'un mois pour la consultation du dossier et la production des observations des parties* ».

En effet, l'application de ces dispositions nécessite la démonstration par la partie demanderesse de l'existence de circonstances exceptionnelles justifiant l'octroi du délai supplémentaire, ce qui implique nécessairement de traiter les parties de manière individuelle et donc, le cas échéant, de manière différente selon leur situation. Dans l'arrêt Carat France rendu le 20 décembre 1994 par la cour d'appel de Paris, que les parties invoquaient à l'appui de leur thèse, avait été sanctionnée la violation du principe d'égalité de traitement des parties résultant de la réouverture sélective d'un nouveau délai pour le dépôt d'observations après expiration du premier et l'atteinte au contradictoire qui en avait résulté, et non pas la prolongation des délais prévus par l'article précité [18]. Le Conseil a estimé qu'en l'espèce, l'octroi du délai supplémentaire à certaines entreprises répondait à des justifications légitimes et avait été consenti selon des critères objectifs, non discriminatoires, tirés de l'importance de la charge de travail incombant aux parties : un délai supplémentaire avait été accordé à toutes les entreprises qui en avaient fait la demande et auxquelles il avait été notifié plus de deux griefs ou qui étaient représentées par un conseil ayant la charge de défendre plusieurs entreprises.

En ce sens voir aussi la décision **06-D-18**, « *L'égalité des armes* [...] *ne peut s'apprécier que par comparaison avec la situation de la partie adverse* ».

Voir également les décisions **06-D-07 *bis***, **06-D-09** (Cour de cassation, 22 février 2005, SOCAREL : « *Il appartient à la partie* [...] *de démontrer l'existence de circonstances exceptionnelles à même de justifier l'octroi d'un délai supplémentaire*) » et **06-D-18**.

Voir *infra* « *Transaction / Octroi de délais supplémentaires dans cette procédure* » **(06-D-03 *bis*)**.

17. En vertu des articles 6-1 et 6-3 de la CEDH, le droit à un procès équitable doit permettre à toute partie « *d'avoir la possibilité raisonnable d'exposer sa cause dans les conditions qui ne la désavantagent pas par rapport à la partie adverse* ».

18. Au terme d'un premier délai fixé pour le dépôt des observations, et alors que toutes les parties avaient déposé leurs écritures, certaines d'entre elles s'étaient vues octroyées un nouveau délai « *pour déposer des observations complémentaires ou substituer de nouvelles observations à celles déjà déposées* ».

- **Rejet des notes en délibéré déposées spontanément**

Le Conseil a décidé de rejeter, dans la décision **06-D-06**, la note en délibéré transmise par une partie, postérieurement à la séance. Cette note n'avait pas été demandée par le président de séance et rien ne justifiait la production, par l'intéressé, d'éléments complémentaires par rapport aux observations qu'elle avait déposées à l'issue du délai de deux mois prévu par l'article L. 463-2 du Code de commerce.

Impartialité / Loyauté

- **Impartialité du rapporteur/instruction à charge et à décharge/loyauté**

Voir *supra* « *Instruction / La notification de griefs* », décision **06-D-03 *bis***, sur la prétendue déloyauté du rapporteur résultant de la notification d'un grief précédemment abandonné dans le cadre d'une autre procédure.

Participation d'un même rapporteur à plusieurs procédures dans la même affaire (instruction d'une affaire classée, saisine d'office, instruction au fond de la saisine d'office)

Dans la décision **06-D-04 *bis***, le Conseil a écarté le moyen tiré du défaut d'impartialité du rapporteur résultant de ce que ce dernier avait participé successivement à l'instruction d'une procédure antérieure concernant le même secteur et ayant abouti à un classement, puis au délibéré d'une décision de saisine d'office, et enfin à l'instruction de l'affaire ayant conduit à la décision au fond.

En effet, la présence d'un rapporteur au délibéré d'une saisine d'office, puis son intervention pour l'instruction au fond de l'affaire, a été validée par la cour d'appel de Paris (27 novembre 2001, Caisse nationale du Crédit agricole [19]). Par ailleurs, le Conseil a estimé que le fait que le même rapporteur ait instruit l'affaire classée et ait été ultérieurement désigné pour instruire l'affaire après la saisine d'office, n'était pas davantage contraire au principe d'impartialité, dès lors qu'aucune décision au fond n'avait été rendue dans la procédure initiale.

Instruction à charge / Déloyauté dans la conduite de l'instruction

Dans la décision **06-D-15**, le Conseil a rejeté le moyen tiré de la partialité du rapporteur qui aurait, d'une part, mené une instruction « *en très étroite collaboration avec* [le maître d'ouvrage], *accusateur dans ce dossier* », en interrogeant que très tardivement un seul responsable d'une entreprise poursuivie et, d'autre part, tenté de surprendre le consentement des entreprises mises en cause, d'extorquer des aveux, de faire pression sur les dirigeants des entreprises par des contacts téléphoniques et l'envoi de courriels. Le Conseil

19. Pour la cour d'appel, la décision par laquelle le Conseil se saisit d'office a « *pour seul objet d'ouvrir la procédure devant le Conseil de la concurrence afin que puissent être conduites les investigations pouvant servir de base à la notification ultérieure de griefs, sans qu'à ce stade aucun fait ne puisse être qualifié ni aucune pratique anticoncurrentielle imputée à quiconque* », et aucun texte ne fait obstacle à ce que le Conseil demande à un rapporteur permanent de rassembler des éléments lui permettant d'apprécier l'intérêt qu'il pourrait y avoir à se saisir d'office de la situation de la concurrence dans un secteur déterminé et à ce que ce rapporteur présente des observations orales devant la commission permanente appelée à se prononcer sur ce point.

a rappelé que le rapporteur dispose d'un pouvoir d'appréciation quant à la conduite de ses investigations (Cour de cassation, 15 juin 1999, Lilly France). Lorsque l'impartialité du rapporteur est mise en cause, il convient de vérifier que les règles de procédure garantissant le principe du contradictoire ont été respectées (faculté de consulter le dossier, de demander l'audition de témoins au Conseil, de présenter des observations sur les griefs notifiés et sur le rapport, de s'exprimer oralement en séance) (cour d'appel de Paris, 12 avril 2005, France Télécom). En l'espèce, il n'était allégué aucun fait précis démontrant que ces garanties avaient été méconnues, la critique portant en réalité sur la valeur des éléments de preuve soumis au débat contradictoire (*cf.* cour d'appel de Paris, 15 novembre 2005, TPS). Par ailleurs, si le rapporteur avait pris effectivement contact, par téléphone ou par courriel, avant la notification de griefs, avec les différentes entreprises mises en cause par la saisine ministérielle, il avait précisé systématiquement l'objet de son intervention et, le cas échéant, les éléments de l'enquête retenus contre elles, et n'avait pu, dès lors, surprendre le consentement des entreprises. De plus, les griefs notifiés ne s'appuyaient sur aucune déclaration ni aucun document que le rapporteur aurait obtenus lors de ces contacts.

« [...] *dans la mesure où le rapporteur s'est fondé, pour établir la notification de griefs, sur des éléments, à charge et à décharge, qui ont pu, tous, être discutés par les parties, et que celles-ci ont eu toute latitude pour apporter d'autres éléments utiles à leur défense, il ne saurait être reproché à l'instruction d'avoir porté atteinte au principe d'impartialité* » **(06-D-09)**.

Dans la décision **06-D-18**, le Conseil a rappelé la jurisprudence constante selon laquelle le rapporteur fonde la notification de griefs sur les faits qui lui paraissent de nature à en établir le bien-fondé (cour d'appel de Paris, 27 février 2003) : « *Le fait que la notification de griefs puis le rapport n'aient pas cité tous les faits et documents qui n'ont pas été retenus comme indices des pratiques anticoncurrentielles ne peut faire grief aux entreprises précitées, celles-ci ayant eu accès à l'ensemble de la procédure ;* [...] *l'argument selon lequel le rapporteur aurait dénaturé les documents et les déclarations figurant au dossier est dépourvu de portée, dès lors que les requérantes reconnaissent dans le même temps que ceux-ci sont sujets à interprétation et qu'il n'est pas contesté qu'elles ont pu faire valoir, tout au long de la procédure, leurs moyens de défense sur l'interprétation qui en était donnée par le rapporteur, le Conseil puis la cour ayant été mis en mesure par la suite de faire un nouvel examen des éléments de preuve ainsi produits.* »

Dans la même décision, le Conseil a écarté l'argumentation selon laquelle les rapporteurs auraient recueilli des pièces et des auditions dans des conditions contraires au principe de loyauté, de nature à amener les entreprises à s'auto-incriminer, en les assurant qu'elles étaient seulement entendues dans le cadre d'une affaire connexe qui ne les concernait pas, initiée par une plainte de la saisissante assortie d'une demande de mesures conservatoires.

Le fait que la demande de mesures conservatoires ne visait qu'une entreprise n'interdisait pas aux services d'instruction du Conseil, saisis *in rem*, d'instruire plus largement sur la base de déclarations recueillies auprès d'autres entreprises, dès lors que ces déclarations avaient été recueillies loyalement : le fait de ne pas avoir été explicitement citée par le saisissant ne

peut évidemment pas protéger une entreprise de poursuites éventuelles, si l'instruction révèle, en ce qui la concerne, des pratiques anticoncurrentielles ayant un lien avec le secteur et le champ visés dans la saisine. Or, en l'espèce, les pièces recueillies pendant l'instruction répondaient aux impératifs de loyauté dans la recherche des preuves et de non auto-incrimination : le courrier du rapporteur assurant les entreprises qu'elles étaient entendues dans le cadre d'une procédure qui ne les visait pas s'expliquait par le fait que ces entreprises n'étaient pas mises en cause par le plaignant ; en revanche, l'objet de l'enquête et le secteur concerné avaient été explicitement mentionnés dans ce courrier (et donc dès le début de la procédure) aux entreprises ; les informations demandées concernaient, en outre, des données objectives (parts de marchés en volume, ventilation des chiffres d'affaires), de sorte qu'en y répondant les entreprises n'avaient pas été conduites à admettre l'existence d'infractions ; les pièces communiquées par les entreprises n'avaient d'ailleurs pas été utilisées à charge dans la procédure ; par ailleurs, les convocations, auditions et procès-verbaux critiqués étaient parfaitement réguliers, le cadre légal ainsi que l'objet de l'instruction ayant été communiqués aux entreprises.

Voir aussi la décision **06-D-36**, le Conseil citant la jurisprudence de la cour d'appel de Paris (24 janvier 2006, Ordre des avocats du barreau de Marseille) selon laquelle le rapporteur fonde sa notification de griefs sur les faits qui lui paraissent de nature à en établir le bien-fondé et n'a pas à répondre à tous les arguments développés par les parties.

- **Impartialité du Conseil**

Dans la décision **06-D-07 *bis***, le Conseil a estimé qu'un courrier adressé par le président du Conseil au procureur de la République portant sur les faits incriminés ne contrevenait pas au principe d'impartialité qui s'oppose à ce qu'un membre du Conseil de la concurrence exprime un préjugement ou prenne parti sur l'affaire, avant que la décision du Conseil ne soit rendue.

Se référant à l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 15 juin 1999 (Canal Plus [20]), le Conseil a observé que c'était sur l'initiative du procureur de la République que la DGCCRF avait demandé au président du Conseil, un avis sur l'information pénale ouverte à la suite de la plainte, dans le cadre d'une enquête préliminaire. Le Conseil n'était alors pas saisi des pratiques (sa saisine d'office était postérieure) et la réponse du président du Conseil était succincte et rédigée en des termes généraux et prudents, rappelant la jurisprudence en la matière sans prendre parti sur la matérialité ou la qualification des pratiques en cause. Il s'agissait d'un échange informel de correspondances, dans une procédure pénale, qui n'avait pu, en outre, avoir la moindre influence sur la décision rendue au fond, dès lors que l'auteur de la lettre n'avait pas siégé dans la formation appelée à la prendre.

20. La cour avait estimé qu'il n'est pas porté atteinte à la présomption d'innocence et au principe d'impartialité dès lors que « [...] *les propos litigieux* [tenus par un membre du Conseil] *ne reflètent pas le sentiment que les pratiques exposées sont irrégulières et ne manifestent ni parti pris, ni préjugés ne justifient pas un doute légitime sur l'impartialité de celui qui les a tenus » ; «* [...] *ils n'emportent pas davantage, de sa part, une prise de position sur la culpabilité de l'entreprise en cause avant la décision du Conseil sur les pratiques reprochées* [...] ».

Voir aussi *supra* « *Saisine d'office / Décision de saisine d'office prise en cours d'instruction* » **(06-D-18)**.

Séparation des autorités d'instruction et de décision (octroi d'un délai supplémentaire par le président du Conseil)

Dans la décision **06-D-03 *bis***, le Conseil a écarté le moyen tiré de la violation du principe de séparation des pouvoirs d'instruction et de décision qui aurait résulté des dispositions de l'article L. 463-2 alinéa 4 du Code de commerce (« *Lorsque des circonstances exceptionnelles le justifient, le président du Conseil peut par une décision non susceptible de recours, accorder un délai supplémentaire d'un mois pour la consultation du dossier et la production des observations des parties* ») : l'intervention du président du Conseil traduirait nécessairement son immixtion dans l'instruction.

Mais dans cet arrêt, la cour d'appel a jugé que « *le cumul des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement, dénoncé par les sociétés* [...] *n'est contraire aux exigences de la Convention que lorsque, dans les modalités concrètes de sa mise en œuvre, il porte atteinte au droit à un procès équitable* » et que « *les compétences administratives du président, telles que définies dans l'ordonnance du 1er* décembre *1986 applicable en la cause, ne sont pas constitutives d'une immixtion de l'autorité de jugement dans le cours de l'instruction en ce que, revêtant un caractère purement formel, elles ne permettent pas à ce dernier d'orienter les poursuites selon les objectifs qui lui paraissent les plus appropriés* ».

Or, l'octroi d'un délai supplémentaire accordé aux parties pour présenter leurs observations en réponse à la notification des griefs ne peut permettre au président du Conseil « *d'orienter les poursuites selon les objectifs qui lui paraissent les plus appropriées* », dès lors qu'il est sans influence sur la nature ou le contenu des griefs notifiés par les services d'instruction : il ne saurait donc caractériser l'immixtion de l'autorité de jugement dans les fonctions de poursuite et d'instruction.

Voir *supra* « *Liens entre l'instruction du rapporteur et une instruction pénale / Demande de communication de pièces effectuée par le Conseil sur le fondement de l'article L. 463-5 du Code de commerce* » pour la lettre de relance de la présidente du Conseil **(06-D-07 *bis*)**.

Grief recouvrant une pluralité de pratiques / Possibilité pour le Conseil de ne retenir qu'une partie des pratiques visées par un grief

Dans la décision **06-D-03 *bis***, le Conseil a estimé qu'il pouvait, sans modifier le grief notifié, décider qu'une des pratiques visées par le grief n'était pas établie tandis que l'autre pratique visée par le grief l'était. Il a ainsi repoussé l'argumentation consistant à soutenir que le grief qui visait une entente entre une organisation professionnelle de grossistes et les fabricants ayant « *signé et appliqué* » un accord anticoncurrentiel, ne pouvait être retenu, compte tenu de l'utilisation sans équivoque de la conjonction « et » dans la notification de griefs, dès lors qu'il avait été admis au stade du rapport que les fabricants n'avaient pas signé l'accord mais que certains d'entre eux l'avaient néanmoins appliqué.

Étendue de l'accès au dossier et du contradictoire dans les procédures de clémence

Dans la décision **06-D-09** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication des portes, le Conseil a mis en œuvre pour la première fois la procédure de clémence prévue par l'article L. 464-2 IV du Code de commerce qui prévoit notamment que : « *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 du Code de commerce s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont le Conseil et/ou l'administration ne disposaient pas antérieurement* [...] ». Cette décision a permis au Conseil de préciser plusieurs points relatifs à la procédure.

- **En ce qui concerne les courriers échangés entre la société dénonciatrice et l'administration avant la demande de clémence**

Le Conseil a écarté la critique d'une partie qui se plaignait de ne pas avoir eu accès aux courriers échangés entre la société dénonciatrice et les services de la DGCCRF antérieurement à la demande de clémence. En effet, l'accès aux pièces du dossier du Conseil a pour objet de permettre aux destinataires d'une notification de griefs de prendre connaissance des éléments sur lesquels se fonde cette dernière, afin de pouvoir se défendre utilement.

Il n'existe, par conséquent, aucune obligation de joindre au dossier d'autres documents, notamment ceux antérieurs à la saisine du Conseil, qui ne sont pas utilisés pour fonder les griefs notifiés (pièces présentées par la DGCCRF au juge autorisant les visites et saisies (Cour de cassation, 3 octobre 1995) ou encore courriers ou pièces échangés, avant la saisine du Conseil, au sein des services de la DGCCRF).

En l'espèce, les courriers échangés entre la société dénonciatrice et les services de la DGCCRF antérieurement à la demande de clémence, n'ayant pas été fournis par la DGCCRF au rapporteur et n'ayant donc pas été utilisés pour fonder la notification de griefs, n'avaient pas à être joints au dossier. Au demeurant, ces courriers avaient été spontanément versés au dossier par la société demanderesse à la clémence. La société mise en cause ayant ainsi été mise en mesure d'en prendre connaissance, elle n'était donc pas fondée à invoquer une méconnaissance des droits de la défense, pas plus qu'elle ne pouvait utilement invoquer, à l'encontre de la DGCCRF, les prescriptions de la loi du 17 juillet 1978 relatives à l'accès aux documents administratifs.

- **En ce qui concerne les rapports établis par le rapporteur en vue et lors de la séance consacrée à l'examen de l'avis de clémence**

Aucune violation du principe du contradictoire ne peut résulter de l'absence de communication aux parties des rapports, écrit et oral, établis par les services d'instruction en vue de permettre au Conseil d'élaborer son avis conditionnel de clémence. Le IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce dispose qu'« *à la suite de la démarche de l'entreprise ou de l'organisme, le Conseil de la concurrence, à la demande du rapporteur général ou du ministre chargé de l'Économie, adopte à cette fin un avis de clémence, qui*

précise les conditions auxquelles est subordonnée l'exonération envisagée, après que le Gouvernement et l'entreprise ou l'organisme concerné ont présenté leurs observations ; cet avis est transmis à l'entreprise ou à l'organisme et au ministre, et n'est pas publié ». L'article 44 du décret du 30 avril 2002 précise les conditions procédurales dans lesquelles le Conseil de la concurrence est amené à rendre son avis et le rôle joué à cette occasion par le rapporteur désigné par le rapporteur général : « *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 à l'avance, à l'entreprise ou organisme concerné et au commissaire du gouvernement.* »

En l'espèce, le Conseil s'était réuni afin de statuer sur l'octroi du bénéfice conditionnel de la clémence à la société demanderesse, à laquelle le rapport du rapporteur élaborant des propositions d'exonération de sanctions avait été préalablement communiqué, conformément aux dispositions précitées. Il avait, à cette occasion, entendu le rapport oral du rapporteur. Selon les dispositions de l'article 44 du décret, le rapport du rapporteur préalable à l'examen par le Conseil de l'avis de clémence n'avait pas à être communiqué aux sociétés mises en cause (au demeurant, en l'espèce, il avait été transmis aux parties en annexe au rapport définitif). Par ailleurs, les sociétés mises en cause ne pouvaient exiger que le rapport oral du rapporteur fasse l'objet d'une retranscription écrite (Cour de cassation, 26 novembre 2003, TF1) et elles n'étayaient aucunement l'allégation selon laquelle ce rapport aurait été utile pour leur défense.

- **En ce qui concerne la prise en compte des déclarations de la société dénonciatrice**

Le Conseil a également repoussé la demande des entreprises mises en cause tendant à ce que soient écartées les déclarations faites par la société dénonciatrice, au motif que celle-ci, qui souhaitait être exonérée de sanctions, avait un intérêt pécuniaire à les formuler. Ce type d'argumentation se heurte en effet à la lettre même des dispositions du IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce dont il résulte que l'entreprise demandant le bénéfice de la clémence doit apporter au Conseil tous éléments d'information, sans qu'il en soit précisé la forme et la nature, lui permettant d'établir la pratique dénoncée et d'identifier ses auteurs. Ces éléments d'information peuvent donc être constitués de preuves documentaires (documents internes à l'entreprise, comptes rendus de réunions...) que l'entreprise peut compléter par des explications écrites ou des déclarations orales. Pour apprécier la valeur probante d'une déclaration ou d'un document, il faut, en s'inspirant de ce que jugent les juridictions communautaires, « *en premier lieu vérifier la vraisemblance de l'information qui y est contenue. Il faut alors tenir compte, notamment, de l'origine du document, des circonstances de son élaboration, de son destinataire et se demander si, d'après son contenu, il semble sensé et fiable* » (TPICE, 25 octobre 2005, groupe Danone, T 38/02 ; en ce sens, voir aussi la décision 03-D-12, confirmée sur ce point par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 25 novembre 2003).

Voir aussi *supra*, notamment : « *Liens entre l'instruction du rapporteur et une instruction pénale / Opposabilité du dossier pénal* » (procès équitable,

égalité des armes, loyauté, contradictoire, impartialité du rapporteur) **(06-D-07 *bis*)** ; « *La notification de griefs / Absence d'audition préalable par le rapporteur* » (contradictoire) **(06-D-07 *bis*)** ; « *Le rapport / Mention dans le rapport d'éléments non cités dans la notification de griefs* » **(06-D-04 *bis*)**.

Secret des affaires

Dans la décision **06-D-04 *bis***, le Conseil a considéré que la décision de rejet d'une demande de secret des affaires après l'envoi du rapport aux parties, ne relevait pas d'un oubli et d'une erreur justifiant l'annulation de la procédure, au motif que la société intéressée aurait subi une discrimination par rapport à une autre dont la demande portant sur un document ayant le même objet aurait été acceptée. En vertu de l'article L. 463-4 du Code de commerce dans son ancienne rédaction applicable en l'espèce, « *le président du Conseil de la concurrence ou un vice-président délégué par lui, peut refuser la communication de pièces mettant en jeu le secret des affaires, sauf dans le cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à la procédure ou à l'exercice des droits des parties. Les pièces considérées sont retirées du dossier ou certaines mentions occultées* ». La requérante ne démontrait pas en quoi le refus d'accorder le secret des affaires pour les pièces litigieuses, à supposer qu'il ait créé un préjudice susceptible d'être réparé, pourrait justifier la nullité de la procédure.

Transaction

Détermination de la sanction

Dans la décision **06-D-03 *bis***, le Conseil a rappelé que le III de l'article L. 464-2 du Code de commerce [21] prévoit que, lorsque la procédure de transaction est mise en œuvre, « *le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié* ». Ces dispositions ont pour objet de garantir aux entreprises intéressées que si le Conseil accepte les engagements qu'elles ont pris, le plafond légal applicable aux sanctions est divisé par deux par rapport au régime de droit commun. 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 [22].

21. *« 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. »*

22. Ces solutions ont été confirmées par la cour d'appel de Paris (13 septembre 2005, société OGF c/société Lamotte) et la Cour de cassation (28 novembre 2007, même affaire).

Contrôle par le Conseil du pouvoir du rapporteur général de refuser la mise en œuvre de la transaction

Dans la décision **06-D-09**, le Conseil a justifié le refus du rapporteur général d'accepter les demandes de transaction présentées par les parties en cours de procédure. Le Conseil a estimé qu'il lui appartenait de contrôler l'appréciation à laquelle s'était livré le rapporteur général pour refuser, implicitement, de donner suite aux propositions de transaction. En effet, il appartient au Conseil de statuer sur tous les moyens mettant en cause la régularité de la procédure préalable à la décision [23], et, même si le rapporteur général dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le cadre de la transaction, le Conseil doit exercer un contrôle – au moins restreint – sur l'usage qu'il fait de cette faculté, dans la mesure où cette appréciation a une incidence sur le montant de la sanction finale. Il a estimé qu'en refusant de poursuivre la transaction qui lui était demandée, le rapporteur général n'avait pas commis d'erreur manifeste dans l'appréciation des circonstances de l'espèce : en effet, l'une des sociétés avait reconnu la matérialité des faits (participation à des réunions au cours desquelles des informations relatives aux prix avaient été échangées...), mais contestait la qualification d'entente sur les prix donnée à ces pratiques ; quant aux autres, elles avaient d'abord sollicité le bénéfice de la clémence « *en second rang* », puis y avaient renoncé faute de pouvoir apporter des éléments nouveaux par rapport à ceux déjà en possession du Conseil et de l'administration et leur renonciation à contester les griefs était ambiguë puisqu'elles avaient tenté de discuter la qualification des pratiques [24].

Dans ces conditions, le rapporteur général avait pu estimer que les conditions prévues par le III de l'article L. 464-2 du Code de commerce n'étaient pas remplies et qu'il n'y avait lieu de poursuivre la transaction demandée. Au surplus, les engagements proposés par les intéressées ne revêtaient pas le caractère substantiel susceptible de justifier une proposition de réduction de la sanction.

Possibilité de délai supplémentaire (article L. 463-2 alinéa 4)

Dans la décision **06-D-03 *bis***, le Conseil a considéré que la mise en œuvre de la procédure de transaction ne remet pas en cause la possibilité pour une entreprise de bénéficier de l'octroi d'un délai supplémentaire pour présenter ses observations en réponse à la notification de griefs, avant qu'elle se soit manifestée pour demander le bénéfice de cette procédure. En effet, cette procédure peut, en principe, intervenir à tout moment, entre la réception de la notification de griefs et la notification du rapport aux parties, y compris une fois le délai de remise des observations expiré, dès lors que le rapport du rapporteur n'est pas encore notifié. Dans ce dernier cas, après signature du

23. À la seule exception de ceux contestant le déroulement des opérations de visite et saisie, qui doivent, en application du dernier alinéa de l'article L. 450-4 du Code de commerce, être portés devant le juge ayant autorisé ces opérations.

24. *Cf.* décision 04-D-42 : « *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 juridique au regard de dispositions du Code de commerce, ni l'imputabilité de ces pratiques à la personne morale qui demande le bénéfice du III de l'article L. 464-2* ».

procès-verbal de non-contestation des griefs, les observations en réponse à la notification de griefs de la partie qui a transigé lui sont renvoyées puisque devenues sans objet.

Engagements

La procédure d'engagements, utilisée pour la première fois en 2005 (05-D-12), a été mise en œuvre à plusieurs reprises au cours de cette année [25] et a soulevé diverses questions de procédure.

Dans la décision **06-D-09**, le Conseil a écarté la proposition de l'une des sociétés mises en cause qui réitérait l'engagement déjà présenté dans ses écritures, en cours d'instruction, « *de ne plus procéder à un quelconque échange d'informations sur les prix avec ses concurrents* », sur le fondement du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce, et qui demandait le classement de l'affaire. Pour les mêmes raisons que celles qui l'avaient conduit à écarter les demandes de transaction présentées dans la même affaire de clémence [26], le Conseil a estimé qu'un engagement de respecter à l'avenir le droit de la concurrence n'était pas de la nature de ceux qui peuvent, en application de la disposition précitée, justifier le classement de l'affaire sans prononcé de sanction, surtout dans le cas d'une entente sur les prix entre concurrents. En outre, comme il avait été rappelé dans la décision **06-D-03**, le bénéfice de la procédure d'engagements prévue par le I de l'article L. 464-2 du Code de commerce a pour objet, conformément à la pratique du Conseil consacrée par le décret du 27 décembre 2005 pris pour l'application de l'ordonnance du 4 novembre 2004, de répondre à des préoccupations de concurrence résultant d'une « *évaluation préliminaire* » nécessairement antérieure à la notification de griefs : il ne peut donc être demandé qu'avant réception de cette dernière et non, comme en l'espèce, en réponse à cette dernière.

Dans la décision **06-D-20**, le Conseil a précisé la portée et les effets de la procédure d'engagements : « *L'évaluation préliminaire de concurrence sur laquelle se fonde la procédure ne saurait être confondue avec une qualification des pratiques telle que cette qualification peut être retenue dans une décision du Conseil, ni même avec la qualification proposée par les services d'instruction dans une notification de griefs. Dans ces conditions, l'acceptation par une entreprise d'entrer dans une procédure d'engagements afin de répondre à une préoccupation de concurrence exprimée par le Conseil n'est en rien assimilable à une reconnaissance de pratique anticoncurrentielle de la part de l'entreprise proposant des engagements. De même, la décision du Conseil conduisant, le cas échéant, à accepter ces engagements, ne peut être assimilée à une décision qualifiant une pratique au regard du titre III du Code de commerce* ».

25. Voir *infra* « *Les procédures alternatives ou accessoires aux sanctions / La procédure d'engagements* ».

26. Voir « *Transaction/Contrôle par le Conseil du pouvoir du rapporteur général de refuser la mise en œuvre de la transaction* ».

Dans la décision **06-D-24** relative à la distribution de montres commercialisées par Festina France, le Conseil a pris en compte l'opinion exprimée par la Commission européenne dans des affaires comparables, pour apprécier l'accord de distribution envisagé par Festina France dans le cadre des engagements proposés par cette société pour répondre aux préoccupations de concurrence exprimées par le Conseil à la suite de la demande de mesures conservatoires de la société Bijourama. Le Conseil a estimé que, même si ces deux affaires avaient fait l'objet de simples lettres administratives de classement, l'opinion exprimée par la Commission constituait un élément utile : ainsi que l'a jugé la Cour de justice des communautés européennes (notamment 10 juillet 1980, SA Lancôme), « *l'opinion communiquée dans une telle lettre constitue néanmoins un élément de fait que les juridictions nationales peuvent prendre en compte dans leur examen de la conformité des accords en cause avec les dispositions de l'article 85* ».

Dans la même décision, le Conseil a aussi précisé, quant à la portée des engagements, d'une part, que « [...] *rendue par une autorité de concurrence qui remplit une mission ayant pour finalité la défense de l'ordre public économique, la décision d'accepter des engagements n'intervient pas pour satisfaire la demande d'une partie mais pour mettre fin à une situation objectivement préjudiciable à la concurrence* », et d'autre part, que les engagements proposés ne devaient pas être appréhendés comme les seuls modèles possibles compatibles avec les règles de concurrence, le Conseil appréciant *« cas par cas la nature des préoccupations de concurrence soulevées dans les affaires dont il est saisi, ainsi que le caractère approprié des engagements le cas échéant proposés pour y répondre* ».

Clémence

Le Conseil a mis en œuvre pour la première fois, dans la décision **06-D-09** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication des portes, la procédure de clémence prévue par le IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce. Plusieurs questions relatives à la procédure, touchant principalement à l'accès au dossier et au principe de la contradiction, ont été abordées dans cette première décision, *cf. supra* « *Étendue de l'accès au dossier et du contradictoire dans les procédures de clémence* ».

Preuve des pratiques anticoncurrentielles

Règles concernant l'administration de la preuve en matière d'ententes anticoncurrentielles

Il est renvoyé aux développements de l'étude thématique consacrée aux standards de preuve en matière d'ententes anticoncurrentielles (deuxième partie du présent ouvrage). Seront seulement rappelés ici quelques principes énoncés par le Conseil pour répondre aux argumentations des entreprises.

Absence d'intention anticoncurrentielle

Le Conseil a rappelé, dans la décision **06-D-15**, qu'il est de principe que l'absence d'intention anticoncurrentielle des entreprises parties à l'entente est sans portée sur la qualification même d'entente (en ce sens, voir aussi décision 01-D-67). Dans le même sens, se reporter à la décision **06-D-03 *bis*** : dès lors que l'accord de volontés est démontré, « *l'absence d'intention anticoncurrentielle des parties à l'entente est sans portée sur la qualification même d'entente* ».

Responsabilité de l'entreprise à raison du comportement de ses responsables

Un cadre dirigeant d'une entreprise, *a fortiori* un mandataire social, est réputé représenter ou engager l'entreprise qui l'emploie, lorsqu'il agit dans le cadre de ses activités professionnelles. L'entreprise ne peut donc prétendre que son dirigeant a agi à titre personnel et que ses comportements ne l'engageaient pas **(06-D-03 *bis*** et **06-D-30)**.

Caractère probant des relevés de prix

Dans la décision **06-D-04 *bis*** relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe, il a été précisé que le recours par le Conseil à des relevés de prix ne vise pas à démontrer statistiquement l'existence d'un prix unique au voisinage ou au-dessus duquel la distribution des prix serait concentrée anormalement, par rapport à une répartition concurrentielle plus dispersée. Une telle preuve suffirait en effet *per se* et rendrait inutiles les autres éléments du dossier. Telle n'est pas la nature de la preuve exigée par la jurisprudence qui repose sur des indices destinés à prendre place dans un faisceau, sans que l'un d'entre eux soit suffisant à lui seul pour apporter la preuve de la pratique dénoncée.

Opposabilité des documents saisis

Le Conseil a rappelé à plusieurs reprises la jurisprudence constante selon laquelle 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 d'une concertation ou d'un échange d'informations entre entreprises, le cas échéant par le rapprochement avec d'autres indices concordants (cour d'appel de Paris, 18 décembre 2001, SA Bajus Transport et 26 novembre 2003, société Préfall ; Cour de cassation, 12 janvier 1993, société SOGEA ; 05-D-65). **(06-D-03 *bis*, 06-D-07 *bis*, 06-D-08, 06-D-13, 06-D-25)**.

Caractérisation de l'effet des pratiques

Les effets d'un accord ayant pour objet de restreindre, d'empêcher ou de fausser le jeu de la concurrence ne sont pas nécessaires à la caractérisation d'une entente, mais peuvent être pris en compte pour évaluer le montant de la sanction (*cf.* CJCE, 8 juillet 1999, Anis ; 02-D-36) **(06-D-09, 06-D-37)**.

Absence de système de surveillance et de sanction

« *La mise en évidence de l'organisation et du fonctionnement d'une entente horizontale sur les prix ne suppose pas nécessairement que soit établie la preuve de la mise en place d'un système de surveillance et de sanction. Comme l'a rappelé la Cour de justice des communautés européennes dans un arrêt du 6 janvier 2004 (C-2/01 P), "un accord interdit par l'article 81 § 1 ne suppose pas nécessairement qu'il existe un système de contrôles* a posteriori *et de sanctions" »* **(06-D-09)**.

« *Il n'est pas nécessaire, pour démontrer l'existence d'une entente entre concurrents, de prouver que des représailles ont été effectivement exercées à l'encontre de ceux qui n'auraient pas respecté le prix imposé par l'entente* » **(06-D-30)**.

Faisceau d'indices / Absence de caractère probant d'un indice pris isolément

La preuve de l'existence d'ententes anticoncurrentielles entre entreprises lors de marchés publics sur appels d'offres « *peut résulter le cas échéant d'un faisceau d'indices constitué par le rapprochement de diverses pièces recueillies au cours de l'instruction, même si chacune des pièces prise isolément n'a pas un caractère suffisamment probant* » (voir notamment en ce sens les décisions 01-D-17 et 01-D-20) **(06-D-25)**.

Rôle du saisissant dans la charge de la preuve

« *S'il est compréhensible qu'une entreprise saisissant le Conseil de la concurrence de pratiques reprochées à une autre entreprise ne puisse faire état avec précision des coûts de cette dernière, il est néanmoins nécessaire, afin que les éléments apportés par la saisissante puissent être considérés comme suffisamment probants pour engager une instruction, que ces éléments soient suffisamment expliqués afin que leur valeur et leur pertinence puissent être appréciées par rapport aux arguments avancés* » **(06-D-19)**.

« Il appartient à la saisissante de produire des éléments propres à établir, à tout le moins, la vraisemblance des pratiques anticoncurrentielles qu'elle dénonce » **(06-D-39)**.

Imputabilité des pratiques

Modification de la structure, de la situation juridique, de la dénomination ou de l'activité de l'entreprise auteur des pratiques

Les décisions **06-D-03 *bis*** et **06-D-07 *bis*** ont été l'occasion pour le Conseil de rappeler les principes régissant l'imputabilité des pratiques en cas de modification de la structure, 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 (tant qu'elle n'est pas radiée du RCS), pour les besoins de la liquidation, c'est elle qui doit répondre des pratiques anticoncurrentielles qui peuvent être relevées à son encontre. Toutefois, conformément à une pratique constante du Conseil, aucune sanction n'est prononcée contre elle. 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. Si l'entreprise ayant mis en œuvre les pratiques dénoncées a disparu sans faire l'objet d'une reprise et a été radiée du registre du commerce et des sociétés, aucun grief ne peut lui être imputé.

Ces principes ont été mis en œuvre dans plusieurs décisions au cours de l'année 2006.

Cession de l'activité à l'origine des pratiques

En cas d'apport de l'ensemble des éléments d'actifs et de passifs concernant la branche d'activité à l'origine des pratiques par traité d'apport-scission ayant entraîné la dissolution sans liquidation et la disparition de la société, c'est la société bénéficiaire de l'opération qui se voit imputer les griefs **(06-D-03 *bis*)**. Voir aussi **06-D-04 *bis***.

En revanche, dans la décision **06-D-07 *bis***, le Conseil a estimé que lorsque la société auteur des pratiques a fait apport, par voie de scission, de la branche d'activités en cause à une autre société, cette scission n'emporte pas transmission de plein droit de la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence, celle-ci n'étant pas une action de nature patrimoniale (cour d'appel de Paris, 20 octobre 1998, SA Béton Travaux). Le rapport annuel du Conseil de la concurrence 2001 rappelle par ailleurs que le principe selon lequel les pratiques, en cas de fusion, sont imputées à la société absorbante « *s'applique même si la branche d'activité concernée par ces pratiques avait été cédée à un tiers antérieurement à la fusion-absorption, et même si la société absorbante cède à une troisième société la branche d'activité concernée par les pratiques* ». En l'espèce, les pratiques n'ont donc pas été imputées à la société à laquelle avait été apportée la branche d'activité, mais à la société qui en absorbant l'entreprise auteur des pratiques postérieurement à la scission, avait succédé, sur le plan juridique, à la société absorbée à laquelle les pratiques étaient reprochées.

Si une entreprise auteur des pratiques ne cède qu'un secteur de son activité mais subsiste en tant qu'entreprise, elle doit répondre des pratiques anticoncurrentielles auxquelles elle avait participé dans ce secteur antérieurement à la cession ou à l'apport. La jurisprudence Enichem Anic SPA s'applique exclusivement dans l'hypothèse où la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise a cessé d'exister juridiquement. Comme l'a souligné le Conseil de la concurrence dans son rapport 2001, « *le principe fondamental repose sur l'idée selon laquelle la responsabilité du comportement infractionnel de l'entreprise suit d'abord la personne morale. En conséquence, tant que la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise qui a mis en œuvre des pratiques subsiste juridiquement, c'est elle qui doit assumer la responsabilité de ces pratiques, même si les éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction ont été cédés à une tierce personne* » **(06-D-07 *bis*)**.

Transformation de l'entreprise

Lorsque la société auteur des pratiques a fait l'objet d'une fusion-absorption par une autre société, les pratiques sont imputées, en application d'une jurisprudence constante, à la société absorbante, la société absorbée ayant transmis l'universalité de son patrimoine **(06-D-07 *bis*)**.

Dans la décision **06-D-03 *bis***, le Conseil a fait application de ce principe. En l'espèce, la société absorbante a d'ailleurs accusé réception de la notification de griefs qui lui avait été adressée, avait demandé – et obtenu – un délai supplémentaire pour y répondre en expliquant qu'elle venait aux droits de la société absorbée et avait présenté sa défense sur le fond en contestant la participation de la société absorbée aux pratiques anticoncurrentielles.

Dans la même décision, compte tenu des termes dans lesquels était rédigée la notification de griefs, le Conseil a toutefois estimé que la société absorbante n'avait jamais tenu pour acquis qu'elle pourrait se voir imputer les pratiques des filiales qu'elle avait absorbées, pratiques sur lesquelles elle ne s'était jamais défendue sur le fond et dont, en conséquence, elle ne devait avoir à répondre.

Pour retenir, dans la même décision, qu'un groupement professionnel assurait, de fait, la continuité de la personne morale d'une organisation professionnelle qui avait juridiquement disparu à la suite d'une dissolution sans que l'ensemble de ses droits et obligations ait été transféré à une personne tierce, le Conseil a pris en considération plusieurs « *indices graves, précis et concordants* » permettant de conclure que le premier assurait la continuité économique et fonctionnelle de la seconde : déclarations, dissolution simultanée de l'organisation professionnelle et adhésion individuelle de tous ses membres au groupement, reprise de l'actif, prolongement de l'activité de l'organisation professionnelle par le groupement.

C'est la société qui a racheté les sociétés auteurs des pratiques qui doit répondre de leur comportement anticoncurrentiel dès lors que cette société existe toujours, même si elle a changé de nom depuis le rachat, ses numéros d'identification fiscale et de registre étant inchangés ainsi que l'activité pour laquelle elle est enregistrée **(06-D-04 *bis*)**.

Par application des principes énoncés notamment dans l'arrêt du Tribunal de première instance des communautés européennes du 17 décembre 1991, Enichem Anic SPA, « *la personne qui est devenue responsable de l'exploitation de l'ensemble des éléments matériels ayant concouru à la commission de l'infraction* » et qui assure, en fait, la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise auteur des pratiques qui a disparu, doit se voir imputer les pratiques **(06-D-07 *bis*)**.

Dans la décision **06-D-07 *bis***, le Conseil a fait application du principe posé notamment par l'arrêt Orkem du 16 octobre 1989 rendu par la Cour de justice des communautés européennes selon lequel il appartient aux entreprises de signaler les changements juridiques qui les affectent. Tant que des griefs n'ont pas été notifiés, il appartient au service d'enquête et au rapporteur d'identifier l'entreprise contrevenante, et de rechercher, le cas échéant, quelle est l'entité qui vient juridiquement aux droits de celle-ci. Ensuite, les entreprises qui ont, à compter de la notification de griefs, la qualité de parties à la procédure, doivent informer le Conseil des changements juridiques qui les affectent. En l'espèce, il a estimé que la société qui avait absorbé l'entreprise auteur des pratiques n'avait pu ignorer les griefs notifiés à cette dernière, dont elle était l'unique actionnaire, ni l'existence du rapport comme l'attestait d'ailleurs un courrier adressé au Conseil par un responsable de l'entreprise absorbante. La circonstance que le rapport ait été notifié à la société absorbée, l'accusé de réception du rapport n'ayant d'ailleurs pas été retourné au Conseil, était sans incidence. Les pratiques devaient donc être imputées à la société absorbante.

La règle selon laquelle la personne morale absorbante doit répondre des pratiques de la personne morale absorbée qui a juridiquement disparu à la suite de l'opération d'absorption, ne cède pas devant le principe de la personnalité de la responsabilité pénale et des peines. Dans un arrêt du 27 novembre 2001, Caisse nationale du Crédit Agricole, la cour d'appel de Paris a jugé que l'imputation de la responsabilité de pratiques anticoncurrentielles, en cas de disparition de la personne morale responsable de l'entreprise en cause, à la personne morale à laquelle ladite entreprise a été juridiquement transmise et, à défaut d'une telle transmission, à celle qui en assure la continuité économique et fonctionnelle, ne viole pas le principe fondamental de personnalité des peines, dans la mesure où l'article L. 464-2 du Code de commerce énonce que les peines sont applicables aux entreprises auteurs de pratiques. La Cour de cassation a confirmé ce point dans l'arrêt rendu le 23 juin 2004 sur le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel **(06-D-08)**.

Modification de la dénomination sociale

« *Lorsque seule la dénomination de la société a changé, les pratiques sont imputées à la société sous sa nouvelle dénomination, car il s'agit de la même personne morale* » **(06-D-07 *bis*)**.

Voir aussi dans ce sens la décision **06-D-15** (la société, bien qu'ayant changé à plusieurs reprises de dénomination sociale, demeure immatriculée au Registre du commerce et des sociétés de Paris sous le même numéro).

Procédure collective

Une entreprise mise en liquidation judiciaire, et non radiée du RCS, conserve sa personnalité morale et peut donc répondre des pratiques anticoncurrentielles

qu'elle a mises en œuvre. Toutefois, conformément à une pratique constante du Conseil, aucune sanction n'est prononcée contre elle **(06-D-03 *bis*, 06-D-07 *bis,* 06-D-15)**.

Il en est de même de la société qui fait l'objet d'un plan de cession dans le cadre d'un redressement judiciaire. Même si, par le jugement arrêtant la mise en redressement judiciaire, une partie des actifs de la société a été cédée à une société tierce, la société existe toujours pour les besoins de la procédure collective, et compte tenu de la pratique constante du Conseil en matière de cession d'actifs, l'infraction commise par elle lui reste imputable. En revanche, aucune sanction n'est prononcée à son encontre **(06-D-08)**.

Lorsqu'une société, dans le cadre d'une procédure collective, fait l'objet d'un plan de cession totale de ses actifs au profit d'une société tierce, celle-ci ne peut se voir imputer les griefs en vertu des articles L. 621-62 et L. 621-63 alinéa 3 du Code de commerce dans leur version antérieure à la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, qui prévoit que les personnes qui exécuteront le plan ne peuvent se voir imposer des charges autres que les engagements qu'elles ont souscrits **(06-D-07 *bis*)**.

Autonomie des sociétés / Imputabilité entre société mère et filiale

Le Conseil a rappelé, dans la décision **06-D-07 *bis***, que la jurisprudence considère que la maison mère est présumée responsable des pratiques commises par sa filiale à 100 %, sauf pour elle à renverser cette présomption en démontrant que la filiale disposait d'une autonomie de décision. Les autorités de concurrence peuvent présumer qu'une filiale à 100 % applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par sa société mère, sans devoir vérifier si la société mère a effectivement exercé ce pouvoir (Cour de justice des communautés européennes, 21 février 1973, Europemballage Corporation, Continental Can ; Tribunal de première instance des communautés européennes, 14 mai 1998, Stora Kopparbergs Bergslags/Commission, T-354/94, point 80, confirmé par la Cour de justice des communautés européennes, 16 novembre 2000, Stora Kopparbergs Bergslags/Commission, C-286/98 P, points 27 à 29 ; Tribunal de première instance des communautés européennes, 15 juin 2005, Tokai Carbon Co. Ltd, T 71/03, 00-D-50, 00-D-67, 04-D-32). S'il est démontré, au contraire, que la société contrôlée disposait d'une totale marge de manœuvre, elle est responsable de son comportement (Cour de cassation, 4 juin 1996, entreprise Jean Lefebvre ; 03-D-17).

C'est en application de ces principes que le Conseil a retenu, pour l'entente générale reprochée dans cette affaire, la responsabilité de plusieurs sociétés « têtes de groupe » (Bouygues SA, Eiffage, Vinci) pour les pratiques mises en œuvre par leurs filiales respectives.

Conformément à la jurisprudence constante de la Cour de cassation (3 mai 1995, Entreprise industrielle ; 4 juin 1996, Colas ; 14 mars 1997, SPIE Batignolles et GTIE), pour donner lieu au transfert de responsabilité d'une société vers ses structures locales, l'autonomie invoquée doit être telle qu'elle permette à la structure locale de définir sa propre stratégie commerciale, financière et technique et de s'affranchir du contrôle hiérarchique du siège social. La seule mention d'une délégation de signature ou, *a fortiori*, la

seule affirmation d'une indépendance fonctionnelle, ne suffisent pas à établir l'existence d'une telle autonomie (en ce sens, voir la décision 01-D-14, confirmée par la cour d'appel de Paris, 29 janvier 2002, SA Appia). En l'espèce, il n'était pas démontré que le service des travaux spéciaux de l'entreprise en cause était une agence locale qui jouissait d'une autonomie de gestion et avait le pouvoir de s'affranchir du contrôle hiérarchique du siège social et que, notamment, son responsable pouvait s'affranchir des directives de politique commerciale définies par les organes de direction **(06-D-07 *bis*)**.

Lorsque des pratiques anticoncurrentielles sont mises en œuvre par une société filiale, elles ne sont imputables à cette dernière que pour autant qu'elle dispose d'une autonomie de décision par rapport à la société mère. Dans la décision **06-D-03 *bis***, le Conseil a jugé que tel n'était pas le cas d'une filiale détenue pour 100 % de son capital par la société mère, qui partageait, de plus, un même président du conseil d'administration, ainsi qu'un administrateur sur trois, avec la société mère. En outre, la filiale était simplement l'usine de fabrication du groupe et la stratégie commerciale de ce dernier n'était pas définie par chacune des filiales mais de manière globale. Enfin, l'adresse commerciale figurant sur des documents contractuels de la filiale était celle de la maison mère.

De même, ont été imputées à la société mère les pratiques mises en œuvre par deux filiales dont elle avait racheté 100 % du capital. Le président de la maison mère était en outre président du conseil d'administration de l'une, constituée en SA, et cogérant de l'autre constituée en SNC, tandis qu'un autre cogérant de la SNC était en même temps administrateur de l'autre filiale. Enfin, le contrat de location-gérance conclu entre la société mère et ses deux filiales montrait que la première exploitait les fonds de commerce des deux autres qui, par conséquent, ne disposaient pas d'une autonomie commerciale sur le marché puisque la stratégie commerciale de ces deux filiales était déterminée par la société mère, en tant que locataire-gérant [27].

Se reporter aussi à la décision **06-D-04 *bis***, en ce qui concerne l'absence d'autonomie effective d'une société par rapport à une autre filiale du groupe auquel elle appartenait. En réponse au courrier du rapporteur adressé à la première, c'est le directeur de la seconde qui avait répondu en envoyant les documents contractuels demandés sur son propre papier à en-tête portant le logo ainsi que le nom de l'autre société : « *En répondant au courrier d'instruction concernant L., le directeur de P. a démontré l'absence d'autonomie effective de la société L. vis-à-vis de P. De surcroît, en s'inspirant du raisonnement suivi par la Cour de justice des communautés européennes dans son arrêt Orkem contre Commission du 18 octobre 1989 (affaire 374/87), il doit être considéré qu'en répondant à ce courrier d'instruction, la société P. a implicitement reconnu qu'elle était bien la société qui devait répondre des faits* [...]. *Les éléments versés au dossier par P. au soutien de l'autonomie de L. sont insuffisants pour renverser cette présomption.* »

27. Selon la Cour de cassation (Cass., Com., 23 mars 1999), la location-gérance est un contrat par lequel un commerçant indépendant exploite à ses risques et périls le fonds qui lui a été concédé par le propriétaire dans un intérêt économique commun.

Dans la décision **06-D-09**, le Conseil a mis hors de cause une société holding qui effectuait, pour le compte de ses filiales, des tâches administratives sans rapport avec la politique commerciale que chaque filiale définissait de façon autonome. Le Conseil a considéré que cette société ne formait pas avec ses filiales une unité économique, au sens tant de la jurisprudence communautaire que nationale, puisque ces dernières jouissaient d'une totale indépendance en matière commerciale vis-à-vis de leur société mère, allant jusqu'à participer activement et régulièrement aux réunions illicites sans lui en référer. Aucun élément n'était rapporté permettant de démontrer la connaissance que la holding avait de la participation de ses filiales aux réunions ou sa présence, au travers de l'un de ses représentants, aux réunions litigieuses. Bien que des tableaux de prix aient été saisis dans ses locaux, ces documents provenaient des archives d'un ancien responsable commercial de sociétés filiales qui avaient été entreposées, à son départ, dans les locaux de la holding. La pratique d'entente sur les prix n'était donc pas établie à son encontre. Les pratiques ont été imputées aux filiales.

Imputabilité de pratiques anticoncurrentielles à un syndicat

Pour écarter l'argumentation de la Fédération française des industries de salles de bains (FISB), regroupant plusieurs syndicats de fabricants de produits destinés à la salle de bains, consistant à soutenir que les fabricants adhérents à ces syndicats, ayant une personnalité propre et distincte de celle de la FISB, étaient seuls à même d'assurer l'éventuelle responsabilité des actes qui leur étaient reprochés, le Conseil, dans la décision **06-D-03 *bis***, a constaté que le grief notifié à la Fédération concernait la signature d'un accord anticoncurrentiel qu'elle avait personnellement signé avec d'autres fédérations. Le grief devait donc bien être imputé à la Fédération et non à ses membres ou aux fabricants adhérents aux syndicats la composant.

Dans la même décision, le Conseil a également retenu l'imputabilité des pratiques à la Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment (CAPEB) qui soutenait, en invoquant un arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 février 2000 (confirmé par la Cour de cassation, 15 janvier 2002), qu'elle ne pouvait se voir imputer aucune pratique dès lors qu'elle n'exerçait pas d'activité économique au sens de l'article L. 410-1 du Code de commerce, c'est-à-dire aucune « *activité de production, distribution et de services* ». Le Conseil a relevé que la Cour de cassation, en confirmant l'absence d'activité économique de syndicats au sens de l'article 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 devenu l'article L. 410-1 du Code de commerce, avait simplement tiré les conséquences du fait qu'en l'espèce, les syndicats en cause représentant des salariés ne pouvaient être qualifiés d'acteurs économiques au sens du droit de la concurrence, de sorte que les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce ne leur étaient pas applicables. En revanche, dans l'espèce, la CAPEB défendait les intérêts d'environ 300 000 entreprises de services au sens de l'article L. 410-1 du Code de commerce, « *artisans et des autres chefs d'entreprises des professions du bâtiment et des activités annexes inscrits au Répertoire des métiers* [...], *par l'étude ou la réalisation de toute question d'ordre législatif, juridique, fiscal* [...] ». La CAPEB se trouvait donc dans des circonstances très différentes des syndicats représentant

les salariés dans le secteur de l'imprimerie et de la publication. Or, conformément à une jurisprudence constante, les syndicats professionnels représentant des entreprises exerçant une activité économique sur un marché, peuvent se voir imputer des pratiques d'ententes anticoncurrentielles dès lors qu'il est démontré qu'ils y ont adhéré. En ce sens, voir la décision 04-D-49 relative à des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur de l'insémination artificielle bovine : « *l'UNCEIA, en sa qualité d'union de coopératives d'insémination artificielle et d'organisation professionnelle représentative, a pris une part importante dans l'organisation et la mise en œuvre des pratiques sanctionnées par la présente décision, alors que sa mission particulière d'assistance et de conseil juridique des centres agréés devait, au contraire, l'inciter à mettre ces derniers en garde contre le caractère manifestement anticoncurrentiel de leur comportement vis-à-vis des vétérinaires libéraux* ». Le Conseil a estimé que la même analyse justifiait l'imputation de griefs à la CAPEB, qui avait adhéré à l'entente anticoncurrentielle visée par chacun de ces griefs.

Imputabilité de pratiques mises en œuvre au sein d'un groupement professionnel par les membres

Dans la décision **06-D-03 *bis***, le Conseil a écarté l'argumentation de sociétés qui contestaient que les pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par des groupements professionnels puissent leur être imputables au seul motif qu'elles étaient adhérents de ces groupements. Il avait été en effet été démontré que ces sociétés avaient participé à la mise en œuvre des pratiques anticoncurrentielles décidées au sein de chaque groupement, de sorte qu'elles devaient se voir imputer ces pratiques.

Erreur portant sur l'identité de l'entreprise à laquelle les griefs sont imputés

Dans la décision **06-D-03 *bis***, le Conseil s'est fondé sur la solution dégagée par le Tribunal de première instance des communautés européennes dans l'affaire T-137/94 du 11 mars 1999, Arbed SA contre Commission européenne, pour tirer les conséquences de l'erreur commise lors de la notification des griefs. Selon la jurisprudence précitée, en présence d'une erreur matérielle portant sur le nom de l'entreprise à laquelle les griefs sont notifiés, il n'est pas porté atteinte au principe du contradictoire et à la régularité de la procédure dans la mesure où « *ces notifications ont été acceptées par les sociétés réellement mises en cause et que ces entreprises, après avoir mentionné les erreurs rappelées ci-dessus, ont répondu aux griefs* ». Or, en l'espèce, la notification des griefs avait été adressée par erreur à la société C. et D. SASU au lieu de sa société mère D. SA, auteur des pratiques, dont le siège social était le même. La société C. et D. SASU avait contesté, en réponse à la notification des griefs, l'imputabilité des pratiques dont devait, selon elle, répondre la société mère. Le Conseil en a déduit que les pratiques mises en œuvre par la société C. et D. ne pouvaient être imputées à la société C. et D. SASU.

Dans la décision **06-D-04 *bis***, le Conseil a constaté que le groupe auquel appartenait l'une des sociétés poursuivies avait sciemment entretenu tout au

long de la procédure une confusion entre deux de ses sociétés. En particulier, lors de l'audition de responsables du groupe, aucune mention n'avait été faite de l'existence des deux sociétés et de leur rôle respectif dans la distribution des produits en cause, les responsables présents n'ayant pas même jugé utile de préciser leurs titres exacts. Un chiffre d'affaires inexact avait par ailleurs été communiqué. La réalité de la structure juridique du groupe et de la situation comptable n'avait été communiquée au rapporteur que dans les observations en réponse au rapport. Ainsi, le Conseil a estimé que l'erreur d'imputation commise par les services d'instruction du Conseil résultait entièrement du comportement de la société incriminée à tort. Il a choisi de disjoindre le cas de la société en cause, de surseoir à statuer et de renvoyer le dossier à l'instruction pour ce qui la concernait.

Les sanctions

La loi applicable

Le Conseil a rappelé, dans la décision **06-D-36**, que l'application des dispositions plus sévères résultant de la loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 (NRE) est soumise à une double condition : que la saisine soit postérieure à l'entrée en vigueur de la loi précitée et que les faits soient également postérieurs à l'entrée en vigueur de cette même loi. Cette dernière condition est remplie lorsque les pratiques en cause sont des pratiques continues, commencées avant l'entrée en vigueur de la loi NRE et poursuivies après (en ce sens, voir notamment la décision **06-D-09**). Mais la première condition n'est pas remplie en présence de saisines multiples qui ont été jointes, dès lors que l'une des saisines est antérieure à la loi nouvelle. Il convient en effet, afin d'assurer une 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 sévères, de retenir la date de la saisine la plus ancienne pour déterminer la loi applicable.

La règle *non bis in idem* et le prononcé de sanctions dans des procédures connexes

Dans la décision **06-D-03 *bis***, le Conseil a écarté la critique tirée du risque d'une double sanction des même pratiques, qui aurait résulté du fait que certaines sociétés étaient poursuivies, à raison de certains griefs, pour leurs comportements en tant qu'entreprises et, à raison d'autres griefs, pour leurs comportements en tant qu'adhérentes d'un groupement ou organisme professionnel.

Le Conseil a rappelé que la règle *non bis in idem*, qui est un principe de procédure pénale aux termes duquel « *nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement à raison des même faits* », interdit l'exercice de deux actions répressives contre une même personne et à raison des même faits. Cette règle ne peut valablement être invoquée quand deux personnes morales distinctes sont poursuivies pour les mêmes faits, tels les entreprises adhérentes d'un groupement et le groupement lui-même, ou quand une personne morale est poursuivie pour des griefs différents.

Le principe *non bis in idem* s'opposant à ce qu'une entreprise ayant déjà fait l'objet d'une décision au fond du Conseil (non-lieu ou condamnation) puisse faire l'objet d'une autre décision pour les mêmes faits sur la base du même fondement juridique, l'application de ce principe suppose donc une identité de parties, de faits et de cause. Tel n'est pas le cas de deux affaires distinctes concernant des pratiques et des marchés distincts **(06-D-07 *bis*)**.

Voir *supra* « *Instruction / La notification de griefs* » sur la prétendue violation des principes de l'autorité de chose décidée et *non bis in idem* résultant de la notification d'un grief précédemment abandonné dans le cadre d'une autre procédure **(06-D-03 *bis*)**.

Voir aussi *supra* la décision **06-D-04 *bis*** « *Validité de la saisine d'office* » sur la prétendue irrégularité de la saisine d'office faisant suite à une décision de classement portant sur les mêmes faits.

■ 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 des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie, climatisation **(06-D-03 *bis*)**.

La délimitation du marché pertinent doit donc 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 apprécie le marché dans la situation contemporaine des pratiques.

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*.

Enfin, le Conseil a rappelé à plusieurs reprises que, lorsque les pratiques qui ont fait l'objet de la notification de griefs sont recherchées au titre de la prohibition des ententes, il n'est alors pas nécessaire de définir le marché avec la même précision qu'en matière d'abus de position dominante : il suffit que le marché soit délimité avec suffisamment de précision pour permettre d'apprécier les effets des pratiques incriminées **(06-D-03 *bis* ; 06-D-04 *bis* ; 06-D-37)**.

Le marché pertinent de produit ou de service

Le marché se définit comme le lieu où se rencontrent l'offre et la demande de produits ou de services qui sont considérés par les acheteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux mais non substituables aux autres biens ou services offerts **(06-D-36)**.

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 **(06-D-09)**.

La substituabilité du point de vue des demandeurs

Le Conseil regarde comme substituables et comme relevant d'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 **(06-D-22)**.

Néanmoins, si la substituabilité de différents biens ou services se mesure, en principe, au moyen des élasticités-prix croisées de ces différents biens ou services, cette mesure précise des élasticités reste rarement disponible. Le Conseil apprécie donc cette substituabilité de manière qualitative en se fondant sur différents indices tels que la nature du bien, l'utilisation qui en est faite, les caractéristiques de l'offre (les stratégies de commercialisation mises en place par les offreurs, comme la différenciation des produits ou celle des modes de distribution), l'environnement juridique, les différences de prix ou les préférences des demandeurs. Tous ces indices permettent d'apprécier quel serait le comportement du demandeur en cas de hausse relative du prix des biens ou services en cause **(06-D-06 ; 06-D-09)**.

L'identité des demandeurs

Les marchés peuvent être délimités en tenant compte de l'identité des demandeurs. Il peut en effet être possible par exemple de distinguer les différents acheteurs d'un produit en fonction de leur rôle dans le processus de commercialisation de ce produit (producteurs, grossistes, distributeurs, utilisateurs finaux). Le comportement de ces demandeurs peut en effet différer d'un groupe à l'autre.

Ainsi, le Conseil a estimé qu'en dépit de caractéristiques physiques communes, les bougies d'allumage de rechange pour deux-roues ne sont pas substituables aux bougies d'allumage de première monte, car les utilisateurs s'adressent à des circuits de distribution différents et empruntent des voies de négociation différentes **(06-D-22)**.

Le Conseil a également relevé dans une affaire relative au secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie et climatisation que, si sur le marché amont de l'approvisionnement en produits de chauffage, les différents produits de chauffage sont substituables, il apparaît que du point de vue des consommateurs finaux sur le marché aval, une distinction plus fine des marchés distinguant les sous-marchés des chauffe-eaux électriques, des chauffe-eaux à gaz, des chaudières murales à gaz, des chaudières au sol et le sous-marché des radiateurs, pourrait s'avérer pertinente **(06-D-03 *bis*)**.

Le Conseil a également rappelé que, lorsqu'il est démontré que le consommateur final a systématiquement recours à des distributeurs intermédiaires, il est pertinent de distinguer le marché amont de l'approvisionnement du marché aval de la distribution de ce produit. Le Conseil considère en effet traditionnellement qu'une telle structure de marché impose de définir deux types de marchés, « *ceux qui mettent en présence les entreprises du commerce de détail et les consommateurs pour la vente des biens de consommation et ceux de l'approvisionnement en ces mêmes biens* ». Néanmoins, en l'espèce, le Conseil a relevé qu'en dépit des caractéristiques spécifiques des différents circuits de distribution sur le marché amont de l'approvisionnement en céramique sanitaire, robinetterie et chauffage, ces circuits de distribution sont en concurrence et constituent une demande homogène face à l'offre des fabricants. Le Conseil a considéré que, même si les services proposés par différents circuits de distribution pour un même produit sont différents, il pouvait considérer ces différents circuits de distribution comme concurrents sur le marché aval de la distribution de produits de céramique sanitaire, robinetterie et chauffage, dès lors qu'il existe un ensemble d'éléments établissant l'existence d'une interpénétration croissante des clientèles de ces différents circuits de distribution (grossistes, coopératives et GSB) et qu'une concurrence réelle par les prix existe entre eux **(06-D-03 *bis*)**.

L'existence de groupes distincts de demandeurs est également un indice utile dans la délimitation d'un marché pertinent. Ainsi, dans une décision relative à des pratiques concernant le domaine de l'assurance de la responsabilité médicale, le Conseil a relevé la spécificité de l'assurance de la responsabilité civile médicale proposée aux échographistes fœtaux **(06-D-34)**.

Enfin, 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 **(06-D-08 ; 06-D-15 ; 06-D-33)**. 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 répartir illicitement les parts **(06-D-07 ; 06-D-08)**.

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.

Dans une affaire relative au secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie et climatisation, le Conseil a relevé, pour rejeter une définition de marché distinguant plusieurs marchés distincts correspondant à différents produits de chauffage, que du point de vue de la demande intermédiaire, les négociants-grossistes, les grandes surfaces de bricolage et les coopératives d'installateurs souhaitaient avoir accès à l'ensemble des gammes de produits. Le Conseil en a déduit que, sur le marché amont de l'approvisionnement en produits de chauffage, les différents produits de chauffage étaient substituables **(06-D-03 *bis*)**.

De même, dans une décision relative au secteur des commodités chimiques, le Conseil a estimé qu'il n'y avait pas lieu de distinguer autant de marchés que de types de commodités. Le Conseil a pu en effet constater que si les types de commodités répondent chacun à des besoins spécifiques des industriels et ne sont pas substituables entre eux, les distributeurs doivent proposer à leurs clients un assortiment complet de commodités. Dès lors, segmenter et diviser cette activité en autant de marchés qu'il peut exister de types de commodités chimiques pourrait aboutir à un émiettement excessif du marché, qui ne correspondrait pas à la réalité économique **(06-D-12)**.

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 au secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie et climatisation, le Conseil a considéré que les produits de céramique sanitaire, de robinetterie et de chauffage n'étaient pas substituables du point de vue du consommateur final puisqu'ils n'avaient pas le même usage **(06-D-03 *bis*)**.

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité cinématographique, le Conseil a rappelé que les différents espaces publicitaires offerts par les différents médias constituent, du point de vue des annonceurs, des marchés distincts dans la mesure où ils présentent des spécificités techniques qui permettent de décliner différents modes de perception et de mémorisation des messages, visuels ou auditifs **(06-D-18)**. Dans cette décision, le Conseil est revenu sur les spécificités de la publicité

cinématographique par rapport aux autres médias. Ainsi, le Conseil a notamment souligné que la publicité cinématographique présentait des caractéristiques particulières, liées à la spécificité de son support, l'écran de cinéma, ainsi qu'aux contraintes liées à la création des films publicitaires **(06-D-18)**.

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'hébergement touristique en gîtes ruraux et en chambres d'hôtes, le Conseil a considéré que la prise en compte de la nature des services offerts aux propriétaires d'hébergements par les différents prestataires était essentielle pour apprécier la substituabilité de ces services par les propriétaires. Le Conseil a ensuite observé que les prestations offertes par les organismes décernant des labels doivent être distinguées des prestations de promotion et de commercialisation des locations saisonnières offertes par d'autres prestataires, comme les guides touristiques, les syndicats d'initiative, les offices de tourisme, les agences immobilières, la presse spécialisée, les journaux d'annonces gratuites et internet **(06-D-06)**.

Dans une décision relative à des pratiques relevées dans le secteur du transport du béton prêt à l'emploi, le Conseil a estimé que les caractéristiques techniques des camions toupies utilisés en faisaient des véhicules dédiés au transport de béton prêt à l'emploi, et excluaient toute diversification de cette activité vers le transport d'autres produits **(06-D-17)**.

La fonction et l'utilisation du produit

La fonction et l'utilisation des produits sont souvent des éléments essentiels aux yeux des demandeurs. Des produits différenciés, mais ayant la même fonction ou destinés à la même utilisation, peuvent en effet 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.

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité cinématographique, le Conseil a relevé que du point de vue des annonceurs, les objectifs de communication, la teneur des messages, la zone géographique couverte par les campagnes, la durée des annonces et des campagnes différaient selon qu'il s'agissait de publicité cinématographique nationale ou locale. Il en a déduit que ces activités concernaient bien deux marchés pertinents distincts **(06-D-18)**.

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication de portes, le Conseil a relevé que les portes standards se distinguaient des portes techniques en raison notamment de leur mode de production et de leur utilisation. Le Conseil a notamment observé que les portes techniques étaient destinées à certains types de construction, et devaient, de ce fait, répondre à des caractéristiques techniques qui les différenciaient des portes standard destinées à équiper des immeubles d'habitation classiques **(06-D-09)**.

Dans une affaire relative à la distribution de la presse, il a rappelé que la vente au numéro formait un marché distinct de la vente par abonnement **(06-D-16)**.

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.

Ainsi, ayant observé que le prix des portes standard était notablement plus bas que celui des portes techniques, pour lesquelles les offreurs pratiquaient une politique de prix élevés, le Conseil a utilisé ce critère pour distinguer les deux marchés **(06-D-09)**.

De même, dans une affaire relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'hébergement touristique en gîtes ruraux et en chambre d'hôtes, le Conseil a relevé, pour les distinguer, que l'obtention d'un label avait un coût supérieur à celui des autres services de promotion et de commercialisation offerts par les autres prestataires. Le Conseil a tenu compte des cotisations versées aux associations, mais également des contraintes liées à la labellisation : investissements nécessaires, contrôles réguliers de l'association, durée de mise en location, durée d'adhésion minimale requise par l'association **(06-D-06)**.

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 à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'hébergement touristique en gîtes ruraux et en chambres d'hôtes, le Conseil a relevé que lorsque la détention d'un label permet aux propriétaires d'accéder aux aides publiques, cet élément est de nature à conférer une spécificité aux organismes décernant ce label, qui les distingue des autres prestataires intervenant dans la promotion et la commercialisation des locations saisonnières **(06-D-06)**.

Pour distinguer le marché des portes standard du marché des portes techniques, le Conseil a notamment observé que la fabrication de portes techniques, contrairement à celle des portes standard, suppose des investissements lourds et des équipements spécifiques afin de répondre aux normes techniques qui les concernent **(06-D-09)**.

Dans une affaire relative à des pratiques dans le secteur des eaux-de-vie de Cognac, le Conseil a tenu compte de la réglementation vitivinicole française et communautaire pour délimiter le marché pertinent **(06-D-21)**.

Pour retenir l'existence d'un marché pertinent de l'assurance responsabilité civile à destination des échographistes fœtaux, le Conseil a relevé la spécificité des risques assumés par cette catégorie de médecins depuis l'arrêt Perruche **(06-D-34)**.

Pour définir le marché de l'accès au scanner et celui de l'accès aux appareils d'IRM, le Conseil a tenu compte de l'environnement juridique et réglementaire encadrant la prescription d'imagerie médicale **(06-D-36)**.

Néanmoins, si les spécificités réglementaires qui encadrent un produit ou un service donné sont des indices dont le Conseil tient compte lorsqu'il détermine le marché pertinent, cet élément ne permet pas de s'abstraire des

autres analyses menées par le Conseil pour les besoins de la définition du marché. Ainsi, dans une décision relative au marché des motocycles, le Conseil a estimé qu'il n'était pas certain qu'une évolution de la réglementation relative aux immatriculations modifie les contours de marchés identifiés auparavant, qui résultent davantage des caractéristiques des produits que des formalités administratives telles que l'immatriculation **(06-D-26)**.

Les caractéristiques de l'offre

Les caractéristiques de l'offre peuvent influer sur la substituabilité de l'offre (*cf. infra*) mais aussi sur le comportement des demandeurs, et donc sur la substituabilité des produits du point de vue de la demande.

Dans une affaire relative au secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie et climatisation, le Conseil a relevé, pour rejeter une définition de marché distinguant plusieurs marchés distincts correspondant à différents produits de chauffage, que du point de vue de l'offre, les constructeurs proposaient généralement une gamme complète de produits et d'équipements de chauffage **(06-D-03 *bis*)**.

Définissant le marché des logiciels pour la gestion des dépôts de presse, le Conseil, après avoir relevé qu'il existait potentiellement une offre concurrente, a constaté qu'en pratique, l'offre était limitée à celle des NMPP du fait du caractère non substituable de logiciel Presse 2000 **(06-D-16)**.

Le Conseil a enfin rappelé que, sous certaines conditions, la fourniture de pièces de rechange des appareils d'une marque constitue un marché pertinent distinct de celui des pièces de rechange des appareils d'autres marques et que l'entreprise gestionnaire de la marque peut ainsi se trouver en position dominante, voire en monopole, sur le marché ainsi délimité **(06-D-35)**.

La substituabilité de l'offre

Le Conseil s'appuie parfois sur des indices relatifs aux possibilités d'entrée sur le marché, c'est-à-dire à la substituabilité de l'offre, lorsqu'ils confortent l'analyse, faite dans un premier temps, de la substituabilité de la demande.

Après avoir relevé qu'il existait une demande spécifique pour les stages de formation professionnelle émanant des diffuseurs et dépositaires de presse, le Conseil a observé qu'en dépit de l'offre potentiellement substituable de plusieurs organismes de formation professionnelle, l'offre de formation proposée aux candidats-diffuseurs était en réalité limitée à celle d'un seul organisme en raison de sa spécialisation sur les métiers d'agents de presse **(06-D-16)**.

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des bougies pour deux-roues, le Conseil a exclu que l'analyse de la substituabilité du côté de l'offre permette d'infléchir l'analyse de la substituabilité du côté de la demande. Il a en effet retenu que, même si l'on admet que l'appareil de production des fournisseurs peut produire indifféremment des bougies deux-roues et des bougies pour les moteurs à soupapes, cela ne signifie pas qu'un producteur de bougies quatre-roues puisse rapidement pénétrer le marché

des deux-roues, en l'absence de maîtrise des canaux de distribution des bougies deux-roues, bien distincts de ceux des bougies quatre-roues **(06-D-22)**.

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 **(06-D-36)**. 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 **(06-D-18 ; 06-D-36)**.

Dimension nationale

La dimension nationale d'un marché peut résulter de l'existence d'une réglementation nationale spécifique.

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. Le Conseil a par exemple considéré que le marché de la régie publicitaire cinématographique nationale était un marché de dimension nationale, en raison de la taille des offreurs, de l'organisation de leur prospection sur l'ensemble du territoire et de leur mode de gestion du portefeuille de salles en régie, de la taille des annonceurs, du mode de négociation et de la zone de diffusion des campagnes **(06-D-18)**.

Le Conseil a également relevé que le marché des services de régie publicitaire cinématographique locale était de dimension nationale. Il a en effet observé que l'offre de services est proposée par des sociétés de dimension nationale, capables de répondre aux demandes d'exploitants possédant un réseau de salles de dimension locale, régionale ou locale. En revanche, le fait que la prestation de démarchage des régies soit destinée à des annonceurs situés sur la zone de chalandise de chacune des salles de cinéma, n'a pas eu pour effet de restreindre ce marché à une dimension locale **(06-D-18)**.

Le Conseil a enfin retenu que le marché de la délivrance de labels dans le secteur de l'hébergement touristique en gîtes ruraux et en chambres d'hôtes était de dimension nationale **(06-D-06)**.

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.

Pour délimiter géographiquement le marché de l'imagerie médicale, le Conseil s'est appuyé sur des statistiques relatives à l'origine géographique des patients venant effectuer des examens de scanner et d'IRM **(06-D-36)**. Ces données ont permis d'illustrer le fait que les patients effectuaient leurs examens de scanner dans les centres se trouvant le plus près de leur domicile. L'analyse géographique de l'offre a confirmé que les centres de radiologie réalisaient la quasi-totalité de leur chiffre d'affaires avec des examens réalisés sur des patients de leur zone d'implantation. Ces analyses ont permis au Conseil de conclure que les zones délimitées par la carte sanitaire définie par les autorités correspondaient bien à différents marchés locaux fortement étanches **(06-D-36)**.

Néanmoins, le Conseil a rappelé qu'il était constant qu'une relative porosité des bassins de chalandise n'empêche pas le droit de la concurrence de délimiter des marchés de dimension locale. En effet, d'une manière générale, des marchés locaux limitrophes ne sont jamais complètement étanches, sauf dans les cas où ils correspondent à un périmètre réglementaire qui interdit la migration de la demande **(06-D-36)**.

Les particularités de la zone géographique

Les particularités d'une zone géographique donnée peuvent également amener à dégager un marché géographique pertinent distinct.

Le Conseil a estimé que le marché de la revente des autorisations de stationnement était de dimension communale en raison du mode d'attribution des licences et du mode de gestion de leur quota par le maire **(06-D-30)**.

Dans son examen de pratiques relevées dans le secteur du transport du béton prêt à l'emploi, le Conseil a estimé que les caractéristiques de ce produit (produit non stockable et susceptible de se dégrader avec le temps) conféraient à son transport une importance déterminante, et qu'il était donc possible de considérer comme pertinents des marchés dont la dimension serait infrarégionale **(06-D-17)**.

Dimension européenne ou mondiale

Le marché pertinent peut également dépasser les frontières nationales.

■ 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'appels à la concurrence, des concertations entre entreprises dans le but d'entraver l'accès au marché de nouveaux concurrents.

En 2006, 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 ;* [...] » et quand les 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.

Les groupements d'entreprises

Le Conseil de la concurrence a rappelé à de multiples reprises 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 anticoncurrentielle 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.

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, à s'assurer de meilleures chances de succès, à répartir la charge de travail afin de gagner en souplesse ou encore à la mettre en situation de réaliser des travaux qu'il lui aurait été difficile de réaliser seule, compte tenu de leur importance.

Dans la décision **06-D-25** relative à des pratiques relevées à l'occasion de la restauration du patrimoine campanaire de la cathédrale de Rouen, le Conseil a considéré que « *si la constitution d'un groupement, pour ne pas être considérée comme faussant la concurrence, peut être justifiée par la recherche d'économies ou par le fait de permettre à des entreprises qui ne pourraient pas soumissionner seules, notamment pour des raisons techniques, de le faire ensemble, les échanges d'informations effectués entre entreprises susceptibles de participer à un groupement ne doivent pas porter sur des éléments de l'appel d'offres tant que le groupement n'est pas constitué. Sinon ces échanges faussent la concurrence entre entreprises toujours susceptibles de présenter des offres indépendantes. C'est ce qui s'est produit en l'espèce où des entreprises qui ont échangé des informations en matière de prix ont finalement déposé des offres indépendantes* ».

Le Conseil a relevé, dans une décision **06-D-32** relative à des pratiques mises en œuvre par des géomètres-experts dans le cadre de marchés publics dans le département de l'Aveyron, que la participation simultanée d'entreprises à plusieurs groupements qui ont répondu au même appel d'offres, bien qu'accroissant le risque que le niveau des prix pratiqués par chacune d'entre elles soit connu des autres, ne constitue pas en soi une preuve suffisante d'entente, en l'absence d'autres indices.

Dans cette même décision, le Conseil a rappelé la responsabilité pesant sur les maîtres d'ouvrage afin de « *veiller à ce que des offres groupées ne vident pas de leur substance les procédures de mises en concurrence* », le Conseil soulignant « *qu'ils ont, pour ce faire, la possibilité de poser des conditions objectives et non discriminatoires à l'acceptation de soumissions en groupement* ».

« *Cette responsabilité* [insiste le Conseil] *n'est que le pendant de la charge qui incombe au maître d'ouvrage de ne pas donner suite à un appel d'offres*

pour lequel il aurait des indices sérieux de pratiques ayant eu pour effet de fausser la concurrence, ainsi que l'a reconnu le juge administratif (TA de Bastia, 6 février 2003, AJDA 14 avril 2003, p. 738-743, décision du Conseil de la concurrence 04-D-30 du 7 juillet 2004, Transports scolaires en Corse ; TA Rouen, 28 avril 2000, AJDA, 20 octobre 2000, p. 842, décision 05-D-69 du 15 décembre 2005, Travaux routiers en Seine-Maritime). »

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. Mais, si ces offres multiples ont été établies en concertation, ou après que les entreprises ont communiqué entre elles, ces offres 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.

Dans la décision **06-D-15** du 14 juin 2006, le Conseil a cité un arrêt du 24 mai 2005 (SARL Imagin et autres) de la cour d'appel de Paris, dans lequel celle-ci a jugé que « *les quatre sociétés du groupe Imagin ne peuvent valablement se prévaloir du caractère prétendument transparent de leur démarche et de leur bonne foi alors que, en déposant des offres séparées, elles ont manifesté leur autonomie commerciale et ont choisi de se présenter, dans le cadre de l'appel d'offres, comme des entreprises concurrentes ; qu'elles devaient, par conséquent, respecter les règles de la concurrence auxquelles elles s'étaient soumises et s'interdire de présenter des offres dont l'indépendance n'était qu'apparente ; que la connaissance des liens unissant ces*

sociétés, que pouvaient avoir les services de la préfecture, est inopérante au regard des développements qui précèdent ». De même, le Conseil a-t-il rappelé que, dans un arrêt du 9 novembre 2004 (SEE Camille Bayol), la cour avait sanctionné quatre entreprises pour s'être concertées et avoir présenté des offres faussement concurrentes, soulignant « *qu'il est loisible à des entreprises, ayant entre elles des liens juridiques et 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 et, en cas de concertation* [...] *de n'en déposer qu'une seule* ».

La seule appartenance d'une entreprise à un groupement attributaire d'un marché obtenu grâce à une entente mise en œuvre par l'entreprise tête du groupement, ne suffit pas à impliquer la première dans l'entente, ainsi que le Conseil l'a rappelé dans la décision **06-D-08** du 24 mars 2006 : « *S'agissant de Dumez Sud, bien qu'elle ait profité de cette entente en tant que membre du groupement ayant remporté le marché, la preuve n'est pas rapportée qu'elle y a elle-même participé et elle ne saurait donc être incriminée à cet égard (en ce sens, cf. l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 9 novembre 2004, SA SEE Camille Bayol e. a.)* » (§79).

Dans la décision **06-D-15** citée plus haut, le Conseil a rappelé que selon une jurisprudence établie, une pratique ne peut être qualifiée d'entente anticoncurrentielle que si les entreprises en cause ont librement et volontairement participé à l'action concertée, en sachant quel en était l'objet ou l'effet (cour d'appel de Paris, 9 novembre 2004). La seule circonstance d'avoir signé, en groupement, l'offre de soumission, ne suffit pas à fonder la participation de l'entreprise à l'entente. Dès lors, en l'absence de tout élément permettant d'établir une participation de la société Meccoli à la pratique concertée autrement qu'en sa qualité de membre du groupement, celle-ci doit être mise hors de cause.

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 **(06-D-03 *bis*, 06-D-04, 06-D-11, 06-D-18, 06-D-22, 06-D-24, 06-D-26, 06-D-27, 06-D-37)**.

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 2006, le Conseil n'a pas sanctionné, en tant que tel, l'effet cumulatif de contrats identiques.

Dans la décision **06-D-04** relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe, le Conseil a écarté l'effet cumulatif de contrats de distribution sélective identiques contenant une clause imposant aux distributeurs de

réaliser un chiffre d'affaires minimum avec le fournisseur, soulignant que la part cumulée des cinq premières sociétés concernées ne dépassait pas 38 % du marché.

Dans la décision **06-D-11**, le Conseil a estimé que l'effet cumulatif des contrats de distribution sélective similaires mis en place par les sociétés Peugeot, Citroën et Renault ne restreignait pas l'accès au marché des distributeurs dans une proportion telle qu'il justifierait un retrait de l'exemption automatique dont bénéficient les constructeurs automobiles dont la part de marché est inférieure à 40 %, en vertu des dispositions du règlement communautaire nº 1400/2002. Le Conseil relève qu'« *il suffit à cet égard de constater que l'existence des réseaux de distribution sélective dont Turbo Europe dénonce les effets ne l'empêche pas d'importer des véhicules neufs, dont environ 80 % de marques françaises, en quantité toujours croissante* » et que « *les représentants de Turbo Europe, entendus le 8 mars 2006, évoquent à cet égard un chiffre d'affaires en constante augmentation et envisagent, d'ici 2012, un développement sensible du réseau Auto-Eclerc, qui passerait de 19 à 80 plates-formes de vente* ».

De même, dans la décision **06-D-18**, le Conseil a estimé qu'au vu des éléments du dossier, il n'était pas établi que le faisceau des contrats passés par Mediavision et Circuit A/Screenvision avec les exploitants de cinéma (contrats de régie publicitaire) soit constitutif d'ententes ayant produit un effet cumulatif sur le marché de la régie publicitaire cinématographique locale. L'augmentation de 12 % des parts de marché de Censier Publicinex sur le marché de la régie publicitaire locale démontrait qu'il était possible, pour un opérateur tiers, sur la période concernée, de se développer sur ce marché, nonobstant les contrats passés par les deux régies nationales.

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.

Le simple fait, pour les constructeurs de véhicules, d'adopter une politique similaire de refus de vente de véhicules neufs à des *discounters* (décision **06-D-11**) ou encore de restreindre la distribution de pièces détachées (décision **06-D-19**), ne démontre pas une entente entre ces constructeurs.

De même, la circonstance que les compagnies d'assurances ont simultanément élevé, à des niveaux comparables, leurs primes d'assurances de responsabilité civile à destination des professions de santé à risques lourds – qui s'explique par beaucoup de circonstances particulières et, notamment, par une judiciarisation croissante des rapports de soins et par des évolutions juridiques – ne permet pas, en l'absence d'autres éléments attestant d'échanges d'informations entre compagnies, d'établir l'existence d'une entente sur les primes entre celles-ci (décision **06-D-34** relative à des saisines concernant le domaine de l'assurance de la responsabilité civile médicale).

Par contre, un parallélisme de comportement peut révéler une entente, qui sera alors démontrée par des preuves supplémentaires.

La démonstration de l'accord de volontés constitutif d'une entente

La démonstration d'une entente suppose d'abord la démonstration d'un accord de volontés entre deux ou plusieurs entreprises.

Dans la décision **06-MC-02**, le Conseil, statuant sur une demande de mesures conservatoires, a estimé qu'un avenant à un contrat de travail voulu et accepté par les salariés d'une association ne constituait pas une entente entre ces salariés et l'association employeur, bien que la part prise par les salariés dans sa rédaction ait été importante : « [...] *même si tout contrat peut être le support d'une entente au sens de l'article L. 420-1 du Code de commerce, il est difficile de qualifier ainsi une relation qui lie un employeur à son salarié, plaçant ce dernier dans une position de subordination qui rend incertaine l'application de la notion d'accord de volontés au sens du droit des ententes. En conséquence, et à ce stade de l'instruction, il n'y a pas lieu de rechercher si l'avenant au contrat de travail en cause pourrait révéler l'existence d'une entente susceptible d'être qualifiée au regard de l'article L. 420-1 du Code de commerce* ».

Dans la décision **06-D-26**, le Conseil a rappelé qu'aucune entente ne pouvait être constituée entre deux filiales d'un même groupe, si celles-ci n'ont pas d'autonomie de décision par rapport au groupe : « *En l'absence de volontés qui seraient suffisamment autonomes pour manifester un accord, les politiques de coordination des filiales d'un même groupe, connues ou non des clients, en tant qu'elles concernent les relations entre sociétés du groupe, sont donc exclues du champ d'application des dispositions relatives à l'interdiction des ententes dans un cas tel que celui de l'espèce. En l'occurrence, Yamaha Motor France et MBK, sociétés du même groupe, n'ont pas d'autonomie de décision* ».

En l'absence de contrat à objet anticoncurrentiel dont la signature, par les entreprises en cause, suffit à démonter leur accord, ce dernier peut résulter d'un ensemble de circonstances factuelles comme l'application, par exemple, par une entreprise, des termes d'une décision prise par une autre.

En matière d'accords verticaux, il faut distinguer les situations dans lesquelles les relations fournisseurs/distributeurs s'insèrent dans le cadre de relations contractuelles suivies et habituelles, des situations dans lesquelles les relations sont ponctuelles et se déroulent en dehors de tout contrat de distribution ou de concession.

Le Conseil a souligné, dans une décision **06-D-04** relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe, que la jurisprudence Volkswagen du 3 décembre 2003 (TPI, T-208/01) s'applique dans le premier cas, tandis que la jurisprudence Bayer (CJCE, 6 janvier 2004, C-2/01 P et C-3/01 P) s'applique dans le second.

« *La jurisprudence Bayer invoquée par les parties concerne les relations ponctuelles entre un fournisseur et un grossiste et non les relations contractuelles suivies et habituelles entre de tels acteurs économiques. La Cour de justice a, dans son arrêt du 6 janvier 2004 (C-2/01 P et C-3/01 P), estimé, à la*

suite du TPICE, que le refus opposé par Bayer d'approvisionner en Adalat les grossistes établis en Espagne et en France (qui exportaient ses produits au Royaume-Uni) ne constituait pas une entente entre ces opérateurs, car ce refus de Bayer ne constituait pas une "invitation" claire aux grossistes à la réalisation d'une pratique commune : "Pour qu'un accord au sens de l'article 85 [devenu 81], *§ 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" (§ 102 de l'arrêt).* »

L'arrêt Volkswagen concerne des pratiques s'inscrivant, comme en l'espèce, dans des relations contractuelles suivies. Le TPICE a jugé que le fait que Volkswagen adresse trois circulaires à ses concessionnaires allemands afin qu'ils ne consentent pas de remises ou des remises restreintes aux clients sur le véhicule Passat, bien que s'inscrivant dans des relations contractuelles, ne pouvait pas être considéré comme une invitation à s'entendre, acceptée par les concessionnaires : « *En effet, il est certes envisageable qu'une évolution contractuelle puisse être considérée comme ayant été acceptée d'avance, lors et par la signature d'un contrat de concession légal, lorsqu'il s'agit d'une évolution contractuelle légale qui soit est envisagée par le contrat, soit est une évolution que le concessionnaire ne saurait, eu égard aux usages commerciaux ou à la réglementation, refuser. En revanche, il ne saurait être admis qu'une évolution contractuelle illégale puisse être considérée comme ayant été acceptée d'avance, lors et par la signature d'un contrat de distribution légal. En effet, dans ce cas, l'acquiescement à l'évolution contractuelle illégale ne peut intervenir qu'après que le concessionnaire a connaissance de l'évolution voulue par le concédant* » (§ 45 de l'arrêt).

Dans cette même décision **06-D-04**, le Conseil souligne que chaque distributeur d'un réseau de distribution n'a pas à être mis en cause dans l'entente verticale entre le fournisseur et son réseau de distributeurs, si l'autorité de concurrence le décide ainsi.

Dans la décision **06-D-03 *bis*** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie, climatisation et dans une décision **06-D-37** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des cycles et produits pour cyclistes, le Conseil a rappelé dans quelles conditions la participation à une ou plusieurs réunions à objet anticoncurrentiel démontrait l'adhésion des entreprises à une entente horizontale : « [...] *le Conseil retiendra en l'espèce que l'accord de volontés est démontré dans deux hypothèses :*

- *si l'entreprise n'a participé qu'à une seule réunion ayant un objet anticoncurrentiel dès lors qu'il est également établi qu'elle a adhéré à cet objet, notamment par la diffusion des consignes adoptées ou encore par l'application des mesures décidées au cours de cette réunion ;*
- *si l'entreprise a participé à plusieurs réunions ayant le même objet anticoncurrentiel* » (§ 687 de la décision **06-D-03 *bis*** et § 308 de la décision **06-D-37**).

L'entreprise pourra s'exonérer en démontrant, conformément à la jurisprudence communautaire et nationale, qu'elle s'est distanciée publiquement de l'objet de l'entente.

Dans la décision **06-D-03 *bis***, le Conseil précise : « *L'assiduité plus ou moins grande de l'entreprise aux réunions, la mise en œuvre plus ou moins complète des mesures convenues et l'effet anticoncurrentiel des décisions prises ne seront prises en compte que pour apprécier le niveau de la sanction* » (§ 688).

En l'espèce, le Conseil a retenu la participation à l'entente des entreprises qui avaient participé à plusieurs réunions dont l'objet était de « *mettre en place des stratégies communes entre les grossistes présents afin d'évincer deux circuits de distribution, les grandes surfaces de bricolage et les coopératives d'installateurs, des marchés de l'approvisionnement en produits de chauffage et sanitaires et de boycotter les fabricants livrant directement ces circuits* » (§ 700).

S'agissant des entreprises pour lesquelles il n'était démontré qu'une seule participation à une réunion à objet anticoncurrentiel, le Conseil a recherché si d'autres indices confirmaient leur adhésion à l'objet de l'entente, comme par exemple la mise en œuvre de décisions prises lors de cette réunion.

Le Conseil rappelle à cette occasion la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle (arrêt du 8 décembre 1992), lorsqu'une concertation s'opère au moyen de réunions informelles ou de conversations téléphoniques, « *l'existence et l'effectivité d'une entente réalisée de la sorte ne sont normalement pas établies par des documents formalisés, datés et signés, émanant des entreprises auxquelles ils sont opposés* » ; « [...] *la preuve ne peut résulter que d'indices variés, dans la mesure où, après recoupement, ils constituent un ensemble de présomptions suffisamment graves, précises et concordantes ;* [...] *il est donc facile mais sans portée de critiquer tel élément qui, considéré isolément, est dépourvu de force probante ;* [...] *en l'espèce il y a lieu d'apprécier si les documents saisis : cahiers, agendas, comptes rendus de réunions ou de messages téléphoniques, permettent de constater l'existence d'une concertation destinée à fausser le jeu de la concurrence* [...] » (§ 689).

Dans la même décision, le Conseil souligne que les entreprises membres d'un groupement sont présumées avoir adhéré à ses statuts : « *L'adhésion des parties aux groupements d'achat démontre, par elle-même, la volonté des parties de respecter les statuts du groupement. Le fait qu'elles n'aient pas participé à la rédaction de ces statuts n'a aucune incidence sur leur acceptation. Il convient donc d'écarter les arguments selon lesquels, n'ayant pas été membres du groupement depuis son origine, les entreprises ne sauraient se voir imputer leur participation à une entente fondée sur le caractère anticoncurrentiel des statuts du groupement* » (§ 961).

Toujours dans la même décision, le Conseil a estimé que les membres du groupement Centramat ne pouvaient ignorer le caractère anticoncurrentiel des chartes élaborées au sein de leur groupement, tous ayant participé à des réunions au cours desquelles cette charte a été élaborée ou évoquée (§ 992).

Dans la décision **06-D-36** relative à des pratiques mises en œuvre par la société civile de moyens (SCM) Imagerie médicale du Nivolet, le Conseil a estimé que les sociétés civiles de médecins associées dans la SCM ne pouvaient, par leur seule qualité d'associées, être présumées avoir donné leur accord à la politique discriminatoire mise en œuvre par les gérants de la SCM, visant à exclure l'accès de radiologues extérieurs à la SCM au scanner dont la SCM assure la gestion, « *aucune disposition des statuts de la SCM de gestion ne* [pouvant] *faire présumer l'accord de volontés des associés et encore moins celui des radiologues membres des différentes sociétés civiles associées pour appliquer des conditions discriminatoires* ».

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 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 2006, le Conseil a ainsi été conduit à examiner des pratiques mises en œuvre par des organismes ou syndicats professionnels tels que le Bureau national interprofessionnel du cognac (BNIC) **(06-D-21)**, des syndicats de taxis **(06-D-30)**, la Fédération française des négociants en appareils sanitaires, chauffage, climatisation et canalisations (FNAS), la Fédération des industries de la salle de bains (FISB), la Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment (CAPEB), l'Union nationale des chambres syndicales de couverture et de plomberie (UNCP), l'Union climatique de France (UCF), le Groupement des fabricants de matériels de chauffage central par l'eau chaude et de production d'eau chaude sanitaire (GFCC) et l'Association chauffage-fioul, ainsi que plusieurs groupements de grossistes **(06-D-03 *bis*)**.

La nature d'entreprise

Pour pouvoir qualifier d'entente les relations entre un mandant et son mandataire, il faut que le mandataire revête la qualité d'entreprise. Le Conseil a rappelé dans une décision **06-D-18** du 28 juin 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité cinématographique, la jurisprudence communautaire, et notamment celle du Tribunal de première instance des communautés européennes, aux termes de laquelle l'appréciation de l'applicabilité du droit des ententes à des contrats d'agence se fait au regard des risques supportés par l'agent et de son autonomie dans la détermination de sa stratégie commerciale : « [...] *les agents ne sont susceptibles de perdre leur qualité d'opérateur économique indépendant que lorsqu'ils ne supportent aucun des risques résultant des contrats négociés pour le commettant et opèrent comme auxiliaires intégrés à l'entreprise du commettant* [...]. *Dès lors, lorsqu'un agent, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, ne détermine pas de façon autonome son comportement sur*

le marché, mais applique les instructions qui lui sont imparties par son commettant, les interdictions édictées par l'article 81, paragraphe 1, CE sont inapplicables dans les rapports entre l'agent et son commettant, avec lequel il forme une unité économique » (arrêt du 15 septembre 2005, Daimler Chrysler, § 87 et 88).

En l'espèce, les contrats de concession publicitaire passés entre les régies nationales de publicité et les exploitants de cinéma ont pour objet la concession de l'exploitation publicitaire des écrans, moyennant redevance. Le Conseil a estimé que les régies supportent, dans leur relation avec les exploitants en vue du démarchage des annonceurs, des risques commerciaux et financiers non négligeables et qu'elles déterminent de manière indépendante leur stratégie commerciale. Elles ont donc une activité indépendante des exploitants de salles, avec lesquels elles ne forment pas une unité économique. Elles constituent donc des entreprises auxquelles le droit des ententes est applicable.

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 **06-D-30** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des taxis à Marseille, le Conseil a répondu aux syndicats de taxis qui reconnaissaient s'être entendus sur le prix de cession des licences de taxis mais soutenaient l'avoir fait pour défendre l'intérêt général de la profession de taxi, que « *dans un régime de droit commun de liberté des prix, il n'appartient pas à une organisation professionnelle de fixer des prix sur un marché, cette possibilité n'étant prévue que dans le cadre d'une autorisation législative expresse. Un prix est soit déterminé par le libre jeu du marché, soit fixé par les pouvoirs publics dans des conditions prévues par la loi, mais ne peut en aucun cas prendre la forme d'un "tarif syndical" arrêté au sein d'une organisation professionnelle pour le seul bénéfice de ses membres* ».

Dans la décision **06-D-03 *bis*** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie et climatisation, le Conseil a sanctionné la Fédération française des négociants en appareils sanitaires, chauffage, climatisation et canalisations (FNAS), pour avoir organisé, avec les entreprises membres, au sein des « *bureaux* », « *conseils d'administration* », « *assises* » et « *commissions économiques* » de la FNAS, « *une stratégie globale d'éviction des grandes surfaces de bricolage et des coopératives d'installateurs sur les marchés de l'approvisionnement et de la distribution de produits de céramique sanitaire, robinetterie et chauffage* ». Ces pratiques, qui avaient pour objet de limiter les sources d'approvisionnement des grandes surfaces de bricolage (GSB) et coopératives d'installateurs sur les marchés amont de l'approvisionnement en produits de céramique sanitaire, de robinetterie et de chauffage et de restreindre leur accès aux marchés aval de la distribution de ces produits, étaient prohibées par l'article L. 420-1 du Code de commerce.

S'agissant du rôle de la FNAS dans l'entente, le Conseil l'a estimé déterminant, tant dans l'organisation que dans le contenu des débats tenus au sein

des différentes réunions incriminées. Le Conseil a rappelé que : « [...] *en vertu d'une jurisprudence constante, "*[...] *la défense de la profession par tout syndicat créé à cette fin ne l'autorise nullement à s'engager, ni à engager ses adhérents dans des actions collectives visant à empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence ou susceptibles d'avoir de tels effets"* [...] *(décisions 88-D-11, 98-D-25, 04-D-25, 04-D-49). Il en va ainsi de mesures collectives adoptées à l'encontre de certains fabricants par des organisations professionnelles, au cours de réunions de leurs adhérents, pour qu'ils cessent de leur passer des commandes (décisions 97-D-20, n° 98-D-11). De même, l'appel au boycott des fournisseurs d'une coopérative par un syndicat de détaillants, et le refus par ces détaillants de nouer des relations commerciales avec la coopérative ont été considérés comme étant de nature à limiter artificiellement le marché et qualifiés de pratiques concertées prohibées (décision 03-D-68)* » (§ 917).

Certaines des sociétés dont les dirigeants étaient présents aux réunions mentionnées ci-dessus, exposaient avoir siégé uniquement en qualité de responsables de la FNAS et non en tant que représentants de leurs sociétés. Le Conseil rappelle dans un paragraphe de principe que « *les décisions d'associations d'entreprises sont, par définition, l'expression d'une volonté commune des entreprises membres, et* a fortiori*, de leurs dirigeants, lorsque ceux-ci siègent au sein des organes décisionnels de ladite association, en l'occurrence, la FNAS. Leur responsabilité au regard des règles de concurrence est dès lors engagée lorsque les entreprises unissent leur volonté à celle d'autres pour mener, y compris au sein d'associations professionnelles, des actions illicites* » (§ 902).

La FNAS a conclu d'autres accords-cadres et conventions anticoncurrentiels, visant de la même façon à exclure du marché les grandes surfaces de bricolage et les coopératives d'installateurs, au profit des grossistes traditionnels :

- en instaurant des relations d'exclusivité entre les installateurs et les grossistes, ceux-ci ne pouvant procéder à l'installation de produits de chauffage achetés en grandes surfaces ni s'inscrire sur les listes de poseurs de ces circuits ;
- en octroyant des remises discriminatoires au profit des seuls installateurs professionnels ;
- enfin en mettant en œuvre une action locale de boycott à l'encontre des fabricants de chaudières murales à gaz refusant de racheter leurs produits en GSB.

Les associations, ordres et organismes professionnels ou interprofessionnels sont souvent associés aux pouvoirs publics pour assurer la réglementation des professions. Cette collaboration pose la question de la soumission des décisions des organisations professionnelles à l'article 81 du traité et à l'article L. 420-1 du Code de commerce : leurs décisions constituent-elles des décisions d'associations d'entreprises en droit communautaire ou des ententes en droit national, soumises au droit de la concurrence, ou leur approbation par les pouvoirs publics fait-elle d'elles des mesures de caractère étatique, non sanctionnables ?

En droit communautaire, un organisme professionnel n'est pas qualifié d'association d'entreprises lorsqu'il prend des décisions dans l'exercice de

compétences déléguées par l'État et étroitement contrôlées par lui, des « *mesures de caractère étatique* ». Elles échappent dans ce cas au droit de la concurrence applicable aux entreprises. Par contre, les décisions prises de façon indépendante par cet organisme sont, quant à elles, soumises au droit de la concurrence.

Relèvent du premier cas de figure, et ne constituent pas des ententes anticoncurrentielles, les avis des organismes professionnels consultés en matière économique par les pouvoirs publics avant d'arrêter une réglementation économique ou chargés de déterminer, en fonction de critères d'intérêt général arrêtés par eux-mêmes, une telle réglementation, les pouvoirs publics conservant un pouvoir de contrôle et de réformation des décisions prises à cet effet.

Faisant application de cette jurisprudence (et notamment des arrêts du 17 novembre 1993, Bundesanstalt für den Güterfernverkher/Reiff, 185/91, du 9 juin 1994, Allemagne/Delta Schiffahrts und Speditiongesellschaft, C-153/93, du 5 octobre 1995, Centro Servizi Spediporto/Speditioni Marittima del Golfo, C-96/94), le Conseil a estimé, dans une décision **06-D-21** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des eaux-de-vie de Cognac par le Bureau national interprofessionnel du cognac (BNIC), que l'accord pris lors de l'assemblée plénière du BNIC, concernant les « *quantités normalement vinifiées* » ou QNV (seuil à partir duquel les vins sont soumis à une distillation obligatoire de retrait), constituait une simple discussion préparatoire, une prise de position dans le cadre de la consultation du ministre chargé de réglementer le secteur par voie d'arrêté : « *La consultation des professions intéressées par les pouvoirs publics avant de prendre une décision d'intervention économique n'est nullement contraire aux obligations des États membres au regard des règles de concurrence du traité CE et, d'autre part, le seul fait, pour un organisme professionnel ou interprofessionnel de prendre des décisions internes en vue de déterminer sa position dans le cadre d'une telle consultation ne saurait être considéré comme constitutif d'un accord anticoncurrentiel susceptible de relever des interdictions de l'article 81 CE ou de l'article L. 420-1 du Code de commerce.* » La décision finale appartient aux pouvoirs publics qui, d'ailleurs, ne suivent pas toujours les propositions du BNIC.

Les ententes anticoncurrentielles

Concertations ou ententes à l'occasion d'appels d'offres publics

Ce qui a été qualifié d'anticoncurrentiel

Dans la décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés publics de construction de trois collèges dans le département de l'Hérault **(06-D-08)**, le Conseil a rappelé dans plusieurs considérants de principe, la jurisprudence du Conseil en la matière.

« *À de multiples reprises, le Conseil de la concurrence a rappelé, en matière de marchés publics sur appels d'offres, qu'il est établi que des entreprises ont conclu une entente anticoncurrentielle dès lors que la preuve est rapportée, soit qu'elles sont convenues de coordonner leurs offres, soit qu'elles ont échangé des informations antérieurement à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être (voir notamment les décisions 03-D-10 du*

20 février 2003 relative à des pratiques constatées lors d'un appel d'offres lancé par le port autonome de Marseille et 03-D-19 du 15 avril 2003 relative à des pratiques relevées sur le marché des granulats dans le département de l'Ardèche). Ces pratiques peuvent avoir pour objet de fixer les niveaux de prix auxquels seront faites les soumissions, voire même de désigner à l'avance le futur titulaire du marché, en le faisant apparaître comme le moins disant. Mais de simples échanges d'informations portant sur l'existence de compétiteurs, leur nom, leur importance, leur disponibilité en personnel ou en matériel, leur intérêt ou leur absence d'intérêt pour le marché considéré, ou les prix qu'ils envisagent de proposer, altèrent également le libre jeu de la concurrence en limitant l'indépendance des offres. Alors que les maîtres d'ouvrage organisent un appel d'offres afin d'obtenir, par le jeu de la concurrence, la meilleure offre, conformément aux prescriptions du Code des marchés publics lorsqu'il s'agit d'acheteurs publics, ces pratiques ont pour effet d'élever artificiellement les prix des prestations concernées. » (§ 53).

« *La preuve de l'existence de telles pratiques, qui sont de nature à limiter l'indépendance des offres, condition normale du jeu de la concurrence, peut résulter en particulier d'un faisceau d'indices constitué par le rapprochement de diverses pièces recueillies au cours de l'instruction, même si chacune des pièces prise isolément n'a pas un caractère suffisamment probant (voir notamment les décisions 01-D-17 du 25 avril 2001 relative à des pratiques anticoncurrentielles dans les marchés d'électrification de la région du Havre et 01-D-20 du 4 mai 2001 relative à des pratiques relevées concernant plusieurs marchés de travaux de peinture et d'étanchéité dans le département de l'Indre-et-Loire).* » (§ 54).

« *Par ailleurs, 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 d'une concertation ou d'un échange d'informations entre entreprises, le cas échéant par le rapprochement avec d'autres indices concordants (cour d'appel de Paris, 18 décembre 2001, SA Bajus Transport ; Cour de cassation, 12 janvier 1993, société SOGEA). 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).* » (§ 55).

- **Échange d'informations, participation à des réunions de concertation, antérieurement au dépôt des offres**

Le principe de l'indépendance des offres dans les marchés publics a été réaffirmé par le Conseil dans une décision **06-D-26**, dans laquelle le Conseil a souligné la différence entre le domaine des marchés publics où prévaut ce principe et les marchés classiques de biens de consommation où ce principe ne s'applique pas : « *La formulation d'offres distinctes par de telles entreprises exige l'indépendance totale de l'élaboration de leurs offres, faute de quoi le mécanisme de formation du prix ainsi que l'application de ces règles de choix sont nécessairement perturbés, que le donneur d'ordres ait été ou non informé de l'absence d'indépendance des offres en cause. Il y a alors coordination d'offres qui ont vocation à être élaborées de manière*

indépendante spécifiquement pour répondre à la demande particulière préalablement exprimée. La concurrence est faussée. »

Dans la décision **06-D-08** du 24 mars 2006, le Conseil a sanctionné trois entreprises pour avoir échangé des informations sur le montant de leurs offres, globales et relatives au gros œuvre, entre la première et la seconde phase de leur consultation pour le marché de construction du collège de Montarnaud. Les montants manuscrits relevés sur deux documents saisis chez une des deux entreprises membres du groupement attributaire, correspondaient aux montants des offres des deux sociétés concurrentes et plusieurs indices permettaient d'établir que ces mentions manuscrites avaient été portées avant le dépôt des offres : « *Les montants manuscrits relevés sur les documents ne correspond* [ai]*ent pas aux montants exacts des offres finalement présentées par les candidats et tous les chiffres* [étaient] *exprimés hors taxes et arrondis.* » Les bordereaux de prix n'avaient pas été communiqués par le conseil général aux entreprises après la consultation, et il n'était donc pas possible qu'elles en aient eu connaissance seulement à ce moment ; « *les informations en cause sont inscrites, s'agissant du premier document, sur un papier qui a manifestement été élaboré par Bec Construction pour la préparation de son offre lors de la seconde phase de consultation* ». Enfin, une des entreprises était mentionnée dans ce document avec sa dénomination antérieure à la période estivale, époque de la seconde consultation. Les niveaux élevés des soumissions par rapport à l'évaluation administrative confortaient ces éléments.

Dans la décision **06-D-13** du 6 juin 2006, le Conseil a sanctionné les échanges d'informations entre trois sociétés visant à permettre à l'une d'entre elles d'obtenir le marché de travaux relatifs à la reconstruction de la tribune Ouest du stade Armand-Cesari à Furiani. Lors de l'appel d'offres, les trois sociétés avaient soumissionné et aucune de leurs offres ne respectait le règlement de l'appel d'offres. Par ailleurs, leur montant était supérieur de 30 à 40 % à l'estimation du maître d'œuvre, donnant lieu à un appel d'offres infructueux, puis à un marché négocié.

En ce qui concerne l'appel d'offres, a été retrouvé dans le dossier d'appel d'offres remis aux enquêteurs par la société finalement attributaire du marché, copie de la page 3 de l'acte d'engagement d'une des sociétés membre de l'entente. Par ailleurs, les offres des trois sociétés présentaient, lors du marché négocié, des similitudes inexplicables autrement que par des échanges d'informations avant le dépôt de celles-ci.

Dans la décision **06-D-15**, le Conseil a sanctionné l'échange d'informations entre deux sociétés, à l'occasion d'un appel d'offres infructueux suivi d'un marché négocié : « *L'échange d'informations préalable à la remise des offres est prouvé par le fait que l'offre de ETF du 18 août 2000 reprend strictement (à 50 centimes près pour l'un des lots) l'offre proposée par le groupement Vecchietti/Meccoli lors du premier appel d'offres du 12 juillet 2000. Les entreprises Vecchietti et ETF ont d'ailleurs reconnu au cours de l'enquête et de l'instruction qu'elles avaient échangé des informations. Cet échange d'informations préalable au dépôt des offres a mis en échec la concurrence indispensable à tout appel d'offres.* » Les trois entreprises avaient tenté de justifier ces échanges par la constitution d'un groupement entre elles. Elles prétendaient n'avoir soumissionné séparément que par erreur.

Dans cette même décision, le Conseil a considéré que des entreprises qui avaient échangé des informations pour l'exécution de marchés sur ordre (MDO) ne pouvaient répondre séparément aux appels d'offres lorsque ces marchés avaient, sur décision du maître d'ouvrage, changé de régime et avaient été passés hors procédure MSO.

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 la décision **06-D-25** relative à des pratiques relevées à l'occasion de la restauration du patrimoine campanaire de la cathédrale de Rouen, le Conseil a sanctionné trois entreprises pour avoir échangé des informations avant le dépôt de leurs offres pour les trois lots du marché. Les éléments de l'enquête montraient que deux de ces sociétés avaient réciproquement échangé des informations de prix, déposant chacune une offre de couverture au profit de l'autre sur chacun des deux premiers lots du marché. Dans les locaux de l'une de ces entreprises, a été notamment découverte une télécopie adressée par la présidente de l'autre indiquant, la veille de la date limite de remise des offres : « *Voici détails de notre offre sur lot 2. Si vous voulez faire ce qu'il faut merci. Désolée d'être si en retard* [...]. *Pour le lot 1 et 3, notre secrétariat a des consignes si vous voulez envoyer vos tableaux assez tôt* ». Pour le lot 3, la première entreprise s'était entendue avec une troisième entreprise afin que cette dernière élabore et dépose, en son nom, une offre.

- **Offre de couverture**

Dans les décisions **06-D-08** et **06-D-13**, 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.

Dans la décision **06-D-25** relative à des pratiques relevées à l'occasion de la restauration du patrimoine campanaire de la cathédrale de Rouen, le Conseil a sanctionné trois entreprises pour avoir échangé des informations avant le dépôt de leurs offres pour les trois lots du marché et avoir déposé des offres de couverture.

- **Les relations de sous-traitance**

Dans la décision **06-D-25** relative à des pratiques relevées à l'occasion de la restauration du patrimoine campanaire de la cathédrale de Rouen, le Conseil a rappelé que si des relations de sous-traitance permettent des échanges d'informations entre des entreprises, un projet de sous-traitance non abouti ou abouti, qui a donné lieu à de tels échanges, empêche les entreprises en cause de soumissionner séparément.

- **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

(départemental, régional, 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.

Ainsi que le Conseil l'a rappelé dans un considérant de principe de la décision **06-D-08** du 24 mars 2006, « *chaque marché public passé selon la procédure d'appel d'offres constitue un marché pertinent, résultant de la confrontation concrète, à l'occasion de l'appel d'offres, d'une demande du maître d'ouvrage et des propositions faites par les candidats qui répondent à l'appel d'offres. Peuvent être sanctionnées, en application de l'article L. 420-1 du Code du commerce, non seulement les pratiques anticoncurrentielles affectant exclusivement ce marché, mais aussi l'entente organisée à un échelon plus vaste que chacun des marchés considérés et produisant des effets sur lesdits marchés, en ce qu'elle conduit les entreprises qui y sont présentes à s'en répartir illicitement les parts (cour d'appel de Paris, arrêts des 14 janvier 2003, SA Bouygues, à l'égard duquel le pourvoi déposé a été rejeté par la Cour de cassation et 13 juillet 2004, société DTP Terrassement et autres)* ».

Dans la décision **06-D-07** du 21 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux publics dans la région Île-de-France, le Conseil a sanctionné les majors du secteur, les sociétés Bouygues, Eiffage, Vinci, Lyonnaise des Eaux et Générale des Eaux pour s'être réparties, soit directement, soit par l'intermédiaire de filiales, des marchés de travaux publics dans la région Île-de-France sur une période allant du 6 décembre 1991 au 13 mars 1997. Il a été établi que ces entreprises répartissaient les travaux à venir entre les sociétés de leur groupe par l'intermédiaire de *« tours de table »,* réunions au cours desquelles les responsables des entreprises exprimaient leurs vœux pour les chantiers futurs. Ce partage des marchés, géré par la tenue de dix *« tables »*, correspondant à la répartition des marchés par zone géographique (départements 78/95, 92, 93, 94), par grand projet identifié (Eole, Météor), par maître d'ouvrage (SNCF, SIAAP), ou encore par nature de travaux (« béton à plat »), fonctionnait grâce à l'élaboration d'offres de couverture, parfois élaborées par l'entreprise désignée à l'avance comme bénéficiaire et distribuées aux prétendues concurrentes. Le respect de la clé de répartition était garanti par la comptabilisation des avances et retards de chaque entreprise, compensés en nature ou par l'octroi de travaux en sous-traitance officielle ou occulte ou encore par la constitution de sociétés en participation (SEP).

Le fonctionnement concret de cette entente générale, décrit dans les déclarations concordantes des responsables de grandes entreprises et corroborées par les documents saisis au siège des sociétés concernées, a eu pour conséquence de fausser le déroulement d'un certain nombre d'appels d'offres et a donné lieu à autant de condamnations des entreprises pour chacun d'entre eux.

Les conditions de mise en œuvre des deux tables les plus importantes parmi les dix recensées, à savoir la table SNCF et la table RATP, illustrent le fonctionnement de l'entente générale de répartition. De la même façon, le fonctionnement du système de rétrocession entre concurrents et de

compensation entre tables au niveau régional a été éclairé par le déroulement d'une quarantaine de marchés particuliers.

Ce qui n'a pas été qualifié d'anticoncurrentiel

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 secteur de la pose et de l'entretien des voies de chemin de fer, le Conseil a considéré, relativement à un grief, que l'échange d'informations avant le dépôt des offres n'avait pas été démontré **(06-D-15)**.

Dans le pli de l'offre d'une entreprise, avait été retrouvé par les agents de la SNCF cinq feuilles de brouillon dont l'une comportait un tableau récapitulant les offres des entreprises concurrentes. Toutefois, les circonstances dans lesquelles ces feuilles avaient été trouvées par la SNCF n'étant pas claires et, compte tenu de l'absence de toute mention sur le procès-verbal de dépouillement des offres dressé par la SNCF signalant la présence de ces feuilles et en l'absence de tout autre indice, le Conseil a estimé qu'il n'était pas démontré avec un degré de certitude suffisant que la société en question avait obtenu ces informations avant le dépôt de son offre.

Dans la décision **06-D-25** relative à des pratiques relevées à l'occasion de la restauration du patrimoine campanaire de la cathédrale de Rouen, le Conseil a considéré que la pratique d'entente n'était pas établie à l'encontre d'une entreprise qui s'était abstenue de soumissionner après avoir pris contact avec une concurrente, avant la date limite de dépôt des offres : « *Une simple prise de contact avec une autre entreprise pour savoir si elle est ouverte à la constitution d'un groupement ne saurait constituer un tel échange d'informations, même si l'entreprise sollicitée décline la proposition* ». En l'espèce, aucun lien ne pouvait être établi entre l'abstention de l'entreprise et ses contacts avec une concurrente. Par ailleurs, il n'était pas démontré que ces contacts aient servi à échanger des informations anticoncurrentielles.

Ententes et échanges d'information sur les prix et marges

Ce qui a été qualifié d'anticoncurrentiel

Dans la décision **06-D-03 *bis*** du 9 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie et climatisation, le Conseil a sanctionné deux grossistes qui s'étaient concertés « *pour fixer un plafond de remise maximum accordé aux installateurs sur les chaudières de marque De Dietrich Thermique et pour fixer un prix minimum de revente des chaudières murales à gaz en 1994 sur la zone d'Annecy* ».

Le Conseil a rappelé que « *ces pratiques d'entente sur les prix constituent l'une des infractions les plus graves en droit de la concurrence puisqu'elles ont eu pour objet et pour effet de limiter la liberté commerciale des revendeurs, et partant d'affecter de manière directe (accord sur les prix) et indirecte (accord sur les remises) la libre fixation des prix sur le marché, en favorisant leur maintien à la hausse. En l'espèce, ces pratiques sont d'autant*

plus graves qu'elles sont le fait des grossistes importants sur la zone d'Annecy » (§ 945).

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication des portes **(06-D-09)**, le Conseil de la concurrence a sanctionné une entente anticoncurrentielle sur le marché des portes standard et techniques planes et isoplanes entre huit entreprises (dont une a bénéficié pour la première fois de son programme de clémence), et une entente sur le marché des portes laquées entre trois sociétés, contraires aux articles 81 du traité et L. 420-1 du Code de commerce.

Il ressortait du dossier que les sociétés du cartel, historiquement appelé « *Club des cinq* » ou C5, avaient participé à plusieurs réunions de 1999 à la fin 2001 (à 2000 pour l'une). Toutes ces sociétés ont reconnu, tant au cours de l'enquête que de l'instruction, leur participation à des réunions au cours desquelles étaient discutés les prix *minima* des portes planes et isoplanes standard ou techniques. Ces déclarations étaient corroborées, pour chacune d'entre elles, par des preuves documentaires saisies au siège de ces sociétés et par les déclarations concordantes de chaque membre du cartel. Les preuves documentaires saisies au siège des entreprises étaient constituées de comptes rendus de réunions et de grilles de prix afférentes à plusieurs années, établies, selon les orientations données par le cartel, par la société France Portes et transmises par elle à chaque société, à la suite des réunions des membres de l'entente. Ces preuves documentaires attestaient la participation de chaque entreprise à plusieurs réunions du cartel.

Pour caractériser la participation de chaque société à l'entente, le Conseil a précisé que le concours de volontés caractérisant une entente était suffisamment rapporté dès lors que l'entreprise mise en cause avait participé à plusieurs réunions ayant le même objet anticoncurrentiel, ou que l'entreprise mise en cause avait participé à une seule réunion ayant un objet anticoncurrentiel tout en ayant manifestement adhéré à cet objet, notamment par la diffusion des consignes adoptées ou encore par l'application des mesures décidées au cours de cette réunion. En l'espèce, la preuve que les entreprises concurrentes avaient pris des contacts et s'étaient réunies à plusieurs reprises, à l'occasion de réunions professionnelles, afin d'échanger des informations sur les prix qu'elles entendaient pratiquer, était rapportée.

Le Conseil a estimé dans cette même affaire que la mise en évidence de l'organisation et du fonctionnement d'une entente horizontale sur les prix ne supposait pas nécessairement que fut établie la preuve de la mise en place d'un système de surveillance et de sanction. Comme l'a rappelé la Cour de justice des communautés européennes dans un arrêt du 6 janvier 2004 (C-2/01 P), « *un accord interdit par l'article 81 § 1 ne suppose pas nécessairement qu'il existe un système de contrôles* a posteriori *et de sanctions* ».

Dans la décision **06-D-30** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des taxis à Marseille, le Conseil a sanctionné plusieurs syndicats de taxis et sociétés de radios-taxis pour avoir participé à une entente ayant consisté à fixer un prix unique de revente des licences de taxis. Les membres de l'entente avaient établi une liste unique des licences mises en vente et décidaient, au sein de l'entente, des augmentations régulières et importantes du prix unique ainsi établi. Les orientations fixées au commencement de

l'entente ont été très largement suivies du fait des menaces qui pesaient sur les artisans-taxis qui ne respecteraient pas ce dispositif, de ne pas être acceptés au sein d'un réseau de radios-taxis.

L'effet direct de cette entente a été de faciliter une augmentation considérable du prix moyen de vente des licences à Marseille, qui est passé de 19 000 € en 2000 à 50 000 € en 2005, soit une hausse de 163 % en cinq ans. Cette hausse artificielle du prix des licences a eu pour conséquence de rendre plus onéreux l'accès à la profession de chauffeur de taxi et d'inciter les artisans-taxis à faire pression sur l'autorité préfectorale pour réévaluer chaque année le prix des courses en arguant du prix d'achat élevé de leurs licences, à concentrer leurs activités sur les courses les plus rentables et surtout à faire pression sur les autorités municipales pour qu'elles ne créent pas de nouvelles autorisations délivrées à titre gratuit.

Dans la décision **06-D-37** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des cycles et produits pour cyclistes, le Conseil a sanctionné des détaillants du réseau Bouticycle pour avoir, au cours de réunions des adhérents du réseau, discuté la question des prix *discount* de certaines marques pratiqués par les magasins Districycle, fixé des coefficients à appliquer pour calculer les prix de vente des revendeurs de cycles et décidé de lancer des actions de police des prix.

Ententes et échanges d'information ne portant pas directement sur les prix

Ce qui n'a pas été qualifié d'anticoncurrentiel

Dans la décision **06-D-30**, le Conseil a estimé que la participation d'organismes de formation à une entente sur les prix de cession des licences de taxis, conclue entre plusieurs syndicats de taxis et radios-taxis – qui prenait la forme d'un contrôle des cessions par l'intermédiaire d'une liste unique de cession – n'était pas rapportée. Les pièces du dossier permettaient seulement d'établir que ces organismes avaient informé les candidats à l'achat d'une licence, de l'existence d'une liste unique et de son fonctionnement, sans que l'on puisse affirmer que cette information ait pu être décisive pour la mise en œuvre de l'entente, dans la mesure où les acheteurs potentiels de licence pouvaient avoir eu connaissance de ce dispositif par d'autres canaux.

La décision **06-D-34** a permis au Conseil de rappeler la licéité de certains échanges d'informations dans le domaine des assurances, autorisés par les règlements d'exemption communautaires, notamment les échanges statistiques pour déterminer le coût de couverture moyen d'un risque.

Entraves à l'accès au marché

Ce qui a été qualifié d'anticoncurrentiel

- **Pratiques d'exclusion**

Dans la décision **06-D-03 *bis*** du 9 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie et

climatisation, le Conseil a sanctionné des grossistes traditionnels en plomberie-chauffagerie pour s'être entendus afin d'évincer de nouveaux réseaux concurrents ou rendre leur accès plus difficile sur le marché de la distribution de produits de céramique sanitaire, de robinetterie et chauffage : « [...] *les sociétés* [...] *se sont concertées à l'occasion des réunions "Grands Confrères" pour mettre en œuvre des pratiques ayant pour objet d'empêcher l'approvisionnement des grandes surfaces de bricolage et des coopératives d'installateurs et de restreindre l'accès de ces opérateurs sur les marchés aval de la distribution de produits de céramique sanitaire, robinetterie et chauffage. Ces pratiques sont prohibées par l'article L. 420-1 du Code de commerce.* »

Il avait été décidé par les entreprises, au cours de plusieurs réunions, « *d'exercer des pressions à l'encontre des fournisseurs pour qu'ils cessent d'approvisionner les coopératives d'installateurs, d'exercer des pressions à l'encontre de (certains) fabricants* [...] *qui livraient des négociants allemands, d'exercer une surveillance de la politique commerciale d'* [autres] *fabricants* [...] *et de boycotter les fournisseurs qui livraient les coopératives* [...] ». Des mesures de rétorsion étaient exercées à l'encontre des sociétés qui livraient les coopératives et une surveillance des fournisseurs allant jusqu'au boycott était mise en œuvre.

Des actions similaires ont été menées sous l'égide de la Fédération française des négociants en appareils sanitaires, chauffage, climatisation et canalisations (FNAS) qui a organisé, avec les entreprises membres, au sein de ses bureaux, conseils d'administration, assises et commissions économiques, des menaces ou pratiques de boycott à l'encontre des fournisseurs livrant les réseaux concurrents, lesquelles ont effectivement limité les débouchés des fabricants n'ayant pas été en mesure de résister aux pressions des grossistes, et restreint les sources d'approvisionnement des GSB et des coopératives d'installateurs.

Le même genre de pratiques d'exclusion a été mis en œuvre par les membres du conseil d'administration du groupement de distributeurs de cycles, Mastercycle : ceux-ci avaient décidé au cours d'une réunion, de mener des actions à l'encontre de deux fournisseurs, Chapak et Santini, afin que ceux-ci cessent d'approvisionner en cycles des enseignes *discount*, et notamment Districycle **(06-D-37)**.

Dans la même décision, le Conseil a estimé que les conditions d'agrément des fournisseurs du réseau Mastercycle constituaient une entente entre les membres de son conseil d'administration en ce qu'elles imposaient à ces fournisseurs, pour bénéficier de l'agrément, d'assurer le respect de leurs prix conseillés par les distributeurs de cycles.

Dans la décision **06-D-36** relative à des pratiques mises en œuvre par la société civile de moyens (SCM) Imagerie médicale du Nivolet, le Conseil a rappelé que « *la jurisprudence admet qu'un refus d'accès à un équipement dans des conditions discriminatoires peut être qualifié aussi bien d'abus de position dominante de la personne morale gestionnaire de l'équipement sur le marché de ces équipements que d'entente entre les associés au sein de cette personne morale pour exclure un de leurs concurrents d'un marché*

*connexe (*cf. *Cour de cassation, GIE de l'aéroport de Saint-Denis de la Réunion du 5 mars 1996 susmentionnée)* ».

En l'espèce, l'entente n'a pu être retenue, les associés n'ayant pas manifesté leur accord à la pratique d'exclusion de la SCM.

- **Conditions d'accès**

Dans la décision **06-D-29** relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE Les Indépendants dans le secteur de la publicité radiophonique, dans laquelle le Conseil a accepté des engagements proposés dans le GIE et mis un terme à la procédure, le Conseil a rappelé que si une structure commune regroupant des acteurs économiques devient un élément essentiel de l'accès à un marché donné, les conditions d'accès à cette structure doivent être objectives, transparentes et non discriminatoires, sous peine d'être qualifiées d'entente entre les membres du groupement.

- **Boycott**

Dans la décision **06-D-03 *bis*** du 9 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie et climatisation, le Conseil a sanctionné les pratiques de boycott mises en œuvre par trois groupements de grossistes à l'égard de certains fournisseurs qui, contrairement à leurs injonctions, approvisionnaient des réseaux concurrents.

« [...] *le Conseil considère que le fait pour un groupement de référencement et ses membres de déréférencer collectivement un fabricant au seul motif qu'il approvisionne des circuits de distribution concurrents pratiquant des prix plus bas, est constitutif d'une pratique concertée de boycott répréhensible au titre de l'article L. 420-1 du Code de commerce, même s'il est démontré que certains membres dudit groupement ont continué à s'approvisionner individuellement auprès de ce fabricant et que les produits ont donc pu être commercialisés. Compte tenu de sa gravité, il est peu important que cette pratique n'ait eu qu'un impact limité sur le marché* » (§ 1073).

Dans la même décision, le Conseil a sanctionné une action locale de boycott mise en œuvre par la FNAS et la CAPEB de Lyon, à l'encontre des fabricants de chaudières murales à gaz qui refusaient de retirer leurs produits vendus en GSB, afin de faire obstacle au développement de ce circuit de distribution (§ 1339).

Ce qui n'a pas été qualifié d'anticoncurrentiel

- **Conditions d'agrément**

Dans la décision **06-D-03 *bis*** du 9 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie et climatisation, le Conseil a estimé que les conditions d'agrément des grossistes voulant devenir membres de plusieurs groupements de grossistes ne comportaient pas de dispositions discriminatoires vis-à-vis des grossistes acceptant d'approvisionner les GSB et les coopératives d'installateurs et qu'elles n'étaient donc pas anticoncurrentielles.

- **Boycott**

Dans la décision **06-D-11**, le Conseil a considéré que le « *comportement strictement identique et parallèle* » de Peugeot, Citroën et Renault, refusant toutes trois de livrer à une société de *discount* des véhicules neufs qu'elle leur avait respectivement commandés, ne révélait pas une entente visant à la boycotter, à défaut de preuve d'une entente entre ces constructeurs, laquelle ne pouvait, selon le Conseil, être déduite d'un simple comportement parallèle.

Répartition du marché

Ce qui a été qualifié d'anticoncurrentiel

Le Conseil de la concurrence a sanctionné des pratiques ayant pour objet la répartition des marchés dans la décision **06-D-07**.

Pour une analyse de cette décision, il convient de se référer au chapitre relatif aux concertations ou ententes à l'occasion d'appel d'offres.

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 § 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 des principes contenus dans ce règlement, même lorsque l'analyse n'en 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 § 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 1er 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'acquérir auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou services contractuels* [...] ».

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 renforcée par l'adoption de l'ordonnance nº 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.

Dans la décision **06-D-03 *bis*** du 9 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie et climatisation, le Conseil a rappelé « *qu'en vertu du règlement nº 2790/99 de la Commission européenne concernant l'application de l'article 81 § 3 du traité CE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, qui doit lui servir de guide d'analyse utile, les accords verticaux restreignant les ventes passives sont prohibés par l'article 81 § 1 du traité CE en ce qu'ils ont un objet anticoncurrentiel. Le règlement prévoit simplement la possibilité pour de tels accords d'être exemptés au titre de l'article 81 § 3 du traité CE dans certaines conditions* ». Le Conseil souligne à cette occasion que les relations entre les négociants-grossistes et leurs fournisseurs ne rentrent pas dans le champ de l'exemption prévue à l'article 2 § 2 du règlement : « *L'exemption prévue au paragraphe 1 s'applique uniquement aux accords verticaux conclus entre une association d'entreprises et ses membres, ou entre une telle association et ses fournisseurs, si tous ses membres sont détaillants de biens* [...]. » Le Conseil en a déduit dans cette espèce que les chartes de référencement des fournisseurs par les grossistes n'étaient pas couvertes par cet article.

- **Le règlement nº 1400/2002 concernant l'application de l'article 81 § 3 du traité, à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile**

Dans la décision **06-D-27** du 20 septembre 2006 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par les sociétés Autodistribution et AD Net à l'encontre de pratiques mises en œuvre par la société Automobiles

Citroën, le Conseil a rappelé que l'un des principaux objectifs du règlement n° 1400/2002 concernant l'application de l'article 81 § 3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, consiste à créer les conditions d'une concurrence effective sur les marchés des services de réparation et d'entretien des véhicules automobiles et de permettre à tous les opérateurs présents sur ces marchés, y compris les réparateurs indépendants, de proposer des services de qualité.

Afin d'atteindre cet objectif, l'article 4 § 2 du règlement relatif à la fourniture de l'information technique aux réparateurs, va jusqu'à imposer des obligations très précises aux constructeurs pour que leurs réseaux de réparation puissent bénéficier de l'exemption par catégorie. Le Conseil a relevé, au stade de l'examen des mesures conservatoires (finalement non octroyées), qu'il n'était pas exclu, en l'état du dossier, que Citroën n'ait pas respecté certaines conditions énoncées audit article 4 § 2, et que certaines pratiques dénoncées puissent être qualifiées, au sens du règlement n° 1400/2002, de restrictions caractérisées, dites clauses noires. Il n'est notamment pas exclu que la nécessité de se protéger contre le vol alléguée par Citroën ne justifie pas les restrictions apportées par ce dernier à l'accès des réparateurs à ses informations techniques et qu'il existe des moyens moins restrictifs de concurrence pour atteindre ce but. Par ailleurs, Citroën ne semble pas donner un accès rapide, pratique et à un coût raisonnable à ces informations, contrairement aux prescriptions dudit article.

La mise en œuvre de cette méthode d'analyse

- **Les principes / L'organisation du réseau de distribution et de la sélection des distributeurs**

Dans la décision **06-D-04** relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe, le Conseil a rappelé les règles de la distribution sélective et la validation de principe des accords de distribution sélective dans le secteur particulier des parfums et cosmétiques de luxe par les jurisprudences communautaires et nationales des autorités de concurrence, sous réserve de toute intervention directe ou indirecte du fournisseur sur les prix des distributeurs.

S'agissant des règles de la distribution sélective, le Conseil souligne que la distribution sélective constitue *per se* une restriction de concurrence, mais que la jurisprudence, tant communautaire que nationale, a depuis longtemps reconnu la licéité des accords de distribution sélective au regard du droit de la concurrence, sous certaines conditions. Ainsi que la Cour de justice des communautés européennes l'a jugé, dans un arrêt du 25 octobre 1983, AEG-Telefunken (107/82 ; point 23) et ainsi que le Conseil de la concurrence l'a récemment rappelé dans la décision 05-D-50 du 21 septembre 2005, un système de distribution sélective peut être considéré comme licite au regard des prévisions du 1° de l'article 81 du traité CE ou de l'article L. 420-1 du Code de commerce, si trois conditions sont cumulativement réunies :

– « *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*. »

Sous ces réserves, la validité de principe des accords de distribution sélective a été consacrée, de façon générale et pour l'ensemble des accords verticaux, par le règlement de la Commission n° 2790/1999 du 22 décembre 1999 « *concernant l'application de l'article 81-3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées* », dont l'article 2.1 pose la règle suivante : « L*'article 81-1 du traité est déclaré inapplicable aux accords ou pratiques concertées qui sont conclus entre deux ou plus de deux entreprises, dont chacune opère, aux fins de l'accord, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et qui concernent les conditions dans lesquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services* ».

S'agissant de la validité de principe des accords de distribution sélective dans le secteur des parfums et cosmétiques de luxe, le Conseil explique que la défense de l'image de marque des produits en cause justifie l'usage par les fabricants de la distribution sélective :

« *Pour que le consommateur achète des produits "de luxe" en dépit du niveau de leur prix, le producteur doit construire une image de son produit qui soit valorisante dans l'esprit du consommateur. C'est pourquoi le TPICE a considéré que la distribution sélective constituait un moyen légitime à la disposition des fabricants souhaitant construire ou maintenir l'image de luxe et de prestige de leur marque, sauvegarder les fruits de leurs efforts de promotion et maintenir, dans la perception des consommateurs, "l'aura d'exclusivité et de prestige" des produits en cause, notamment en assurant une présentation au public apte à les mettre en valeur dans un cadre en harmonie avec leur caractère luxueux* ».

En revanche, le Conseil rappelle que la défense du prestige des marques ne justifie pas les interventions des fournisseurs sur les prix des distributeurs et il souligne que le caractère dévalorisant d'un point de vente ou de son enseigne ne peut être associé à la politique habituelle de prix du distributeur.

« [...] *les clauses des contrats de distribution sélective liant fabricants et distributeurs, ou les interventions des fabricants dans la distribution lorsqu'elles visent à limiter la liberté commerciale des distributeurs, par des pratiques de prix imposés ou toute pratique aboutissant au même résultat* [comme par exemple la prescription de prix indicatifs fonctionnant comme des prix imposés, l'octroi de remises conditionnées au respect des prix du fabricant, ou encore les clauses relatives à la publicité de marques de luxe], *dès lors qu'elles sont utilisées pour dissuader les distributeurs de faire porter leurs campagnes publicitaires sur les prix, sont contraires aux articles 81 du traité et L. 420-1 du Code de commerce* » **(06-D-04)**.

- **L'interdiction de prix imposés**

Dans les décisions **06-D-04** relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe et **06-D-22** relative à des pratiques mises en œuvre

par la société NGK Spark Plugs France sur le marché des bougies pour deux-roues, le Conseil a rappelé les preuves requises pour démontrer une entente verticale sur les prix, lorsque aucune preuve directe de l'entente, résultant par exemple de clauses contractuelles anticoncurrentielles signées par les parties, n'existe.

Le Conseil considère qu'il faut établir les trois points suivants : les prix ont été évoqués au cours de négociations commerciales entre le fournisseur et ses distributeurs ; les prix ainsi déterminés ont été effectivement pratiqués par ces distributeurs, révélant l'existence d'un accord de volontés, donc d'une entente ; 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.

Dans la décision **06-D-22**, le Conseil a relevé que NGK Spark Plugs France discutait avec ses distributeurs des prix publics conseillés, mais que la preuve n'était pas rapportée de l'application effective de ces prix comme prix imposés par les distributeurs, ni de la mise en place d'une police des prix par NGK Spark Plugs France, les distributeurs demeurant libres dans la fixation de leurs prix.

En revanche, dans la décision **06-D-04**, le Conseil a, au contraire, considéré que l'entente verticale sur les prix était établie.

La décision **06-D-04** explicite la caractérisation de chacun des trois critères du faisceau de preuves.

Le premier critère, à savoir l'évocation des prix avec les distributeurs, peut être démontré *« à partir de tout procédé par lequel un fabricant fait connaître à ses distributeurs le prix auquel il entend que ses produits soient vendus au public. La notion d'évocation n'implique pas que les prix aient été négociés avec les distributeurs, ni même discutés oralement. L'élaboration par un fabricant, et la diffusion à ses distributeurs, d'un document général décrivant les prix de base, les prix de vente conseillés au détail, et la date présente ou future de la disponibilité des produits, par exemple sous la forme d'un catalogue des tarifs, caractérise l'existence d'une politique générale de diffusion de prix conseillés consistant en une "évocation des prix de revente entre le fournisseur et ses distributeurs à l'occasion de négociations commerciales", sans qu'il soit nécessaire de démontrer que les négociations commerciales entre le fournisseur et ses distributeurs ont porté sur l'élaboration de ces prix.*
Au demeurant et à elle seule, la diffusion de prix conseillés ne constitue pas une pratique anticoncurrentielle. »

Le deuxième critère du faisceau d'indices peut être démontré par la signature d'un contrat de coopération commerciale impliquant le respect de la politique commerciale ou de la politique de communication du fabricant par les revendeurs (ou prohibant certaines techniques de vente telles que prix barrés, soldes, prix *discount*), mais aussi par l'acceptation de la part de ces distributeurs de remises conditionnées au respect des prix, ou encore par la démonstration du respect effectif de ces prix par les distributeurs.

Il faut donc apporter la preuve d'une application significative, au niveau des ventes au détail, des prix conseillés : « *Cette preuve peut être apportée par*

les déclarations du distributeur ou par des pièces établissant sans conteste cette application. En l'absence de ces éléments, l'observation directe de prix de détail et l'accumulation de ces prix au voisinage des prix conseillés apportent la preuve recherchée. Les entreprises incriminées ont invoqué plusieurs moyens pour remettre en cause cette dernière méthode de recherche de la preuve. »

En l'espèce, le Conseil a utilisé les relevés de prix effectués par la DGCCRF dans 74 points de vente sur 59 produits de parfums et cosmétiques de 31 marques différentes, soit au total plus de 4 300 relevés. Le Conseil a constaté que ces relevés montraient que les prix publics indicatifs préconisés par les fournisseurs étaient respectés à un taux remarquablement élevé. Le Conseil a considéré « *qu'un taux de respect supérieur ou égal à 80 % suffit à démontrer que les prix publics indicatifs (PPI) étaient significativement appliqués par les distributeurs, et permet d'établir que l'indice à placer dans le faisceau est constitué. En revanche, lorsque ce taux est inférieur à 80 %, il convient de pousser plus loin l'analyse et de prendre en considération la dispersion effective des prix relevés, en observant directement, sous forme d'un graphique, la concentration effective des prix à proximité du prix public indicatif (PPI)* ».

Le Conseil a répondu aux parties qui contestaient la représentativité de l'échantillon, qu'il n'était pas question d'élaborer un échantillon répondant parfaitement aux règles de l'art de la statistique. Il a constaté que l'échantillon était sérieux, portait sur un nombre de relevés significatif – effectués dans toutes les zones de chalandise, sur un panel de produits tenant compte des parts de marché de chaque marque – et reflétait la répartition de la distribution à l'époque des faits.

Le troisième critère « *exige* [...] *que soit prouvée la mise en place d'une police des prix fondée sur un système de contrôle par le fournisseur, les représailles ne constituant qu'une catégorie extrême dans les actes de cette police, parmi un large éventail allant des simples contrôles de prix, aux pressions, menaces de rétorsions et représailles effectives. De fait, si le présent dossier évoque fréquemment la possibilité de représailles, il n'en retrace pas directement l'effectivité. À l'inverse, il abonde en faits témoignant de l'existence de contrôles, pressions et menaces. En outre, l'existence de remises de fin d'année (RFA) qui récompensaient le respect de la politique tarifaire des marques, permettait, dans de nombreux cas, de ne pas recourir directement à l'arme des représailles, le non-versement de ces remises équivalant, dans les faits, à des sanctions de nature financière* ».

Le Conseil explique que « *la police des prix n'est* [...] *en rien, antinomique de l'accord de volontés* » et qu'« *elle est son nécessaire complément pour garantir que quelques déviants ne viennent pas compromettre le fonctionnement de l'entente* ».

Finalement, le Conseil a jugé que l'entente sur les prix n'était pas établie à l'encontre des sociétés pour lesquelles manquait un des trois critères et notamment le critère d'application des prix, les relevés de prix présentant une dispersion « *significative* » autour du prix conseillé. Toutes les autres ont, en revanche, été condamnées.

Dans la décision **06-D-37** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des cycles et produits pour cyclistes, le Conseil a sanctionné plusieurs fabricants de cycles pour avoir inséré, dans leurs contrats de distribution, des clauses imposant aux revendeurs de respecter les prix de vente conseillés.

- **Les clauses d'exclusivité**

Exclusivité d'approvisionnement

Le Conseil a rappelé dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre par la société NGK Spark Plugs France sur le marché des bougies pour deux-roues **(06-D-22)**, qu'une clause d'approvisionnement exclusif figurant dans le contrat de distribution sélective de NGK, imposant à ses distributeurs agréés de s'approvisionner en produits NGK en exclusivité auprès de NGK Spark Plugs France, constituait une clause noire au sens du règlement 2790/1999 du 22 décembre 1999.

Le Conseil a souligné que cette pratique, sanctionnée selon une jurisprudence constante, était prohibée comme toutes les interdictions de rétrocession à l'intérieur des systèmes de distribution sélective. Le d) de l'article 4 du règlement 2790/1999 du 22 décembre 1999 dispose en effet : « *L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sous le contrôle des parties ont pour objet :* [...] *d) la restriction des livraisons croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective, y compris entre les distributeurs opérant à des stades différents du commerce.* » Cette disposition signifie que la distribution sélective ne peut être combinée avec des restrictions verticales visant à contraindre le distributeur à s'approvisionner exclusivement auprès d'un fournisseur donné. Il s'agit en l'espèce de préserver les échanges entre distributeurs agréés de plusieurs États membres.

Ainsi que l'énonce la Communication de la Commission portant lignes directrices sur les restrictions verticales (2000/C 291/01 ; § 55) : « *Les distributeurs sélectionnés doivent rester libres d'acheter les biens contractuels aux autres distributeurs désignés, membres du réseau, qui opèrent au même stade du commerce ou à un stade différent. Il en résulte que la distribution sélective ne peut être combinée avec des restrictions verticales visant à contraindre les distributeurs à s'approvisionner en biens contractuels exclusivement auprès d'un fournisseur déterminé (engagement d'achat exclusif, par exemple).* »

Même si les distributeurs agréés ont pu, occasionnellement, procéder à des importations de bougies en s'approvisionnant en dehors de NGK Spark Plugs France, en violation de leur contrat de distribution, ces approvisionnements alternatifs se sont révélés marginaux et problématiques. Par ailleurs, même si les distributeurs agréés restaient libres d'acheter d'autres marques de bougies, le Conseil a souligné que plus la position du fournisseur sur son marché était importante, plus l'impact de la clause d'achat exclusif était sensible. Or, la marque NGK était « La » référence en matière de bougies d'allumage pour deux-roues et la plus vendue (80 à 85 % des deux-roues équipés par cette marque). *« Dès lors, l'affaiblissement de la concurrence*

intramarque liée à une source d'approvisionnement unique portant sur un produit essentiel pour les distributeurs, a nécessairement affecté le marché de la bougie de moto de seconde monte, notamment en raison de la force et de la puissance de la marque NGK sur ce marché.
La clause d'approvisionnement exclusif uniformisait artificiellement les prix d'achat des bougies. Les distributeurs n'ont pas pu faire jouer la concurrence pour essayer de trouver des fournisseurs moins chers que NGK Spark Plugs France. Il ressort en effet de différents éléments du dossier que les prix d'approvisionnement en bougies NGK pouvaient être différents selon les États membres et que des arbitrages auraient pu permettre aux distributeurs d'obtenir de meilleurs prix. »

Dans la décision **06-D-26** relative à la saisine des sociétés Lamy Moto et Moto Ouest à l'encontre des sociétés Yamaha Motor France et MBK, le Conseil a jugé que les contrats de distribution exclusive de la société MBK pour les années 1997 et 1998 relevaient du règlement n° 1983/83 relatif à la distribution exclusive, conformément aux dispositions transitoires prévues dans le règlement n° 2790/1999 pour les contrats en cours. Faisant application de l'article 2 § 2 du règlement n° 1983/83, il a estimé que les clauses d'exclusivité de marque contenues dans les contrats de distribution exclusive MBK étaient exemptées, ces clauses prohibant, pour les distributeurs exclusifs, la vente de produits susceptibles de concurrencer ceux du concédant.

Exclusivité de clientèle

Dans la décision **06-D-03 *bis*** du 9 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie et climatisation, le Conseil a sanctionné l'élaboration d'une charte de référencement mise au point par une centrale de grossistes traditionnels qui imposait aux fournisseurs référencés de réserver aux seuls grossistes la distribution de leurs produits, à l'exclusion des coopératives d'installateurs et des GSB, circuits vendant à des prix plus bas.

Le Conseil rappelle qu'en vertu d'une jurisprudence constante, « *constitue une pratique concertée prohibée par l'article L. 420-1 du Code de commerce, le fait pour un groupement d'achat ou de référencement et ses membres de faire obstacle aux livraisons d'un fournisseur à des distributeurs ou à des circuits de distribution concurrents* ». Le Conseil cite en outre le juge communautaire qui a précisé que « *le maintien d'une forme de distribution traditionnelle ne peut se justifier par la seule nécessité de la protéger contre les prix inférieurs pratiqués par d'autres formes de distribution* » (CJCE, 25 octobre 1983, aff. 107/82, TPICE, 27 février 1992, aff. T 19/91 ; § 978). Dans cette décision, l'accord de certains fabricants à l'entente verticale a pu être établi.

Dans la même décision, le Conseil a déclaré anticoncurrentielles des clauses de contrat de distribution sélective de plusieurs fabricants d'appareil de chauffage, aboutissant à réserver la vente des produits aux seuls installateurs agréés : « *La revente exclusive des produits de chauffage aux seuls installateurs constitue une restriction caractérisée à la liberté commerciale des distributeurs signataires et participe à la stratégie d'éviction des GSB sur le marché de la distribution des produits de chauffage. Ces contrats sont donc prohibés par l'article L. 420-1 du Code de commerce et ne sauraient bénéficier de*

l'exemption par catégorie prévue par le règlement 2790/99, ni de l'exemption individuelle » (§ 1283). Cette restriction de concurrence va au-delà des impératifs de sécurité légitimes tenant à la distribution et à l'installation des produits de chauffage.

De la même façon, des accords-cadres et conventions conclus sous l'égide d'instances professionnelles, comme la Fédération française des négociants en appareils sanitaires, chauffage, climatisation et canalisations (FNAS), l'Union nationale artisanale couverture plomberie de la Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment (CAPEB UNA CPC), l'Union nationale des chambres syndicales de couverture et de plomberie (UNCP), l'Union climatique de France (UCF), le Groupement des fabricants de matériels de chauffage central par l'eau chaude et de production d'eau chaude sanitaire (GFCC) et l'Association chauffage-fioul, en instaurant des relations d'exclusivité entre grossistes et installateurs professionnels, ont eu pour objet et effet de limiter les sources d'approvisionnement des grandes surfaces de bricolage (GSB) et des coopératives d'installateurs sur les marchés de l'approvisionnement et de la distribution de produits de chauffage et de limiter les débouchés des installateurs professionnels, qui n'ont pu procéder à l'installation des produits de chauffage achetés dans les grandes surfaces de bricolage ni s'inscrire sur les listes de poseurs établies et diffusées par ce circuit de distribution, restreignant par là même les garanties de sécurité qu'ils pouvaient offrir aux consommateurs finaux (§ 1314).

- **Les pratiques discriminatoires**

Dans la décision **06-D-22**, le Conseil a jugé que l'application des conditions d'agrément des distributeurs du réseau de distribution sélective de NGK Spark Plugs France n'était pas discriminatoire. Il était notamment allégué que NGK accordait le régime de distributeur agréé à un distributeur ne remplissant pas les critères d'agrément.

Rappelant qu'un système de distribution sélective ne peut être admissible, au regard des dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce, que s'il est justifié par les nécessités d'une distribution adéquate des produits en cause, s'il est fondé sur des critères objectifs de nature qualitative, s'il n'a pas pour objet ou pour effet d'exclure par nature une ou plusieurs formes de distribution et s'il n'est pas appliqué de façon discriminatoire, et qu'une pratique de discrimination consiste à traiter de manière différente des situations identiques ou de manière identique des situations différentes, le Conseil a estimé que ce distributeur remplissait bien les conditions d'agrément.

- **Autres restrictions verticales**

Les clauses de remise

Les clauses de remise peuvent renforcer les pratiques de prix imposés si elles sont utilisées comme un instrument de représailles indirectes dans la police des prix mise en place **(06-D-04)**.

Le Conseil a rappelé dans cette même affaire que « *les systèmes de remises peuvent être légitimes et représentent une pratique normale des affaires lorsqu'ils sont appliqués par une entreprise ne détenant pas une position dominante, comme le Conseil l'a fréquemment reconnu. En revanche, leur*

caractère potentiellement anticoncurrentiel peut résulter des discriminations opérées entre clients ».

En l'espèce, il a estimé que les différences de traitement opérées par les fabricants de parfums de luxe dans leurs barèmes de remises selon la nature du distributeur agréé, qui avantageaient les grandes chaînes au détriment des petits distributeurs, étaient justifiées par l'avantage que représentait pour eux la concentration d'un grand nombre de parfumeries autour d'une structure commune permettant, notamment, des économies d'échelle en termes de logistique et de livraison. Les barèmes de remises plus favorables bénéficiant aux grandes chaînes venaient récompenser cette économie de coûts.

Dans la décision **06-D-03 *bis*** du 9 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie et climatisation, le Conseil a considéré qu'était anticoncurrentiel un accord conclu entre la Fédération française des négociants en appareils sanitaires, chauffage, climatisation et canalisations (FNAS), la Fédération des industries de la salle de bains (FISB), la Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment (CAPEB) et l'Union nationale des chambres syndicales de couverture et de plomberie (UNCP), invitant les installateurs membres des organisations professionnelles en cause à ne pas effectuer d'installation de produits achetés dans les grandes surfaces de bricolage et à ne pas s'inscrire sur les listes de poseurs établies et diffusées par ce circuit de distribution ou encore, incitant les négociants grossistes membres de la FNAS à pratiquer, à l'égard des seuls installateurs professionnels, des taux de remise discriminatoires de 20 à 25 % et à appliquer des tarifs discriminatoires entre les consommateurs, selon qu'ils recourent ou non à un installateur appartenant à la filière dite professionnelle. Cet accord avait en effet pour objet et pour effet d'empêcher les fabricants et les grossistes d'approvisionner les grandes surfaces de bricolage et les coopératives d'installateurs, réduisant ainsi leurs sources d'approvisionnement sur le marché afin de les évincer du marché aval de la distribution des produits de céramique sanitaire et de robinetterie.

Le Conseil a rappelé dans cette même décision qu'« *en droit communautaire comme en droit interne, les différences de tarifs doivent être justifiées par des contreparties réelles, c'est-à-dire par des prestations effectivement offertes, et les avantages tirés de ces différences doivent être proportionnés aux contreparties qui en sont la justification, c'est-à-dire déterminés selon l'étendue et la nature des services rendus. Il en résulte que les distributeurs placés dans la même situation doivent pouvoir en bénéficier (Cass., Com., 26 mars 2002). En revanche, les critères et les modalités d'octroi des rabais, qui confèrent un avantage ne reposant sur aucune prestation économique qui les justifie, sont considérés comme étant de nature à enlever à l'acheteur, ou à restreindre ses possibilités de choix d'approvisionnement, à barrer l'accès du marché aux concurrents, à appliquer à des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes ou à renforcer une position dominante par une concurrence faussée. Il en est ainsi notamment lorsque la pratique en cause prend place dans le cadre d'un plan de l'entreprise ayant pour but d'éliminer un concurrent (TPICE, 7 octobre 1999, aff. T-228/97 et cour d'appel de Paris, 18 novembre 1997)* » (§ 1329).

Les clauses d'interdiction de rétrocession

Dans la décision **06-D-37** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des cycles et produits pour cyclistes, le Conseil a sanctionné des fournisseurs de cycles pour avoir inséré dans les contrats de distribution des clauses interdisant toute rétrocession des produits distribués par les distributeurs. Le Conseil a rappelé que « *l'interdiction de revente faite à d'autres distributeurs du réseau ou hors réseau est considérée par le règlement d'exemption CE 2790/99 comme une clause non susceptible de bénéficier de l'exemption automatique prévue à l'article 2 de ce règlement car elle restreint par sa nature même la clientèle à laquelle l'acheteur peut vendre des biens et services contractuels. L'article 4-b de ce règlement admet seulement quelques exceptions à cette interdiction générale, notamment pour les ventes par les membres d'un système de distribution sélective aux distributeurs non agréés* ».

Les clauses d'interdiction d'exporter

Dans la décision **06-D-37** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des cycles et produits pour cyclistes, le Conseil a sanctionné un fabricant de cycles pour avoir inséré, dans ses contrats de distribution, des clauses d'interdiction d'exporter.

L'interdiction de vente par internet au sein d'un réseau et l'interdiction de vente passive en dehors du réseau

Dans la décision **06-D-24** relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France et la décision **06-D-28** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels Hi-Fi et Home cinéma, le Conseil, comme la Commission européenne, a admis la possibilité, pour l'organisateur d'un réseau de distribution sélective, de réserver la vente sur internet aux membres de son réseau.

En revanche, le Conseil estime qu'une clause visant à interdire par principe la vente sur internet est une restriction caractérisée non exemptable sur la base du paragraphe 3 de l'article 81, sauf circonstances exceptionnelles. Pour le Conseil, seules des restrictions limitées apportées à cette forme de vente et proportionnelles à l'objectif visé peuvent être exonérées, notamment les restrictions qui sont comparables à celles qui s'appliquent dans le point de vente physique du distributeur agréé. Les clauses qui reviendraient à imposer aux distributeurs l'obligation de demander l'accord préalable du fournisseur pour procéder à une vente intraréseau ou une clause permettant au fabricant d'exercer un contrôle systématique sur ces ventes constituent selon la Commission, citée par le Conseil, une restriction de concurrence non justifiable.

Les clauses de chiffre d'affaires

Dans la décision **06-D-04** relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe, le Conseil a jugé que la clause des contrats de distribution sélective imposant aux distributeurs de réaliser un chiffre d'affaires minimum auprès du fournisseur de plus de 40 % de la moyenne du chiffre d'affaires des distributeurs agréés pour une même marque était restrictive de concurrence, mais ne constituait pas une clause noire. Le Conseil a

constaté qu'aucun des fabricants de parfums de luxe ne détenant une part de marché supérieure à 30 %, et qu'en l'absence d'effet cumulatif des contrats démontré, cette clause bénéficiait de l'exemption automatique du règlement de 1999.

■ 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 1er 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 des mêmes personnes morales pour les mêmes faits et sur le même fondement juridique 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, 1er 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 (ces) dernière(s) occupe(nt) sur ce marché puis, dans un troisième temps, dans le 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.

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.

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.

Ainsi, dans une affaire s'étant déroulée sur le marché de la distribution de la presse pour la vente au numéro, le Conseil, après avoir au préalable constaté que le marché des logiciels pour la gestion des dépôts de presse était en pratique limité au seul logiciel Presse 2000, a conclu que la société Nouvelles messageries de la presse parisienne (NMPP), propriétaire de ce logiciel, détenait une position dominante sur ce marché. De même, le Conseil a considéré que la société CEFODIP se trouvait en position dominante sur le marché de la formation professionnelle des agents de la presse car elle était le seul

organisme de formation agréé par les NMPP et, par voie de conséquence, le seul offreur sur le marché **(06-D-16)**.

Dans une affaire relative aux secteurs de l'édition cartographique et de l'information touristique, le Conseil a confirmé l'analyse qu'il avait développée dans une décision antérieure (03-D-62), et dans laquelle il avait déjà caractérisé le monopole détenu par l'Institut géographique national (IGN) sur le marché des fonds topographiques, ce monopole résultant de l'ancienneté et de la notoriété de l'IGN ainsi que des subventions qu'il percevait **(06-D-23)**.

Dans une affaire relative au secteur de la maintenance des onduleurs, le Conseil a considéré que la société MGE UPS Systems se trouvait en position dominante sur le marché des pièces de rechange des appareils de sa marque, en raison du monopole qu'elle détenait sur la fabrication de ces pièces détachées **(06-D-35)**.

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 d'appréciation important et retenu par la pratique décisionnelle du Conseil.

Ainsi, le Conseil a considéré qu'avec 96 % de parts de marché pour les cartes de randonnées et 78 % de parts de marché pour les cartes thématiques, l'Institut géographique national se trouvait en position dominante sur le marché des cartes de sports et loisirs de nature **(06-D-23)**.

Le Conseil a observé que la SCM Imagerie médicale du Nivolet, avec une part de marché supérieure à 85 % sur le marché des examens de scanner sur le bassin de santé de Chambéry-Aix-les-Bains, détenait une position dominante sur le marché concerné **(06-D-36)**.

Le Conseil analyse d'autres éléments que les parts de marchés dans son évaluation du pouvoir de marché détenu par une entreprise. Ainsi, dans une affaire relative au marché de la distribution de presse pour la vente au numéro, le Conseil a relevé que le groupe des NMPP détenait, à l'époque des faits, des parts de marché élevées et qu'il contrôlait directement ou indirectement l'ensemble des niveaux de distribution de la presse au numéro. Ces indices ont permis au Conseil de conclure à l'existence d'une position dominante des NMPP **(06-D-16)**.

De même, dans une affaire relative au secteur de l'hébergement touristique en gîtes ruraux et en chambres d'hôtes, Conseil a établi que la Fédération nationale des Gîtes de France (FNGDF) se trouvait en position dominante sur le marché de la labellisation des gîtes et des chambres d'hôtes. Le Conseil a d'abord constaté que la FNGDF détenait 75 % du marché de la labellisation de ce type d'hébergement. Il a par ailleurs observé que le fort pouvoir de marché de la FNGDF provenait de sa renommée dans le secteur et du fait qu'un certain nombre de conseils généraux subordonnaient l'octroi de financements à l'adhésion au label *« Gîtes de France ».* Enfin, le Conseil a relevé que la FNGDF avait longtemps bénéficié d'une certaine confusion entre son

activité et celle des organismes publics chargés de promouvoir le tourisme rural **(06-D-06)**.

Dans son examen de la position détenue par la SCM Imagerie médicale du Nivolet sur le marché des examens IRM, le Conseil a observé comme indice additionnel de la position dominante détenue par la SCM, que le centre hospitalier de Chambéry n'exerçait pas de pression concurrentielle sur la SCM dans la mesure où l'accès à ses équipements était restreint et soumis à un régime juridique contraignant **(06-D-36)**.

- **Situation non constitutive d'une position dominante**

Le Conseil de la concurrence a rappelé, à plusieurs reprises, que des parts de marché de grande ampleur, prises isolément, ne constituaient pas nécessairement un facteur déterminant de la position dominante. L'existence d'un concurrent d'une puissance équivalente à la sienne ne permet pas à l'entreprise concernée d'adopter le comportement indépendant caractérisant une position dominante **(06-D-12)**.

Dans une décision relative aux secteurs de l'édition cartographique et de l'information touristique, le Conseil a considéré que l'IGN ne détenait pas une position dominante sur le marché des cartes du fait de ses parts de marché relativement faibles (entre 26 et 28 %) et de l'existence d'un concurrent prééminent (Michelin) sur le segment des cartes routières **(06-D-23)**.

Dans une affaire relative au secteur du transport de béton prêt à l'emploi dans l'Oise, le Conseil a procédé, pour chacune des trois zones infradépartementales qu'il avait identifiées, à l'examen des parts de marché relatives des trois grands producteurs de l'Oise. L'analyse du Conseil a montré qu'à l'intérieur de chacune des zones infradépartementales, un des grands bétonniers détenait une position prépondérante, tandis que la part de marché cumulée de ses deux grands concurrents était équivalente ou supérieure à la sienne. Le Conseil en a conclu que dans de telles conditions de concurrence, aucun des trois bétonniers ne pouvait s'abstraire du comportement des deux autres ni détenir, de ce fait, une position dominante **(06-D-17)**.

L'appréciation de la position dominante collective

Le Conseil s'est prononcé plusieurs fois cette année sur la question de la dominance collective.

Le Conseil a rappelé dans plusieurs décisions que pour démontrer l'existence d'une position dominante collective, il convient d'établir que les entreprises « *ont, ensemble, notamment en raison des facteurs de corrélation existant entre elles, le pouvoir pour adopter une même ligne d'action sur le marché et d'agir dans une mesure appréciable indépendamment des autres concurrents, de leur clientèle et, finalement, des consommateurs* » (Cour de justice des communautés européennes, 31 mars 1998, Kali & Saltz ; Tribunal de première instance des communautés européennes, 25 mars 1999, Gencor). **(06-D-02 ; 06-D-11 ; 06-D-17 et 06-D-18)**.

L'existence d'une position dominante collective peut tout d'abord résulter de l'existence de liens structurels tels que des liens en capital ou des accords formalisés entre elles. Il convient alors de démontrer que les entreprises ont

adopté une ligne commune d'action sur le marché (Cour de justice des communautés européennes, 16 mars 2000, Compagnie maritime belge ; Tribunal de première instance des communautés européennes, 7 octobre 1999, Irish Sugar ; Cour de cassation, 5 mars 1996, Total Réunion Comores ; cour d'appel de Paris, 30 octobre 2001, OMVESA ; cour d'appel de Paris, 4 juin 2002, CFDT Radio Télé).

En l'absence de tels liens, la structure du marché peut également permettre de mettre en évidence l'existence d'une position dominante collective dès lors que les critères cumulatifs dégagés par le Tribunal de première instance des communautés européennes dans l'arrêt Airtours du 6 juin 2002, à savoir la structure oligopolistique et la transparence du marché concerné, la possibilité d'exercer des représailles sur les entreprises déviant de la ligne d'action commune et la non-contestabilité du marché ou l'absence de compétition potentielle, sont réunis.

Le Conseil a rappelé que la jurisprudence Airtours, rendue en matière de contrôle des concentrations, reste applicable dans le cadre de l'appréciation de l'existence d'une position dominante collective au titre des articles L. 420-2 du Code de commerce et 82 du traité, ainsi que le Tribunal de première instance des communautés européennes l'a admis dans l'arrêt Piau du 26 janvier 2005, rendu sur recours contre une décision de la Commission en matière d'abus de position dominante. Comme en matière de délimitation des marchés pertinents, des critères identiques peuvent en effet être appliqués dans des approches différentes, soit de manière prospective, dans le cadre du contrôle des concentrations, soit de manière rétrospective, dans le cadre de l'examen de pratiques anticoncurrentielles.

Sur la base de ces critères, le Conseil a établi l'existence d'une position dominante collective dans deux affaires qui lui ont été soumises cette année.

Dans une affaire relative à des pratiques liées à la fabrication d'enrobés bitumineux dans le département des Ardennes, le Conseil a démontré l'existence d'une position dominante collective entre quatre sociétés routières ardennaises. En effet, ces sociétés détenaient toutes des participations dans les trois centrales ardennaises de fabrications d'enrobés, ce qui était de nature à caractériser l'existence de liens structurels entre elles. Le marché présentait en outre une structure oligopolistique car les quatre sociétés couvraient, par leurs centrales d'enrobage, l'ensemble du territoire ardennais et avaient remporté, ensemble ou en groupement avec des tiers, 95,8 % du montant des marchés des deux principaux donneurs d'ordre du département. Le Conseil a également observé que chacune des sociétés avait une parfaite connaissance des capacités de production de chaque centrale, de ses coûts, des prix de vente et des quantités vendues. Il a donc pu établir l'existence d'une parfaite transparence sur le marché. De plus, le fait que toutes les décisions aient été prises à l'unanimité était de nature à éliminer toute possibilité de déviation. Enfin, le Conseil a relevé que les barrières à l'entrée sur le marché étaient élevées et tenaient, d'une part, à *l'affectio societatis* propre aux sociétés communes et, d'autre part, aux difficultés administratives tenant à la création d'une nouvelle centrale. Le Conseil a déduit de l'ensemble de ces éléments que les sociétés en cause détenaient une position dominante collective sur le marché de la fabrication des enrobés dans les Ardennes **(06-D-02)**.

Dans une affaire relative au secteur de la publicité cinématographique, le Conseil a établi que deux régies nationales de publicité cinématographique, les sociétés Mediavision et Circuit A/Screenvision détenaient une position dominante collective sur le marché de la publicité cinématographique nationale. Pour ce faire, le Conseil a d'abord énoncé que les liens structurels entre ces deux membres du duopole résultaient du recours à un prestataire commun. Le Conseil a également analysé la structure de ce marché à la lumière des critères retenus par la jurisprudence Airtours. Dans son examen de la transparence du marché, le Conseil a considéré que ce critère ne supposait pas une parfaite connaissance de l'ensemble des agissements des concurrents mais une connaissance suffisante des données de marché stratégiques et la possibilité d'une surveillance de la ligne d'action suivie par le concurrent. S'agissant plus spécifiquement des oligopoles restreints, le Conseil a énoncé que, dès lors que les produits étaient homogènes et le parc de clients aisément identifiable, l'existence d'interactions répétées sur le marché en cause ou sur des marchés connexes permettait aux membres de l'oligopole d'observer le comportement des autres compétiteurs. Le Conseil a ensuite constaté qu'en l'espèce, sur le marché duopolistique de la publicité cinématographique, les produits proposés étaient similaires et l'information sur les clients de chacune des régies facilement accessible. Le Conseil en a conclu que le marché en cause était transparent. En outre, la faible volatilité de la demande et la stabilité des parts de marché de Mediavision et de Circuit A/Screenvision venaient renforcer l'incitation à adopter des comportements parallèles. S'agissant de « *la ligne d'action commune* », le Conseil a réaffirmé qu'il ne s'agissait pas d'un élément qu'il lui appartenait de démontrer pour établir l'existence d'une position dominante collective. En effet, le Conseil a estimé que les critères de la jurisprudence Airtours visaient à apprécier l'interdépendance entre les entreprises concernées. Mais, dès lors que ces critères sont remplis, la plausibilité d'une ligne d'action commune et, partant, l'interdépendance des entreprises concernées, sont également démontrées. En l'espèce, le Conseil a relevé que le seul fait que les parts de marché des deux sociétés étaient très stables permettait de présumer l'existence d'une ligne d'action commune. S'agissant ensuite de l'incitation à dévier et des mesures de représailles, le Conseil a rappelé qu'aux termes de la jurisprudence Airtours, « *pour qu'une situation de position dominante collective soit viable, il faut qu'il y ait suffisamment de facteurs de dissuasion pour assumer durablement une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune, ce qui revient à dire qu'il faut que chaque membre de l'oligopole dominant sache qu'une action fortement concurrentielle de sa part destinée à accroître sa part de marché provoquerait une action identique de la part des autres, de sorte qu'il ne retirerait aucun avantage de son initiative* ». Le Conseil a relevé en l'espèce que les entreprises étaient peu incitées à dévier de la ligne d'action commune. Les caractéristiques du marché ne permettaient en effet pas à un membre de l'oligopole de tirer les bénéfices d'une politique agressive à brève échéance sans subir les représailles de ses concurrents et sans déclencher une guerre des prix. Enfin, le Conseil a vérifié que le marché ne comportait à l'époque des faits aucun acteur capable de remettre en cause la stratégie mise en place par le duopole. Toutes les conditions établies par la jurisprudence Airtours étant remplies, le Conseil a conclu que les sociétés Circuit A/Screenvision et Mediavision détenaient une position dominante collective sur le marché de la régie publicitaire nationale **(06-D-18)**.

Dans deux affaires, le Conseil a estimé qu'il n'existait pas suffisamment d'éléments permettant de démontrer l'existence d'une position dominante collective. Dans le secteur du transport du béton prêt à l'emploi dans l'Oise, le Conseil a estimé que l'existence d'une position dominante collective n'était pas établie puisque le dossier contenait suffisamment d'éléments démontrant que les bétonneurs de l'Oise avaient des lignes d'action différentes, que leurs parts de marché n'étaient pas stables et qu'enfin le marché en cause n'était pas caractérisé par des barrières à l'entrée élevées **(06-D-17)**. De même, dans une affaire relative au secteur de la vente de véhicules automobiles, le Conseil a estimé qu'il n'était pas établi que les principaux constructeurs détenaient ensemble une position dominante collective sur le marché. En l'espèce, l'addition de leurs parts de marché et l'existence de certains liens structurels entre eux ont été jugées insuffisantes pour présumer de l'existence d'une telle position **(06-D-11)**.

Qualification des pratiques imputables à une entreprise en position dominante

La simple détention par une ou plusieurs entreprises d'une position dominante sur le marché n'est pas en elle-même constitutive d'une infraction à l'article L. 420-2 du Code de commerce ou à l'article 82 du traité.

Une fois l'existence d'une position dominante simple ou collective établie, il convient de rechercher si la (les) entreprise(s) concernée(s) exploite(nt) cette dominance d'une manière abusive. Ainsi, le Conseil a rappelé que lorsque plusieurs entreprises détiennent ensemble une position dominante collective, cette simple situation de marché ne présente pas en elle-même un caractère illicite. Il convient d'examiner si les membres du duopole ont individuellement ou collectivement abusé de leur position dominante collective **(06-D-18)**.

Le Conseil a par ailleurs réaffirmé, dans une affaire relative au marché de bougies pour deux-roues, que la constitution de l'infraction de l'abus de position dominante suppose que soit établi un lien de causalité entre le pouvoir de domination de l'entreprise et l'entrave apportée au libre jeu du marché. En l'espèce, ce lien de causalité faisait défaut puisque aucun élément du dossier ne permettait d'établir que l'entreprise mise en cause avait utilisé son pouvoir de domination pour insérer dans son contrat de distribution sélective une clause d'approvisionnement exclusif **(06-D-22)**.

Le Conseil a également eu l'occasion de rappeler que, pour qu'une pratique soit qualifiée d'abusive au titre de l'article L. 420-2 du Code de commerce et de l'article 82 du traité, il est nécessaire de caractériser son objet ou ses effets anticoncurrentiels. Une pratique revêt un objet anticoncurrentiel lorsqu'elle s'inscrit dans une stratégie anticoncurrentielle. Des entreprises en position dominante peuvent donc soutenir que leurs agissements sont objectivement justifiés ou source d'efficience et qu'ils ne relèvent pas en conséquence d'une stratégie anticoncurrentielle mais d'une stratégie visant à maximiser leur profit. L'entreprise doit alors apporter la preuve que le résultat escompté dépend précisément de la pratique concernée et qu'il n'existe pas de moyen aussi efficace mais moins restrictif de concurrence d'y parvenir. En l'absence

d'objet anticoncurrentiel, l'examen des effets des pratiques mises en cause est alors nécessaire **(06-D-18)**.

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 également 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**

Statuant sur des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de l'hébergement touristique en gîtes ruraux et en chambres d'hôtes, le Conseil a rappelé que des relations d'exclusivité entre un offreur et des demandeurs exerçant une activité sur un marché intermédiaire sont susceptibles de restreindre l'accès du marché aux concurrents de l'offreur lorsque certaines conditions sont réunies. La cour d'appel de Paris a en effet défini, dans un arrêt du 7 mai 2002 relatif à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la glace à impulsion, les critères d'appréciation de l'effet sur la concurrence de clauses d'exclusivité dans un contrat de distribution : « *L'effet restrictif de concurrence résultant d'un ensemble d'accords de distribution doit s'apprécier au regard de la nature et de l'importance des contrats sur le marché en cause, de l'existence de possibilités réelles et concrètes pour un nouveau concurrent de s'infiltrer dans le faisceau des contrats, et des conditions dans lesquelles s'accomplit le jeu de la concurrence sur le marché de référence, à savoir, notamment, le nombre et la taille des producteurs présents sur le marché, le degré de saturation de ce marché, la fidélité de la clientèle aux marques existantes.* »

En l'espèce, ces clauses interdisaient aux adhérents de Gîtes de France de s'affilier simultanément à un autre label et de recourir à d'autres moyens de publicité que ceux proposés par la FNGDF. De plus, dans l'hypothèse où la commercialisation de l'hébergement n'était pas assurée par le propriétaire lui-même, celui-ci était tenu de confier le service de réservation à un relais départemental des Gîtes de France. Le Conseil a estimé que les clauses d'adhésion et d'exclusivité imposées aux adhérents de la FNGDF étaient d'une durée excessive. Il a également rejeté les justifications apportées par la FNGDF, jugeant que la protection de l'image de marque de Gîtes de France ne pouvait pas justifier l'obligation systématiquement imposée aux propriétaires d'adhérer à ce réseau pour tous les hébergements qu'il proposait aux vacanciers. Enfin, le Conseil a vérifié que les clauses litigieuses avaient bien eu un effet restrictif de concurrence. À cet égard, le Conseil a estimé que la circonstance que les réseaux concurrents de la FNGDF aient réussi à recruter de nouveaux adhérents ne démontrait pas que la clause d'interdiction de la double appartenance n'avait pas eu d'effets anticoncurrentiels, dans la mesure où, comme l'a noté le Tribunal de première instance des communautés européennes dans la décision Michelin du 23 septembre 2003, il était fort

probable que le développement des concurrents aurait été plus important en l'absence de pratique abusive.

Ces éléments ont permis au Conseil de conclure qu'en imposant, dans la Charte des chambres d'hôtes, une clause d'exclusivité d'appartenance au réseau Gîtes de France, une clause réservant la promotion du logement du propriétaire adhérent aux guides édités par Gîtes de France et une clause réservant la commercialisation de l'hébergement labellisé « *Gîtes de France* » aux organismes agréés par les Gîtes de France, la FNGDF avait abusé de sa position dominante sur le marché de la labellisation des gîtes et chambres d'hôtes **(06-D-06)**.

- **Refus d'accès afin d'empêcher l'accès de concurrents au marché et pratiques discriminatoires**

Le Conseil a eu l'occasion de rappeler, dans une affaire relative à des pratiques résultant d'un refus d'accès mises en œuvre par la SCM Imagerie du Nivolet, que l'atteinte à la concurrence peut être constatée indépendamment de la notion d'infrastructure essentielle. La jurisprudence traditionnelle du Conseil et de l'autorité judiciaire (cour d'appel de Paris, 22 février 2005, Société technique d'abattage de Laval) considère en effet que le fait, pour les propriétaires ou gestionnaires d'un équipement qui leur donne une position particulière en tant qu'offreur sur le marché, de refuser l'accès ou de donner un accès discriminatoire à un équipement en cause, constitue un abus de position dominante, sans qu'il soit utile d'invoquer la théorie des facilités essentielles.

En l'espèce, le Conseil a relevé que l'autorisation administrative nécessaire à l'exploitation d'un scanner ou d'une IRM constituait une barrière à l'entrée sur le marché des examens de scanner et d'IRM réalisés par les radiologues libéraux.

Dans cette affaire, le Conseil a considéré que la SCM – en limitant l'accès de plusieurs médecins, de manière discriminatoire, au scanner et à l'IRM dont elle gérait l'accès, sans pouvoir indiquer les considérations objectives justifiant un traitement différent de celui réservé aux autres médecins – avait dressé artificiellement une barrière à l'entrée de ces médecins sur les marchés considérés et avait ainsi abusé de sa position dominante **(06-D-36)**.

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

Le Conseil définit le couplage comme la pratique consistant à lier la fourniture de deux produits distincts ou deux prestations distinctes. Ce lien peut être réalisé de manière contractuelle, technique ou résulter d'une incitation, comme par exemple d'un avantage tarifaire octroyé en cas d'achat conjoint de deux produits distincts. Le potentiel anticoncurrentiel d'une telle pratique provient notamment de ce qu'elle peut permettre dans certains cas à une entreprise de transférer son pouvoir d'un marché sur un autre pour y obtenir un avantage dans la concurrence à un moindre coût et sans rapport direct

avec ses mérites. Néanmoins, de telles pratiques ne sauraient être interdites *a priori* et par principe. Il convient de rechercher si les pratiques revêtent un objet ou présentent des effets anticoncurrentiels.

Dans une affaire relative à la distribution de la presse pour la vente au numéro, le Conseil a conclu que les ventes liées du logiciel Presse 2000 et de l'interface Soliman par les NMPP ne revêtaient pas un caractère abusif. Le Conseil a en effet relevé que la pratique n'avait pas eu pour objet ou pour effet de réduire la concurrence sur le marché des interfaces de communication, dans la mesure où il n'existait pas à l'époque des faits de produits concurrents à Presse 2000 ou à Soliman. Néanmoins, le Conseil n'a pas exclu que cette pratique puisse être qualifiée à l'avenir d'anticoncurrentielle, notamment dans l'hypothèse où une messagerie concurrente voudrait installer son propre logiciel d'interface entre le tronc commun de Presse 2000 et ses services centraux **(06-D-16)**.

Dans une affaire relative au secteur de la publicité cinématographique, le Conseil n'a pas qualifié d'abusives les pratiques mises en place par les sociétés Mediavision et Circuit A/Screenvision consistant à proposer des offres couplées pour les prestations de régie publicitaire cinématographique nationale et locale. Le Conseil a en effet relevé que les offres couplées n'étaient pas imposées aux exploitants des salles de cinéma, et qu'aucun mécanisme d'incitation à l'acceptation de ces offres n'avait été mis en place par les régies publicitaires. Le Conseil a également observé que les clauses litigieuses avaient été utilisées dans le seul but de maximiser le profit de chaque salle, et qu'aucun élément ne permettait de penser que cette stratégie s'inscrivait dans le cadre d'une stratégie d'exclusion des concurrents sur le marché de la régie publicitaire locale. Ces constatations ont amené le Conseil à conclure que les pratiques examinées n'avaient pas d'objet anticoncurrentiel. S'agissant enfin de l'examen des effets des pratiques sur le marché, le Conseil a relevé que pendant la période concernée, une société tierce avait gagné d'importantes parts de marché, ce qui était de nature à démontrer que les pratiques en cause n'avaient pas eu d'effets anticoncurrentiels sur le marché de la régie publicitaire locale **(06-D-18)**.

Prix abusivement élevés

Le Conseil a rappelé dans deux affaires qu'un prix pouvait constituer un abus de position dominante « *s'il est exagéré par rapport à la valeur économique de la prestation fournie* ». Cet abus de position dominante est alors réputé prendre la forme d'un « *abus d'exploitation* » **(06-D-02 ; 06-D-34)**.

Les autorités communautaires (CJCE, 13 novembre 1975, General Motors ; CJCE, 11 novembre 1986, British Leyland) et françaises (décisions 00-D-27 du 13 juin 2000 et 03-D-18 du 10 avril 2003) admettent deux méthodes d'analyse pour établir le caractère manifestement excessif des prix d'un opérateur en position dominante. La première méthode consiste à comparer le prix de vente du produit en cause à son prix de revient et à apprécier s'il existe une disproportion excessive entre le coût effectivement supporté et le prix effectivement réclamé. La deuxième méthode repose sur la comparaison entre les prix effectivement pratiqués sur le marché litigieux et les prix mis en œuvre sur des marchés équivalents. Néanmoins, de telles pratiques ne sont pas qualifiées d'abusives s'il existe une justification aux disproportions constatées.

Ainsi, dans une affaire relative au domaine de l'assurance de la responsabilité civile médicale, le Conseil n'a pas retenu le grief de prix abusivement élevés à l'encontre du groupement de la Mutuelle d'assurances du corps de santé français et du Sou médical. Le Conseil a en effet relevé qu'en dépit d'un accroissement significatif des primes et de l'obligation d'assurance des médecins instituée par la loi Kouchner, aucun nouvel intervenant n'était entré sur le marché de l'assurance de la responsabilité civile médicale à destination des échographistes fœtaux, tandis que plusieurs assureurs avaient quitté le marché. Cette sortie du marché démontrait que les marges des opérateurs ne leur offraient pas un profit attractif. Or, si les prix pratiqués avaient été abusivement élevés par rapport au niveau des risques et des coûts, de nouveaux opérateurs en auraient profité pour capter des parts de marché. Le Conseil en a donc déduit que les prix pratiqués ne pouvaient être qualifiés d'abusifs **(06-D-34)**.

Faisant cette fois application de la deuxième méthode, le Conseil a considéré dans une affaire relative au secteur des travaux routiers (fabrication d'enrobés bitumineux dans le département des Ardennes) que les prix pratiqués par les entreprises détenant une position dominante collective sur ce marché n'étaient pas abusivement élevés. En effet, l'application de la méthode comparative a permis au Conseil de constater que les prix d'enrobés bitumineux pratiqués dans le département des Ardennes n'étaient pas sensiblement différents de ceux observés dans les départements limitrophes. Pour écarter les griefs, le Conseil a également relevé que les pratiques en cause n'avaient pas eu d'effets anticoncurrentiels **(06-D-02)**.

- **Refus d'accès afin d'empêcher l'accès de concurrents au marché**

Dans une affaire relative au secteur de la maintenance des onduleurs, le Conseil a considéré que la mise en place par la société MGE de logiciels embarqués sur les onduleurs de sa marque n'était pas constitutive d'un abus de position dominante. Le Conseil a rappelé que le verrouillage, par une entreprise dominante, de l'accès à des fonctions essentielles des appareils qu'elle fabrique, sans nécessité objective et au risque d'éliminer toute concurrence dans la maintenance ou la réparation de ces appareils, est susceptible de constituer un abus au sens de l'article L. 420-2. Mais le Conseil a estimé qu'en l'espèce, le dossier ne contenait pas d'éléments suffisamment probants pour estimer que la maîtrise du logiciel embarqué était indispensable à l'activité des « *tiers mainteneurs* » **(06-D-35)**.

- **Pratiques discriminatoires**

Le Conseil a rappelé dans une décision relative à des pratiques mises en œuvres dans le secteur de la maintenance des onduleurs que le refus de livrer des pièces détachées, sans nécessité objective, ou de les livrer à des conditions de prix et de délais discriminatoires, pourrait avoir pour objet ou pour effet de réserver le marché de la réparation de ses appareils au seul fabricant et pourrait constituer ainsi un abus prohibé par l'article L. 420-2 du Code de commerce. Néanmoins, en l'espèce, l'enquête n'a pas révélé que des conditions différentes aient été pratiquées pour des situations comparables. Les éléments recueillis n'ont pas permis d'établir que la société MGE avait mené une politique de prix et de délais de livraisons discriminatoire,

ayant pour objet et pour effet de fermer le marché de la maintenance des onduleurs **(06-D-35)**.

Dans une affaire relative aux secteurs cartographique et de l'information touristique, le Conseil a rappelé que le fait pour un opérateur en position dominante d'imposer des prix ou conditions différentes à des acheteurs se trouvant dans des situations équivalentes, leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, constituait un abus. En revanche, ainsi que la cour l'a rappelé (cour d'appel de Paris, arrêt du 6 juillet 2004), il reste loisible à un opérateur en position dominante de traiter différemment des acheteurs se trouvant dans des situations différentes. Faisant application de cette jurisprudence, le Conseil a estimé que l'application par l'Institut géographique national de taux de redevances différents à ses usagers, fixés en fonction de critères objectifs comme la part de la cartographie de l'IGN dans l'ouvrage, ou l'échelle des fonds utilisés par les éditeurs, n'était pas discriminatoire **(06-D-23)**.

Dans une affaire relative à des pratiques relevées dans le secteur des travaux routiers liés à la fabrication d'enrobés bitumineux dans le département des Ardennes, le Conseil n'a pas qualifié de discriminatoires les pratiques des centrales d'enrobés consistant à consentir des prix de vente moins élevés aux entreprises de travaux routiers qui étaient en même temps associées dans ces centrales que ceux proposés aux tiers. Le Conseil a considéré en effet que les tarifs tiers plus élevés étaient objectivement justifiés par l'existence de coûts spécifiques dus à l'absence de programmation des livraisons aux tiers **(06-D-02)**.

Enfin, dans une affaire relative au marché de la distribution de la presse pour la vente au numéro, le Conseil n'a pas retenu le grief d'abus de position dominante de la société NMPP, résultant de la transmission à ses filiales d'informations privilégiées qu'elle détenait en raison de sa participation à l'instance qui décidait des créations et des cessions de fonds de commerce et des opérations de rattachement des dépôts de presse. En effet, le Conseil a d'abord relevé que la notion « *d'informations privilégiées* » visait les informations dont le marché ne disposait pas dans des conditions de fonctionnement habituel et ne se confondait pas avec celle « *d'informations confidentielles* ». Le caractère privilégié des informations résultait, d'une part, de leur contenu et, d'autre part, de leurs conditions matérielles d'accès, notamment en termes de rapidité et de fiabilité. Le Conseil a ensuite considéré que les éléments du dossier ne permettaient pas de penser que l'utilisation de telles informations ait pu constituer l'axe principal de la politique commerciale de la filiale des NMPP. Enfin, selon le Conseil, il n'était pas établi, au regard des données du marché, que de telles pratiques discriminatoires, à les supposer existantes, avaient eu pour objet ou pour effet de fausser la concurrence sur les marchés de services aux points de vente de la presse **(06-D-16)**.

- **Subventions croisées, aides commerciales accordées à une filiale, prix prédateurs**

Dans une affaire relative aux secteurs de l'édition cartographique et de l'information touristique, le Conseil a examiné les prix pratiqués par l'Institut géographique national au regard des dispositions de l'article L. 420-5 du Code de commerce. Cet article prohibe « *les offres de prix ou pratiques de*

prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits ». Le Conseil a rappelé que la qualification de prix abusivement bas suppose la réunion de trois conditions cumulatives : en premier lieu, le prix en question doit être un prix de vente au consommateur ; en deuxième lieu, le niveau de prix proposé doit être insuffisant au regard des coûts de production de transformation et de commercialisation ; et en troisième lieu, le prix pratiqué doit traduire une volonté d'éviction ou bien comporter une potentialité d'éviction du concurrent ou du produit concurrent. De plus, cette pratique de prix bas doit être « *accompagnée d'indices suffisamment sérieux, probants et concordants d'une volonté de capter la clientèle au détriment du concurrent. Cette volonté peut résulter des conditions dans lesquelles la pratique a été mise en œuvre, notamment lorsqu'elle relève d'un comportement qui s'écarte de la politique commerciale habituelle du distributeur et/ou parce qu'elle est clairement dirigée contre un concurrent* ». Le Conseil a estimé en l'espèce qu'aucune de ces conditions n'était remplie et qu'aucun grief relatif à une pratique de prix abusivement bas ne pouvait être retenu à l'encontre d'IGN. Enfin, les conditions relatives à la volonté d'éviction étant similaires pour l'application des articles L. 420-5 et L. 420-2 et le dossier ne permettant pas d'établir que les prix pratiqués par l'IGN avaient été inférieurs à ses coûts variables, le Conseil a estimé qu'aucun élément ne démontrait davantage que l'IGN abusait de sa position dominante en mettant en œuvre une stratégie de prix prédateurs **(06-D-23)**.

- **Pratiques n'ayant pas d'effet sensible sur le marché**

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la maintenance des onduleurs, le Conseil a observé que l'évolution du marché de la maintenance ne montrait pas que la part du constructeur dans la maintenance de ses appareils aurait progressé au détriment des autres types d'intervenants. Une telle évolution aurait pu constituer un indice de l'effet global des pratiques en cause. Mais, en l'espèce, le Conseil a constaté que les tiers mainteneurs n'avaient pas été exclus du marché, corroborant ainsi l'analyse selon laquelle les pratiques dénoncées n'avaient pas eu d'effet d'exclusion **(06-D-35)**.

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 réaffirmé qu'aux termes d'une jurisprudence constante (01-D-49 ; 02-D-77 ; 04-D-26), « *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 ; ces conditions doivent être simultanément vérifiées pour entraîner cette qualification* » **(06-D-10 ; 06-D-16 ; 06-D-17)**.

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 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* » **(06-D-10)**.

Ainsi, dans une affaire relative à des pratiques mises en œuvre par la société Bouygues Télécom contre le grossiste Stock-Com, le Conseil a considéré qu'en dépit du fait que la société Stock-Com réalisait à l'époque des faits près de 100 % de son chiffre d'affaires avec la revente des produits et services de Bouygues Télécom, il ne pouvait être retenu que le grossiste soit en situation de dépendance économique vis-à-vis de son fournisseur. En effet, le Conseil a relevé, notamment, que l'importance de Bouygues Télécom dans le chiffre d'affaires du grossiste ne résultait pas de l'impossibilité de substituer à ce fournisseur un ou plusieurs autres fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables **(06-D-10)**. La société Stock-Com n'avait pas réellement recherché un partenariat avec un autre opérateur, ce qui était possible.

De même, dans une affaire relative au secteur du transport de béton prêt à l'emploi dans l'Oise, le Conseil de la concurrence a relevé que la société TLB, un transporteur de BTP basé dans l'Oise, avait travaillé avec plusieurs donneurs d'ordre bétonniers, dont certains se trouvaient en dehors du département de l'Oise. Ces constatations ont permis au Conseil de conclure que TLB ne se trouvait pas en état de dépendance économique avec un donneur d'ordre particulier **(06-D-17)**.

Enfin, dans une affaire relative à des pratiques mises en œuvre par les NMPP sur le marché de la distribution de la presse pour la vente au numéro et des marchés d'activités connexes, le Conseil a rappelé que les situations de dépendance s'inscrivent dans le cadre de relations bilatérales entre deux entreprises et doivent en conséquence être évaluées au cas par cas et non pas globalement pour toute la profession. Dans cette affaire, le Conseil a observé que le grief d'abus de dépendance économique avait été notifié de façon globale en visant tous les diffuseurs de presse, sans considération de leurs situations individuelles. Il en a conclu que l'état de dépendance économique des dépositaires et des diffuseurs de presse non adhérents aux concepts NMPP n'était pas démontré **(06-D-16)**.

La notion d'abus de dépendance économique prohibé

Aucune pratique d'abus de dépendance économique n'a été examinée par le Conseil durant l'année 2006, le Conseil n'ayant pas retenu au préalable d'état de dépendance économique.

Le Conseil a eu cependant l'occasion de préciser, dans une décision relative au secteur du transport de béton prêt à l'emploi dans l'Oise, que l'examen des conditions de rupture d'un contrat ou l'appréciation de comportements d'entreprises au regard des dispositions de la réglementation des transports ou du droit général des contrats, ne relèvent pas de sa compétence mais de celle de l'autorité judiciaire. Dès lors, de telles pratiques ne peuvent être qualifiées par le Conseil d'abus de dépendance économique **(06-D-17)**.

■ Les conditions d'application de l'article L. 420-4-I du Code de commerce

Les pratiques résultant d'un texte

Le 1° 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.

Ce texte n'a pas eu à s'appliquer durant l'année 2006.

Les pratiques contribuant au progrès économique

Le 2° 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 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 2006, le Conseil de la concurrence a pu se prononcer à quatre reprises sur le fondement de l'article L. 420-4-I 2° du Code de commerce. Le bénéfice de cette disposition a été invoqué par des entreprises 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 **06-D-03 *bis***, **06-D-06**, **06-D-22** et **06-D-30**.

Dans sa décision **06-D-03 *bis*** du 9 mars 2006, le Conseil a rappelé que la revente exclusive des produits de chauffage aux seuls installateurs constituait une restriction caractérisée à la liberté commerciale de ces distributeurs et ne pouvait bénéficier de l'exemption au titre de l'article L. 420-4 du Code de commerce (§ 1283). De même a-t-il souligné qu'« [...] *un accord ayant pour objet et pour effet de créer un système d'approvisionnement exclusif écartant du marché un circuit de distribution déterminé, sur une base non objective et discriminatoire, est contraire aux règles de concurrence sans pouvoir bénéficier d'une exemption au titre de l'article L. 420-4 du Code de commerce.* [...] » (§ 1295).

Dans la décision **06-D-06** du 17 mars 2006, le Conseil a écarté l'application de l'article L. 420-4 du Code de commerce aux accords d'exclusivité conclus entre Gîtes de France et ses affiliés, soulignant que ces accords excédaient l'objectif de protection de la marque.

S'agissant de la décision **06-D-22** du 21 juillet 2006, le Conseil expose que « *la société NGK Spark Plugs France n'a pas fait la démonstration que les conditions du paragraphe 3 de l'article 81 du traité ou de l'article L. 420-4 du Code de commerce étaient réunies* », pour exonérer ses contrats d'approvisionnement exclusifs avec son réseau de distribution.

Enfin, dans une décision **06-D-30** du 18 octobre 2006, le Conseil a repoussé le moyen tiré de la défense de la protection de la profession de taxis allégué par les syndicats de taxis marseillais auxquels il était reproché une entente sur les prix des licences de taxis : « *Ainsi que l'a précédemment souligné le Conseil, aucune "bonne intention", aussi louable soit-elle, ne saurait exonérer un organisme ou une entreprise de ses obligations légales, parmi lesquelles figure le respect des règles de la concurrence. En l'espèce, les parties n'invoquent aucun élément de nature à justifier que leur entente entrerait dans les prévisions de l'article L. 420-4 du Code de commerce* » (§ 82).

■ Les pratiques de prix abusivement bas

Aucune pratique de prix abusivement bas n'a été examinée en 2006.

■ La politique du Conseil en matière de sanctions

En donnant au Conseil de la concurrence la possibilité d'infliger des sanctions, l'ordonnance du 1er décembre 1986 l'a doté d'un réel pouvoir lui permettant de remédier au trouble à l'ordre public économique que constituent les pratiques anticoncurrentielles, non seulement 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 nº 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 3 millions d'euros si le contrevenant n'est pas une entreprise. En outre, cette loi a 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).

Cette loi a de plus introduit une procédure de transaction ainsi qu'une procédure de clémence dans le dispositif relatif aux sanctions, qui devraient permettre de renforcer la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. En 2006, les dispositions relatives à la procédure de transaction ont été mises en œuvre dans la décision **06-D-03**. Par ailleurs, au cours de cette année, la première décision consécutive à une procédure de clémence a été rendue par le Conseil **(06-D-09)**.

L'ordonnance nº 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).

L'ensemble des outils dont dispose le Conseil répond 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

Injonctions de s'abstenir de certaines pratiques

Dans deux décisions, le Conseil de la concurrence, pour mettre fin aux pratiques relevées et à leurs effets, a enjoint aux entreprises de s'abstenir de certaines pratiques.

Dans la décision **06-D-03** du 9 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie et climatisation, le Conseil a enjoint aux sociétés Saunier Duval, ELM Leblanc, Chaffoteaux et Maury, Frisquet et De Dietrich Thermique, de modifier leur contrat de distribution afin de supprimer les clauses qui avaient pour objet ou pour effet de réserver la revente des produits de chauffage aux installateurs professionnels et de les remplacer, si elles le souhaitaient, par des stipulations détaillées au sein de la décision.

Dans la décision **06-D-06** du 17 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'hébergement touristique en gîtes ruraux et en chambres d'hôtes, le Conseil a enjoint à la Fédération nationale des Gîtes de France de supprimer de toutes ses chartes la clause soumettant à l'accord préalable du relais départemental la publicité sur d'autres supports que ceux édités par le réseau et celle interdisant au propriétaire d'un gîte de France de gérer, à proximité de ce gîte, d'autres formules d'accueil non agréées par Gîtes de France. Il a également enjoint à la Fédération de limiter aux deux premières années d'adhésion au réseau, la clause interdisant l'apposition d'un double label sur le même gîte rural, ainsi que celle imposant aux adhérents qui ne désirent pas commercialiser eux-mêmes leur hébergement de le faire par l'intermédiaire des relais Gîtes de France, l'ensemble de ces clauses ayant été jugé anticoncurrentiel. Le Conseil a assorti ces injonctions de faire d'une astreinte de 150 euros par jour de retard à l'expiration du délai de quatre mois courant à compter de la date de notification de la décision.

Injonctions de prendre certaines mesures

Les injonctions de prendre certaines mesures dans le cadre de demandes de mesures conservatoires

Trois décisions relatives à des demandes de mesures conservatoires font état d'injonctions prononcées, à titre conservatoire et dans l'attente d'une décision au fond, par le Conseil de la concurrence, en 2006.

Dans une première affaire relative au secteur de la distribution de la presse au numéro **(06-MC-01)** le Conseil a enjoint aux Nouvelles messageries de la presse parisienne (NMPP) et à la Société auxiliaire pour l'exploitation des messageries transport presse (SAEMP-TP) de suspendre, à titre conservatoire, l'application des protocoles interprofessionnels qu'elles avaient respectivement conclus avec l'Union nationale des diffuseurs de presse (UNDP) et le Syndicat national des dépositaires de presse (SNDP) en juin 2005. Il a également enjoint à ces deux sociétés de suspendre l'application de l'avenant à un protocole interprofessionnel conclu avec l'UNDP et le SNDP en juin 2005.

Le Conseil a précisé que ces mesures de suspension porteraient leur effet tant qu'il n'aurait pas été mis fin aux stipulations fidélisantes inhérentes à l'économie globale desdits protocoles et avenants. Il a en effet considéré que les stipulations fidélisantes visées étaient susceptibles d'être prohibées par l'article L. 420-2 du Code de commerce en ce qu'elles pouvaient avoir pour objet ou pour effet d'évincer l'unique messagerie de presse concurrente du marché, les Messageries lyonnaises de presse (MLP).

Dans une deuxième affaire relative au secteur de la gestion des crèches collectives **(06-MC-02)**, le Conseil a enjoint à l'association Les Bouc'Choux de suspendre, à titre conservatoire, l'application de l'avenant au contrat de travail qui contenait une clause de localisation et une clause financière prévoyant une compensation d'un montant de 100 000 € à chacun des salariés si l'effectif de l'employeur dépassait 60 personnes (avenant ne concernant en réalité qu'un éventuel successeur de l'association), signé avec une partie de ses salariés. Cet avenant pénalisait l'offre d'éventuels concurrents et tendait à les dissuader d'entrer sur le marché de la gestion des crèches de la commune de Bouc-Bel-Air en introduisant le risque d'une hausse très importante de leurs coûts s'ils remportaient l'appel d'offres de cette commune.

L'association s'est vue enjoindre d'informer individuellement chacun des salariés concernés de cette mesure jusqu'à la notification de la décision que le Conseil rendrait au fond ou jusqu'au constat de la caducité de ces avenants résultant de l'acceptation, par tous les salariés concernés, de la dénonciation unilatérale engagée par l'association. Il a par ailleurs été enjoint à l'association Les Bouc'Choux de rendre compte au Conseil, dans le délai d'un mois suivant la notification de la décision, de la situation desdits avenants aux contrats de travail des salariés.

Dans la troisième et dernière affaire, relative au secteur du transport maritime entre la Corse et le continent **(06-MC-03)**, le Conseil a considéré que la SNCM est susceptible d'avoir commis un abus de position dominante en répondant à l'appel d'offres de la collectivité territoriale de Corse pour l'attribution de la délégation de service public relative aux liaisons maritimes entre Marseille et la Corse, par une offre globale portant de manière indivisible sur l'ensemble des lignes. En effet, aucune autre compagnie ou groupement de compagnies ne pouvait déposer dans les délais requis une offre portant sur l'ensemble des lignes, de nature à concurrencer l'offre globale de la SNCM, et par ailleurs la collectivité, du fait de l'indivisibilité de l'offre présentée par la SNCM et du refus de celle-ci de s'engager sur le montant de la subvention demandée ligne par ligne, ne pouvait comparer les différentes offres en concurrence.

En conséquence, la SNCM s'est vue enjoindre, dans les 48 heures suivant la notification de la décision, d'indiquer, en premier lieu, à l'Office des transports de la Corse, le montant ferme sur lequel elle s'engageait dans l'offre déposée, ligne par ligne ; de faire droit, en deuxième lieu, à toute demande de l'Office des transports de la Corse permettant à ce dernier d'évaluer le montant demandé, de manière ferme, pour les offres groupées qu'il souhaiterait étudier ; et enfin, de préciser explicitement à l'Office qu'elle ne s'opposait ni à un examen de son offre ligne par ligne ou regroupée, dans des conditions assurant le respect effectif de l'égalité de traitement entre les différentes candidatures, ni à la possibilité d'une attribution partielle de la délégation.

Le Conseil a en outre enjoint la SNCM de s'abstenir de signer tout projet de contrat qui lui serait proposé pour une nouvelle délégation de service public relative à la desserte maritime de la Corse à partir de Marseille tant qu'elle n'aurait pas justifié, par une lettre adressée au bureau de la procédure du Conseil, avoir exécuté la précédente injonction.

Les injonctions de prendre certaines mesures sanctionnant un comportement anticoncurrentiel

Le Conseil a enjoint à la SCM Imagerie médicale du Nivolet d'édicter, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la décision, des critères clairs, objectifs et non discriminatoires pour l'octroi des vacations de scanner et d'IRM aux médecins non-membres de la SCM, afin de mettre un terme au traitement discriminatoire des demandes d'accès de certains médecins à ces équipements matériels lourds **(06-D-36)**.

Examen du respect des injonctions

En 2006, le Conseil de la concurrence n'a pas eu à connaître du non-respect par les entreprises d'injonctions prononcées dans des décisions antérieures.

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. 464-2 du Code de commerce, lui-même issu de la codification de l'article 21 de l'ordonnance du 1er 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'applique 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 2006, les anciennes dispositions **(06-D-03 ; 06-D-04 ; 06-D-07 ; 06-D-08 ; 06-D-09 ; 06-D-13 ; 06-D-15 ; 06-D-22 ; 06-D-25 ; 06-D-36 ; 06-D-37)**.

En 2006, le Conseil de la concurrence a appliqué les plafonds issus de la loi NRE à des pratiques commises après l'entrée en vigueur de cette dernière, dans une décision **(06-D-30)** 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 **(06-D-06 ; 06-D-09 ; 06-D-37)**, 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, lorsque au moins une des saisines est antérieure à cette date d'entrée en vigueur, c'est la loi ancienne qui s'applique **(06-D-36)**.

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, a été appliqué une fois en 2006 **(06-D-06)**.

Motivation 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

Ainsi que le rappelle le Conseil dans sa pratique décisionnelle, 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. Le Conseil souligne que seul le respect des règles de concurrence dans ce domaine garantit à l'acheteur public la sincérité de l'appel d'offres et la bonne utilisation de l'argent public **(06-D-07 ; 06-D-08 ; 06-D-13 ; 06-D-15 ; 06-D-25)**.

Les ententes verticales ou horizontales sur les prix ou marges

Des pratiques d'entente sur les remises accordées aux revendeurs et sur un prix minimum de revente de chaudières, ainsi que des pratiques destinées à lutter contre la concurrence par les prix, menées par les grandes surfaces, sont considérées comme particulièrement graves, car elles sont préjudiciables au bon fonctionnement du marché en faisant obstacle à la fixation des prix par le libre jeu de la concurrence. Elles remettent en cause, de ce fait, les avantages que les consommateurs peuvent attendre du libre jeu de la concurrence **(06-D-03)**.

De même, le Conseil a rappelé que les pratiques de prix imposés sont constitutives de *« restrictions caractérisées »* au regard du règlement européen nº 2790 du 27 décembre 1999 complété par les lignes directrices de la Commission européenne du 13 octobre 2000 relatives aux restrictions verticales **(06-D-37)**. Il a souligné que « *même sans revêtir le même caractère de gravité exceptionnelle que celui des ententes horizontales entre concurrents, elles sont graves par nature car elles ont pour conséquence de confisquer au profit des auteurs de l'infraction le bénéfice que le consommateur est en droit d'attendre d'un fonctionnement concurrentiel du marché de détail* » **(06-D-04)**.

Les pratiques d'ententes horizontales sur les prix sont graves par nature puisqu'elles ont pour objet et pour effet de faire directement obstacle à la libre formation des prix sur un marché concurrentiel **(06-D-30)**.

Une pratique d'entente horizontale entre les membres du réseau Mastercycle visant à exclure certains distributeurs *discounters* de cycles et une concertation horizontale sur les coefficients moyens de marge des détaillants du réseau Bouticycle – qui ont eu pour but l'exclusion ou l'éviction d'une catégorie de distributeurs, les *discounters*, de la distribution des cycles en France et ont conduit à faire pression sur ces réseaux de distribution concurrents afin que leurs prix s'alignent sur ceux de la distribution traditionnelle – sont d'une particulière gravité au regard de la pratique décisionnelle du Conseil **(06-D-37)**.

Les autres restrictions verticales

Une clause imposant aux distributeurs français de bougies d'acheter les bougies NGK en exclusivité auprès de NGK Spark Plugs France, qui limite la concurrence entre les sources d'approvisionnement intra-européennes en bougies de marque NGK pour deux-roues, relève des restrictions les plus graves en matière d'entente verticale et est considérée comme une restriction caractérisée non couverte par l'exemption automatique prévue par le règlement 2790/1999 du 22 décembre 1999 **(06-D-22)**.

Les pratiques relatives à l'insertion, dans les contrats de distribution des fournisseurs ou dans les conditions d'agrément des fournisseurs posées par le réseau Mastercycle, de clauses « *noires* » au sens du règlement européen nº 2790 du 27 décembre 1999, imposant le respect d'un prix « *conseillé* », interdisant les exportations ou prohibant les ventes entre distributeurs et qui ont eu pour effet de renforcer l'action anticoncurrentielle de certains réseaux de distribution et d'accentuer le verrouillage entre les différentes formes de distribution, revêtent également un caractère certain de gravité **(06-D-37)**.

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 et comptent parmi les pratiques les plus graves **(06-D-07)**.

Le boycott

Dans une décision relative à des pratiques dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie et climatisation, le Conseil a observé que les pratiques de boycott, visant l'éviction des grandes surfaces de bricolage et des coopératives d'installateurs des marchés de l'approvisionnement

et de la distribution de produits de chauffage, de céramique sanitaire et de robinetterie, revêtent une « *particulière gravité* » au regard de la pratique décisionnelle du Conseil **(06-D-03)**.

Les discriminations

La SCM Imagerie médicale du Nivolet, en position dominante sur le marché de l'accès aux examens d'IRM réalisés à titre libéral dans le département de la Savoie et sur celui de l'accès aux examens de scanner effectués à titre libéral sur la zone de Chambéry et Aix-les-Bains, a commis un abus de position dominante en limitant l'accès de certains médecins à des équipements permettant d'effectuer des examens de scanner et d'IRM. Le Conseil a considéré que ces pratiques étaient graves, d'autant qu'elles sont intervenues dans le secteur de la santé publique, dans lequel la concurrence est déjà réduite en raison de l'existence d'une réglementation destinée à assurer le meilleur service de santé pour la population tout en préservant les équilibres budgétaires du système d'assurance maladie **(06-D-36)**.

- **Le pouvoir d'influence des auteurs**

Dans la décision **06-D-07**, le Conseil a constaté que les entreprises les plus importantes du secteur, d'envergure nationale, voire internationale, avaient pris part à une entente et étaient intervenues pour favoriser certaines entreprises, incitant par leur exemple à utiliser les mêmes procédés.

Le Conseil de la concurrence a considéré que la mise en œuvre, par des organisations professionnelles, d'une entente sur les prix, est plus grave du fait de leur mission d'information et de conseil, qui leur donne une responsabilité particulière dans le respect de la loi par leurs mandants **(06-D-30)**.

Le dommage à l'économie

- **La nature des pratiques en cause**

Les ententes à l'occasion d'appels d'offres

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).

Un autre arrêt de la cour d'appel en date du 12 décembre 2000 (SOGEA Sud-Est) 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* [...] » **(06-D-08 ; 06-D-13 ; 06-D-15 ; 06-D-25)**.

Pour apprécier le dommage à l'économie, le Conseil tient compte du montant du marché attribué, qui a été supérieur à celui qui aurait résulté du libre jeu de la concurrence, mais aussi de la « *malheureuse valeur d'exemple que*

ce type de comportements peut susciter pour d'autres marchés publics » **(06-D-07 ; 06-D-08 ; 06-D-13)**.

Dans la décision **06-D-13**, le Conseil a indiqué qu'il y avait lieu de prendre en compte les pertes subies par la collectivité publique du fait de l'échec de l'appel d'offres ainsi que le surcoût subi par cette dernière pour parvenir à l'exécution du marché dans les délais requis, imputable à la concertation entre les soumissionnaires.

Le simple fait de retarder l'attribution du marché par une pratique d'entente qui fait obstacle au bon déroulement de l'appel d'offres participe au dommage à l'économie, en empêchant le maître d'ouvrage de réaliser, à l'échéance prévue, l'opération envisagée **(06-D-25)**.

Les ententes verticales ou horizontales sur les prix ou marges

Pour apprécier l'importance du dommage à l'économie causé par les pratiques d'ententes verticales sur les prix, il convient de prendre en compte la durée des pratiques et la taille du marché affecté, afin d'évaluer l'atteinte au surplus du consommateur **(06-D-04)**.

Dans la décision **06-D-04**, les pratiques illicites ont permis aux entreprises impliquées dans les ententes verticales d'obtenir les profits correspondant à l'existence d'un réseau intégré de distribution sans en supporter les coûts qui sont très importants. « *Il s'agissait d'extraire du consommateur un supplément de profit au moyen d'une entente illicite qui visait, d'une part, à sécuriser ce supplément en combattant tous les comportements des distributeurs déviants qui risquaient de le compromettre, et, d'autre part, à le répartir entre les participants à l'entente.* »

De même, dans la décision **06-D-30**, le Conseil a considéré que l'importance du dommage à l'économie causé par une pratique d'entente horizontale sur les prix pouvait être mesurée en prenant en compte la durée des pratiques, l'importance de la perturbation apportée aux prix et la taille du marché affecté. Dans cette affaire, il a été estimé qu'une entente, qui a eu pour effet d'augmenter le prix des licences, a rendu de ce fait moins accessible la profession de chauffeur de taxi. Les nouveaux acquéreurs de licence ont, en effet, dû payer un prix supérieur à celui qui aurait découlé du libre jeu du marché, ce qui a eu pour résultat de déséquilibrer dès l'origine leur bilan financier et a créé une double incitation, d'une part, à obtenir une augmentation de leurs revenus et, d'autre part, à demander une garantie sur le prix de revente futur de leur licence. La hausse artificielle du prix des autorisations de stationnement a en outre eu un impact négatif sur la qualité des services rendus aux consommateurs en termes de prix et de disponibilité des taxis, les chauffeurs privilégiant les courses les plus rentables en négligeant une partie de la demande. Ces pratiques ont donc eu un effet néfaste sur la qualité des services offerts aux consommateurs **(06-D-30)**.

Le Conseil a par ailleurs conclu, dans une décision **06-D-03**, que le dommage à l'économie résultant des pratiques anticoncurrentielles relevées, s'il est difficile à mesurer avec précision, n'en est pas moins « *important et certain, dans la mesure où ces pratiques ont eu pour objet et pour effet de restreindre l'accès des circuits de distribution concurrents des grossistes, en*

particulier les grandes surfaces de bricolage et les coopératives d'installateurs, des marchés de l'approvisionnement et de la distribution des produits de céramique sanitaire, chauffage et robinetterie, afin de faire obstacle à la concurrence par les prix sur les marchés en cause ». Dans cette affaire, le Conseil a évalué l'importance du dommage à l'économie en reprenant les critères développés au sein de sa pratique décisionnelle, à savoir, la durée des pratiques, la dimension du marché, le caractère structurel des pratiques et leur mise en œuvre par les principaux acteurs du marché.

- **La durée des pratiques**

Dans la décision **06-D-03**, le Conseil a souligné que la plupart des pratiques en cause avaient perduré pendant plusieurs années, affectant l'ensemble du marché de l'approvisionnement et de la distribution des produits de céramique sanitaire, chauffage et robinetterie.

Dans la décision **06-D-06**, il a précisé que le dommage à l'économie découlait, notamment, de ce que les clauses illicites étaient toujours en vigueur et portaient directement atteinte à la liberté commerciale des propriétaires de gîtes et chambres d'hôtes.

Dans l'affaire **06-D-37**, le Conseil a pris en compte la durée limitée des pratiques.

- **Les caractéristiques du marché**

Les caractéristiques du marché ayant amplifié le dommage résultant de la pratique

Dans la décision **06-D-07**, les effets dommageables provenaient d'une entente générale entre des entreprises d'envergure et des ententes particulières qui étaient le produit de la première, leur combinaison ayant affranchi un secteur d'activité en pleine expansion et une région, du jeu de la concurrence. L'importance du dommage à l'économie a également été évaluée en considération du montant exceptionnel des marchés en cause qui avaient dépassé 6,5 milliards de francs.

Dans la décision **06-D-22**, le Conseil a considéré qu'en raison de la faible élasticité de la demande finale au prix des produits, la baisse d'intensité concurrentielle dans la chaîne de distribution, liée à une clause d'approvisionnement exclusif, a été essentiellement supportée par les consommateurs finals.

Des pratiques anticoncurrentielles consistant pour une société civile de moyens regroupant des médecins libéraux, à se réserver un scanner et deux IRM au détriment de certains praticiens, alors que leur usage a vocation à être collectif, interviennent dans le secteur de la santé publique dans lequel la concurrence est déjà réduite en raison de l'existence d'une réglementation destinée à assurer le meilleur service de santé pour la population tout en préservant les équilibres budgétaires du système d'assurance maladie. Elles perturbent, s'agissant plus particulièrement de la radiologie, l'un des rares mécanismes concurrentiels encore effectif : la concurrence entre médecins radiologues libéraux. Ces pratiques, qui risquent de perdurer, tendent à figer la concurrence et confèrent aux médecins déjà installés un avantage important par rapport aux nouveaux venus **(06-D-36)**.

Les caractéristiques du marché ayant contribué à limiter l'étendue du dommage

Dans la décision **06-D-37**, le Conseil a estimé que le dommage à l'économie avait été limité et n'avait pas fortement pénalisé le consommateur en termes de prix, de qualité et de variété des produits offerts, compte tenu de la circonstance, notamment, que le marché des cycles de moyenne et haute gamme destinés à la pratique sportive du cyclisme ainsi que celui des pièces détachées et accessoires pour cyclistes était resté concurrentiel.

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 **(06-D-03 ; 06-D-04 ; 06-D-06 ; 06-D-07 ; 06-D-08 ; 06-D-09 ; 06-D-13 ; 06-D-15 ; 06-D-22 ; 06-D-25 ; 06-D-30 ; 06-D-36 ; 06-D-37)**.

- **Les caractéristiques dépourvues d'incidence sur les sanctions à prononcer**

Dans la décision **06-D-25**, le Conseil a considéré que des marchés de travaux ne sont pas exonérés de l'application des règles de concurrence du simple fait que certains d'entre eux sont restreints à quelques entreprises très spécialisées et que les pratiques de ces entreprises n'auraient, selon elles, pas entravé la poursuite de la procédure. Ainsi, même en l'absence d'effet sensible sur le marché, une entente peut être condamnée si elle a un objet anticoncurrentiel, ce qui est le cas pour les échanges d'informations mis en œuvre dans une procédure de marché public préalablement au dépôt des offres.

- **La réitération des pratiques**

Le Conseil a visé la réitération des pratiques dans une décision **06-D-07**.

- **Les caractéristiques de nature à aggraver la sanction**

Le Conseil a imposé une sanction exemplaire à la société Bouygues SA en raison de l'extrême gravité du comportement de cette entreprise, qui avait été l'instigatrice et l'animatrice d'une entente générale au moyen de laquelle les appels d'offres sur les marchés les plus importants de la région Île-de-France, pendant une période de six ans, s'étaient déroulés en dehors de toute concurrence et à son plus grand profit, en provoquant un dommage à l'économie exceptionnel **(06-D-07)**.

Le fait que la société Vendasi a été, pendant toute la durée de la procédure d'appel d'offres puis du marché négocié, l'organisatrice de l'entente et qu'elle a rendu le district captif tout au long de la procédure d'appel d'offres puis de marché négocié, afin de pousser les prix à la hausse et de créer artificiellement une urgence néfaste à la concurrence, a été pris en compte dans la décision **06-D-13**.

Par ailleurs, si l'affectation de la concurrence intramarque est moins grave que l'affectation du commerce intermarque, il convient de souligner que lorsque la concurrence intramarque concerne un produit phare du marché, cette circonstance tend à intensifier la gravité intrinsèque de la pratique. En

outre, plus la position d'un fournisseur sur le marché concerné est forte, plus l'affaiblissement de la concurrence intramarque a des effets importants sur le marché et les consommateurs. La forte position de NGK Spark Plugs France sur le marché en cause et la très grande notoriété de la marque NGK ont constitué des éléments aggravants de la pratique constatée **(06-D-22)**.

- **Les caractéristiques de nature à justifier une sanction allégée ou nulle**

La gravité du comportement des entreprises mises en cause est atténuée par la difficulté de réaliser des études particulières, spécifiques et sans équivalent, exigeant un haut niveau de technicité pour rédiger une réponse à un appel d'offres **(06-D-25)**. Dans cette affaire, le projet de restauration présentait un caractère exceptionnel dans le temps comme par son ampleur, alors même que les entreprises désirant présenter leur candidature étaient de petite taille et qu'elles ne disposaient pas, dans la plupart des cas, d'un service d'étude dédié à cette tâche, qui aurait pu répondre dans un délai relativement court au besoin exprimé. Il y avait lieu, par ailleurs, de prendre en considération l'attitude de deux des entreprises en cause, qui avaient reconnu avoir participé à la concertation pour répondre à un des lots du marché.

La circonstance que les opérateurs visés occupent sur le secteur en cause une position faible avec des parts de marché en baisse sur la période incriminée, ne saurait avoir d'incidence sur la qualification des pratiques d'entente horizontale ou verticale mises en œuvre. Le Conseil estime toutefois qu'il s'agit d'un élément d'appréciation à prendre en compte dans l'évaluation des effets des pratiques sur le marché pertinent et, par conséquent, des sanctions à prononcer **(06-D-37)**.

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, une organisation syndicale ou un ordre professionnel, le Conseil prend en compte les ressources de ces derniers **(06-D-30)**.

Dans la décision **06-D-30**, le Conseil a néanmoins rappelé la jurisprudence bien établie selon laquelle les faibles moyens financiers des associations d'entreprises ne doivent pas constituer le seul critère d'appréciation des sanctions et les moyens financiers de leurs membres doivent être pris en compte. Il a souligné que dans le cas contraire, les entreprises envisageant des comportements anticoncurrentiels auraient intérêt à constituer une association d'entreprises pour conclure des accords de nature à enfreindre le droit de la concurrence (arrêt dit des viandes bovines françaises, TPI, FNCBV, FNICGV, FNSEA e. a. / Commission des communautés européennes, T-245/03R, 21 janvier 2004). Le Conseil a, en conséquence, observé qu'il convient, dans une telle situation, de prononcer à l'égard de tous les syndicats ou associations professionnelles concernés dont la participation active à l'entente a été démontrée, des sanctions qui ne soient pas symboliques tout en restant proportionnelles à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage à l'économie et à la situation de l'entité en cause, avec la possibilité pour cette dernière de répercuter ou non le montant de la sanction sur

ses adhérents par une cotisation exceptionnelle, dans le respect des capacités financières de ces derniers.

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 et les collectivités publiques 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.

Les injonctions de publication

En 2006, le Conseil a prononcé des injonctions de publication à cinq reprises dans le cadre de ses décisions.

Des entreprises exploitant des marques de parfums et cosmétiques de luxe qui se sont entendues avec des distributeurs de leurs produits pour faire cesser toute concurrence sur les prix de détail, se sont vues enjoindre de publier dans le quotidien *Le Figaro*, à frais partagés, au *prorata* du montant de leur sanction pécuniaire, un résumé de la décision **06-D-04** ainsi qu'un extrait de son dispositif, étant précisé qu'il pouvait être indiqué, le cas échéant, que la décision faisait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris.

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'hébergement touristique en gîtes ruraux et en chambres d'hôtes, le Conseil a ordonné la publication d'un extrait de la décision dans la revue périodique *Gîtes de France*, aux seuls frais de la Fédération nationale des Gîtes de France, et ce, dans un délai de quatre mois à compter de la notification de la décision, sous astreinte de 150 euros par jour de retard **(06-D-06)**.

Dans la décision **06-D-13**, le Conseil a enjoint aux sociétés Vendasi et Frères Piacentini la publication à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires, d'un résumé de la décision et d'un extrait de son dispositif dans une édition du *Figaro* et de *Corse Matin*, dans un délai de six mois à compter de la notification de la décision.

Il a été enjoint à des syndicats de taxis et des réseaux de radios-taxis marseillais de publier, à frais communs et à proportion de leurs sanctions pécuniaires, un résumé de la décision **06-D-30** dans le quotidien régional *La Provence* ainsi que dans la version nationale et la version Île-de-France de *L'Artisan du taxi*. Le Conseil a précisé qu'il pouvait être indiqué, le cas échéant, que la décision faisait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris.

Dans la décision **06-D-36**, la SCM Imagerie médicale du Nivolet s'est vue enjoindre de faire publier, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la décision du Conseil, un résumé de cette décision dans une édition du *Dauphiné libéré* et dans *Le Quotidien du médecin*.

La motivation de la publication

- **Informer les professionnels du secteur**

Dans les décisions relatives à des pratiques relevées dans les secteurs de l'hébergement touristique en gîtes ruraux et des examens de scanner et d'IRM pratiqués par les radiologues libéraux, le Conseil a estimé qu'il était nécessaire d'informer l'ensemble des professionnels concernés et d'attirer leur attention sur la nécessité de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles en question **(06-D-06 ; 06-D-36)**.

- **Informer les consommateurs**

Dans la décision **06-D-04**, le Conseil a rappelé que la publication vise à appeler l'attention des consommateurs sur la gravité des pratiques d'entente sur les prix ainsi qu'à les inciter à se montrer vigilants et à stimuler leurs initiatives dans la recherche du meilleur prix concurrentiel.

Dans la décision **06-D-30**, le Conseil a enjoint la publication d'un extrait de sa décision afin d'informer les consommateurs et les candidats à la profession de taxi et de renforcer leur vigilance quant aux pratiques dont ils sont les victimes.

Astreintes

En 2006, le Conseil a fait application des dispositions lui permettant de prononcer des astreintes à une seule occasion.

Ayant prononcé certaines injonctions de faire et une injonction de publication en vertu de l'article L. 464-2 I du Code de commerce, le Conseil a également décidé d'appliquer les dispositions du paragraphe II du même article, assortissant ainsi lesdites injonctions d'une astreinte de 150 euros par jour de retard à l'expiration du délai de quatre mois courant à compter de la date de notification de la décision **(06-D-06)**.

Transmission au ministre de l'Économie

Aucune application en 2006.

Transmission du dossier au procureur de la République

Dans la décision **06-D-13**, le Conseil a décidé de transmettre le dossier au procureur de la République du tribunal de grande instance de Bastia, les pratiques concernant le marché public de reconstruction de la tribune Ouest du stade Armand-Cesari à Furiani étant, selon lui, susceptibles de recevoir une qualification en vertu des dispositions de l'article L. 420-6 du Code de commerce.

Transmission du dossier à la commission d'examen des pratiques commerciales

Aucune application en 2006.

■ Les procédures alternatives ou accessoires aux sanctions

La procédure de transaction

La procédure de non-contestation des griefs dite de transaction a été introduite par la loi nº 2001-42 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques. Elle est décrite au III de l'article L. 464-2 du Code de commerce (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'entente 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 *infra « La procédure des engagements »*).

Ainsi, dans la décision **06-D-18** du 28 juin 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité cinématographique, reprenant, ce faisant, un principe précédemment développé dans la décision **06-D-03**, le Conseil a refusé le bénéfice de la procédure des engagements aux sociétés Circuit A/Screenvision et Mediavision, exposant que ces dernières « *ne sont pas fondées à demander, après la notification du rapport, le bénéfice de la procédure d'engagements prévue par le I de l'article L. 464-2 du Code de commerce, qui, conformément à la pratique du Conseil consacrée par le décret du 27 décembre 2005 pris pour l'application de l'ordonnance du 4 novembre 2004, a pour objet de répondre à des préoccupations de concurrence résultant d'une »évaluation préliminaire« nécessairement antérieure à la notification des griefs* ».

En 2006, le Conseil de la concurrence a fait application de la procédure de non-contestation des griefs dans une décision **06-D-03** du 9 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie, climatisation.

Dans cette affaire, il était reproché aux sociétés Brossette et Emafu d'avoir participé à plusieurs pratiques d'entente prohibées par les articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 du traité CE.

Ces sociétés ont sollicité le bénéfice de la procédure de non-contestation des griefs sur le fondement de l'article L. 464-2 III du Code de commerce. La société Brossette a souscrit certains engagements comportementaux valant également pour EMAFU, sa filiale. Elle s'est engagée à ne plus exercer de pressions sur ses fournisseurs, à ne participer à aucune concertation anticoncurrentielle avec ses concurrents, visant notamment à fixer les prix de revente ou à entraver le développement des autres circuits de distribution et enfin, à informer son personnel, de manière systématique, du caractère anticoncurrentiel et grave de certaines pratiques et de la nécessité de se conformer aux règles du droit de la concurrence. Le Conseil a considéré que ces engagements, même s'ils n'étaient pas très substantiels, étaient crédibles et vérifiables.

Le Conseil a suivi les propositions du rapporteur général qui avait suggéré que la sanction encourue par les sociétés Brossette et EMAFU soit réduite de 40 à 50 % du montant qui aurait été normalement infligé en l'absence de cette procédure.

La procédure de clémence

Le dispositif français de clémence est prévu au IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce, introduit par la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 :

« 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'information 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 que 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 du I du présent article, le Conseil peut, si les conditions précisées dans l'avis de clémence ont été respectées, accorder une exonération des sanctions pécuniaires proportionnée 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, désormais codifiée à l'article R. 464-5 du Code de commerce 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. »

En 2006, le Conseil a rendu sa première décision au fond de mise en œuvre de la procédure de clémence (décision **06-D-09** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication des portes). Dans cette décision, le Conseil a sanctionné neuf entreprises du secteur de la fabrication des portes en bois, en application du droit de la concurrence national et communautaire, pour des pratiques d'entente sur les prix.

La société France Portes a sollicité, en mai 2002, l'application d'une mesure de clémence, en dénonçant l'existence d'un cartel dans le secteur des portes en bois en France. Elle a versé, à l'appui de sa demande, de nombreux éléments de preuve et fourni un mémorandum décrivant les principaux aspects de l'historique et du fonctionnement du cartel. Elle a ensuite, suivant les mêmes formes, dénoncé un autre cartel portant sur les portes laquées.

Le Conseil a alors accordé à la société France Portes le bénéfice conditionnel d'une exonération totale d'amende dans un avis du 23 juillet 2002 et s'est saisi d'office des pratiques dénoncées. Dans le cadre de cette procédure contentieuse, le Conseil a demandé que soit diligentée une enquête de la DGCCRF. Cette enquête a donné lieu à des opérations de visite et saisie dans les jours qui ont suivi.

Les éléments apportés par la société France Portes et ceux saisis lors de l'enquête ont permis d'établir l'existence de deux cartels nationaux, dont l'objectif était de stabiliser les prix en établissant en commun des grilles de prix *minima*, dans un contexte de marché difficile pour l'ensemble des sociétés du secteur, compte tenu du ralentissement de l'activité durant cette période.

La détermination de prix *minima* de vente communs visait à limiter la concurrence par les prix entre des entreprises en compétition sur le marché et a également eu pour effet de cloisonner le marché national en rendant plus difficile l'accès d'opérateurs étrangers sur les marchés visés.

Au terme de la procédure, la société France Portes a bénéficié d'une exonération totale d'amende. Il a été vérifié, en effet, qu'elle remplissait les quatre conditions posées dans l'avis conditionnel de clémence : elle avait, en premier lieu, apporté au Conseil des éléments probants contribuant à établir la réalité des deux cartels et à en identifier les auteurs ; en deuxième lieu, elle avait fait preuve d'une coopération totale avec les autorités de concurrence à tous les

stades de la procédure ; en troisième lieu, elle avait cessé les pratiques et n'avait pas exercé de contrainte à l'égard des autres membres du cartel, enfin, elle n'avait pas prévenu les autres membres de la dénonciation des cartels.

Les autres sociétés dont la participation au cartel a été démontrée n'ont bénéficié d'aucune exonération de sanction et ont, par conséquent, été sanctionnées en fonction des éléments généraux et individuels les concernant.

Cette décision a fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris. La société Malerba, qui était une des neuf entreprises sanctionnées, soutenait notamment que, en omettant de retranscrire et de lui communiquer le rapport établi dans le cadre de la procédure ayant précédé l'avis de clémence, d'une part, et d'établir un procès-verbal de sa séance, d'autre part, le Conseil avait violé le principe du contradictoire et le principe d'impartialité garantis par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Dans un arrêt rendu le 24 avril 2007, la Cour d'appel a retenu, notamment, qu'une entreprise autre que le demandeur de clémence n'avait pas qualité pour contester ces aspects de la procédure de clémence.

Cette affaire constitue la première illustration de la mise en œuvre du programme de clémence français, dont les modalités ont été précisées par le communiqué de procédure du 11 avril 2006, publié sur le site internet du Conseil.

Depuis lors, le Conseil s'est engagé à rapprocher ce programme du programme modèle mis en place par le Réseau européen de concurrence (REC) le 29 septembre 2006.

Il a donc publié, le 29 janvier 2007, un communiqué de procédure relatif à la révision de ce programme et a invité les personnes intéressées à lui présenter leurs observations à ce sujet. Cette consultation publique, qui était la première du genre, a rencontré un réel succès auprès des acteurs de la de concurrence. Leurs observations ont en effet permis au Conseil d'apporter, sur plusieurs points importants, des précisions à son projet initial, afin de mieux guider les entreprises dans leurs démarches.

Le 17 avril 2007, le Conseil a adopté un communiqué de procédure révisé. La France devient ainsi le premier État membre de l'Union européenne à mettre en place un programme fidèle à l'esprit de coopération qui anime le REC.

Outre les précisions apportées notamment sur la nature des informations nécessaires pour bénéficier de l'éligibilité au programme de clémence, les principaux apports du nouveau communiqué de procédure concernent les points suivants :

– les garanties relatives aux déclarations faites par les entreprises sont renforcées : les modalités de transcription et de communication de ces déclarations sont encadrées afin d'en assurer la confidentialité ;
– il permet désormais de tenir compte des éléments de fait supplémentaires apportés par une entreprise ne remplissant pas les conditions prévues pour bénéficier d'une immunité d'amende (demandeur de second rang par exemple), qui permettent d'élargir le champ des pratiques initialement dénoncées (par exemple en fournissant des indices sur la durée de l'infraction ou sur des ententes relatives à d'autres marchés que ceux identifiés initialement).

L'entreprise qui permettra ainsi de démontrer que l'infraction est plus importante que présumée au regard des éléments recueillis avant sa demande de clémence sera exonérée de l'éventuel surcroît d'amende susceptible de résulter de la prise en compte des éléments qu'elle aura apportés. Compte tenu du plafonnement de principe des réductions d'amendes (50 %) susceptibles d'être accordées au titre de l'exonération partielle, ce principe permet d'éviter qu'une entreprise ne soit dissuadée d'informer le Conseil d'éléments aggravant l'infraction, de crainte qu'en dépit de la réduction escomptée, elle ne soit finalement plus lourdement sanctionnée que si elle s'était contentée de conforter les indices et preuves existants, par exemple par l'apport de nouvelles preuves matérielles. Il va en revanche de soi que si la mise en œuvre de ce principe est susceptible de conduire à accroître le montant de la sanction infligée à d'autres participants à l'entente, elle n'affectera pas non plus l'éventuel bénéficiaire d'une exonération totale (primo-demandeur) ;

– un marqueur est mis en place pour permettre aux entreprises demandant à bénéficier de la clémence de connaître leur ordre d'arrivée : ce système permet d'informer très rapidement les entreprises du type d'exonération d'amende qu'elles pourront espérer de la part du Conseil si leur demande remplit les différentes conditions fixées par le communiqué de procédure. Au stade des premiers contacts avec les autorités de concurrence, le programme prévoit toujours que les entreprises peuvent entreprendre des démarches anonymes avant la présentation d'une demande formelle, sans toutefois solliciter, à un tel stade, le marqueur ;

– dans le cas de demandes multiples adressées en parallèle à la Commission européenne et aux autorités françaises, le communiqué s'inspire de la procédure simplifiée préconisée par le REC. Si l'entreprise fournit à la Commission des informations et preuves de l'existence d'une entente prohibée sur un marché alors que ni le Conseil, ni la DGCCRF n'en disposaient antérieurement (type 1 A), les deux autorités de concurrence peuvent alors accepter des demandes sommaires, dans les conditions qu'il précise.

Les conditions d'une telle demande sont les suivantes : (1) la Commission est particulièrement bien placée pour examiner une affaire conformément au point 14 de la communication relative au réseau ; (2) l'entreprise a présenté ou s'apprête à présenter une demande d'immunité à la Commission européenne ; (3) elle fournit sous forme succincte, son nom et son adresse, l'identité des autres participants à l'entente présumée, les renseignements permettant d'identifier le(s) produit(s) et le(s) territoire(s) affecté(s), la nature et la durée de l'entente présumée, le(s) État(s) membre(s) où les preuves sont susceptibles de se trouver et enfin les renseignements sur toute demande de clémence relative à cette entente qui a été ou sera formulée auprès d'autres autorités de concurrence.

La demande sommaire sera dès lors considérée par le Conseil de la concurrence comme une démarche effectuée dans les conditions prévues à l'alinéa premier de l'article R. 464-5 du Code de commerce, en vue de demander une exonération totale de type 1 A.

Si le Conseil de la concurrence décide d'agir dans l'affaire pour laquelle la demande sommaire a été présentée, ou si une réallocation de son traitement est convenue avec la Commission, cette demande sommaire garantira à son

émetteur le bénéfice du premier rang pour l'obtention d'une exonération totale. Dans un tel cas, l'entreprise devra compléter sa demande par la fourniture de la totalité des renseignements et preuves nécessaires à l'examen de sa demande.

La procédure d'engagements

L'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 a institué en droit français une procédure dite d'engagements, aux termes 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* ».

En 2006, le Conseil a confirmé sa pratique décisionnelle dans le cadre de six nouvelles décisions d'acceptation d'engagements (**06-D-01 ; 06-D-20 ; 06-D-24 ; 06-D-28 ; 06-D-29 ; 06-D-40**).

Les engagements des NMPP (06-D-01)

La décision 06-D-01 relative à des pratiques mises en œuvre par la société des Nouvelles messageries de la presse parisienne (NMPP) concernait le secteur de la vente au numéro de la presse nationale dans les départements et territoires d'outre-mer (DOM-TOM). Dans sa saisine, Export Press dénonçait les prix excessifs, discriminatoires et provoquant un effet de ciseau tarifaire, proposés par le groupe NMPP entre août 2003 et février 2004, pour la rémunération des services des dépositaires situés dans les DOM-TOM. La saisissante sollicitait, accessoirement à sa saisine au fond, l'octroi de mesures conservatoires.

Dans la décision 04-D-45 du 16 septembre 2004, le Conseil n'avait pas accordé de mesures conservatoires, mais avait déclaré la saisine au fond recevable s'agissant de la Nouvelle-Calédonie et de la Polynésie française seulement. Cette décision avait été confirmée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 12 avril 2005.

Les NMPP détiennent, sur le marché de l'exportation de la presse nationale, une position largement dominante, avec pour seule concurrente, la saisissante. Au stade de l'évaluation préliminaire, le Conseil n'a pas exclu que les NMPP aient abusé de leur position dominante sur les marchés locaux de la distribution locale de la presse nationale en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française. En effet, les NMPP avaient communiqué à la saisissante, pour ces deux territoires, des tarifs de distribution de ses publications à un niveau tel qu'il empêchait Export Press de les concurrencer sur le marché des TOM. Ces conditions correspondaient à un pourcentage de la valeur des

ventes locales des publications et leur niveau, étant supérieur à celui des prix facturés par les NMPP aux éditeurs pour un service d'exportation complet depuis la métropole, faisait apparaître un effet de ciseau tarifaire.

Par ailleurs, lors de l'instruction au fond du dossier, la rapporteure a identifié une autre préoccupation de concurrence concernant la présentation systématique des DOM sur le site internet et les documents commerciaux des NMPP, comme des destinations d'exportation, alors que le Conseil avait rappelé dans sa décision 04-D-45 précitée, que l'on ne pouvait conclure que « *la vente de la presse nationale dans les DOM puisse être assimilée à une opération d'exportation* ». Il a donc été considéré que cette pratique des NMPP, acteur dominant sur les marchés de la distribution et de l'exportation de la presse, était source de confusion et pouvait se révéler préjudiciable pour les concurrents des NMPP, comme Export Press, qui non doté du statut juridique de messagerie de presse au sens de la loi Bichet, ne peut proposer ses services vers les DOM, risquant par conséquent d'apparaître comme un exportateur offrant des services incomplets.

Les NMPP ont proposé au Conseil deux engagements correspondant à chacune des préoccupations de concurrence relevées. Le premier engagement consistait en la mise en place de barèmes objectifs et transparents pour la distribution de la presse en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française, s'appliquant de manière non discriminatoire aussi bien aux NMPP qu'aux autres exportateurs susceptibles de les concurrencer sur ces marchés. Le Conseil a décidé d'accepter les engagements en ce qui concerne la structure tarifaire des barèmes proposés, telle que modifiée en séance par les NMPP.

Le second engagement avait pour objectif de mettre fin à la présentation systématique des DOM comme des destinations d'exportation, tant sur leur site internet que sur leur rapport annuel, ou sur leur contrat de groupage et leurs barèmes tarifaires. Les NMPP ont ainsi modifié leur site internet afin de présenter les services de distribution dans les DOM séparément des services d'exportation, et se sont engagées, au plus tard pour le 15 octobre 2006, à modifier la présentation des conditions tarifaires applicables aux DOM dans leurs barèmes et dans leur contrat de groupage.

Au terme de la discussion, le Conseil a considéré que les engagements proposés apportaient une réponse satisfaisante aux préoccupations de concurrence du Conseil telles qu'elles ressortaient de l'évaluation préliminaire. L'acceptation des engagements a mis fin à la procédure devant le Conseil.

Les engagements des sociétés France Télécom et PagesJaunes (06-D-20)

La société 118 218 Le Numéro a saisi le Conseil, en janvier 2006, de pratiques mises en œuvre par les sociétés France Télécom, PagesJaunes Groupe et PagesJaunes SA, dans le secteur des renseignements téléphoniques.

La société Le Numéro estimait que la liste d'abonnés ou base L. 34 que lui fournissait France Télécom dans le cadre du service d'accès aux données annuaires, était moins complète que celle utilisée au sein du groupe France Télécom et présentait de nombreuses erreurs et omissions par rapport aux renseignements fournis par le 12. Elle soutenait que, dans ces conditions, la

fermeture prévue – dans un premier temps à partir du 31 janvier 2006 – du service d'accès à sa base fournie par PagesJaunes à l'ensemble des éditeurs de services de renseignements, dans la perspective de la mise en service des numéros 118 XYZ, allait gravement compromettre la qualité des informations fournies par les éditeurs concurrents du groupe France Télécom. Elle demandait, en conséquence, la prolongation de cet accès. La saisine de la société Le Numéro était assortie d'une demande de mesures conservatoires.

Il convient de préciser que lorsqu'un opérateur téléphonique enregistre l'abonnement d'un nouveau client, il doit collecter un certain nombre d'informations le concernant, telles que son nom, son adresse et sa raison sociale. La liste minimale de ces informations a été fixée par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP). Il s'agit de la base L. 34. Chaque opérateur téléphonique doit tenir à jour sa base L. 34, qui permet de constituer le fichier de base servant à dispenser des renseignements téléphoniques et en communiquer le contenu à tout opérateur de renseignements téléphoniques qui lui en fait la demande, à un prix également réglementé par l'ARCEP.

Au stade de l'évaluation préliminaire, le Conseil a considéré qu'il existait un risque que seuls le groupe France Télécom et PagesJaunes soient en mesure de fournir un service de renseignements téléphoniques de base de qualité, en considération de leur avantage de départ sur leurs concurrents lors de l'ouverture à la concurrence de ce service. Il a également été estimé qu'il était préférable que l'ARCEP redéfinisse, en collaboration avec l'ensemble des opérateurs et éditeurs concernés, les champs indispensables à une identification des abonnés. Le Conseil a en revanche observé qu'en raison du rôle historique de ces deux entreprises de fournisseurs des informations utiles au développement d'un service de renseignements téléphoniques, il existait un risque que les concurrents ne soient plus incités à faire des efforts d'investissement pour développer leur base et que PagesJaunes soit ainsi privée de la juste rétribution de ses efforts d'investissements dans sa base.

La société France Télécom s'est engagée à mettre à la disposition des éditeurs de services de renseignements l'ensemble des champs collectés auprès de ses abonnés. La société PagesJaunes avait, pour sa part, déjà remédié aux préoccupations de concurrence la concernant, en maintenant l'accès à sa base ouvert à l'ensemble de ses éditeurs. Ce délai avait été exploité par l'ARCEP afin de préparer la mise en œuvre de l'annuaire universel, les nouvelles règles élaborées à cet effet devant entrer en vigueur au plus tard en mars 2007, afin de répondre, à terme, à l'ensemble des préoccupations de concurrence identifiées.

Le Conseil a accepté ces engagements, estimant qu'ils répondaient aux préoccupations de concurrence identifiées en rétablissant l'égalité de traitement des éditeurs pour l'accès aux informations collectées par France Télécom sur ses abonnés ainsi qu'aux informations nominatives supplémentaires utilisées par PagesJaunes pour la fourniture de son service de renseignements, dans l'attente de la mise en œuvre effective des réformes préparées par l'ARCEP **(06-D-20)**.

Il a en revanche observé qu'une nouvelle prolongation de l'accès des éditeurs de renseignements téléphoniques à l'ensemble des données enrichies

détenues par PagesJaunes (base PagesJaunes) serait excessive, cette mise à disposition auprès de l'ensemble des éditeurs d'une base commune étant susceptible de restreindre le périmètre de la concurrence que se livrent les éditeurs en s'appuyant sur la qualité de leur service.

Les engagements ont été rendus obligatoires lors de la notification de la décision et la procédure a été clôturée.

Les engagements de Festina (06-D-24)

Dans la décision relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France, le Conseil a été saisi par la société Bijourama de pratiques mises en œuvre par la société Festina France (ci-après Festina), filiale du groupe Festina Lotus, sur le marché des produits horlogers de petit volume, et plus spécifiquement les montres de marque distribuées par les horlogers-bijoutiers **(06-D-24)**.

La saisissante reprochait à Festina son refus de l'intégrer dans le réseau de distribution sélective du groupe Festina Lotus en France. Elle prétendait par ailleurs que l'absence de dispositions relatives à la vente sur internet dans le contrat de distribution sélective élaboré par Festina contrevenait au droit de la concurrence national et communautaire.

Au stade de l'évaluation préliminaire, le rapporteur a estimé que le principe de la mise en place d'un réseau de distribution sélective pour la vente des montres du groupe Festina Lotus n'apparaissait *a priori* pas illicite. Il a en revanche relevé que le contrat de distribution sélective de Festina soulevait certaines préoccupations de concurrence.

Il a en effet observé, s'agissant de la vente à distance, que le contrat de distribution sélective prévoyait l'établissement d'un contrat spécifique pour la vente par correspondance, mais ne contenait aucune disposition relative à la vente par internet, alors même que certains distributeurs disposant déjà d'un magasin avaient été autorisés à vendre les produits sur internet. À cet égard, il a été considéré que l'absence de règles applicables à la vente par internet était susceptible de conduire à des discriminations et des restrictions de concurrence. Le rapporteur a par ailleurs relevé que la mention de la vente par correspondance dans le contrat de distribution revêtait un caractère purement formel, car aucun contrat spécifique n'avait été élaboré à cet effet.

Festina a sollicité le bénéfice de la procédure d'engagements et a communiqué au Conseil de la concurrence trois projets de contrats : le premier contenait les modifications au contrat-cadre de distribution, le second fixait les conditions dans lesquelles le distributeur peut effectuer des ventes à distance par internet et le troisième énonçait les conditions dans lesquelles le distributeur recourt à la vente par correspondance classique.

Dans sa décision, le Conseil a conclu, en l'absence de restrictions caractérisées, que le fournisseur dont les parts de marché ne dépassent pas 30 %, peut sélectionner ses distributeurs en excluant de son réseau les vendeurs « *exclusivement internet* », qui ne disposent pas d'un magasin pour accueillir le public et exposer les produits contractuels.

Le Conseil a par ailleurs considéré que la soumission de la publicité non tarifaire des détaillants et de la création de liens publicitaires sur internet

vers ou depuis des sites marchands ou non marchands (à l'exclusion des référencements « *naturels* »), à autorisation préalable de Festina aux termes de son contrat-cadre de distribution, n'enfreignait pas les règles de concurrence, « *dès lors que ce contrôle repose sur le souci légitime de protéger la renommée de la marque et du réseau de distribution* ».

À l'issue de la discussion, le Conseil a accepté les engagements présentés par Festina en précisant, d'une part, que des évolutions ultérieures des contrats de distribution sélective peuvent intervenir, « *à condition toutefois que la substance des réponses aux préoccupations de concurrence* [...] *soit clairement préservée* » et, d'autre part, qu'une décision d'acceptation d'engagements ne vise pas à satisfaire la demande d'une partie, mais à préserver l'ordre public économique. La société Bijourama, qui estimait que les engagements proposés n'étaient pas de nature à résoudre les problèmes de concurrence, a formé un recours contre la décision du Conseil devant la cour d'appel de Paris.

Les engagements des sociétés Bose, Focal JM Lab, Triangle Industries (06-D-28)

Dans la décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels Hi-Fi et Home cinéma, le ministre de l'Économie et des Finances a saisi le Conseil de pratiques mises en œuvre par les sociétés Bang & Olufsen, Focal JM Lab, Triangle et Bose **(06-D-28)**.

La saisine du ministre en 2002 résultait d'une enquête menée par les services de la DGCCRF dans le secteur de la distribution de matériel Hi-Fi et Home Cinéma. L'évaluation préliminaire a permis d'identifier deux catégories de préoccupations de concurrence. En premier lieu, la rapporteure a estimé que l'interdiction totale de la vente sur internet des produits Focal JM Lab et Triangle Industries par les distributeurs agréés de ces deux marques était injustifiée et que les conditions posées par Bose à ce type de vente étaient trop restrictives. En second lieu, la rapporteure a considéré que l'obligation faite aux distributeurs de Triangle Industries de communiquer au fabricant la comptabilité détaillée de toutes leurs livraisons intraréseau en cas de « *présomption de violation des règles de vente propres au réseau* », était susceptible de limiter de manière excessive les ventes à l'intérieur du réseau.

Au titre de la procédure des engagements, les sociétés Bose et Focal JM Lab ont proposé d'amender le cadre contractuel de distribution sélective de leurs produits afin, principalement, d'autoriser leurs distributeurs agréés, dans des conditions non restrictives, à vendre leurs produits sur internet et la société Triangle s'est engagée à supprimer les obligations excessives imposées à ses distributeurs s'agissant des livraisons à l'intérieur du réseau.

À l'issue de la discussion, le Conseil a considéré que les engagements proposés par Bose et Triangle satisfaisaient aux préoccupations de concurrence identifiées dans le cadre de l'évaluation préliminaire, car ils permettaient de concilier le respect de l'image de marque et la haute technicité des produits avec l'accès des distributeurs agréés à ce canal de distribution, lequel favorise la concurrence intramarque et intermarque, au bénéfice du consommateur. Il a en revanche demandé en séance à la société Focal de modifier son

contrat de vente sur internet pour inclure les produits de deux gammes correspondant, selon cette entreprise, à un très haut de gamme de la marque et nécessitant, de ce fait, un certain niveau de service. Focal a proposé, à la satisfaction du Conseil, que ces produits puissent être vendus sur internet si les clients peuvent attester, d'une part, d'une écoute préalable des produits chez un distributeur agréé et, d'autre part, d'avoir dans ce cadre, bénéficié de conseils personnalisés pour leur installation.

S'agissant des restrictions aux échanges intraréseau, il a été estimé que l'obligation imposée par la société Triangle constituait une restriction de concurrence non justifiée, car elle n'est pas indispensable à la garantie de l'intégrité du système de distribution sélective. Triangle a supprimé cette obligation de son contrat.

Le Conseil a accepté l'ensemble des engagements proposés et clôturé la procédure.

Les engagements du GIE Les Indépendants (06-D-29)

Le Conseil a été saisi en 2003 d'une plainte de la société Canal 9, qui exploite notamment la radio locale Chante France. Cette société se plaignait du refus du GIE Les Indépendants, commercialisant des espaces publicitaires de radios à zone de diffusion locale ou régionale auprès d'annonceurs nationaux ou internationaux, d'intégrer la radio Chante France au sein du groupement. Le GIE avait en effet estimé que Chante France ne remplissait pas les conditions statutaires pour pouvoir adhérer au groupement, du fait notamment de son appartenance à un groupe de sociétés radiophoniques exploitant l'enseigne Skyrock, classée dans la catégorie des radios à vocation nationale.

La société Canal 9 estimait que ce refus était discriminatoire et qu'il empêchait Chante France d'accéder au marché de la publicité nationale, source de revenus nécessaire à son équilibre financier, les revenus tirés de la publicité locale et extralocale étant, selon elle, insuffisants pour maintenir son activité.

L'évaluation préliminaire a permis de dégager des préoccupations de concurrence concernant certaines dispositions statutaires du GIE, ainsi que leur mise en œuvre. Il ressortait de cette évaluation que les conditions d'adhésion, de maintien et de sortie du GIE n'étaient pas définies de manière claire, objective et transparente. Ces conditions pouvaient donc se prêter à une application discriminatoire, lors de l'admission ou du rejet de certaines radios. Par ailleurs, des pénalités élevées étaient encourues en cas de démission d'une radio, soulevant également des préoccupations de concurrence, car elles pouvaient avoir pour effet de verrouiller le marché.

Le Conseil a considéré qu'il n'existait pas, pour une radio locale indépendante souhaitant accéder au marché de la publicité nationale, de solution alternative à l'adhésion au GIE. Ainsi, il ne pouvait être exclu que les conditions d'adhésion et de maintien dans le GIE puissent être qualifiées d'entente anticoncurrentielle entre les entreprises du groupement ou d'abus de position dominante, si elles avaient pour objet ou pour effet d'empêcher l'accès de certaines radios locales au marché de la publicité nationale, dans des conditions pouvant être qualifiées de discriminatoires.

Le GIE Les Indépendants, bien qu'ayant contesté le caractère anticoncurrentiel des pratiques dénoncées, a néanmoins proposé au Conseil de la concurrence des engagements qui ont subi, après examen, un certain nombre d'aménagements. Le GIE s'est ainsi engagé à modifier son règlement intérieur et la notice d'information envoyée aux candidats définissant les conditions d'adhésion et la procédure d'admission au GIE, de manière à garantir un examen objectif transparent et non discriminatoire des candidatures d'adhésion au groupement.

Le Conseil a estimé que les engagements proposés répondaient à ses préoccupations de concurrence et a, en conséquence, clôturé la procédure. La société Canal 9, qui estimait que les engagements proposés n'étaient pas de nature à résoudre les problèmes de concurrence, a formé un recours contre la décision du Conseil devant la cour d'appel de Paris **(06-D-29)**.

Les engagements de la société AudiPresse (06-D-40)

Le Conseil de la concurrence a été saisi en mars 2006, par le ministre de l'Économie, de pratiques de la société Audiences études sur la presse magazine (AEPM) dans les secteurs de la presse magazine et de la mesure d'audience. Le ministre de l'Économie dénonçait les conditions fixées dans le règlement intérieur de l'AEPM pour l'admission de nouveaux titres à son étude d'audience, en ce qu'elles excluaient, par principe, les magazines distribués gratuitement. La société Sports médias & stratégies, éditant le magazine gratuit *Sport*, s'était vue refuser, à plusieurs reprises en 2004 et 2005, son intégration dans l'enquête d'audience d'AEPM.

En juin 2005, la société AudiPresse avait succédé à l'AEPM et le règlement intérieur de la nouvelle société prévoyait l'admission, à compter de janvier 2006, des magazines distribués gratuitement, qui étaient auparavant exclus. Le magazine *Sport* avait en conséquence été informé de son intégration à l'étude à compter de cette date.

L'évaluation préliminaire de la rapporteure a néanmoins permis d'observer que certaines préoccupations de concurrence relatives aux pratiques discriminatoires opposées par AudiPresse à la presse magazine gratuite persistaient. En effet, malgré l'amendement du règlement intérieur de la société AudiPresse, certains magazines gratuits demeuraient potentiellement exclus de son étude d'audience, car le nouveau règlement prévoyait l'exclusion des titres dont la parution s'interrompt pendant une durée supérieure à deux fois la périodicité du titre, alors même que beaucoup de magazines gratuits ne paraissent pas pendant la période estivale et en fin d'année.

Au cours de la discussion, le Conseil a constaté que l'étude de la société AudiPresse est une référence dans le secteur. Aucune autre mesure d'audience ne peut être en effet considérée comme substituable, car ses résultats sont systématiquement utilisés par les agences médias pour définir les plans des campagnes publicitaires. Les supports exclus de l'étude ne peuvent, par conséquent, être retenus par les médias et, de ce fait, accéder aux ressources publicitaires afférentes, qui sont les seules sources de financement pour les magazines gratuits. Le Conseil a donc considéré que des conditions d'intégration des titres à l'étude d'audience non objectives, non

transparentes ou discriminatoires étaient susceptibles de poser des problèmes de concurrence.

La société AudiPresse, bien qu'ayant justifié l'exclusion de la presse magazine gratuite avant 2006 pour des raisons techniques, s'est néanmoins engagée à modifier l'article I. 1. I. 2 de son règlement intérieur, afin de prévoir deux exceptions à l'interdiction d'avoir un écart entre deux parutions deux fois supérieur à la périodicité du titre : l'une pour la période de juillet-août, l'autre entre le 15 décembre et le 15 janvier.

AudiPresse a par ailleurs présenté un projet de réforme de ses structures, aboutissant à l'intégration dans ses organes de direction des associations représentatives de la presse gratuite, dont l'ADPGI ou, au plus tard le 31 décembre 2006, à l'admission d'un représentant de la presse magazine gratuite dans sa commission études, permettant ainsi d'associer plus étroitement la presse gratuite à la définition et à la gestion des mesures d'audience ainsi que d'assurer un traitement non discriminatoire de la presse magazine gratuite **(06-D-40)**.

Le Conseil a accepté les engagements de la société AudiPresse, estimant que ceux-ci permettaient à la presse magazine gratuite d'accéder à l'étude d'audience d'AudiPresse et, en conséquence, au marché de la publicité dans des conditions de concurrence satisfaisantes.

Après avoir rendu ces engagements obligatoires, le Conseil a clôturé la procédure ouverte devant lui.

Ces six nouvelles décisions d'acceptation d'engagements ont permis au Conseil de confirmer les contours de la procédure d'engagements et son déroulement. Ainsi, 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 sur internet un résumé de l'affaire ainsi que les 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 reprend la discussion avec la partie en cause et éventuellement demande une nouvelle version des engagements plus à même de répondre aux préoccupations de concurrence.

Le Code de commerce ne précise pas la typologie des infractions auxquelles peut être appliquée la procédure d'engagements, ce qui signifie, en théorie, que cette procédure peut être mise en œuvre pour toutes les catégories de pratiques susceptibles de restreindre la concurrence. Le Conseil a néanmoins souligné, conformément à l'article 9 du règlement n° 1/2003, que l'entreprise qui sollicite le bénéfice de la procédure des engagements doit être en mesure d'apporter une réponse aux préoccupations de concurrence

identifiées dans le cadre de l'évaluation préliminaire et que les engagements proposés doivent être crédibles et vérifiables.

Le Conseil a ainsi, dans une décision **06-D-24** du 24 juillet 2006 relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France, examiné le caractère crédible et vérifiable des engagements pris par Festina France en modifiant ses contrats de distribution sélective afin que ceux-ci aient « *un contenu précis* ». Il a par ailleurs précisé que « *des évolutions ultérieures de ces contrats, si elles répondent à des justifications non anticoncurrentielles, ne sont pas exclues, à condition toutefois que la substance des réponses aux préoccupations de concurrence exprimées dans la présente affaire soit clairement préservée* » (points 97 et 98).

À l'issue de la 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 contentieuses ouvertes devant lui.

■ Les avis rendus en matière de concentration

Le Conseil a été saisi trois fois par le ministre de l'Économie, en application des dispositions des articles L. 430-1 à L. 430-7 du Code de commerce :

- avis **06-A-02** du 24 février 2006 relatif à l'acquisition de la société Clemval, holding de la société Alsatia, par la société Bertelsmann, *via* sa filiale Média Communication SAS ;
- avis **06-A-13** du 13 juillet 2006 relatif à l'acquisition des sociétés TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus ;
- avis **06-A-20** du 20 octobre 2006 relatif à l'acquisition de la société Marine Harvest NV par la société Pan Fish ASA.

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° Lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ; 2° Lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises. 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° 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. »*

La contrôlabilité des trois opérations notifiées au ministre de l'Économie au regard de l'article L. 430-1 a été confirmée par le Conseil. Aucune question particulière ne se posait s'agissant de l'acquisition de la totalité des actifs de la société Clemval par le groupe Bertelsmann (06-A-02).

En ce qui concerne l'acquisition des sociétés TPS et CanalSatellite, le Conseil a examiné le rôle joué par le groupe Lagardère, qui devait détenir 20 % des actifs de la société Canal Plus France réunissant les sociétés TPS et CanalSatellite (06-A-13). Le Conseil a estimé que les droits de veto consentis à Lagardère ne constituent que des droits de protection des intérêts patrimoniaux de l'actionnaire minoritaire, et non des droits de contrôle conjoint, mais a noté que toute augmentation de participation de Lagardère dans le capital du nouveau groupe poserait la question d'un changement de contrôle.

Dans l'avis rendu sur l'acquisition de la société Marine Harvest par le groupe Pan Fish (06-A-20), le Conseil s'est également prononcé sur la notion de contrôle conjoint en s'interrogeant, non sur la contrôlabilité de l'opération notifiée, mais sur son périmètre. En effet, la société Pan Fish avait, en 2005, porté à 44,2 % sa participation dans le capital de la société Aalesundfisk, producteur norvégien de saumon, et détenait avec une tierce société, la société Wartdal, près de 80 % des parts d'Aalesundfisk, les autres actionnaires possédant au maximum 6,80 % des parts. Le Conseil a estimé que ce contrôle capitalistique était renforcé par les droits de préemption exclusifs et réciproques concernant l'achat des actions de l'autre que s'étaient accordés chacun des deux actionnaires majoritaires, dont il était également prévu qu'ils exercent un pouvoir de décision relatif à l'achat d'actions par les employés et un pouvoir conjoint au sein du conseil d'administration. Enfin, le Conseil a noté que les deux sociétés étaient clairement impliquées dans la stratégie commerciale d'Aalesundfisk. Il a estimé en conséquence qu'elles exerçaient conjointement une influence déterminante sur la société Aalesundfisk.

Conformément à la pratique décisionnelle de la Commission européenne sur le calcul du chiffre d'affaires, dont le Conseil a rappelé qu'on pouvait utilement s'en inspirer au niveau national, 50 % du chiffre d'affaires de la société Aalesundfisk a donc été attribué à la société Pan Fish pour le calcul des seuils de contrôle et des parts de marché.

Par ailleurs, il est à noter que l'opération était notifiable au regard des dispositions nationales relatives au contrôle des concentrations en Norvège, en Espagne, en France et au Royaume-Uni. Seules les décisions des autorités norvégiennes et espagnoles autorisant l'opération sans condition étaient connues à la date de l'avis du Conseil, la *Competition Commission* ayant été saisie de l'opération pour une seconde phase d'examen en ce qui concerne le Royaume-Uni.

Sur la contrôlabilité de la fusion des sociétés TPS et CanalSatellite au regard de l'article L. 430-2 (06-A-13), le Conseil a constaté qu'en dépit des chiffres d'affaires très élevés réalisés par ces sociétés et par la société acquéreuse, l'opération n'entrait pas dans le champ d'application du règlement (CEE) n° 4064/89, puisque les sociétés concernées réalisaient plus des deux tiers de leur chiffre d'affaires en France.

S'agissant de l'acquisition de la société Marine Harvest par la société Pan Fish, il a été révélé à l'occasion de son examen par le Conseil que le groupe Pan Fish n'avait pas notifié aux autorités françaises la précédente acquisition qu'il avait réalisée en juin 2006, celle de la société Fjord Seafood. Or, le groupe Fjord Seafood réalisant un chiffre d'affaires cumulé en France qui dépasse les 50 millions d'euros et le chiffre d'affaires mondial des deux groupes concernés dépassant 150 millions d'euros, l'opération de concentration, qui n'atteint pas les seuils communautaires, aurait dû être notifiée en France. Une notification tardive, postérieure à l'acquisition, a été effectuée et la procédure prévue au I de l'article L. 430-8 du Code de commerce a été engagée par les services du ministre de l'Économie.

La définition des marchés pertinents

Acquisition de la société Clemval par la société Bertelsmann (06-A-02)

S'agissant de l'acquisition de la société Clemval par le groupe Bertelsmann, le Conseil a, conformément aux décisions précédentes prises dans ce secteur par les autorités de concurrence, tant communautaires (voir notamment décision n° COMP/M. 2978 – Lagardère/Natexis/VUP du 7 janvier 2004) que nationales (notamment lettres du ministre du 25 mai 2005 dans l'affaire Bertelsmann/LDS et du 22 mars 2004 dans l'affaire La Martinière/Le Seuil ; décision du Conseil n° 89-D-41 du 28 novembre 1989 et arrêt de la cour d'appel de Paris du 11 mars 1993) considéré que les marchés pertinents suivent la « *chaîne du livre* ». Il a donc distingué les marchés de l'acquisition de droits d'édition par les éditeurs, ceux de la vente de livres par les éditeurs aux revendeurs, celui de la vente de livres aux collectivités et celui de la vente de livres aux consommateurs finaux.

Acquisition des sociétés TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus (06-A-13)

La fusion TPS/CanalSatellite affectait les principaux marchés de la télévision payante situés aux différentes étapes de la chaîne de valeur, soit les marchés dits amont, intermédiaires et aval. Par ailleurs, divers autres marchés connexes étaient concernés :

En amont

Les marchés de l'acquisition de contenus : les autorités de concurrence, tant nationales que communautaires, ont considéré que les différents contenus ne sont pas substituables les uns aux autres. C'est pourquoi le Conseil a successivement examiné les marchés de l'acquisition des droits cinématographiques, le marché des droits sportifs et celui des autres contenus audiovisuels :

– s'agissant des marchés de l'acquisition des droits cinématographiques, il a distingué en premier lieu les droits pour la diffusion sur la télévision payante, avec les films passant en première fenêtre et les films passant en deuxième fenêtre. Il a ensuite identifié les droits pour la diffusion en *Pay-Per-View* (PPV) et ceux pour *Video on Demand* (VoD). Il a aussi distingué les droits de diffusion des films américains récents et ceux des films français récents ;
– s'agissant des marchés des droits sportifs, le Conseil a distingué le marché des droits pour la PPV, les marchés des droits de football pour la diffusion sur la télévision payante et celui des autres sports.

Au niveau intermédiaire

• Les marchés de distribution télévisuelle

L'une des questions posées était celle d'une distinction selon le mode de diffusion de l'offre télévisuelle (par câble, satellite, ADSL, TNT, mobile, etc.). Cette segmentation avait été évoquée par les autorités de concurrence, laissée ouverte puis exclue par la Commission européenne (décisions de la Commission européenne n° IV/36 237 du 3 mars 1999, TPS, n° COMP/JV. 40 du 22 juin 2000, Canal Plus/Lagardère/CanalSatellite et n° COMP/M. 3609 du 4 mars 2005, Cinven/France Télécom Câble – NC Numéricâble). Elle n'avait pas été exclue par le Conseil de la concurrence (décision du Conseil de la concurrence 02-MC-01 du 24 janvier 2002, Canal Europe Audiovisuel). Le Conseil a constaté que l'apparition de la télévision numérique hertzienne et l'alignement du régime juridique des réseaux câblés sur celui des opérateurs satellite par la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle avaient encore estompé les frontières entre ces différents modes de diffusion. Il a toutefois isolé le marché de la distribution par téléphone mobile en raison de ses spécificités.

A ensuite été examinée l'éventuelle identification de marchés distincts selon les thématiques des chaînes proposées, recensées ainsi par le CSA : cinéma, sport, information, jeunesse, documentaire, musique, généraliste et minigénéraliste, service, fiction, adolescent, art de vivre, confessionnelle et communautaire, actualité d'un secteur, téléachat. Cette distinction avait déjà été

retenue par le ministre de l'Économie s'agissant des thématiques sport, cinéma et information générale (lettre du ministre du 26 avril 2004, M6/M6 thématique/Paris Première), puis laissée à nouveau ouverte dans des décisions ultérieures (lettre du ministre du 10 février 2005, Canal Plus/Multithématiques et du 25 mai 2005, France Télévisions/TF1/CFII). Le Conseil a estimé que, dès lors qu'une offre de télévision payante doit nécessairement comprendre les différentes composantes identifiées ci-avant, il n'existe pas de substituabilité entre les chaînes d'une thématique à l'autre, ni du point de vue du consommateur, ni du point de vue du distributeur. Il a donc distingué :

– un marché spécifique des chaînes premium, sur lequel la chaîne Canal Plus et ses déclinaisons sont en concurrence avec TPS Star et ses déclinaisons ;
– un marché spécifique pour chacune des thématiques cinéma, sport, jeunesse et information et un marché regroupant les autres thématiques ;
– les marchés des services de paiement à l'acte, PPV et VoD.

En aval

En aval, là où se rencontrent la demande des abonnés, consommateurs de services télévisuels, et l'offre des distributeurs de télévision à accès payant, le Conseil a estimé que le constat du développement de la télévision numérique et de la convergence des contenus ne suffisait pas pour remettre en cause la distinction entre deux marchés relatifs à la télévision gratuite, d'une part, et la télévision payante, d'autre part. Il a, par ailleurs, considéré qu'il n'y avait pas lieu de segmenter les marchés de la télévision payante en fonction des différents modes de diffusion (hors mobile). Enfin, s'agissant de la distinction par type de service, il a estimé qu'il existait un marché pertinent des services de télévision interactive comprenant à l'heure actuelle des services de télévision interactive autonome, des services de télévision enrichie et des services de télévision participative, ainsi qu'un marché pertinent des services de PPV et un marché pertinent des services de VoD, un marché pertinent des services de télévision sur réseau mobile et un marché pertinent des services de télévision aux professionnels.

En ce qui concerne la délimitation géographique des marchés intermédiaires et en aval, la métropole, les zones Antilles-Guyane et Réunion-Mayotte ont été considérées comme constituant des marchés géographiques distincts.

• Les marchés annexes

De nombreux marchés connexes ont été considérés comme étant concernés par l'opération. Leur délimitation n'a pas soulevé de question particulière, dans la mesure où ils avaient pour la plupart été récemment délimités dans des décisions antérieures des autorités de concurrence communautaires ou nationales. Il s'agit des marchés suivants :

– publicité télévisée ;
– fourniture de terminaux ;
– logiciels d'accès conditionnel ;
– logiciels d'interactivité ;
– location de transpondeurs pour le transport de flux audiovisuels couvrant la France ; le même couvrant la région Réunion-Mayotte ; le même couvrant les Caraïbes ;

– marché de gros de dimension nationale des services de diffusion de programme télévisuels ;
– accès au réseau téléphonique publics auprès du consommateur final ;
– résidentiel des communications auprès du consommateur final ;
– résidentiel de l'accès internet haut débit auprès du consommateur final ;
– résidentiel du mobile auprès du consommateur final ;
– diffusion/distribution de services radio ;
– musique enregistrée ;
– distribution légale de musique numérique ;
– édition musicale ;
– vente des droits de diffusion des contenus destinés aux terminaux mobiles.

Acquisition de la société Marine Harvest NV par la société Pan Fish ASA (06-A-20)

Le Conseil s'est prononcé pour l'existence d'un marché du saumon d'Atlantique d'élevage distinct de ceux des autres poissons, du saumon du Pacifique et du saumon Atlantique sauvage. Il a laissé ouverte la question d'une éventuelle segmentation du marché entre saumon frais et saumon congelé. Enfin, il a estimé que les différentes origines du saumon Atlantique d'élevage (Norvège, Écosse, Irlande) appartenaient au même marché pertinent et constituaient des éléments de différenciation verticale (par la qualité) et horizontale (par la variété), par rapport auxquelles les élasticités de substitution des différents groupes d'acheteurs varient. Sur le plan géographique, le marché du saumon Atlantique d'élevage est limité à l'EEE.

Étaient également concernées par l'opération, les ventes de saumon fumé, l'un des principaux débouchés pour la production de saumon Atlantique d'élevage. Le Conseil a sur ce point considéré que le marché pertinent afférent pouvait être circonscrit au saumon Atlantique fumé et qu'il était de dimension nationale, compte tenu des différences dans les habitudes de consommation d'un pays à l'autre.

Les effets des opérations

Acquisition de la société Clemval par la société Bertelsmann (06-A-02)

Le Conseil n'a relevé d'atteinte à la concurrence sur aucun des marchés concernés par l'acquisition de la société Clemval par le groupe Bertelsmann. En particulier, s'agissant des différentes zones de chalandise de la vente de livres au détail, il a considéré que, compte tenu de l'importance des surfaces de vente concurrentes, les additions de parts de marché dans les zones de chalandise dans lesquelles les parties à l'opération avaient toutes les deux des librairies ne pouvaient porter atteinte à la concurrence.

S'agissant d'éventuels effets dus à l'intégration verticale du groupe Bertelsmann, le Conseil n'a pas estimé que la position d'acheteur unique (monopsone) du groupe Bertelsmann dans la négociation des droits d'édition « *club* » pourrait jouer un rôle déterminant dans les négociations relatives à

l'approvisionnement en livres des librairies, compte tenu de la faible part des droits d'édition « *club* » dans les revenus des éditeurs. De même, il n'a pas estimé que la présence de Bertelsmann dans le marché de la vente de livres au détail renforcerait sa position sur le marché de la vente en club de livres.

Acquisition des sociétés TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus (06-A-13)

Les effets de la fusion TPS/CanalSatellite se combinaient à la fois horizontalement et verticalement du fait de l'intégration verticale des deux opérateurs sur l'ensemble de la chaîne de valeur depuis la création de contenus en amont jusqu'aux marchés de la télévision payante.

Effets horizontaux

L'effet horizontal le plus visible était le renforcement de la position dominante du groupe Canal Plus sur les marchés aval de la télévision payante.

En amont, l'opération renforçait la puissance d'achat de la nouvelle entité sur les marchés de l'acquisition de droits sportifs, mais les détenteurs de droits du football conservent cependant un contre-pouvoir qui limite sensiblement la puissance de la nouvelle entité. Le Conseil a aussi noté que du fait de la fusion était créé un monopsone sur le marché de l'acquisition des droits cinématographiques pour les films français en première fenêtre. Le Conseil a en conséquence estimé que la nouvelle entité serait en mesure, non seulement d'imposer ses prix, mais de façonner également dans une large proportion l'offre de films proposée aux consommateurs. En revanche, sur le marché de l'acquisition des droits des films américains, le Conseil a estimé que la puissance d'achat du nouveau groupe était limitée du fait du pouvoir de marché des grands studios américains.

Sur les marchés intermédiaires de la distribution de chaînes télévisées, le Conseil a constaté que le nouveau groupe distribuerait 100 % des chaînes premium, 100 % des chaînes PPV, 80 % des chaînes cinéma, 35 % des chaînes sport, 20 % des chaînes enfants, et qu'elles n'étaient pas présentes sur le marché de la distribution des chaînes d'information.

Effets verticaux

S'agissant des effets verticaux, le Conseil a identifié le risque de refus d'accès aux chaînes de télévision distribuées par la nouvelle entité qui pourrait être opposé aux concurrents sur les marchés aval de la télévision payante, principalement aux fournisseurs d'accès à internet désireux de proposer des offres de télévision sur ADSL, les câblo-opérateurs bénéficiant quant à eux d'un droit d'accès aux chaînes. Le fait que le principal de ces concurrents, France Télécom, ne soit pas présent sur les marchés intermédiaires des chaînes de télévision donnait beaucoup de crédibilité à ce risque ainsi que l'observation des évolutions récentes du marché : TF1 et M6 ne sont pas disponibles sur les offres ADSL et TF1 et Canal Plus ont un droit exclusif sur les chaînes LCI et Eurosport. Le Conseil n'a pas été d'avis, ainsi que le soutenaient les parties à l'opération, que ce risque pouvait être relativisé par la possibilité qu'auraient les FAI d'éditer eux-mêmes des chaînes de télévision.

Le Conseil a aussi constaté que sur les marchés intermédiaires de l'édition de chaînes, l'opération renforcerait les effets d'exclusion des concurrents si la nouvelle entité négociait de façon systématique une exclusivité sur les droits d'accès à certains contenus, comme les droits cinématographiques des films français récents. Par ailleurs, il a noté que si la nouvelle entité refusait de céder ses droits catalogue, elle s'opposerait à l'entrée de tout nouvel acteur sur les marchés intermédiaires de l'édition de chaînes, tant cinéma que VoD.

Effets conglomératux

Le Conseil a estimé que la concentration allait regrouper au sein de la nouvelle entité trois marques majeures du secteur de l'audiovisuel : Canal Plus, CanalSat, et TPS, que la détention de ce portefeuille de marques pourrait constituer ou renforcer les barrières à l'entrée sur les marchés intermédiaires et renforcerait le pouvoir de négociation de la nouvelle entité vis-à-vis des éditeurs et distributeurs indépendants.

S'agissant des divers marchés intermédiaires, la fusion impliquait le regroupement au sein d'une même entité des chaînes détenues par Groupe Canal Plus et TPS. De fait, les parties détiendront une position très forte sur les marchés intermédiaires des chaînes de cinéma, sport et premium en tant qu'offreur mais aussi acheteur. Cette position pourrait leur servir de levier au renforcement de leur position sur d'autres marchés intermédiaires (par exemple, chaînes jeunesse) où leur position est moins favorable.

De fait, le Conseil a constaté qu'aucun concurrent n'était en mesure, en tant qu'offreur (éditeur) sur les marchés intermédiaires, de proposer une gamme aussi variée et complète que celle des parties. Ainsi, les parties pourraient être incitées à utiliser leur gamme pour imposer la vente groupée de leurs chaînes à certains distributeurs. Par ailleurs, elles pourraient, étant donné le renforcement de leur position d'acheteur sur les marchés intermédiaires, exiger le regroupement de chaînes d'éditeurs indépendants et des remises en conséquence, voire des exclusivités étendues.

En conclusion, le Conseil a souligné le caractère exceptionnel de l'opération, la nouvelle entité présentant une intégration verticale d'un bout à l'autre de la chaîne de valeur du secteur français de la télévision à accès payant, mais détenant aussi des positions dominantes à chaque niveau de celle-ci. Au surplus, son actionnariat minoritaire sera composé d'acteurs majeurs dans le secteur de la communication et de l'édition, dont TF1 opérateur en position dominante sur le marché de la télévision gratuite.

Le Conseil a également noté que, du fait de sa maîtrise quasi totale des contenus les plus attractifs (notamment cinéma et sports) et des positions fortes, voire dominantes, sur les différents marchés amont, intermédiaires et aval, et de leur interaction, il existe un risque de verrouillage de l'ensemble des marchés de la télévision à accès payant. Ainsi, l'hypothèse de réapparition d'un opérateur verticalement intégré sur le modèle de TPS, par exemple adossé à un opérateur de télécommunications, apparaissait le scénario le moins probable à moyen terme.

Les gains d'efficacité

Le Conseil a estimé que les gains d'efficacité mis en avant par les parties ne compensaient pas les atteintes à la concurrence dénoncées.

Les engagements jugés nécessaires

Le Conseil, estimant que l'opération envisagée soulevait d'importants problèmes de concurrence, a été d'avis qu'elle ne saurait être autorisée sans la mise en place d'engagements suffisants, du fait de leur nature mais aussi de la conjugaison attendue de leurs effets, pour répondre aux préoccupations concurrentielles précédemment décrites.

De façon générale, il a souligné que les remèdes devant tenir compte du fait que l'opération de concentration intervenait à un moment d'évolution rapide du secteur, le modèle économique traditionnel de la télévision à accès payant devant s'adapter aux innovations technologiques et à leurs effets sur le marché : multiplication (et début de banalisation) des chaînes thématiques gratuites grâce à la TNT, augmentation des débits disponibles sur les réseaux filaires, introduction de l'interactivité et appétence des consommateurs pour des offres plus personnalisées comme la VoD, ces innovations étant elles-mêmes liées à l'apparition de nouveaux acteurs, issus du secteur des communications électroniques, adoptant des stratégies multiservices (offres couplées comprenant l'accès à internet, la téléphonie fixe et mobile, la télévision). Ces potentialités, mais aussi ces incertitudes, doivent, note le Conseil, conduire les autorités de concurrence à rechercher des remèdes susceptibles de laisser une marge suffisante au marché pour mettre en place les nouveaux modèles économiques qui résulteront de la rencontre des marchés des télécommunications et de ceux de l'audiovisuel, sans privilégier à l'excès un seul scénario d'évolution.

Toujours dans le cadre d'une approche globale des remèdes envisagés, le Conseil a estimé que le type d'organisation qui pourrait se mettre en place à court terme, au lendemain de l'opération de concentration, était un « *modèle mixte* », s'écartant, d'une part, d'un modèle dans lequel la concurrence s'exercerait pleinement à chaque étage de la chaîne de valeur entre des opérateurs non verticalement intégrés et, d'autre part, du modèle comportant deux opérateurs verticalement intégrés que l'opération remet en cause. Dans ce nouveau modèle, une structure dominante, intégrant verticalement des contenus premium (droits sportifs essentiels et films à succès en première fenêtre), des chaînes thématiques et le satellite, principal canal de distribution de la télévision payante en termes de base installée, coexisterait avec d'autres offreurs qui ne sont présents qu'à un seul étage de la chaîne verticale, celui de la distribution (câblo-opérateurs, opérateurs proposant des offres *triple play*).

Plus précisément, trois grandes catégories de remèdes ont été préconisés :

- **Les remèdes destinés à permettre l'accès des concurrents aux contenus**

– pour les contrats-cadres ou *output deals* futurs, limiter la durée des contrats avec les détenteurs de droits à trois ans, sans renouvellement automatique ;
– pour les contrats futurs, limiter la durée des contrats avec les détenteurs de droits à trois ans ;
– ne pas pratiquer d'offres couplant achats de droits pour la PPV, la VoD et la télévision payante ni acquérir d'exclusivité sur ces droits ;

– céder les droits d'exploitation non linéaire (actuel ou futur) des films français et étrangers du catalogue de la nouvelle entité à toute plate-forme de distribution qui en ferait la demande, sur une base non exclusive, dans des conditions de marché équitables et non discriminatoires.

• **Les remèdes destinés à permettre l'accès aux chaînes**

– mettre à disposition sur le marché de gros plusieurs chaînes, dont TPS Star, TPS CinéStar, TPS Cinéculte : le Conseil a souligné que plusieurs chaînes, dont il était souhaitable qu'elles soient offertes sur le marché de gros, appartenaient à des partenaires de la nouvelle entité mais tiers à l'opération qui ne pouvaient être contraints à prendre des engagements dans le cadre des dispositions de l'article L. 430-6 du Code de commerce ;
– maintenir en l'état les contrats liant la nouvelle entité avec les câblo-opérateurs en métropole jusqu'à leur expiration.

• **Les engagements destinés à permettre le maintien d'une offre attractive pour les consommateurs**

– reprendre une proportion minimale de chaînes indépendantes conventionnées par le CSA en langue française sur le satellite, par rapport à l'ensemble des chaînes conventionnées par le CSA en langue française et distribuées par la nouvelle entité ;
– maintenir une tarification uniforme sur le territoire métropolitain pour chacune des offres commerciales de la nouvelle entité ;
– prévoir la possibilité pour les abonnés de résilier sans pénalité leur contrat, à tout moment pendant la première année suivant la réalisation de l'opération, en cas de modification substantielle des termes de celui-ci.

Acquisition de la société Marine Harvest NV par la société Pan Fish ASA (06-A-20)

L'acquisition de Marine Harvest par Pan Fish conduisait à un cumul des parts de 33,3 % sur un marché incluant le saumon congelé. Sur les origines Écosse et Irlande, ce cumul serait plus élevé, les entreprises concernées assurant 47,9 % des ventes de saumon d'Écosse et 52,9 % des ventes de saumon d'Irlande.

L'opération ne conduisait pas à la création ou au renforcement d'une position dominante sur le marché pertinent, mais le Conseil a néanmoins estimé qu'il convenait d'évaluer les effets unilatéraux de l'opération, c'est-à-dire les effets de la variation de stratégie de l'entité fusionnée et de ses concurrents après la fusion, la position dominante n'étant qu'un cas extrême dans lequel la réaction des concurrents est négligeable. Plusieurs caractéristiques du marché concerné suggéraient en effet que l'opération pouvait avoir pour effet de déplacer l'équilibre concurrentiel sur le marché concerné à un niveau de prix plus élevé :

– en premier lieu, du fait du caractère vivant et périssable du produit, l'offre est inélastique à court terme et tous les producteurs ne peuvent qu'accepter le prix qui découle de la confrontation de cette offre et de la demande. Le jeu concurrentiel ne peut donc s'exercer que par une action sur les

quantités, qui ne peut être mise en œuvre qu'à plus long terme, compte tenu des délais nécessaires à la croissance du poisson. Sur un tel marché, les quantités offertes à la suite de la disparition d'un acteur sont généralement moindres que si cet acteur était resté sur le marché ;
– en deuxième lieu, le Conseil a noté que, pour l'origine Écosse, les capacités de production des producteurs déjà présents sur le marché étaient proches de la saturation. Par ailleurs, de nouvelles entités sur le marché de la production de saumon Atlantique d'élevage étaient peu probables ;
– enfin, les différentes origines du saumon Atlantique d'élevage, bien que ne constituant pas des marchés distincts, sont imparfaitement substituables et la nouvelle entité aurait détenu des parts de marché beaucoup plus fortes sur les origines Écosse et Irlande, ce qui accroissait le risque d'actions ciblées sur les quantités sur ces deux origines, encore aggravé par les tensions sur les capacités des fermes écossaises.

Comme par ailleurs il n'était pas démontré que les gains d'efficacité invoqués par les parties étaient susceptibles de contrebalancer les atteintes à la concurrence identifiées, le Conseil a été d'avis que les cessions de fermes écossaises, proposées par Pan Fish au ministre de l'Économie lors de la première phase, qui annuleraient les effets de l'opération sur les parts des ventes de saumon d'origine Écosse, étaient un remède approprié.

Les suites données aux avis

L'acquisition de la société Clemval par le groupe Bertelsmann a été autorisée sans conditions.

S'agissant de la fusion TPS/CanalSatellite, l'opération a été autorisée le 15 septembre 2006 sous réserve de 59 engagements qui répondent aux risques d'atteinte à la concurrence soulevés par la fusion sur les marchés de l'audiovisuel, le ministre reprenant l'analyse concurrentielle faite par le Conseil dans l'avis 06-A-13.

L'acquisition de la société Marine Harvest par le groupe Pan Fish a été autorisée par le ministre le 25 janvier 2007 sous réserve de l'engagement pris par le groupe Pan Fish de céder sa filiale Pan Fish Scotland.

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 2006, la cour d'appel de Paris, statuant sur des recours exercés contre les décisions du Conseil, a rendu 20 arrêts (dans une affaire, la cour d'appel était saisie après cassation), dont 17 dans lesquels la cour s'est prononcée sur le fond :

– dans neuf affaires, la cour a confirmé purement et simplement les décisions du Conseil en rejetant les recours ;
– dans deux affaires, elle a confirmé l'analyse du Conseil sur le fond et n'a réformé la décision que sur les sanctions ou les mesures de publicité prévues par le Conseil ;
– six décisions ont fait l'objet d'annulation partielle ou de réformation partielle portant sur le fond (annulation ou réformation de la décision en ce qu'elle retient ou écarte certains griefs, annulation d'une partie des mesures conservatoires prononcées, mise hors de cause de certaines entreprises) ;
– à trois reprises, la cour a adopté, sur la question de la prescription, des analyses différentes de celles retenues par le Conseil : dans les deux premières affaires, elle a constaté l'acquisition de la prescription au profit des sociétés requérantes ; dans la troisième, elle a estimé, au contraire, que les faits n'étaient pas prescrits et a renvoyé l'affaire devant le Conseil aux fins de poursuite de la procédure.

Sur la procédure

Sur l'enquête administrative

Sur la régularité des saisies au regard de l'autorisation du juge

Dans l'**arrêt Transdev du 7 février 2006**, la cour a confirmé la régularité des saisies effectuées, estimant que les enquêteurs avaient pu valablement, sans outrepasser le champ de l'autorisation donnée par le juge, appréhender des pièces concernant d'autres marchés locaux que ceux qui étaient expressément mentionnés dans l'ordonnance judiciaire et que l'administration avait invoquées à l'appui de sa demande d'autorisation. La cour a relevé que l'ordonnance « *décrivait des pratiques d'entente commises par des entreprises dont l'implantation nationale leur avait permis d'obtenir des marchés* [...]

sur l'ensemble du territoire et que, au-delà des villes nommément désignées par l'ordonnance, était visé l'ensemble du "marché de transport urbain de personnes" [pouvant] *être concerné par les pratiques* [...] ». La cour a par ailleurs approuvé le Conseil qui avait estimé que des pièces relatives à des marchés non visés dans l'autorisation judiciaire (les marchés de transport interurbains et scolaires), si elles ne pouvaient être utilisées pour fonder des griefs, avaient pu être valablement saisies et pouvaient servir à faire la preuve des pratiques concernant le marché du transport urbain visé dans l'ordonnance, puisqu'elles concernaient des marchés étroitement liés à celui visé par l'ordonnance et qu'elles se rapportaient aux pratiques en cause (*cf*. décision 05-D-38).

Sur l'impartialité des enquêteurs

Dans l'**arrêt Inéo du 7 mars 2006**, la cour a écarté le moyen tiré de la partialité des enquêteurs accusés d'avoir délibérément délaissé des documents favorables aux entreprises et de n'avoir instruit qu'à charge. Les entreprises, entendues et donc informées préalablement de l'objet de l'enquête, avaient, en effet, eu toute latitude pour émettre des réserves sur les procès-verbaux établis par les enquêteurs, compléter le dossier avec des pièces complémentaires qui leur paraissaient utiles et, en tout cas, conserver celles éventuellement restées en leur possession (*cf*. décision 05-D-19).

Sur la compétence du Conseil

Dans l'**arrêt SEMUP du 21 février 2006**, la cour a confirmé la compétence du Conseil pour vérifier si le comportement des sociétés du groupe Decaux, opérateur économique intervenant sur le marché de la fourniture aux collectivités locales de mobilier publicitaire, était conforme à des injonctions prononcées dans une décision antérieure, devenue irrévocable, et notamment à celles leur interdisant pour l'avenir de proposer certaines clauses, jugées anticoncurrentielles, à leurs cocontractants collectivités publiques. Il importait peu, dès lors, que ces clauses aient ultérieurement été acceptées par ces collectivités et que la vérification de l'exécution des injonctions ait amené le Conseil à examiner les avenants et courriers par lesquels les sociétés Decaux prétendaient avoir amendé leurs contrats. Les sociétés Decaux avaient vainement soutenu que ces actes constituaient des actes administratifs résultant de la mise en œuvre des prérogatives de puissance publique des collectivités, ce en quoi ils auraient relevé de la compétence du seul juge administratif (*cf*. décision 05-D-36).

Dans l'**arrêt Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes du 7 mars 2006**, la cour a écarté le moyen tiré de l'incompétence du Conseil : elle a jugé qu'en adressant à des tiers une lettre circulaire contenant, non pas un simple avis, mais une interprétation de la législation applicable à l'activité concernée et qui constituait en réalité une véritable argumentation, les instances ordinales en cause étaient sorties de leur mission de service public de défense des intérêts de la profession qu'elles représentaient et étaient intervenues dans le cadre d'une activité entrant dans le champ de l'article L. 410-1 du Code de

commerce (voir dans le même sens, Cour de cassation, arrêt du 16 mai 2000, Ordre national des pharmaciens ; CA de Paris, arrêt du 13 novembre 2002, conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts ; *cf.* décision 05-D-43).

Dans l'**arrêt Iliad du 21 mars 2006**, la cour a estimé que, s'il ne lui appartenait pas, non plus qu'au Conseil, de porter une appréciation sur l'application par les parties de dispositions contractuelles, qui relève d'un litige privé, il entrait en revanche dans ses attributions de vérifier si France Télécom, en position de domination, n'avait pas utilisé ces stipulations pour mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles d'éviction (*cf*. décision 05-D-42).

Dans l'**arrêt Trans Côte d'Azur du 4 juillet 2006**, la cour a entièrement confirmé la décision 05-D-60, par laquelle le Conseil avait rejeté la saisine et la demande de mesures conservatoires de la société Trans Côte d'Azur, laquelle avait dénoncé des pratiques mises en œuvre sur le marché de la desserte de l'île de Saint-Honorat, par la congrégation cistercienne de l'Immaculée Conception, propriétaire de l'île, la société Planaria, émanation de la congrégation, créée pour assurer le transport des passagers, l'État et la ville de Cannes. Le Conseil s'était déclaré incompétent pour connaître une partie des faits qui concernait des décisions administratives prises par le préfet et la ville de Cannes, au moyen de prérogatives de puissance publique, dans le cadre de leur mission respective de service public. Il avait, en revanche, retenu sa compétence pour apprécier si l'activité de transport de passagers mise en œuvre par la congrégation, *via* l'intermédiaire de la société Planaria, pour desservir l'île Saint-Honorat, respectait le jeu de la concurrence, dès lors qu'elle constituait une activité commerciale de prestation de services, étrangère à une mission de service public, s'agissant du transport de passagers vers une île privée (*cf*. décision 05-D-60).

Dans **l'arrêt Syndicat des Eaux d'Île-de-France** du 26 septembre 2006, la cour a confirmé la compétence du Conseil pour connaître des pratiques d'abus de position dominante reprochées à la Lyonnaise des Eaux et au Syndicat des Eaux d'Île-de-France (SEDIF). Le SEDIF, auquel étaient reprochées des interventions auprès de la mairie de Paris afin d'empêcher la conclusion d'un contrat de fourniture d'eau entre l'un de ses principaux clients et un concurrent, faisait valoir que l'éviction de son concurrent pour le marché concerné résultait d'une décision du maire de Paris et que ses propres démarches n'étaient pas détachables de cet acte administratif et s'inscrivaient en tout état de cause dans le cadre d'une mission de service public mise en œuvre au moyen de prérogatives de puissance publique. La cour a retenu que les courriers adressés au maire de Paris résultaient d'une initiative autonome prise par le syndicat en tant qu'agent économique, qui ne pouvait être assimilée à une consultation intervenant dans une procédure administrative, et ne pouvaient, dès lors, former avec la décision du maire une opération complexe au sens du droit administratif. Le SEDIF n'était pas plus fondé à se prévaloir d'une obligation de protection des droits concédés souscrite envers son délégataire sur « son » territoire et à soutenir que ses interventions pour dénoncer la « *position jugée inutilement agressive* » de son concurrent s'inscrivaient dans le cadre de l'organisation de service public dont il avait la charge, le SEDIF n'étant pas titulaire d'un monopole de droit pour l'approvisionnement en eau des communes concernées (*cf*. décision 05-D-58).

Dans l'**arrêt Chambre syndicale nationale de l'enseignement privé à distance (CHANED) du 7 novembre 2006**, la cour a confirmé l'incompétence du Conseil pour connaître de la légalité des subventions octroyées au Centre national d'enseignement à distance (CNED), dans le cadre de l'organisation, par les ministères compétents, du service public de l'enseignement (*cf.* décision 05-D-68).

Sur l'étendue de la saisine du Conseil

Dans l'**arrêt France Télécom du 4 juillet 2006**, la cour a écarté le moyen par lequel il était reproché au Conseil d'avoir méconnu les limites de sa saisine *in rem* en retenant une infraction continue de refus d'accès couvrant toute la période incriminée, alors que, selon France Télécom, une partie des faits – le ciseau tarifaire généré par son offre lancée en décembre 2000 – constituait une pratique distincte d'octroi d'accès dans des conditions restrictives injustifiées et ne pouvait donc être considérée comme la poursuite du refus opposé à l'opérateur alternatif Neuf Télécom fin 1999, tel que dénoncé dans la saisine au fond. La cour a considéré que la pratique de ciseau tarifaire imputée aux tarifs de l'offre était « *en réalité une modalité de l'infraction de refus d'accès en ce qu'elle* [avait] *pour effet d'interdire l'interconnexion en mode ATM des concurrents* [de France Télécom] *et par voie de conséquence, de maintenir son quasi-monopole sur le marché amont du haut-débit par l'ADSL* ». La cour a estimé que, globalement, la pratique reprochée était donc bien constitutive d'une infraction continue de refus d'accès.

Dans le même arrêt, la cour a écarté le reproche adressé au Conseil d'avoir excédé les griefs notifiés – et par conséquent violé les droits de la défense – en sanctionnant des faits postérieurs à la période visée dans la notification de griefs. La cour a repoussé le moyen en relevant que les griefs portaient sur une pratique continue qui avait perduré au-delà de la période visée dans la notification de griefs. En outre, la durée des pratiques – telle que retenue par le Conseil – avait pu être discutée contradictoirement tout au long de la procédure, le rapporteur ayant notamment apporté toutes les précisions sur la durée incriminée dans son rapport (*cf*. décision 05-D-59).

Sur la procédure suivie devant le Conseil

Sur la jonction (au regard de la protection du secret des affaires)

Dans l'**arrêt Bouygues Télécom du 12 décembre 2006**, la cour a écarté le moyen par lequel il était soutenu que la mesure de jonction prise entre l'autosaisine du Conseil et la saisine postérieure de l'association UFC-Que Choisir avait été prise au mépris de la protection du droit au secret des affaires, notamment en ce qu'elle aurait permis à la plaignante d'avoir accès à l'ensemble du dossier alors que sa saisine ne portait que sur des pratiques étrangères à celles qui avaient été poursuivies. La cour a rappelé qu'aucun texte ne prévoyait que les mesures de jonction prises en application de

l'article 31 du décret du 30 avril 2002 [28] puissent faire l'objet d'un recours (*cf*. décision 05-D-65).

Sur la régularité de la notification de griefs (la signature et la datation de la notification de griefs)

Dans l'**arrêt Inéo du 7 mars 2006**, la cour a rappelé que la notification de griefs n'est pas un document administratif soumis aux dispositions de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration, mais un acte d'instruction d'une procédure définie par des textes spécifiques, et qui n'a donc pas à être obligatoirement signé et daté. La cour a observé qu'aucune ambiguïté n'existait en l'espèce sur l'identité de son auteur dont le nom figurait sur la page de couverture, pas plus que sur sa date qui était celle de la lettre d'envoi aux entreprises (*cf.* décision 05-D-19).

Sur le secret de l'instruction et le respect de la présomption d'innocence

Dans l'**arrêt Bouygues Télécom du 12 décembre 2006**, la cour a rejeté les moyens tirés de la violation du secret de l'instruction et du principe de la présomption d'innocence qui aurait résulté de la publication dans la presse d'articles mentionnant des éléments du rapport d'enquête et de la notification de griefs. Elle a estimé, comme le Conseil, que la violation du secret de l'instruction, qui est assimilée à une violation du secret professionnel, est sanctionnée pénalement [29] mais n'affecte pas la validité de la procédure, du moins tant que les droits de la défense n'ont pas été irrémédiablement atteints du fait de cette violation, ce qui n'était pas établi en l'espèce. Elle a relevé, en outre, que les articles de presse litigieux, versés au dossier, concernaient le rapport d'enquête administrative émanant de la DGCCRF, dont le Conseil n'était pas le seul détenteur, au moment des « *fuites* », de sorte que la preuve n'était pas rapportée que la violation était imputable aux membres ou aux services du Conseil (*cf.* décision 05-D-65).

Sur l'impartialité et l'indépendance du rapporteur

Dans l'**arrêt Ordre des avocats au barreau de Marseille du 24 janvier 2006**, la cour, pour rejeter le moyen tiré de la partialité du rapporteur, a estimé qu'il n'était pas démontré que celui-ci n'avait pas instruit à charge et à décharge. Elle a rappelé en outre que le rapporteur base sa notification de griefs et son rapport sur les faits qui lui paraissent de nature à en établir le bien-fondé et qu'il n'a pas à répondre à tous les arguments développés par les parties (*cf.* décision 05-D-37).

---

28. *« Le rapporteur général ou un rapporteur général adjoint peut, à son initiative ou à la demande des parties ou du commissaire du gouvernement, procéder à la jonction de l'instruction de plusieurs affaires. À l'issue de leur instruction, le Conseil de la concurrence peut se prononcer par une décision commune. Le rapporteur général ou un rapporteur général adjoint peut également procéder à la disjonction de l'instruction d'une saisine en plusieurs affaires. »*

29. Articles L. 226-13 et L. 226-14 du Code pénal.

Sur l'impartialité du Conseil (participation de mêmes membres du Conseil aux délibérés, dans la même affaire, d'une décision sur l'exécution d'injonctions et de la décision au fond)

Dans l'**arrêt France Télécom du 4 juillet 2006**, la cour a écarté le moyen tiré de la violation du principe d'impartialité qui aurait résulté de la participation de mêmes membres du Conseil et d'un vice-président, successivement au délibéré d'une décision qui avait vérifié l'exécution d'une injonction prononcée à titre conservatoire au début de la procédure et au délibéré de la décision au fond. La cour a constaté que dans sa décision relative au non-respect d'injonction, le Conseil s'était borné à constater le manquement de la société France Télécom à l'injonction prononcée dans le cadre de la procédure de mesures conservatoires sans porter aucune appréciation sur le fond de l'affaire [30] (*cf*. décision 05-D-59).

Sur le principe de la contradiction et les droits de la défense

- **Transmission différée du rapport d'enquête administrative**

Dans l'**arrêt Ordre des avocats au barreau de Marseille du 24 janvier 2006**, la cour a estimé que le fait que le rapport d'enquête de la DGCCRF n'ait pas été joint au rapport du rapporteur, mais ait été adressé ultérieurement à la partie mise en cause, n'avait entraîné aucune violation du contradictoire. Le rapporteur n'avait, en effet, pas pris en compte ce rapport d'enquête, qui lui avait d'ailleurs été transmis tardivement, pour établir les griefs. Pour cette même raison, la cour a également écarté la critique tirée de ce que la transmission différée du rapport d'enquête n'avait pas entraîné l'octroi d'un délai supplémentaire à la partie en cause pour faire ses observations en réponse au rapport. Au surplus, le document avait été transmis en temps utile à la partie en cause, de sorte que celle-ci avait eu largement le temps d'en prendre connaissance et d'y répondre aussi bien à l'écrit qu'en séance (*cf.* décision 05-D-37).

Communication tardive de la demande d'avis adressée à l'ART sur le fondement des dispositions de l'article L. 36-10 du Code des postes et des communications électroniques

Dans l'**arrêt France Télécom du 4 juillet 2006**, la cour a estimé que le Conseil avait satisfait à l'obligation qui lui incombait en vertu de l'article L. 36-10 du Code des postes et des communications électroniques, peu important que la demande d'avis du Conseil n'ait pas été communiquée au cours de l'instruction et lors de la procédure devant le Conseil et n'ait été produite qu'en cause d'appel, le caractère tardif de cette communication ne faisant pas grief aux parties. Peu importait également que l'ART ait répondu qu'en raison de plusieurs affaires contentieuses en cours d'instruction relatives aux pratiques en

30. En revanche, la Cour de cassation, comme la cour d'appel de Paris, proscrivent la participation, dans la même affaire, de mêmes membres du Conseil aux délibérés d'une décision de mesures conservatoires puis d'une décision au fond, jugeant qu'en se prononçant sur la demande de mesures provisoires, le Conseil porte nécessairement une appréciation sur le caractère prohibé des faits dénoncés dans la saisine au fond (Cour de cassation, 9 octobre 2001, Unibéton et, dans la même affaire, CA de Paris du 22 juin 2004, RMC France).

cause, dont elle se trouvait alors saisie, elle ne pouvait émettre d'observations supplémentaires par rapport à celles exposées dans un précédent avis émis dans le cadre de l'examen d'une demande de mesures conservatoires, qui lui paraissaient « *en tous points pertinentes* » (*cf*. décision 05-D-59).

Absence de réponse à tous les arguments développés

Dans l'**arrêt Ordre des avocats au barreau de Marseille du 24 janvier 2006**, la cour a rappelé que le rapporteur n'a pas à répondre à tous les arguments développés par les parties (*cf*. décision 05-D-37).

Le même principe a été affirmé par la cour dans son **arrêt Truffaut du 4 avril 2006** : « *La décision du Conseil étant motivée en droit et en fait, aucune nullité ne saurait résulter de ce qu'il n'a pas suivi la société* [...] *dans le détail de son argumentation, que celle-ci a du reste tout loisir de soumettre à nouveau à la cour au soutien de son recours de pleine juridiction, qu'il s'agisse d'éléments non écartés expressément par la décision ou selon elle retenus à tort en ce qu'ils seraient erronés ou dénués de pertinence* » (*cf.* décision 05-D-32).

« *Le contradictoire a été respecté dès lors que les parties ont, tout au long de la procédure, pu présenter leurs observations et que le Conseil, après avoir examiné les éléments de fait et de droit portés à sa connaissance, a motivé sa décision de manière telle que la cour est en mesure d'exercer son contrôle.* »

C'est en ces termes, notamment, que dans l'**arrêt Bouygues du 12 décembre 2006**, la cour a repoussé l'argumentation par laquelle il était reproché au Conseil de n'avoir pas répondu à plusieurs moyens, de s'être fondé sur des éléments non débattus et de n'avoir pas motivé sa décision sur plusieurs points (*cf*. décision 05-D-65).

Absence de droit de réponse écrite aux observations écrites du commissaire du Gouvernement

Dans l'**arrêt Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes du 7 mars 2006**, la cour a écarté le moyen tiré de la violation du contradictoire et du droit à un procès équitable qui aurait résulté du fait que les parties n'avaient pu, dans le délai de deux mois imparti pour répondre à la notification de griefs, répondre par écrit aux observations écrites de la DGCCRF à cette même notification de griefs. En dépit du rejet par le Conseil du mémoire déposé hors délai dans lequel elles avaient répondu aux observations de l'administration, elles avaient disposé d'un temps suffisant avant la séance pour pouvoir présenter toutes observations orales (*cf.* décision 05-D-43).

Modification ou ajout de griefs par le Conseil – Précision dans la rédaction des griefs

Dans l'**arrêt Transdev du 7 février 2006**, la cour a écarté le moyen tiré de la modification du grief par le Conseil et de la violation des droits de la défense qui en aurait résulté. Il était reproché au Conseil, d'une part, d'avoir modifié le grief notifié d'entente nationale portant sur une entente tripartite, en retenant une double entente bilatérale reposant sur la participation d'une des trois entreprises incriminées aux deux niveaux d'échanges, d'autre part, d'avoir ajouté au grief initialement notifié des éléments non débattus, relatifs à

l'existence d'un mécanisme de représailles et à un effet de hausse des prix. La cour a estimé que le raisonnement du Conseil, certes différent de l'analyse du rapporteur, n'avait pas entraîné de modification des termes du grief et que les éléments prétendument nouveaux avaient été, en réalité, soumis au contradictoire (*cf*. décision 05-D-38).

Le même moyen a été également rejeté dans l'**arrêt Truffaut du 4 avril 2006**. Il était reproché au Conseil d'avoir modifié le grief de restriction de clientèle notifié en y incorporant des pratiques distinctes tenant au système de distribution de la société Royal Canin (exclusivité territoriale des distributeurs régionaux, clause de non-concurrence...) qui auraient ainsi été sanctionnées sans avoir fait l'objet d'une notification de griefs et d'un débat contradictoire. La cour a retenu que le Conseil, en précisant, à propos du grief de restriction de clientèle, que les clauses contractuelles litigieuses s'inscrivaient dans des accords plus larges d'exclusivité réciproque, de territoire et d'approvisionnement – cet aspect particulier de la pratique étant au demeurant mentionné dans la notification de griefs – n'avait fait que caractériser l'effet de forclusion de la pratique sans statuer sur un grief additionnel (voir aussi *infra*, même arrêt, sur la modification de la définition du marché par le Conseil ; *cf*. décision 05-D-32).

Dans l'**arrêt hôtel Le Bristol du 26 septembre 2006**, la cour a repoussé une argumentation identique. Les sociétés requérantes expliquaient que la thèse d'une altération de leur autonomie commerciale avait été retenue dans la notification de griefs, puis abandonnée au stade du rapport pour être finalement réintroduite dans la décision. Il en résultait, selon elles, une violation de l'article 36 du décret de 2002 et du principe du contradictoire. La cour a estimé que la notification de griefs « *doit contenir un exposé des griefs libellé dans des termes suffisamment clairs, fussent-ils sommaires, pour permettre aux intéressés de prendre connaissance des comportements qui leur sont reprochés par l'autorité de concurrence, et que cette exigence est respectée lorsque la décision ne met pas à la charge des intéressés des infractions différentes de celles visées dans la communication des griefs et ne retient que des faits sur lesquels les intéressés ont eu l'occasion de s'expliquer* ». Elle a rappelé, par ailleurs, qu'en vertu de l'article 36 du décret du 30 avril 2002, le Conseil doit se prononcer sur l'ensemble des griefs notifiés sans être lié par les conclusions du rapport : « *Selon l'article 36 du décret du 30 avril 2002, le rapport* [...] *notifié aux parties qui disposent d'un délai de deux mois pour présenter un mémoire en réponse, soumet au Conseil de la concurrence une analyse des faits et de l'ensemble des griefs notifiés, sur lesquels le Conseil doit de toute façon se prononcer sans être lié par les conclusions du rapport.* » Elle a estimé qu'en l'espèce, toutes les conditions du contradictoire avaient été respectées ; dès lors notamment que la notification de griefs et le rapport avaient fourni aux parties « *une indication claire de la nature de l'infraction reprochée* [et] *des faits essentiels invoqués à cet égard* » sur lesquels les parties avaient pu exercer leurs droits de la défense et que la décision n'était fondée sur aucun élément qui n'ait été soumis au débat contradictoire (*cf*. décision 05-D-64).

Dans l'**arrêt ministre de l'Économie (Monnaie de Paris) du 12 décembre 2006**, la cour a écarté le moyen selon lequel le Conseil aurait sanctionné la Monnaie de Paris pour un grief qui n'aurait pas été notifié à cette dernière, en ajoutant

au refus d'approvisionnement incriminé la circonstance que la Monnaie de Paris avait autorisé l'usage d'une mention à caractère officiel sur les médailles-souvenirs commercialisées par son partenaire privilégié, et qu'elle avait ainsi conféré « *à des produits issus d'une activité purement commerciale un caractère officiel indu, cette pratique ayant eu pour objet et pour effet de faire obstacle à la libre concurrence en restreignant l'entrée sur le marché de la vente de médailles-souvenirs sur les sites touristiques* ». La cour a estimé que le Conseil n'avait pas en cela ajouté un grief supplémentaire mais souligné simplement l'effet d'éviction majoré du refus d'approvisionnement qui résultait de l'apposition d'une telle mention sur les médailles commercialisées par son partenaire – cet aspect de la pratique ayant été au demeurant précisément décrit dans la notification de griefs. De même, l'appréciation du Conseil, selon laquelle la Monnaie de Paris avait ainsi entretenu la confusion entre ses missions régaliennes et ses activités commerciales, n'avait pu constituer une aggravation du grief notifié de refus d'approvisionnement.

Dans le même arrêt, la cour a jugé que la Monnaie de Paris n'avait pas qualité pour se prévaloir d'une violation des droits de la défense d'une société tierce, laquelle d'ailleurs, n'ayant même pas été partie à la procédure, n'avait pas eu de défense à exercer (*cf.* décision 05-D-75).

Dans l'**arrêt Bouygues Télécom du 12 décembre 2006**, la cour a écarté le moyen selon lequel le Conseil aurait obscurément qualifié l'un des griefs notifiés, relatif à une entente portant sur le gel des parts de marché, de sorte qu'il aurait été impossible de savoir s'il s'agissait d'un accord ou d'une pratique concertée. La cour a constaté que le Conseil avait clairement motivé sa décision en retenant l'existence d'une pratique concertée entre les trois opérateurs de téléphonie mobile aux fins de stabilisation de leurs parts de marché respectives autour d'objectifs définis en communs, cette pratique concertée ayant été démontrée par un faisceau d'indices graves, précis et concordants (*cf*. décision 05-D-65).

Abandon de griefs au stade du rapport

La cour d'appel s'est prononcée pour la première fois, dans l'**arrêt SADE du 25 avril 2006**, sur la portée des dispositions de l'article 36 alinéa 2 du décret du 30 avril 2002 (« *Le rapport soumet à la décision du Conseil de la concurrence une analyse des faits et de l'ensemble des griefs notifiés* »), en confirmant la possibilité pour le Conseil d'examiner et de sanctionner des griefs abandonnés au stade du rapport. Les sociétés requérantes soutenaient qu'en retenant, sur le fondement de ces dispositions, des griefs abandonnés dans le rapport, le Conseil avait méconnu le principe du contradictoire et les droits de la défense. Elles faisaient valoir qu'elles avaient été privées de la procédure contradictoire en deux temps, expressément prévue par l'article L. 463-2 du Code de commerce et que, non clairement informées des accusations portées contre elles, elles n'avaient pas été mises en mesure de s'exprimer sur les éléments finalement retenus par le Conseil. Elles faisaient valoir, de plus, qu'on ne saurait imposer aux entreprises, en cas d'abandon des griefs par le rapporteur, d'anticiper les éléments, arguments et raisonnements à partir desquels le Conseil, pour retenir ces mêmes griefs, pourrait éventuellement motiver sa décision. L'une des sociétés demandait encore à la cour d'interroger le Conseil d'État, à titre préjudiciel, sur la légalité des dispositions précitées.

La cour a rejeté cette argumentation, jugeant que les dispositions critiquées n'étaient « *en aucune manière contraires aux exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme dès lors qu'elles garantissent que seuls les griefs ayant été régulièrement notifiés peuvent être soumis par le rapporteur à la décision du Conseil ; qu'elles visent à garantir l'application effective du principe du contradictoire en permettant aux sociétés mises en cause de répondre aux griefs notifiés, d'abord consécutivement à la notification de griefs puis, le cas échéant, lors de la transmission du rapport si les griefs sont maintenus à ce stade* ». Rappelant que le Conseil, en tant qu'autorité de décision, n'est pas lié par les analyses développées par le rapporteur sur les griefs notifiés, elle a estimé que les dispositions claires et dénuées d'ambiguïté du décret obligeaient le Conseil à examiner tous les griefs notifiés – ni le rapporteur, ni le rapporteur général n'étant compétents pour écarter ces griefs – et n'autorisaient « *en aucun cas, les entreprises* [à] *tenir pour acquis que le Conseil n'examinerait pas les griefs abandonnés* [...] ». La cour a observé que le contradictoire avait été assuré en l'espèce, dès lors notamment que le rapport contenait un avertissement mentionnant que l'abandon des griefs intervenait sous les conditions de l'article 36 alinéa 2, que le commissaire du Gouvernement – dans ses observations écrites que les parties avaient pu consulter avant la séance – avait demandé le maintien des griefs abandonnés et enfin, que la décision ne s'appuyait sur aucun élément nouveau ou extérieur au dossier, qui n'avait pas été soumis au débat contradictoire.

Nouvelle délimitation du marché par le Conseil

Dans l'**arrêt Truffaut du 4 avril 2006**, la cour a repoussé l'argumentation par laquelle il était reproché au Conseil d'avoir retenu une délimitation du marché différente de celle qui avait été proposée par le rapporteur, en relevant que l'analyse du Conseil était basée sur des éléments qui avaient tous été soumis à la contradiction (*cf*. décision 05-D-32).

Sanction par le Conseil de faits postérieurs à la notification de griefs

Voir *supra* « *Sur l'étendue de la saisine du Conseil* » : France Télécom, 4 juillet 2006.

Prise en compte par le Conseil d'éléments relatifs à une société mise hors de cause

Dans l'**arrêt Truffaut du 4 avril 2006**, la cour a écarté le moyen par lequel il était soutenu que le Conseil avait pris en compte des éléments non débattus, relatifs notamment à la situation d'un distributeur mis hors de cause : « [...] *la société* [...] *n'est pas fondée à invoquer une atteinte à la présomption d'innocence au motif inopérant que le Conseil se serait fondé sur des données fournies par la société* [...], *mise hors de cause, pour apprécier le dommage à l'économie, seule important la pertinence des éléments ainsi retenus au soutien de cette appréciation* » (*cf.* décision 05-D-32).

Sur le caractère non public des séances

Il a été rappelé, dans l'**arrêt société Bouygues Télécom du 12 décembre 2006**, que « *le fait que les débats devant le Conseil, en application de l'article*

L. 463-7 alinéa 1er du Code de commerce, ne soient pas publics, ne saurait faire grief aux parties intéressées 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 CESDH* » (voir en ce sens, Cour de cassation, 28 juin 2005, Novartis Pharma ; CA de Paris, 30 mars 2004, Novartis Pharma, 15 novembre 2005, TPS ; *cf.* décision 05-D-65).

Sur le secret du délibéré

Dans l'**arrêt Bouygues Télécom du 12 décembre 2006**, la cour a rejeté le moyen tiré de la violation du secret du délibéré qui aurait résulté de la parution d'articles de presse évoquant le montant des sanctions pécuniaires qui allaient être prononcées par le Conseil. Elle a estimé que les annonces par des journaux, la veille de la communication officielle de la décision, d'une amende « *d'un demi-milliard d'euros au minimum* » ou qui « *pourrait dépasser 500 millions d'euros* » ne faisaient que mentionner, au conditionnel, « *des montants approximatifs des sanctions susceptibles d'être prononcées, laissant bien ainsi percevoir leur caractère hypothétique et approximatif* », de sorte qu'aucun élément « *ne permettait d'identifier une quelconque "fuite" par laquelle les médias auraient eu des informations relatives à l'issue du délibéré ni ne prouve l'implication des services du Conseil* [...] *dans la divulgation de ces informations* ». La cour a pris acte, par ailleurs, du communiqué de presse que le Conseil avait pris soin de publier la veille du délibéré pour appeler l'attention sur le caractère spéculatif des annonces qui étaient faites et rappeler le droit à la présomption d'innocence dont les parties devaient bénéficier (*cf.* décision 05-D-65).

Sur la durée de la procédure (le délai raisonnable)

Dans l'**arrêt SEMUP du 21 février 2006**, la cour a écarté le moyen d'annulation tiré de la longueur excessive de la procédure, estimant qu'au regard notamment de la complexité du dossier, la durée de la procédure n'était en l'espèce pas injustifiée et rappelant que la longueur excessive de la procédure ne justifie l'annulation de cette procédure que lorsqu'il est établi qu'elle a fait obstacle à l'exercice normal des droits de la défense *: « La durée excessive d'une procédure – serait-elle démontrée, ce qui n'est pas le cas en l'espèce compte tenu de la date de la saisine, du nombre d'entreprises en cause et de la complexité du dossier qui nécessitait l'examen minutieux d'un grand nombre de documents contractuels – ne justifie l'annulation de cette procédure que lorsqu'il est établi qu'elle a fait obstacle à l'exercice normal des droits de la défense ; que la requérante n'invoquant aucune atteinte de cette nature, son moyen ne peut qu'être écarté* [31]*. »*

(Voir aussi la durée de la procédure ayant été jugée injustifiée, **15 novembre 2005, TPS)**.

31. Dans un arrêt du 13 décembre 2001 (SA Apprin Agglos), la CA 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.

Les mêmes principes ont été rappelés dans l'**arrêt Inéo du 7 mars 2006** : « *Le délai raisonnable prescrit par la* [CESDH] *doit s'apprécier au regard de l'ampleur et de la complexité de la procédure ;* [...] *la sanction qui s'attache à la violation de l'obligation de se prononcer dans un délai raisonnable n'est pas l'annulation de la procédure mais la réparation du préjudice résultant éventuellement du délai subi, sous réserve toutefois que la conduite de la procédure n'ait pas irrémédiablement privé les entreprises mises en cause des moyens de se défendre* », la cour précisant que de telles circonstances doivent alors « *être appréciées* in concreto ». En l'espèce, alors même que la cour a jugé que la durée de la procédure n'était pas anormale eu égard, d'une part, à l'ampleur et à la complexité du dossier (le dossier, relatif aux marchés de construction des ouvrages d'art pour la réalisation de l'autoroute A84, dite *« Route des estuaires »*, dans le département de la Manche, concernait quinze appels regroupant 51 ouvrages et mettant en cause 25 entreprises) et, d'autre part, à la contestation des ordonnances judiciaires par les entreprises qui justifiait que le rapporteur ait tardé à notifier les griefs par souci de ne pas s'appuyer sur des documents qui se trouvaient alors contestés, elle a annulé la décision à l'égard de l'une des sociétés mises en cause. Elle a estimé, en effet, qu'il ne pouvait être exclu que celle-ci ait été irrémédiablement privée de moyens utiles à sa défense dans la mesure où elle avait été entendue la première fois huit ans après les faits sans avoir auparavant fait l'objet d'une mesure d'enquête ou d'audition et où, n'ayant pas été attributaire des marchés concernés, on ne pouvait lui reprocher de ne pas avoir conservé les documents relatifs aux offres qu'elle avait présentées. Les autres sociétés sanctionnées, en revanche, ne pouvaient se prévaloir de la même situation, ayant été entendues au stade de l'enquête. Leur audition les ayant informées de ce qu'une procédure était en cours, elles ne pouvaient en outre invoquer la destruction ou la disparition de leurs archives.

Dans l'**arrêt Truffaut du 4 avril 2006**, la cour a estimé que la durée de la procédure n'était pas excessive au regard de la difficulté du dossier (grand nombre d'entreprises concernées, complexité des pratiques en cause). Par ailleurs, les sociétés ne pouvaient se plaindre d'aucune atteinte irrémédiable à leurs droits de la défense, soit parce que les documents publicitaires qu'elles prétendaient ne pas avoir pu produire n'étaient pas nécessaires à la contestation des griefs, soit parce qu'elles étaient légalement tenues de conserver des factures et documents comptables en application de l'article L. 123-22 du Code de commerce, soit enfin parce que l'impossibilité alléguée de recourir à des témoignages n'était pas justifiée (*cf*. décision 05-D-32).

Sur la règle non bis in idem

Dans l'**arrêt France Télécom du 4 juillet 2006**, la cour a jugé que le Conseil n'avait pas enfreint la règle *non bis in idem* en sanctionnant la pratique de ciseau tarifaire incriminée au titre d'une période déjà prise en compte dans une précédente décision concernant l'inexécution d'une injonction prononcée à titre conservatoire. Après avoir rappelé que « *s'il est constant que l'on ne peut sanctionner deux fois les mêmes infractions, cette règle n'interdit pas de condamner un manquement à des mesures conservatoires d'une part, et un comportement au fond d'autre part, même s'ils résultent des mêmes faits, sous réserve de ne pas dépasser la limite de la sanction*

maximale », la cour a constaté que les deux décisions portaient sur des pratiques différentes : inexécution d'une injonction, d'une part, et pratiques anticoncurrentielles, en elles-mêmes, d'autre part (*cf*. décision 05-D-59).

Dans l'**arrêt Bouygues Télécom du 12 décembre 2006**, la cour a écarté le reproche selon lequel, en sanctionnant distinctement les deux pratiques incriminées (échanges d'informations et accord de gel de parts de marché), le Conseil avait sanctionné deux fois la même pratique et ainsi violé la règle *non bis in idem*, les parties arguant du fait que les échanges d'informations n'avaient été que le moyen de mettre en œuvre l'entente sur le gel des parts de marché. En effet, le Conseil avait infligé une sanction pour chacune des pratiques visées par les griefs et avait seulement constaté que le dommage à l'économie résultant du gel de parts de marché avait été majoré par l'échange d'informations déjà mis en place.

- **Sur le principe de l'autorité de la chose déjà décidée en cas de procédures successives sur une demande de mesures conservatoires, sur la vérification de l'exécution d'injonctions prononcées à titre conservatoire et sur le fond**

Dans l'**arrêt France Télécom du 4 juillet 2006**, la cour a estimé qu'aucune violation de l'autorité de la chose décidée ne pouvait résulter de ce que la décision au fond avait retenu que l'infraction sanctionnée de refus d'accès avait été commise pendant le délai de deux mois qui avait été accordé à France Télécom dans une précédente décision de mesures conservatoires pour proposer aux opérateurs alternatifs une offre d'accès viable à son circuit virtuel permanent pour la fourniture d'accès à internet à haut débit par ADSL. La cour a estimé que ce délai était « *un délai de nature purement technique* » qui ne conférait aucune impunité à France Télécom pour la période correspondante. Elle a eu la même analyse s'agissant de la période allant jusqu'au lancement effectif de l'offre par l'opérateur (plus de neuf mois après la décision de mesures conservatoires) : si, en se prononçant sur l'exécution de l'injonction, le Conseil avait sanctionné seulement la non-conformité de l'offre de France Télécom, cela ne signifiait pas qu'il avait considéré comme non répréhensible le retard mis par France Télécom pour lancer effectivement son offre, retard qui pouvait donc parfaitement être sanctionné dans la décision sur le fond.

Sur la prescription

Sur l'application du nouveau délai de prescription quinquennale prévu par l'ordonnance nº 2004-1173 du 4 novembre 2004

Dans **l'arrêt Toffolutti du 12 décembre 2006**, la cour d'appel a jugé que le nouveau délai de prescription de cinq ans prévu par l'article L. 462-7 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 4 novembre 2004, était applicable aux faits de l'espèce, antérieurs à l'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions. La cour a estimé en effet que « *lorsque la prescription n'est pas acquise, les lois relatives à la prescription sont applicables immédiatement aux pratiques commises avant leur entrée en vigueur* ». En l'espèce, la prescription de trois ans n'était pas acquise lors de l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 novembre 2004 (le 6 novembre 2004) : le

nouveau délai de cinq ans devait donc s'appliquer et commencer à courir à compter du dernier acte interruptif (un soit-transmis adressé par un juge d'instruction en réponse à une demande de la présidente du Conseil), de sorte que, contrairement à ce que le Conseil avait décidé, les faits n'étaient pas prescrits. En conséquence, dans cette affaire qui n'avait pas donné lieu à la notification de griefs, la cour a renvoyé le dossier au Conseil « *aux fins de poursuite de la procédure* ».

L'analyse de la cour d'appel, qui consiste à faire une application immédiate des nouvelles dispositions relatives à la prescription prévues par l'ordonnance du 4 novembre 2004 aux faits pour lesquels l'ancienne prescription triennale n'était pas acquise à la date d'entrée en vigueur de cette ordonnance, est celle qui a été finalement adoptée par le Conseil dans des décisions rendues postérieurement à la décision annulée (voir 06-D-08, 06-D-15 ; *cf.* décision 05-D-71).

Sur l'effet interruptif de la prescription

L'effet interruptif des voies de recours exercées contre les ordonnances ayant autorisé les opérations de visite et de saisie

Dans l'**arrêt Inéo du 7 mars 2006**, la cour a confirmé l'analyse adoptée par le Conseil dans sa décision 05-D-19. Le Conseil avait estimé qu'en l'absence d'acte d'enquête effectué par les autorités de poursuite dans les trois ans qui avaient suivi la saisine ministérielle, la prescription avait été interrompue par les voies de recours exercées par les entreprises contre les ordonnances judiciaires qui avaient autorisé les opérations de visite et de saisie. Cette analyse était contestée par les sociétés qui se prévalaient, notamment, de l'arrêt groupe CAMIF du 4 juillet 2003, dans lequel la cour d'appel, optant pour une interprétation littérale des dispositions relatives à la prescription, avait jugé que les pourvois introduits par les entreprises à l'encontre des ordonnances et les arrêts rendus par la Cour de cassation – qui, en l'espèce, avait fait droit aux demandes des entreprises et annulé les ordonnances – ne visaient pas à rechercher, constater ou sanctionner des pratiques anticoncurrentielles et qu'en toute hypothèse, ces pourvois et ces arrêts ne constituaient pas « *des actes émanant d'autorités de poursuite susceptibles d'emporter un effet interruptif de prescription* ».

Dans son arrêt du 7 mars 2006, la cour d'appel a abandonné cette jurisprudence, non sans avoir rappelé que le régime de prescription en droit de la concurrence présente un caractère autonome et doit être interprété strictement [32]. Elle a jugé qu'en l'espèce, les arrêts rendus par la Haute Juridiction avaient bien interrompu la prescription en énonçant que « *les actes d'enquête, y compris les voies de recours, interrompent par eux-mêmes la prescription des faits dont le Conseil est saisi* ».

S'est ainsi trouvée avalisée l'analyse du Conseil selon laquelle « *sont interruptifs de prescription les actes, quels qu'en soient leurs auteurs, qui ont un*

32. Cour de cassation, 17 juillet 2001 (Thomson multimédia Marketing France) et 26 février 2002 (Compagnie nationale des experts).

impact sur la conduite de la procédure de sanction du Conseil et non les seuls actes d'instruction ». Le Conseil avait fait valoir en effet que « *dès lors que les opérations de visite et de saisie constituent des actes de recherche et de constatation* [...] *des pratiques anticoncurrentielles prohibées* [...], *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* [33] ».

La cour a encore précisé que la reconnaissance de l'effet interruptif de prescription des voies de recours n'est pas contraire aux droits de la défense et au droit à un procès équitable énoncés par l'article 6 de la CEDH en ce qu'elle dissuaderait les parties de se défendre et instituerait une imprescriptibilité des pratiques anticoncurrentielles : elle a souligné, en effet, qu'il n'y a pas imprescriptibilité puisque le délai recommence à courir après chaque interruption de la prescription et que les parties disposent dans le cadre de ces recours de toutes les garanties prévues par la Convention précitée.

L'effet interruptif des demandes d'informations du rapporteur

Dans l'**arrêt Unidoc du 4 juillet 2006**, la cour a confirmé le caractère interruptif de prescription des courriers adressés par le rapporteur aux sociétés pour leur demander la communication de leurs bilans et comptes de résultats ainsi que les modifications éventuellement intervenues dans leur actionnariat, raison sociale ou filiales (en ce sens, CA de Paris, SOLATRAG, 15 juin 1999 confirmé par la Cour de cassation, société Bec Frères, 20 novembre 2001). A été également reconnu l'effet interruptif de prescription d'une demande de pièces complémentaires adressée par le rapporteur à la DGCCRF (*cf.* décision 05-D-67).

L'effet interruptif du soit-transmis adressé au Conseil par un juge d'instruction

Dans l'**arrêt Toffolutti du 12 décembre 2006**, la cour d'appel a expressément reconnu le caractère interruptif de prescription d'un soit-transmis adressé par un juge d'instruction au Conseil de la concurrence à la suite d'une demande de la présidente de ce dernier [34] (*cf.* décision 05-D-71).

L'absence d'effet interruptif des actions engagées aux fins de réparation d'un préjudice

Dans l'**arrêt SA Iliad du 21 mars 2006**, la cour a confirmé l'analyse du Conseil qui avait estimé que la prescription n'avait pas été interrompue par le dépôt par la saisissante de conclusions devant une juridiction de droit commun, dans le cadre d'une procédure en concurrence déloyale l'opposant à un concurrent, même si ces conclusions tendaient à faire constater que le litige

33. Voir développements dans le rapport annuel 2005, pp. 195-196.

34. « *Il est constant que le dernier acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction des pratiques* [...] *est constitué par le "soit-transmis" du juge d'instruction du tribunal de grande instance de Rouen* [...]. »

se situait dans le cadre de pratiques anticoncurrentielles et à faire « *interroger pour avis le Conseil* » sur d'éventuelles pratiques de concertation entre son adversaire et la société France Télécom mise en cause devant le Conseil. Cette action engagée pour la protection d'un intérêt purement privé, afin de voir reconnaître une faute civile et d'obtenir des dommages et intérêts ne constituait pas, en effet, « *un acte de poursuite tendant à la défense d'un ordre public économique dont les autorités de régulation, seules, ont la charge* ».

L'absence d'effet interruptif d'une convocation aux fins d'audition jugée non utile pour la continuation de l'instruction

Dans l'**arrêt DBS du 23 mai 2006**, motif pris de l'acquisition de la prescription, la cour a annulé la décision 05-D-51 par laquelle le Conseil avait sanctionné une entente de répartition entre six entreprises, dans le cadre de marchés de travaux concernant le Parlement de Strasbourg. Était contesté le caractère interruptif de prescription d'une convocation pour audition adressée, « *alors que la prescription était sur le point d'être acquise* », par le rapporteur à l'une des sociétés : les requérantes, qui se prévalaient de l'arrêt CMA CGM du Tribunal de première instance des communautés européennes (19 mars 2003), soutenaient que cette convocation était artificielle et inutile dans la mesure où l'intéressé n'y avait jamais répondu et où le rapporteur avait néanmoins poursuivi son instruction, notamment en rédigeant la notification de griefs, sans effectuer d'autres investigations. Dans sa décision, le Conseil avait mis en avant le fait que la carence de la société ayant empêché l'audition, l'inutilité de la convocation n'était pas démontrée. Dans ses observations écrites devant la cour, il avait rappelé la jurisprudence selon laquelle une convocation interrompt la prescription indépendamment des conditions et du moment où elle intervient et indépendamment des suites qui lui sont données [35] et évoqué le principe de l'autonomie procédurale des autorités nationales de concurrence (rappelé par la Cour de cassation dans l'arrêt Pharmalab du 14 décembre 2004).

Ces analyses n'ont pas été suivies par la cour qui, après avoir énoncé qu'il lui appartenait d'apprécier le caractère interruptif de prescription des actes d'instruction [36], s'est livrée à un examen détaillé des éléments du dossier pour conclure que la convocation ne présentait pas d'utilité pour la recherche, la constatation et la sanction des pratiques dès lors que plusieurs déclarations du dirigeant convoqué, recueillies lors de l'enquête administrative, figuraient au dossier et avaient paru suffisantes au rapporteur et au Conseil pour retenir l'implication de la société. La cour a estimé que le rapporteur disposait en réalité de tous les éléments utiles à la poursuite de son

35. 12 octobre 1999, Compagnie nationale des experts ; 13 décembre 2001, Apprin Agglos.

36. « [...] *considérant que si, effectivement, une convocation constitue un acte de nature à interrompre la prescription, il convient toutefois de rechercher, sauf à conférer à ce principe une portée purement formelle n'ayant d'autre conséquence que de priver systématiquement de toute efficience le principe de la prescription, la finalité d'un tel acte ; qu'une telle recherche qui procède du pouvoir, par essence, conféré à une juridiction d'apprécier l'application d'une règle de droit à l'espèce qui lui est soumise, n'est pas de nature à porter atteinte, contrairement aux observations formulées par le Conseil, au principe d'autonomie procédurale de l'autorité nationale de concurrence.* »

instruction et que sa convocation n'avait eu pour finalité que de prolonger artificiellement le délai de prescription.

Un pourvoi en cassation a été formé par le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie contre l'arrêt de la cour d'appel.

L'absence d'effet interruptif des courriers des entreprises en réponse aux demandes du rapporteur

La cour a censuré l'analyse du Conseil dans son **arrêt société Unidoc du 4 juillet 2006** rendu sur le recours formé contre la décision 05-D-67 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la signalisation routière horizontale dans les régions de Picardie et du Nord-Pas-de-Calais. Elle a jugé que des courriers envoyés par les entreprises au rapporteur en réponse à des demandes écrites que celui-ci leur avait faites – pour solliciter la communication d'éléments relatifs à leur situation financière et à leur chiffre d'affaires, et donc nécessaires à la détermination d'éventuelles sanctions –, ne constituaient pas des actes tendant à la recherche, la constatation ou la sanction des pratiques et n'avaient donc pu interrompre la prescription : « *Des courriers d'entreprises répondant aux questions du rapporteur ne constituent pas des actes tendant à la recherche, la constatation ou la sanction des pratiques visées par l'instruction, au sens de l'article L. 462-7* [du Code de commerce], *peu important que les demandes du rapporteur revêtent elles-mêmes un tel caractère* ». La décision du Conseil a, en conséquence, été réformée en ce qu'elle retenait la culpabilité de la société Unidoc, seule parmi les quatre entreprises sanctionnées à avoir formé un recours contre la décision du Conseil.

Dans cet arrêt, la cour d'appel semble considérer qu'un acte interruptif de prescription ne peut être qu'un « *acte* » de procédure émanant de l'autorité de poursuite [37]. Cette solution vient remettre en cause la position du Conseil qui est de considérer 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, et non de leurs auteurs (*cf.* 05-D-19, 05-D-69), et que, par conséquent, les courriers des entreprises, dès lors qu'ils font suite à un acte d'instruction et qu'ils font référence à une demande du rapporteur, interrompent la prescription dans la mesure où ils contribuent à la poursuite de l'instruction (*cf*. décisions 02-D-48, 05-D-67 [38]).

Cette solution est également en contradiction avec plusieurs arrêts dans lesquels la cour d'appel de Paris a considéré comme interruptifs de prescription des actes émanant d'autres autorités que les enquêteurs ou le rapporteur, comme la décision sur le secret des affaires rendue par le président du Conseil, 13 décembre 2001, Gamm Vert ou la demande d'avis adressée au CSA et l'avis rendu subséquemment par cette autorité, 15 novembre 2005, TPS Canal Plus, ou encore les observations adressées par le ministre de l'Économie en réponse au rapport (14 janvier 2003, SA Bouygues) ou, s'agissant

37. Voir en ce sens, arrêt groupe CAMIF, rendu le 4 juillet 2003 par la cour d'appel.

38. À l'inverse, quand il ne peut être établi que le courrier de l'entreprise faisait suite à une demande du rapporteur, le Conseil considère qu'il ne constitue pas un acte tendant à la recherche, la constatation ou à la sanction des pratiques (02-D-45 « *secteur du sucre* » : les courriers faisaient référence à des « *entretiens* » avec le rapporteur et le dossier ne contenait aucune trace de demande écrite).

même d'actes émanant des entreprises elles-mêmes, des voies de recours exercées par les entreprises contre les ordonnances d'autorisation des opérations de visite et de saisie (*cf*. *supra* Inéo, 7 mars 2006).

Un pourvoi en cassation a été formé par le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie contre l'arrêt de la cour d'appel.

Sur la portée de l'effet interruptif

Dans l'**arrêt Inéo du 7 mars 2006**, la cour a précisé que l'interruption de la prescription « *vaut à l'égard de toutes les entreprises mises en cause, y compris à l'égard de celles qui n'ont pas été entendues dans le délai* [de prescription], *ou qui n'ont pas fait l'objet d'un acte d'instruction dans ce délai* » (voir dans le même sens, notamment, cour d'appel de Paris, 29 juin 2004, CNPA).

Dans l'**arrêt du 4 avril 2006, Truffaut**, la cour a confirmé le caractère interruptif de prescription d'une demande de renseignements adressée par le rapporteur à la société Royal Canin, à l'égard des distributeurs des produits de cette marque. Les distributeurs faisaient valoir que cette demande ne pouvait leur être opposée faute de lien de connexité entre les faits d'entente sur les prix qui leur étaient reprochés et ceux d'abus de position dominante imputés au fabricant qui, seuls, étaient visés dans la demande du rapporteur. La cour a relevé que la saisine ministérielle visait à la fois le fabricant et ses distributeurs pour des faits présentés *a priori* comme constitutifs d'abus de position dominante. Le Conseil étant saisi *in rem*, la prescription avait été interrompue pour l'ensemble des faits mentionnés dans la saisine et à l'égard de toutes les entreprises concernées, par la demande du rapporteur au fabricant qui portait notamment sur ses relations avec ses distributeurs et le secteur concerné, avant même que ne soient qualifiées les pratiques en cause au regard tant de l'article L. 420-1 que de l'article L. 420-2 du Code de commerce.

Sur la procédure suivie devant la cour d'appel

Sur l'applicabilité des dispositions du Nouveau Code de procédure civile à la procédure suivie devant la cour

« *Considérant que les dispositions* [...] *du Nouveau Code de procédure civile, auxquelles il n'est pas dérogé par le décret* [...] *du 19 octobre 1987 et qui ne sont pas incompatibles avec la nature propre du contentieux de la concurrence, sont applicables aux procédures suivies devant la Cour sur les recours exercés contre les décisions du Conseil de la concurrence* » **(7 février 2006, Transdev ; 4 juillet 2006 France Télécom)**.

Sur les conditions de la recevabilité des pièces déposées par les requérants

Au visa de l'article 3 du décret n° 87-849 du 19 octobre 1987 [39], la cour d'appel, dans l'**arrêt hôtel Le Bristol du 26 septembre 2006**, a déclaré d'office irrecevables

39. « *La déclaration de recours mentionne la liste des pièces et documents justificatifs produits. Les pièces et documents mentionnés dans la déclaration sont remis au greffe de la cour d'appel en même temps que la déclaration* [...] ».

une étude économique ainsi que des pièces nouvelles annexées, qui avaient été produites par les sociétés requérantes à l'appui de leur argumentation. Ces documents n'avaient pas été mentionnés dans les déclarations de recours des sociétés et la cour a estimé que leur production n'était pas justifiée par le respect des droits de la défense (*cf.* décision 05-D-64).

La cour d'appel a rappelé, par ailleurs, dans l'**arrêt Toffolutti du 12 décembre 2006**, qu'aux termes de l'article 2, alinéa 2 3°, du décret n° 87-849 du 19 octobre 1987 (ancienne version applicable aux décisions du Conseil rendues avant le 1er janvier 2006), lorsque la déclaration ne contient pas l'exposé des moyens invoqués, le demandeur doit déposer [40] cet exposé au greffe dans les deux mois suivant la notification de la décision du Conseil de la concurrence.

Sur la recevabilité d'interventions volontaires devant la cour d'appel

Après avoir rappelé, dans l'**arrêt Transdev du 7 février 2006**, que les dispositions du Nouveau Code de procédure civile sont applicables aux procédures suivies devant la cour sur les recours exercés contre les décisions du Conseil de la concurrence, à la double condition qu'il n'y soit pas dérogé par le décret du 19 octobre 1987 et qu'elles ne soient pas incompatibles avec la nature propre du contentieux de la concurrence, la cour d'appel a admis, sur le fondement des dispositions des articles 328 à 330 du Code précité, la recevabilité de l'intervention volontaire de la communauté urbaine de Bordeaux, qui n'était pas partie à la procédure suivie devant le Conseil, mais qui avait un intérêt, en tant que victime des pratiques sanctionnées, à demander à la cour la publication de l'arrêt à intervenir dans un journal local (voir aussi sur ce point, CA de Paris, 22 février 2005, STAL).

La cour a rappelé dans l'**arrêt SADE du 25 avril 2006**, que dans le cadre d'un recours contre une décision du Conseil, une intervention volontaire doit être formée, en application des articles 2 et 7 du décret du 19 octobre 1987, par déclaration écrite en triple exemplaire déposée contre récépissé au greffe de la cour. La cour a déclaré par conséquent irrecevable l'intervention d'une société qui n'avait pas formé son intervention dans les conditions requises.

Voir aussi pour une intervention volontaire déclarée irrecevable pour défaut d'intérêt personnel et direct à agir : **4 juillet 2006, France Télécom**, et pour une intervention déclarée recevable mais non fondée (sans objet) : **12 décembre 2006, Bouygues Télécom**.

Sur les pouvoirs du premier président de la cour d'appel statuant en application de l'article L. 464-8 du Code de commerce [41]

« *Il appartient au premier président, statuant dans le cadre* [de l'article L. 464-8 du Code de commerce], *non de contrôler la légalité de la décision*

40. À peine d'irrecevabilité prononcée d'office.

41. « [...]. *Le recours n'est pas suspensif. Toutefois, le premier président de la cour d'appel de Paris peut ordonner qu'il soit sursis à l'exécution de la décision si celle-ci est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou s'il est intervenu, postérieurement à sa notification, des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité* ».

objet du recours, qui sera examinée dans le cadre du recours au fond, mais de vérifier si l'exécution de cette décision est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives, lesquelles doivent être identifiées concrètement ; qu'il suit de là [...] *que n'est pas recevable le moyen tiré de la violation des droits de la défense devant le Conseil de la concurrence en ce que la décision statuerait sur un grief non notifié* » **(ordonnance du 21 mars 2006, ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie – « Monnaie de Paris »)**.

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

Dans l'**arrêt Transdev du 7 février 2006**, la cour 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 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* ». La cour a précisé que ces observations peuvent contenir des éléments qui ne figurent pas dans la décision attaquée lorsqu'il s'agit de répondre à l'argumentation des requérants : « *cette disposition a pour objet de permettre au Conseil d'apporter à la cour les éclaircissements qu'appellent les moyens et arguments articulés par les parties au soutien de leurs recours, en se référant au besoin à des éléments qui n'auraient pas été mentionnés dans la décision* » (voir dans le même sens, CA de Paris, 30 mars 2004, Novartis Pharma, 13 décembre 2005, société Appia Revillon).

Dans l'**arrêt France Télécom du 4 juillet 2006**, la cour a écarté le moyen tiré de la rupture de l'égalité des armes qui aurait résulté de ce que le Conseil, dans ses observations écrites, aurait aggravé la décision et ajouté une nouvelle « *imputation extrêmement grave* » en indiquant que les pratiques en cause avaient empêché les opérateurs tiers de se préparer au dégroupage. La cour a rappelé que « *la faculté offerte au Conseil* [...] *de présenter des observations écrites portées à la connaissance des parties, 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 outre, en l'espèce, le Conseil avait déjà expressément pris en compte dans sa décision, au titre de l'appréciation du dommage causé à l'économie, le retard pris dans le développement du dégroupage.

Sur le désistement tardif du requérant

Dans un **arrêt du 23 mai 2006 (Chepar)**, la cour a donné acte à la société Chepar de son désistement du recours qu'elle avait engagé contre la décision 05-D-30, par laquelle le Conseil avait rejeté, faute d'éléments probants, sa saisine dirigée contre la société Auchan. Compte tenu du caractère tardif de ce désistement, la société Chepar a été condamnée à payer la somme de 40 000 € au titre de l'article 700 du Nouveau Code de procédure civile à la société Auchan dont la mise en cause avait pourtant été ordonnée par la cour.

Sur le fond

Sur la définition du marché pertinent

Dans l'**arrêt Transdev du 7 février 2006**, la cour a confirmé la définition d'un marché national du transport urbain de personnes, constitué d'une juxtaposition de marchés locaux, cette définition étant justifiée par l'existence d'un oligopole constitué par les trois groupes en cause, d'envergure nationale et internationale, présentant des parts de marché stables, capables de répondre aux appels d'offres des collectivités à côté de petites entreprises locales, et qui se partageaient la majeure partie du marché à l'époque des faits.

Dans l'**arrêt Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes du 7 mars 2006**, la cour a approuvé la délimitation d'un marché du nettoyage ponctuel des prothèses dentaires amovibles, par des procédés particuliers comme les ultrasons et le polissage, destiné à une remise en état des prothèses non correctement entretenues. La cour a retenu notamment qu'une telle intervention – qui ne constituait pas un acte médical couvert par la Sécurité sociale – ne nécessitait ni connaissances médicales, ni intervention en bouche requérant la présence d'un chirurgien-dentiste.

Dans l'**arrêt Truffaut du 4 avril 2006**, la cour a adopté une analyse du marché quelque peu différente de celle retenue par le Conseil. Celui-ci avait délimité un marché de la vente d'aliments secs pour chiens en magasins spécialisés. La cour a inclus dans le marché pertinent les vétérinaires et les éleveurs, en retenant que ces prescripteurs étaient, comme les magasins spécialisés, offreurs de produits haut de gamme et pouvaient jouer le rôle de conseils auprès des clients. La cour a jugé inopérante la circonstance retenue par le Conseil pour exclure ce circuit de distribution, que ces prescripteurs bénéficiaient d'un mode d'approvisionnement qui leur était propre. Le marché pertinent retenu par la cour a donc été celui de la vente d'aliments secs pour chiens dans la distribution spécialisée (en magasins spécialisés et chez les éleveurs et vétérinaires) sur le territoire national.

Cette modification a toutefois été sans incidence quant à la position dominante occupée par la société Royal Canin sur le marché nouvellement défini. Outre une part de marché légèrement supérieure à 40 %, la cour a pris en compte le caractère incontournable de la marque pour les détaillants [42] – constitutive d'une barrière à l'entrée –, la forte notoriété de la société en tant qu'opérateur historique, l'étendue de son réseau de distribution sur tout le territoire national et sa forte présence dans les grands magasins spécialisés et auprès des prescripteurs.

Dans l'**arrêt société hôtel Le Bristol du 26 septembre 2006**, la cour a approuvé en tous points l'analyse du Conseil, en confirmant l'existence d'un marché des palaces parisiens regroupant les six établissements sanctionnés dans la décision 05-D-64 pour des échanges d'informations illicites. Cette délimitation reposait sur le constat d'une demande spécifique émanant principalement d'une clientèle « *tourisme* » le plus souvent étrangère et très

42. Élément reconnu déjà par la Commission européenne dans la décision M 2544 Masterfoods/Royal Canin du 15 février 2002.

fortunée, peu sensible au prix, mais très sensible au prestige, à l'image de luxe et aux services (personnels nombreux et dédiés au service de la clientèle, restaurant de prestige, suites prestigieuses par leur taille, leur décoration ou leur histoire...) que les six établissements en cause étaient les seuls à pouvoir offrir, au contraire des hôtels « *quatre étoiles luxe* ». À cet égard, la cour a particulièrement relevé que le revenu moyen par chambre (*id est* la moyenne des prix effectivement payés par les clients) était, pour les palaces, environ le double de celui des hôtels « *quatre étoiles luxe* ». La cour a par ailleurs confirmé la délimitation géographique du marché à la ville de Paris, soulignant que, pour la clientèle concernée, majoritairement touristique, la destination restait le premier critère de choix. Enfin, la cour a relevé que la délimitation du marché pertinent ressortait du choix même des six palaces de restreindre à leur seul cercle les échanges d'informations.

« Considérant qu'entrent dans les prévisions de l'article [L. 420-2 du Code de commerce] *les rabais de couplage, lorsqu'une telle remise opère entre un marché amont sur lequel l'entreprise couplante est en monopole et un marché aval lui-même ouvert à la concurrence, dont le produit offert sur le marché amont est un entrant obligé, et que cette pratique a un effet ou un objet anticoncurrentiel ».* Dans l'**arrêt Syndicat des Eaux d'Île-de-France du 26 septembre 2006**, la cour a confirmé l'existence d'un marché amont de l'offre de l'eau en gros. Elle a ainsi écarté l'argumentation de la Lyonnaise des Eaux qui contestait la distinction opérée par le Conseil entre, d'une part, le marché amont de la production, du stockage et du transport de l'eau et, d'autre part, le marché aval de la distribution : la Lyonnaise des Eaux expliquait que la demande des collectivités portait sur la gestion globale du service de l'eau, sans distinction entre la fourniture et la distribution, et qu'elle-même n'avait pas présenté une offre séparée pour la fourniture si bien qu'il était impossible d'identifier un marché de gros et de distinguer un produit *« liant »* (l'eau en gros) et un produit *« lié »* (la distribution). Ainsi, les conditions de l'abus de position dominante par rabais de couplage relatives au marché (opérateur, en position dominante sur un marché, fournissant deux produits sur deux marchés distincts), n'auraient pas été réunies.

La cour a reconnu que les appels d'offres lancés par les communes portaient sur la délégation de la seule gestion du service public de la distribution de l'eau, l'approvisionnement en eau étant à la charge du seul délégataire (soit qu'il produise l'eau, soit qu'il l'acquiert), cette distinction résultant de la spécificité de la situation en Île-de-France où la plupart des communes sont propriétaires seulement des installations nécessaires à la distribution de l'eau (en aval) et non pas de celles concernant les autres opérations en amont (production/transport/stockage). La cour a rappelé que la nature distincte des deux marchés de production et de distribution de l'eau avait déjà été affirmée par la Cour de cassation et elle-même dans des arrêts rendus antérieurement dans cette même affaire concernant des demandes de mesures conservatoires [43].

La cour a avalisé également la délimitation géographique des deux marchés considérés en confirmant notamment que la Lyonnaise des Eaux était bien

43. CA de Paris, Suez-Lyonnaise des Eaux, 29 juin 1998 et Cour de cassation, même affaire, 3 mai 2000.

en monopole de fait sur le marché de la fourniture en gros de l'eau dans le bassin dont dépendent les communes de l'Essonne concernées par les appels d'offres et que ces communes ne disposaient d'aucune solution d'approvisionnement alternatif économiquement viable compte tenu des contraintes techniques, juridiques et financières propres à la zone géographique. Elle a également approuvé la délimitation du marché de la délégation du service public de la distribution aux 55 communes de l'Essonne desservies par les installations de la Lyonnaise des Eaux, marché dominé par cette dernière du fait de « *la maîtrise qu'elle exerce sur les ressources essentielles et sur la chaîne amont des installations, mais aussi du fait qu'elle détient 100 % des délégations sur ce marché spécifique* ». De même, la cour a confirmé la définition du marché de la fourniture d'eau aux consommateurs situés sur le territoire des 144 communes adhérentes au Syndicat des Eaux d'Île-de-France, ainsi que la situation de monopole de fait du SEDIF sur ce territoire.

Dans l'**arrêt Chaned du 7 novembre 2006**, la cour a confirmé la définition du marché de la formation à distance regroupant différents segments (formation initiale, formation professionnelle continue, éducation permanente) sur lequel le Centre national d'enseignement à distance (CNED), en raison de parts de marché importantes et d'une forte notoriété, occupait vraisemblablement une position dominante. La cour a relevé que le CNED disposait d'une position dominante également sur le segment de la formation permanente (*cf.* décision 05-D-68).

Sur les pratiques d'entente

Sur les pratiques mises en œuvre par des organismes professionnels

Dans l'**arrêt Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes du 7 mars 2006**, la cour a confirmé le caractère anticoncurrentiel des pratiques mises en œuvre par l'Ordre des chirurgiens-dentistes dont le Conseil national et le conseil départemental du Puy-de-Dôme avaient tenté d'empêcher une prothésiste de proposer aux personnes âgées résidant en maisons de retraite, un service de nettoyage et d'entretien des prothèses amovibles par ultrasons. Le conseil départemental, soutenu par le Conseil national, avait adressé aux directeurs des maisons de retraite une lettre circulaire interprétant la législation applicable, dénigrant la prestation offerte par la prothésiste et indiquant que les chirurgiens-dentistes étaient seuls habilités à décider de la nécessité d'un nettoyage par une technique appropriée. La cour a considéré que l'action des instances ordinales avait eu pour objet et effet d'empêcher la prothésiste d'accéder au marché concerné et d'en réserver l'accès aux seuls chirurgiens-dentistes.

Sur les ententes horizontales

Échanges réguliers d'informations confidentielles et stratégiques sur un marché oligopolistique

À deux reprises, la cour d'appel a confirmé le caractère anticoncurrentiel de pratiques consistant pour des entreprises concurrentes sur un marché

oligopolistique « *fortement concentré* » à échanger régulièrement des informations confidentielles et stratégiques contribuant ainsi à accroître la transparence et amoindrir la concurrence subsistant sur le marché.

Dans l'**arrêt hôtel Le Bristol du 26 septembre 2006**, la cour a confirmé dans son intégralité la décision 05-D-64 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces parisiens. Le Conseil avait sanctionné six établissements hôteliers parisiens de luxe (le Bristol, le Crillon, le George V, le Meurice, le Plaza Athénée et le Ritz) qui, de 1999 à 2001, avaient échangé régulièrement des informations, à la fois confidentielles et stratégiques, sur leurs activités et leurs résultats respectifs. Faisant application de la jurisprudence communautaire dite « *des tracteurs anglais* » (ou John Deere) (TPI, 27 octobre 1994 et CJCE, 28 mai 1998), le Conseil avait considéré que, compte tenu de la nature oligopolistique du marché des palaces parisiens, ces échanges – bien que n'ayant pas été mis en œuvre pour réaliser une entente distincte et n'ayant pas porté sur les prix – avaient altéré le jeu normal de la concurrence en favorisant un équilibre collusif.

La cour a fait sienne l'analyse du Conseil dans un considérant de principe emprunté à la jurisprudence communautaire précitée : « *Considérant que si la transparence entre les acteurs économiques n'est pas susceptible, sur un marché concurrentiel, de restreindre l'autonomie de décision et par suite la concurrence entre les offreurs au sens de l'article L. 420-1 du Code de commerce compte tenu du caractère atomisé de l'offre et de l'incertitude subsistant pour chacun des opérateurs économiques quant au caractère prévisible du comportement de ses concurrents, il en va autrement sur un marché oligopolistique fortement concentré où l'échange régulier entre les acteurs assurant la majeure partie voire la totalité de l'offre, selon une périodicité rapprochée et systématique, d'informations nominatives, précises et non publiques sur le marché est de nature à altérer sensiblement la concurrence qui subsiste entre les opérateurs économiques dès lors que la mise en commun régulière et rapprochée de ces informations a pour effet de révéler périodiquement à l'ensemble des concurrents les positions sur le marché et les stratégies de chacun d'eux.* » Pour la cour, cette hypothèse était bien celle des échanges entre les palaces.

La cour a d'abord confirmé que le marché présentait « *la structure d'un oligopole fortement concentré* » comprenant un faible nombre d'acteurs tous impliqués dans les échanges, une stabilité des positions de ces acteurs sur ce marché, l'homogénéité des produits et des services offerts, l'existence d'une structure de coûts similaires caractérisée par des coûts fixes élevés et de fortes barrières à l'entrée. Elle a confirmé ensuite le caractère nominatif, non public, confidentiel, des données échangées (qui portaient notamment sur le taux d'occupation des palaces, le prix moyen par chambre louée [44] et sur le revenu moyen par chambre disponible [45]), ainsi que le caractère systématique, régulier et rapproché des échanges. Elle a confirmé en particulier le caractère stratégique des informations échangées qui permettait à chaque palace « *de connaître d'une manière précise et immédiate non seulement*

44. Soit le rapport entre le chiffre d'affaires hébergement ht et le nombre de chambres louées.

45. Soit le rapport entre le chiffre d'affaires hébergement ht et le nombre de chambres disponibles.

les performances de ses concurrents, mais aussi les modifications éventuelles de leur politique commerciale, réduisant ainsi de manière significative la concurrence subsistant sur [le] *marché* ». Elle a souligné encore l'ancienneté des pratiques. Enfin, elle a écarté l'objection fondée sur l'absence de constatation de menaces de représailles, élément jugé non nécessaire à la démonstration « *dès lors que ces échanges, librement consentis, permettaient à chacun des membres de l'oligopole d'exercer une surveillance sur les cinq autres* [...] *et n'avaient jamais été remis en cause jusqu'à l'ouverture de l'enquête* ».

La cour a conclu que « *la mise en commun de ces données non publiques* [avait] *assuré une transparence artificielle des paramètres du marché, dès lors caractérisé par un équilibre collusif* ». Elle a souligné l'existence des effets anticoncurrentiels réels qui avaient été révélés par l'instruction, s'agissant de la convergence des évolutions du prix moyen des établissements au cours de la période considérée.

De même, dans l'**arrêt Bouygues Télécom du 12 décembre 2006**, la cour a entièrement confirmé la décision 05-D-65 par laquelle le Conseil, à la suite d'une autosaisine suivie d'une saisine de l'UFC-Que Choisir, avait sanctionné les trois opérateurs mobiles (Orange France, SFR et Bouygues Télécom) pour avoir mis en œuvre des pratiques d'entente sur le marché de la téléphonie mobile de détail. Ces pratiques avaient consisté, d'une part, en des échanges réguliers d'informations confidentielles et stratégiques, de 1997 à 2003, portant sur les nouveaux abonnements et les résiliations enregistrés par les opérateurs, d'autre part, entre 2000 et 2002, en un accord portant sur la stabilisation de leurs parts de marché respectives autour d'objectifs définis en commun (accord de gel de parts de marché) (voir *infra* « *Ententes de répartition sur un marché oligopolistique* »).

Les sociétés requérantes contestaient, en premier lieu, l'objet et l'effet anticoncurrentiel des échanges d'informations, expliquant en substance que les données concernées étaient des données globales, publiques et *a posteriori*, qui n'étaient pas de nature à permettre un accroissement de la transparence du marché. Comme dans l'arrêt rendu dans l'affaire des palaces parisiens, la cour d'appel a adopté l'analyse du Conseil fondée sur la jurisprudence communautaire relative aux échanges d'informations intervenant sur un marché oligopolistique [46].

La cour a confirmé que le marché de la téléphonie mobile de détail était « *un marché oligopolistique fortement concentré, constitué de trois opérateurs assurant la totalité de l'offre, et à caractère fermé, en raison de fortes barrières*

46. « *Si la transparence entre les acteurs économiques n'est pas susceptible, sur un marché concurrentiel, de restreindre l'autonomie de décision et par suite la concurrence entre les offreurs au sens de l'article L. 420-1 du Code de commerce compte tenu du caractère atomisé de l'offre et de l'incertitude subsistant pour chacun des opérateurs économiques quant au caractère prévisible du comportement de ses concurrents, il en va autrement sur un marché oligopolistique fortement concentré où l'échange régulier entre les acteurs assurant la majeure partie voire la totalité de l'offre, selon une périodicité rapprochée et systématique, d'informations nominatives, précises et non publiques sur le marché est de nature à altérer sensiblement la concurrence qui subsiste entre les opérateurs économiques dès lors que la mise en commun régulière et rapprochée de ces informations a pour effet de révéler périodiquement à l'ensemble des concurrents les positions sur le marché et les stratégies de chacun d'eux.* »

à l'entrée dues à la rareté des fréquences, à l'obligation d'obtenir une licence qui en découle et aux coûts fixes extrêmement importants liés au déploiement d'un réseau couvrant l'ensemble du territoire ». Elle a constaté que les données échangées entre les opérateurs, concernant leurs volumes de ventes brutes, de résiliations et de ventes nettes, si elles étaient effectivement transmises à l'ART, n'étaient pas pour autant rendues publiques, s'agissant du moins des chiffres relatifs aux ventes brutes en volume et aux résiliations. La cour a souligné qu'il ressortait de certaines pièces saisies que les intéressés avaient d'ailleurs une parfaite conscience du caractère confidentiel des données qu'ils s'échangeaient. En outre, les échanges portaient sur des données précises, ils étaient réguliers et systématiques et révélaient aux trois opérateurs la position de chacun sur le marché, leur permettant ainsi de connaître leurs stratégies réciproques et d'évaluer les effets des politiques commerciales de leurs concurrents (notamment le volume de clients nouveaux et conservés). La cour a conclu qu'« *en contribuant à réduire de manière significative l'incertitude quant au comportement de chacun sur le marché* [...], *pendant la période 1997-2003, les trois opérateurs* [avaient] *nettement restreint leur autonomie décisionnelle et ainsi contrevenu aux dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce* ».

Ententes de répartition sur un marché oligopolistique

Dans l'**arrêt Transdev du 7 février 2006**, la cour a entièrement confirmé la décision 05-D-38 par laquelle le Conseil avait sanctionné trois grandes entreprises de transport, pour s'être concertées pendant plusieurs années au niveau national, en vue de se répartir le marché du transport public urbain de voyageurs. La cour a ainsi approuvé l'analyse du Conseil qui avait démontré, au-delà des rencontres bilatérales intervenues entre les trois entreprises au sujet de marchés locaux, une entente tripartite organisée au plan national. Cette démonstration reposait, en premier lieu, sur un faisceau d'indices concernant le comportement des dirigeants des groupes au niveau central (rencontres entre les dirigeants centraux pour se répartir plus de 20 marchés locaux) et celui des opérateurs locaux, indices dont la cour a reconnu le caractère probant et concordant. S'est ainsi trouvé avalisé le raisonnement du Conseil qui avait consisté à considérer que, sur le marché oligopolistique concerné – le marché national du transport urbain de personnes – l'entente tripartite était établie, en l'absence de preuve de rencontres tripartites entre les entreprises, dès lors seulement que dans les échanges bilatéraux entre l'entreprise K et l'entreprise C, d'une part, et entre l'entreprise K et l'entreprise T, d'autre part, l'entreprise K (la plus importante des trois) qui avait participé aux deux niveaux d'échanges, « *servait de pivot naturel à l'entente et jouait le rôle d'interface entre les deux autres entreprises pour coordonner leur stratégie d'ensemble* ». La cour a jugé indifférent le fait que certains indices relevés ne concernaient que deux des entreprises poursuivies, dès lors que d'autres indices montraient, sans équivoque, entre les trois groupes, « *un vaste pacte de non-agression* » portant même sur les marchés connexes des transports interurbains et scolaires. La démonstration reposait, en second lieu, sur le constat de possibilités de surveillance et de représailles (dont une illustration avait été observée localement), venant assurer la stabilité et la pérennité du cartel, peu important, selon la cour, l'absence de démonstration d'un accord précis des parties sur ces mécanismes.

L'entente nationale avait eu plusieurs applications au plan local qui avaient fait l'objet de griefs. Ces ententes locales n'avaient toutefois pas été sanctionnées en tant que telles par le Conseil, mais avaient seulement été examinées pour vider la saisine et étayer sa démonstration de l'entente nationale.

La cour a estimé que le caractère explicite de l'entente conclue au niveau national rendait inopérantes les explications avancées par les sociétés, relatives aux particularités du marché des transports, effectivement marqué par une concurrence atténuée (tenant à la lourdeur et au coût du dépôt de candidatures, à la prime donnée au sortant...), particularités qui rendaient seulement « *difficile l'appréciation concrète des conséquences de l'entente* », ce que le Conseil avait admis, mais qui ne privaient pas les pratiques d'effet anticoncurrentiel et ne pouvait conduire à les exempter.

Dans l'**arrêt Bouygues Télécom du 12 décembre 2006**, la décision 05-D-65 du Conseil a été pleinement approuvée s'agissant de la seconde pratique sanctionnée : l'accord entre les trois opérateurs de téléphonie mobile portant sur le gel de leurs parts de marché. La cour a estimé qu'aucune confusion ne résultait, dans la rédaction du grief ou de la décision du Conseil, de l'utilisation des notions de « *pratique concertée* », d'« *accord* », de « *gel de parts de marché* » ou de « *stabilisation des parts de marché* » : la notification de griefs visait clairement des pratiques de concertation dont la démonstration reposait notamment sur des documents émanant des opérateurs eux-mêmes et faisant référence à un « *pacte* ». Le Conseil avait établi, à partir d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants, une pratique concertée résultant de ce « *pacte* », dont l'objet était le gel des parts de marché, et qui avait eu pour effet de stabiliser ces parts de marché autour de cet objectif défini en commun. On ne pouvait, par conséquent, reprocher au Conseil d'avoir atténué la charge de la preuve, puisqu'il n'avait fait que préciser les implications du grief. La cour a reconnu la valeur probante des documents écrits retenus à charge, et notamment une note manuscrite saisie dans les locaux de SFR et émanant d'un cadre de cette société, faisant état d'une proposition de répartition des parts de marché en ventes brutes pour l'année 2001, établie grâce aux chiffres réels de parts de marché en ventes brutes réalisées en 2000, et au rappel des objectifs de réalisation de parts de marché en ventes nettes pour l'année antérieure. La cour a pris également en considération des notes manuscrites du directeur général d'Orange France faisant état d'un « *Yalta PDM* », estimant que « *cette expression, en dépit des contestations soulevées par les requérantes, évoque, par ses références historiques évidentes, une stratégie des trois opérateurs en vue de stabiliser et de se partager le marché selon des parts de marché prédéfinies* ». La cour a jugé que l'accord s'était effectivement manifesté au travers des politiques commerciales similaires – voire identiques – adoptées par les trois opérateurs qui avaient *« choisi de concert de privilégier leur rentabilité, voire d'organiser leur "surrentabilité", alors même que le marché, malgré un ralentissement de la croissance, bénéficiait encore d'un bon potentiel de développement* », cette orientation étant attestée par l'analyse des coûts d'acquisition (se traduisant par une baisse ou une stabilité des commissions des distributeurs et des subventions des terminaux, freinant toute incitation respectivement à la vente ou à l'achat) ou les formules utilisées par les opérateurs dans leurs actions de communication (« *réussite de la politique de*

pacification », « *stopper la course à la part de marché »*, *«* [passage] *d'une stratégie de croissance à une stratégie de valorisation des fruits de la croissance* »). La cour a écarté, par ailleurs, les diverses critiques des entreprises qui se prévalaient de la baisse du prix des communications, des divergences de leurs politiques commerciales, de la volatilité du marché, de la comparaison avec les autres marchés européens : elle a retenu, en particulier, qu'au-delà de la diminution des prix des communications invoquée par Bouygues, le reproche formé à l'encontre des opérateurs n'était « *pas réductible à une stricte hausse de leurs tarifs mais* [était] *fondé sur les mécanismes qu'ils avaient mis en place pour piloter le marché de façon à réaliser leurs objectifs de parts de marché* », ces derniers ayant « *notamment conduit à ce qu'ils augmentent ou à ce qu'ils ne diminuent pas de manière significative leurs prix, eu égard à la situation de croissance du marché* ». Au terme de son analyse, la cour a conclu que la pratique concertée avait effectivement permis aux sociétés de parvenir à une stabilité des parts de chacune sur le marché et qu'elle avait été facilitée, pour la période 2000-2002, par l'échange régulier d'informations mis en place par les opérateurs [47] « *qui leur fournissait un instrument de surveillance efficace* [...] *ainsi que les moyens de mettre en œuvre les politiques nécessaires à la réalisation des objectifs prédéfinis* ».

Échanges d'informations ou concertations à l'occasion d'appels d'offres

Dans l'**arrêt Inéo du 7 mars 2006**, la cour a confirmé la décision 05-D-19 relative aux marchés de construction d'ouvrages d'art sur l'autoroute A84, dite « *Route des estuaires* », dans le département de la Manche. Le Conseil avait sanctionné 21 entreprises qui avaient participé à une concertation générale portant sur une cinquantaine de marchés, concertation qui s'était traduite par des informations échangées lors de réunions avant le dépôt des offres et qui avait abouti à une entente de répartition au moyen d'offres de couverture ou d'abstentions de soumissionner. La cour a confirmé que la participation des entreprises à l'entente était établie au terme d'une minutieuse motivation, dont on retiendra particulièrement les points suivants :

– la cour a rappelé qu'un document saisi dans les locaux d'une entreprise peut valablement être opposé, non seulement à l'entreprise dont il émane, mais également à des entreprises tierces qui en ont été destinataires ou qui y sont mentionnées ;
– la cour a considéré que le fait que certaines sociétés ayant participé à l'entente aient pu obtenir des informations détenues par la DDE à la suite de fuites, voire d'une collusion, ne peut constituer pour elles une cause d'exonération, notamment au sens de l'article L. 420-4 du Code de commerce.

Elle a encore jugé qu'étaient sans incidence les circonstances :

– que les estimations du maître d'ouvrage avaient été revues à la baisse ;
– que les offres présentées avaient induit dans certains cas pour l'entreprise soumissionnaire une marge faible ou négative ;
– que les marchés avaient été finalement attribués pour un montant inférieur à l'estimation initiale.

47. Voir même arrêt *supra*.

Dans l'**arrêt SADE du 25 avril 2006**, la cour a confirmé en grande partie la décision 05-D-26 par laquelle le Conseil avait sanctionné une entente impliquant une dizaine d'entreprises, mise en œuvre lors de la passation de marchés de travaux publics dans le département de la Meuse. Les entreprises en cause avaient échangé des informations avant la remise de leurs offres et procédé à des répartitions de marchés, et pour deux d'entre elles, déposé des offres présentées faussement comme étant indépendantes. La cour a relevé une erreur dans le raisonnement du Conseil s'agissant de la situation de l'une des sociétés sanctionnées : le Conseil avait retenu l'implication de celle-ci dans les échanges d'informations, alors qu'en réalité, elle n'avait fait qu'adresser une grille de prix à une entreprise avec laquelle elle envisageait de répondre en groupement, ce qui n'était pas illicite, et cette dernière – dont la culpabilité n'était pas contestée – avait, de sa seule initiative, transmis cette grille à des entreprises concurrentes. La cour a donc estimé qu'aucun échange illicite ne pouvait être retenu contre cette société qui a été mise hors de cause. En revanche, l'implication des autres entreprises a été confirmée, de même que les sanctions prononcées à leur encontre.

Absence d'entente entre une entité et son émanation dénuée d'autonomie

Dans l'**arrêt société Trans Côte d'Azur du 4 juillet 2006**, la cour a entièrement confirmé la décision 05-D-60, par laquelle le Conseil avait rejeté la saisine et la demande de mesures conservatoires de la société Trans Côte d'Azur, qui avait dénoncé des pratiques mises en œuvre sur le marché de la desserte de l'île de Saint-Honorat, par la congrégation cistercienne de l'Immaculée Conception, propriétaire de l'île, la société Planaria, émanation de la congrégation, créée pour assurer le transport des passagers, l'État et la ville de Cannes. Ces pratiques étaient présentées comme constitutives, non seulement d'un abus de position dominante [48], mais aussi d'une entente illégale, qui aurait consisté pour la congrégation à organiser une desserte monopolistique de l'île au bénéfice de la société Planaria, dont elle était l'unique actionnaire, avec la complicité de l'État et de la commune de Cannes. Le Conseil s'était déclaré incompétent pour connaître une partie des faits, qui concernait des décisions administratives prises par le préfet et par la ville de Cannes [49]. Sur le fond, il avait estimé que les éléments apportés ne permettaient pas de retenir l'entente dénoncée. Aucune entente ne pouvait en effet exister entre la congrégation et sa propre société de transport Planaria, qui ne disposait d'aucune autonomie.

Sur les ententes verticales

Dans les relations fournisseurs/distributeurs

Dans l'**arrêt Truffaut du 4 avril 2006**, la cour a confirmé en grande partie la décision 05-D-32 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Royal Canin et son réseau de distribution. Le Conseil avait sanctionné Royal Canin

48. Voir *infra*.
49. Voir *supra*.

pour avoir été l'instigateur d'une série d'ententes verticales avec les membres de son réseau de distribution. En premier lieu, différentes clauses insérées dans les contrats « *Alliance service* » formalisant les relations entre le fournisseur et son réseau de distribution, réservaient l'exclusivité de la commercialisation des produits haut de gamme de la marque au circuit des magasins spécialisés et assuraient une parfaite étanchéité entre le circuit de ces magasins spécialisés et celui de la grande distribution qui, ainsi, commercialisaient chacun des gammes de produits différents : les diverses gammes de croquettes étaient destinées exclusivement à l'un ou l'autre des circuits et les croquettes haut de gamme Royal Canin étaient totalement absentes de la grande distribution. En deuxième lieu, par le biais de ces mêmes contrats « *Alliance service* », Royal Canin imposait des prix de revente à ses grossistes dont il contrôlait le respect par un mécanisme de remontées d'informations. Enfin, Royal Canin était à l'origine d'une série d'ententes sur le marché de détail, visant à imposer des prix de vente aux consommateurs : les prix publics indicatifs établis et diffusés par le fabricant étaient en réalité des prix de détail imposés, relayés par les grossistes et les centrales de franchisés auprès des détaillants qui les appliquaient scrupuleusement.

Ces pratiques de restriction de clientèle et de prix imposés avaient été retenues à l'encontre de Royal Canin également au titre d'un abus de position dominante (voir *infra*).

La cour a entièrement approuvé l'analyse du Conseil, tant sur la pratique de restriction de clientèle, que sur celle d'imposition de prix de vente aux grossistes-distributeurs.

La cour a ainsi confirmé que les stipulations des contrats « *Alliance service* » prévoyaient des accords d'exclusivité réciproque entre Royal Canin et ses grossistes, en vertu desquels le fournisseur consentait une exclusivité territoriale à ces derniers cependant que les grossistes s'interdisaient de distribuer des marques et des produits concurrents et s'engageaient à ne servir que la distribution spécialisée. L'observation scrupuleuse de ces exclusivités avait entraîné une totale étanchéité des réseaux de distribution entre eux, les croquettes haut de gamme Royal Canin étant absentes de la grande distribution. La cour a jugé indifférent le fait que les contrats n'édictaient pas une interdiction formelle de vente aux grandes surfaces alimentaires (GSA) ou que n'avaient pas été constatés des refus de vente à ces mêmes GSA qui étaient approvisionnées en produits de gammes différentes au sein d'un circuit de distribution géré distinctement par le fabricant. La circonstance que les contrats n'avaient pas été signés par les grossistes-distributeurs a été jugée tout aussi inopérante : la cour a relevé en effet que les contrats avaient fait l'objet d'un accord tacite des grossistes, dès lors qu'après une période de concertation de plus de deux ans, ils leur avaient été communiqués et avaient reçu exécution au travers de différentes dispositions et mesures qui s'y rattachaient nécessairement (documents délimitant les zones d'intervention des grossistes, contrats d'objectifs...). La part de marché de la société Royal Canin sur le marché en cause, supérieure à 30 %, la privait du bénéfice de l'exemption prévue par le règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999 qu'elle revendiquait.

La décision du Conseil a été pareillement confirmée s'agissant du grief d'imposition des prix de gros. La cour a relevé « *une adhésion générale des*

grossistes au système proposé » par Royal Canin, qui éditait à leur intention des barèmes de prix de vente aux détaillants comportant une date d'entrée en vigueur commune et reprenant des tarifs arrêtés à l'issue de réunions organisées au plan national. Selon la cour, cette adhésion des grossistes ne pouvait être déniée par la justification, par certains des intéressés, de la non-application ponctuelle ou partielle des tarifs imposés. La cour a, par ailleurs, jugé indifférents le défaut de constatation de mesures de coercition « *que la situation ne rendait pas nécessaires* » et l'installation des grossistes sur des zones de chalandise distinctes, puisque le système mis en place empêchait, de fait, toute concurrence intramarque entre les grossistes, y compris dans le cas de ventes passives hors territoire.

La cour a estimé que les effets anticoncurrentiels de la pratique étaient réels, renforcés par un système contractuel de remontées mensuelles d'informations, et que le système mis en place, reposant sur la juxtaposition d'exclusivité territoriale, d'exclusivité réciproque entre Royal Canin et ses grossistes et de prix de revente imposés, avait éliminé toute concurrence intramarque, « *les détaillants n'ayant d'autre choix que de s'adresser au grossiste prescrit par Royal Canin et de s'approvisionner au prix unique imposé* ».

Si l'analyse du Conseil a été également approuvée quant à la pratique d'imposition des prix de détail, la cour a estimé à son tour que l'homogénéité des prix relevée ne pouvait s'expliquer par un simple parallélisme de comportements et une entente horizontale entre les revendeurs, mais seulement par une série d'ententes verticales entre Royal Canin, ses grossistes-distributeurs et ses revendeurs autour d'un prix de revente déterminé par le fournisseur, deux des détaillants sanctionnés ont toutefois été mis hors de cause. Au regard des relevés effectués par l'administration qui portaient sur plus de 1 000 prix, la cour a jugé non significatifs les 130 écarts de prix invoqués par les parties. Elle a retenu le caractère en réalité impératif pour les détaillants des prix indicatifs prétendus, du fait du comportement de représentants de la marque et de grossistes qui veillaient à la mise en œuvre uniforme de la tarification, à la fois par un relevé régulier des prix de vente et par des interventions en cas de non-respect constaté ou dénoncé. Elle a repoussé également l'argumentation d'un grossiste qui invoquait les agissements unilatéraux de ses commerciaux en retenant qu'« *il lui appartenait de donner toutes instructions claires à l'ensemble de son personnel sur le caractère prohibé de cette pratique et de veiller à leur application* ». En revanche, la cour a estimé que l'adhésion à l'entente des sociétés Delbard et Truffaut n'était pas établie, les éléments retenus par le Conseil à leur encontre ne lui paraissant pas emporter la conviction.

Sur les pratiques d'abus de position dominante

Sur la position dominante

Dans l'**arrêt ministre de l'Économie (« Monnaie de Paris ») du 12 décembre 2006**, la cour a estimé qu'avait bien été démontrée dans la décision 05-D-75, la position dominante détenue par la Monnaie de Paris (Direction des monnaies et médailles du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie) sur le marché de la fabrication des médailles-souvenirs. La cour a relevé que

c'est par une juste appréciation des éléments concrets du dossier que le Conseil avait retenu qu'aucune des entreprises susceptibles de répondre à la demande d'approvisionnement de la plaignante, n'était véritablement capable, au cours de la période considérée, de la concurrencer, celle-ci étant la seule, entre 1998 et 2001, à être en mesure de fabriquer les médailles-souvenirs constituant le marché pertinent. Compte tenu de la dimension nationale du marché, l'avantage concurrentiel essentiel résultant pour la Monnaie de Paris du caractère officiel de la monnaie qu'elle frappait, excluait que sa position puisse être contestée par les autres instituts monétaires européens.

Sur les abus

Dans l'**arrêt Iliad du 21 mars 2006**, la cour a rejeté le recours formé par la société Iliad contre la décision 05-D-42 dans laquelle le Conseil avait estimé que n'étaient pas établies les pratiques d'abus de position dominante visant France Télécom dans le secteur des services télématiques concernant les résultats et corrigés d'examens. La société Iliad, fournisseur de services Minitel dans ce secteur, reprochait à France Télécom sa gestion discriminatoire de l'attribution des codes Minitel aux différents fournisseurs de services, et particulièrement la dénonciation par France Télécom de l'attribution de certains codes qui lui avaient été attribués et leur réattribution à l'un de ses concurrents, la société Médiaprogrès. La cour a confirmé l'absence de discrimination dans la gestion par France Télécom de l'attribution des codes Minitel, estimant que les résiliations contestées étaient intervenues dans les conditions contractuelles, qu'elles étaient justifiées par des considérations objectives et que la réattribution des codes à un autre fournisseur avait été effectuée en conformité avec les recommandations émises par l'organisme consultatif compétent, le Comité de la télématique anonyme.

Dans l'**arrêt Trans Côte d'Azur du 4 juillet 2006**, la cour a entièrement confirmé la décision 05-D-60 par laquelle le Conseil avait rejeté la saisine et la demande de mesures conservatoires de la société Trans Côte d'Azur qui avait dénoncé des pratiques mises en œuvre sur le marché de la desserte de l'île de Saint-Honorat, dans les îles de Lérins, par la congrégation cistercienne de l'Immaculée Conception, propriétaire de l'île, la société Planaria, émanation de la congrégation, créée pour assurer le transport des passagers, l'État et la ville de Cannes. Ces pratiques étaient présentées comme constitutives, à la fois d'une entente [50], mais aussi d'un abus de position dominante qui aurait consisté pour la société Planaria à profiter d'un droit d'utilisation exclusive de l'unique ouvrage d'accostage de l'île qui lui aurait été illégalement conféré par la congrégation religieuse en dehors de toute procédure de mise en concurrence, au préjudice de la plaignante et des autres compagnies. Le Conseil s'était déclaré incompétent pour connaître une partie des faits qui concernait des décisions administratives prises par le préfet et par la ville de Cannes [51], et sur le fond, avait estimé que les éléments apportés ne permettaient pas de retenir l'abus de position dominante dénoncé. Ayant rappelé le principe selon lequel un opérateur en position

50. Voir *supra*.
51. Voir *supra*.

dominante sur un marché donné ne peut utiliser cette position pour se réserver un marché connexe, sauf justifications objectives et à condition qu'aucun autre moyen moins attentatoire à la concurrence ne permette d'aboutir au même résultat, il avait estimé que le refus d'accès opposé aux autres compagnies maritimes par la congrégation, à l'unique ponton d'accostage de l'île qu'elle détenait en exclusivité était justifié par la nécessité objective de sauvegarder la tranquillité et l'intégrité du site monastique classé.

Dans l'**arrêt France Télécom du 4 juillet 2006**, la cour a entièrement confirmé la décision 05-D-59 par laquelle le Conseil avait sanctionné France Télécom pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché de l'internet haut débit (par ADSL) en lui infligeant une amende de 80 millions d'euros. Le Conseil avait estimé qu'entre fin 1999 et fin 2002, France Télécom avait retardé l'ouverture à la concurrence du marché de gros de l'internet haut débit en refusant aux opérateurs alternatifs 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 (FAI) le service du transport des données haut débit de leurs clients. L'opérateur historique avait d'abord refusé d'ouvrir le service de l'option 3 jusqu'en décembre 2000, puis, une fois ce service ouvert, avait maintenu un effet de ciseau tarifaire, jusqu'en septembre 2002, entre le coût de ce service et l'offre qu'il proposait directement aux FAI (option 5 [52]).

Cette décision répondait sur le fond à une saisine de la société Neuf Télécom, dans laquelle cet opérateur alternatif avait dénoncé le refus de France Télécom de faire droit à ses demandes d'interconnexion en mode ATM et de dégroupage de la paire de cuivre et avait demandé des mesures conservatoires. Dans une première décision 00-MC-01 du 18 février 2000 confirmée par la cour d'appel dans un arrêt du 30 mars 2000, le Conseil avait enjoint à France Télécom, à titre conservatoire, de proposer aux opérateurs tiers « *une offre* [...] *d'accès au circuit virtuel permanent pour la fourniture d'accès à internet à haut débit par la technologie ADSL* » correspondant à l'offre d'accès en mode ATM dite « *option 3* ». Par une deuxième décision 04-D-18 du 13 mai 2004, le Conseil avait constaté que les conditions tarifaires proposées par France Télécom dans une offre « *ADSL Connect ATM* » présentée en décembre 2000 n'étaient pas conformes à son injonction, en ce qu'elles généraient un effet de ciseau tarifaire, et il avait alors infligé à l'opérateur historique une sanction de 20 millions d'euros. Cette sanction avait été doublée par la cour d'appel dans un arrêt du 11 janvier 2005 ; cette aggravation avait elle-même été approuvée par la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 14 mars 2006 (*cf*. *infra*).

52. L'« *option 1* » permettait à l'opérateur alternatif de brancher ses équipements et de commencer son service dès le point d'arrivée de la ligne du client final au central téléphonique (dégroupage) ; l'« *option 3* » permettait aux opérateurs alternatifs, par un partage des tâches entre eux et France Télécom, d'accéder au « *circuit virtuel permanent* » et de fournir aux FAI le service du transport des données haut débit de leurs clients finals. La mise en œuvre de cette option permettait à l'abonné d'être le client d'un opérateur alternatif pour le service de transport de données à haut débit, tout en restant client de France Télécom pour le service téléphonique ; l'« *option 5* », à l'inverse, laissait à France Télécom la responsabilité presque entière de la collecte et du transport des communications internet du client final.

Dans son arrêt, la cour d'appel a confirmé que les pratiques de France Télécom étaient bien constitutives d'un abus de position dominante. Elle a repoussé l'argumentation de la requérante qui consistait en substance à soutenir :

– en premier lieu, que le refus d'accès opposé à Neuf Télécom avait été légitime eu égard à l'imprécision des demandes de ce dernier et à l'indétermination des solutions préconisées par l'ART à l'époque ;
– en deuxième lieu, que le caractère essentiel de la mise en œuvre de l'option 3 (accès à la couche ATM) à l'époque des faits n'avait pas été démontré par le Conseil ;
– en troisième lieu, que le refus d'accès n'avait pas été valablement établi sur certaines périodes, notamment pour celle au cours de laquelle l'opérateur prétendait s'être strictement conformé aux prescriptions de l'ART. Sur ce point, la cour a estimé que le Conseil s'était justement fondé, pour retenir le maintien de l'effet de ciseau tarifaire jusqu'en octobre 2002, sur les constatations effectuées par l'ART dans plusieurs avis rendus au cours de la période considérée, précisant en outre qu'« *un opérateur ne saurait s'exonérer de sa responsabilité au titre des règles de la concurrence au motif que son comportement se serait inscrit dans un secteur régulé, dès lors que cet opérateur dispose d'une autonomie de comportement* ».

La cour a très largement confirmé, dans l'**arrêt Syndicat des Eaux d'Île-de-France (SEDIF) du 26 septembre 2006**, la décision 05-D-58 par laquelle le Conseil avait sanctionné, pour des pratiques d'abus de position dominante sur le marché de la fourniture d'eau potable en Île-de-France, la Lyonnaise des Eaux et le Syndicat des Eaux d'Île-de-France (SEDIF), tous deux à la fois producteurs et distributeurs d'eau potable en Île-de-France [53]. Lors du renouvellement de contrats de délégation du service public de l'eau, la Lyonnaise des Eaux avait proposé au Syndicat réunissant des communes du nord-est de l'Essonne, une offre de couplage « *fourniture* + *distribution* » visant à empêcher toute offre concurrente sur la distribution de l'eau (voir *infra* sur les offres de couplage). Le SEDIF, quant à lui, était intervenu afin d'empêcher la conclusion d'un contrat de fourniture d'eau entre l'un de ses principaux clients, la SEMMARIS (société gérant le Marché d'intérêt général de Rungis) et son concurrent, la SAGEP, autre fournisseur d'eau sur l'Île-de-France, qui

53. Le marché de la fourniture d'eau en Île-de-France présente des particularités :
– d'une part, en raison de la densité urbaine, plusieurs chaînes d'installations nécessaires aux opérations de production, de transport et de distribution de l'eau sont simultanément présentes sur un même territoire desservi, de sorte qu'une mise en concurrence de ces installations est théoriquement possible ;
– d'autre part, bon nombre de communes (ou groupements de communes) ne sont propriétaires que du réseau de distribution (la partie aval des installations) tandis que la production/le transport/le stockage (la partie amont) appartiennent à une entreprise privée ou à une personne publique qui en assure l'exploitation. Dans ce cas, la commune ne délègue que l'exploitation de la distribution, ce qui suppose que le délégataire se charge de l'approvisionnement en eau potable, soit qu'il la produise, soit qu'il l'acquiert auprès du propriétaire de l'amont de la chaîne des installations. On constatait que bien que toutes les conditions techniques, en termes de ressource et d'interconnexion, aient été réunies pour la mise en place d'un marché de gros permettant la mise en concurrence à la fois des producteurs d'eau et les distributeurs lors de l'établissement des contrats de délégation pour la distribution, le marché restait en réalité cloisonné entre les différentes zones contrôlées par chacun des producteurs : il n'y avait aucune concurrence entre les producteurs et lors de la mise en concurrence des délégations de distribution, il n'arrivait pratiquement jamais que la délégation soit obtenue par une entreprise autre que celle qui produisait l'eau.

proposait un prix plus bas de plus de 22 % : en monopole de fait sur la fourniture de l'eau, le SEDIF avait ainsi fait part en 1999 à la mairie de Paris, actionnaire principal de la SAGEP, de son mécontentement devant la « *position jugée inutilement agressive* » de son concurrent, lui demandant de le rassurer sur sa position à venir qui ne pouvait lui être que favorable et avait en outre exercé des pressions sur son concurrent.

Le projet de convention SAGEP/SEMMARIS n'avait finalement pas été soumis au conseil de Paris. La cour a estimé que le comportement du SEDIF était « *par nature anticoncurrentiel* » et avait pu avoir pour effet de faire obstacle au jeu de la libre concurrence.

Sur les remises quantitatives consenties par un fournisseur à ses distributeurs

Dans l'**arrêt société Truffaut du 4 avril 2006**, la cour a écarté le grief d'abus de position dominante retenu par le Conseil dans sa décision 05-D-32 au titre des remises octroyées par la société Royal Canin à certains membres de son réseau de distribution. Le Conseil, s'appuyant sur la jurisprudence communautaire [54], avait estimé que ces remises quantitatives, consenties notamment aux centrales d'achat sous la forme de ristournes de fin d'année, étaient fidélisantes, et entraînaient une limitation de la concurrence intermarque sur le marché – dominé par Royal Canin – des aliments secs pour chiens distribués dans le circuit spécialisé. Le Conseil avait souligné que les barèmes consentis par Royal Canin, fortement incitatifs, ne pouvaient, en effet, être combattus par des concurrents, qu'au prix d'efforts disproportionnés susceptibles de mettre en danger leur équilibre économique. Il avait estimé que ces remises, cumulées avec les autres pratiques restrictives reprochées, avaient entraîné le verrouillage du marché. La cour a estimé, quant à elle, que les remises étaient purement quantitatives [55] et qu'aucun effet de forclusion ne résultait des éléments du dossier, dans la mesure où, d'une part, on ne pouvait exclure que de telles remises aient été également accordées par les autres fabricants de produits haut de gamme et où, d'autre part, rien ne montrait que ces remises avaient conduit les détaillants – sur un marché en plein développement à l'époque – à se détourner de la concurrence. La cour a encore considéré que l'effet de forclusion ne saurait se déduire du seul fait que les remises avaient accompagné d'autres pratiques restrictives de concurrence.

Sur les restrictions de clientèle

Dans l'**arrêt société Truffaut du 4 avril 2006**, la cour a confirmé l'analyse du Conseil qui avait sanctionné, dans sa décision 05-D-32, la société Royal Canin pour avoir enfreint les dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce,

54. CJCE 13 février 1979 Hoffmann-La Roche, TPICE 30 septembre 2003 Michelin, CE 14 juillet 1999 British Airways.

55. « *Le seul fait que* [la société Royal Canin] *soit en position dominante ne lui interdit pas, par principe, le recours à des remises purement quantitatives, en l'espèce des remises calculées sur l'année en fonction du chiffre d'affaires réalisé et des remises récompensant le taux de progression par rapport à l'année précédente, calculé également en fonction du chiffre d'affaires réalisé consenties aux centrales d'achat* [...]. »

en mettant en œuvre des pratiques de restriction de clientèle, pratiques par ailleurs sanctionnées au titre d'une entente anticoncurrentielle (*cf*. *supra*).

Sur les prix imposés

Dans le **même arrêt**, la cour a également approuvé le Conseil d'avoir sanctionné la société Royal Canin pour avoir enfreint les dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce, en mettant en œuvre des pratiques de prix imposés (prix de gros et de détail), pratiques qui avaient été par ailleurs sanctionnées au titre d'ententes anticoncurrentielles (*cf*. *supra*) (*cf*. décision 05-D-32).

Sur les offres de couplage

La cour a très largement confirmé, dans l'**arrêt Syndicat des Eaux d'Île-de-France (SEDIF) du 26 septembre 2006**, la décision 05-D-58 par laquelle le Conseil avait sanctionné, pour des pratiques d'abus de position dominante sur le marché de la fourniture d'eau potable en Île-de-France, la Lyonnaise des Eaux et le SEDIF, tous deux à la fois producteurs et distributeurs d'eau potable en Île-de-France [56]. La Lyonnaise des Eaux avait été sanctionnée pour avoir, lors du renouvellement de contrats de délégation du service public de l'eau, proposé au Syndicat réunissant des communes du nord-est de l'Essonne, 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 offre de couplage visait donc à empêcher toute offre concurrente sur la distribution de l'eau, puisqu'elle permettait à la Lyonnaise, en monopole de fait sur le marché de la fourniture en gros de l'eau sur le territoire considéré, de se réserver de manière discriminatoire un prix de production inférieur à celui de son offre dissociée de vente en gros.

Après avoir rappelé « *qu'entrent dans les prévisions de l'article* [L. 420-2 du Code de commerce] *les rabais de couplage, lorsqu'une telle remise opère entre un marché amont sur lequel l'entreprise couplante est en monopole et un marché aval lui-même ouvert à la concurrence, dont le produit offert sur le marché amont est un entrant obligé, et que cette pratique a un effet ou un objet anticoncurrentiel* », la cour a confirmé la décision de sanction prise par le Conseil à l'égard de la Lyonnaise des Eaux tout en estimant que le Conseil avait indûment écarté une partie du grief. Elle a d'abord confirmé la réalité et le caractère anticoncurrentiel du couplage qui étaient contestés par la Lyonnaise : par le rabais offert sur l'offre de couplage, la Lyonnaise « *mettait ses concurrents, s'ils voulaient être compétitifs, dans l'obligation de consentir des rabais importants de l'ordre de 30 à 35 % sur* [...] *la seule distribution de l'eau, entraînant une distorsion substantielle de la concurrence à leur détriment* » ; « *qu'il en résulte* [...], *qu'en se réservant des prix de production plus faibles et en en faisant bénéficier la commune délégante si elle acceptait de contracter avec elle sur un marché global de la fourniture et de la distribution, la* [LDE] *a mis en œuvre à son profit une pratique qui avait un objet et,*

56. Voir *supra* les faits reprochés au SEDIF ainsi que les particularités du marché de la fourniture de l'eau en Île-de-France.

nécessairement, un effet anticoncurrentiel ». La cour a toutefois estimé que le Conseil avait écarté à tort le grief relatif aux rabais de couplage proposés à deux communes de l'Essonne. Le Conseil n'avait pas retenu le grief, s'agissant de ces deux communes, notamment parce qu'il avait estimé qu'il n'était pas possible de vérifier si ces rabais, qui étaient consentis sur le prix global, portaient sur la seule distribution ou sur les deux composantes production/distribution. En outre, il n'était pas établi que la Lyonnaise n'aurait pas fait bénéficier le prix de gros du même rabais offert à ses concurrents en cas de dissociation de son offre globale.

La cour a estimé, quant à elle, que « *ces pratiques de rabais sur une offre couplée, alors que l'offreur était en situation de monopole sur le marché amont de la fourniture du produit, ont nécessairement faussé la concurrence au moins potentiellement* [...], *sur le marché aval* [ouvert à la concurrence], *sans qu'il soit nécessaire de déterminer sur quelle prestation précise portait la remise en cause* ».

Sur les prix prédateurs

Dans l'**arrêt Chaned du 7 novembre 2006**, la cour a rejeté le recours formé contre la décision de non-lieu 05-D-68 par la Chambre syndicale nationale de l'enseignement privé à distance (CHANED). Celle-ci avait saisi le Conseil de divers abus de position dominante qui auraient été commis par le Centre national d'enseignement à distance (CNED), résultant d'avantages discriminatoires liés au statut d'établissement public de ce dernier. Étaient notamment en cause l'attribution d'aides d'État au CNED et le bénéfice de certaines dispositions réglementaires ou de pratiques administratives qui auraient permis au Centre de s'affranchir des contraintes du marché et de pratiquer des prix prédateurs afin d'évincer les organismes privés du marché de l'enseignement à distance.

Le Conseil avait écarté toute infraction s'agissant des pratiques relatives aux tarifs subventionnés du CNED en retenant que les prestations concernées entraient dans le champ du service public de l'éducation, confié au CNED, qu'en tout état de cause, ces tarifs n'avaient pas entraîné de perturbation du marché telle qu'elle résulterait d'un abus de position dominante, et enfin qu'il n'était pas compétent pour examiner ces financements publics sous l'angle d'éventuelles aides d'État. Il était apparu, par ailleurs, que les tarifs non subventionnés du CNED n'étaient pas inférieurs à ceux de ses concurrents, et en outre, aucun élément ne montrait que le comportement du CNED avait entraîné une perturbation du marché.

Devant la cour, la décision n'était contestée qu'en ce qu'elle concernait les tarifs subventionnés relatifs à la formation permanente ou « *formation libre* ». Après avoir constaté que les tarifs en cause étaient fixés par les ministères de tutelle, la cour a jugé que le CNED ne disposait « *que d'une autonomie extrêmement réduite dans l'élaboration* [de ces] *tarifs* [...] *et que le caractère "prédateur" des redevances qu'il applique à ce titre, qui n'est pas contestable, résulte de l'octroi de subventions dont le Conseil a retenu à juste titre qu'il était incompétent pour en apprécier la légalité, s'agissant de l'organisation, par les ministères compétents, du service public de l'enseignement* ». Enfin, la cour a relevé à titre surabondant, comme l'avait fait le Conseil, que les financements publics litigieux n'avaient pas entraîné de

perturbation du marché caractérisant un abus de position dominante, dans la mesure où, d'une part, le nombre d'inscrits au CNED diminuait régulièrement et substantiellement depuis plusieurs années et, d'autre part, les opérateurs privés avaient pu se développer et concurrencer efficacement le Centre au cours de la période considérée.

Sur le non-respect des injonctions

Dans un **arrêt** rendu **le 24 janvier 2006**, la cour a rejeté le recours formé par l'**Ordre des avocats au barreau de Marseille** contre la décision qui l'avait sanctionné, en raison de la non-exécution d'injonctions prononcées précédemment pour faire cesser des pratiques qui avaient consisté à imposer à ses membres l'adhésion à un contrat d'assurances collectif [57]. Ce contrat garantissait non seulement les risques professionnels, ce que le Conseil avait admis comme résultant directement et nécessairement de la loi du 31 décembre 1971 régissant la profession d'avocat, et pouvant par conséquent relever de l'exemption de l'article L. 420-4-1° du Code de commerce, mais aussi des risques qui n'étaient pas propres à la profession d'avocat et pour lesquels les avocats auraient donc dû avoir le libre choix de leur assureur (risques liés à la responsabilité civile d'exploitation, au dépôt d'objets et de vêtements dans les vestiaires de l'Ordre et aux catastrophes naturelles). Aucune sanction pécuniaire n'avait été prononcée, mais il avait été enjoint au barreau de faire retirer les clauses litigieuses de son contrat d'assurance collective. La non-exécution de cette injonction avait conduit le Conseil, saisi par le ministre, à infliger à l'Ordre une amende et à renouveler l'injonction, assortie cette fois d'une astreinte, sur le fondement des nouvelles dispositions de l'article L. 464-2 II du Code de commerce, introduites par l'ordonnance du 4 novembre 2004.

La cour a repoussé les diverses justifications avancées par le barreau pour tenter de s'exonérer. Elle a estimé, par ailleurs, que le barreau ne pouvait bénéficier de l'exemption prévue par l'article L. 420-4-I 1° du Code de commerce pour la garantie des catastrophes naturelles, garantie qui devait, en application de la loi du 13 juillet 1982 relative à l'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles, figurer obligatoirement dans tous les contrats d'assurance de dommages, ce que l'assureur avait confirmé en refusant de la retirer du contrat collectif : la décision d'injonction était devenue définitive et le Conseil n'avait donc pu que constater et sanctionner l'inexécution de l'injonction concernée.

Dans l'**arrêt SEMUP du 21 février 2006**, la cour a annulé en partie la décision de sanction 05-D-36 prise contre les sociétés du groupe Decaux en raison de l'inexécution d'injonctions prononcées en 1998, censées mettre fin à un abus de position dominante sur le marché de la fourniture de mobilier urbain publicitaire aux collectivités locales. Injonction avait été faite au groupe Decaux de ne plus faire figurer dans ses contrats le liant à ces collectivités, trois clauses restrictives de concurrence :

– la première de ces clauses reconnaissait aux sociétés Decaux un droit de priorité pour l'installation de mobiliers supplémentaires, subordonnant la

57. Décision 05-D-37.

liberté de la collectivité, déjà liée au groupe, de contracter avec des entreprises concurrentes pour l'installation d'équipements supplémentaires, à la condition que Decaux, préalablement sollicité, ait refusé de fournir la prestation ;
– la deuxième clause prévoyait que les équipements installés en cours de contrat avaient une durée contractuelle propre, différente de celle du contrat initial, ce qui avait pour effet de proroger la durée du contrat initial signé avec la collectivité jusqu'à la date d'échéance des nouveaux équipements ;
– la troisième clause était une clause de tacite reconduction. Par ailleurs, le groupe s'était vu enjoindre d'informer les collectivités publiques des modifications apportées aux clauses types figurant dans ses contrats.

Le Conseil avait estimé, qu'à l'exception de l'injonction relative à la clause de tacite reconduction, les sociétés Decaux n'avaient pas exécuté ces injonctions. Il avait prononcé des sanctions pécuniaires pour un montant global de 10 millions d'euros en enjoignant en outre à Decaux, d'une part, d'adresser à chacune des collectivités une lettre contenant des extraits de la décision, et d'autre part, de faire publier ces mêmes extraits dans *La Gazette des communes, des départements et des régions*.

La cour a jugé que le Conseil avait pour partie excédé ses pouvoirs en sanctionnant des pratiques qui ne rentraient pas strictement dans le champ des injonctions prononcées. La cour a d'abord admis que les injonctions relatives aux clauses de priorité et de durée propre des équipements installés en cours de contrat imposaient clairement aux sociétés Decaux, non seulement de supprimer ces clauses, mais aussi de ne pas en proposer d'autres à l'avenir qui auraient eu des effets équivalents, de sorte que le Conseil avait pu, sans excéder ses pouvoirs, examiner les modifications apportées aux contrats pour vérifier si les clauses supprimées n'avaient pas en réalité été remplacées par d'autres, formulées différemment mais comportant les mêmes effets anticoncurrentiels. La cour a approuvé le Conseil d'avoir ainsi estimé que les modifications censées supprimer la clause de durée propre des équipements installés en cours de contrat – mais qui avaient fixé une échéance unique pour ces équipements, différente de celle du contrat initial – ne répondaient pas à l'injonction qui prévoyait sans ambiguïté que les équipements installés en cours de contrat devaient avoir la même date d'échéance et que cette date devait être celle du contrat initial.

En revanche, la cour a estimé que le Conseil avait ajouté à son injonction relative à la clause de priorité en décidant qu'elle interdisait toutes les clauses permettant l'installation de mobiliers supplémentaires sans mise en concurrence, ce qui l'avait conduit à stigmatiser des clauses nouvelles qui, selon la cour, n'entraînaient, à la différence de la clause de priorité, aucune restriction à la liberté de contracter des collectivités. La cour a considéré que le Conseil avait encore excédé ses pouvoirs en décidant que l'injonction d'information n'avait pas été exécutée : l'injonction faisait obligation à Decaux « *d'informer* [les collectivités] *des modifications apportées aux clauses* [litigieuses] » et la cour a estimé que « *faute de décrire avec précision le contenu de l'information qui devait être délivrée* », l'injonction devait être considérée comme exécutée, dès lors que Decaux avait simplement indiqué à ses partenaires qu'il supprimerait les clauses pour l'avenir, sans qu'on puisse lui reprocher de ne pas les avoir également informés du contenu des clauses nouvelles et

d'avoir dissimulé les manœuvres auxquelles il s'était livré pour se soustraire à une partie des injonctions.

Sur l'imputabilité des pratiques

Dans l'**arrêt d'annulation partielle du 21 février 2006 (SEMUP)**, la cour a notamment censuré la décision en ce qu'elle imputait le non-respect des injonctions à plusieurs sociétés du groupe Decaux au seul motif que les injonctions leur avaient été collectivement adressées. La cour a constaté que l'inexécution incriminée recouvrait des comportements positifs, et non de simples abstentions, directement imputables à la seule société JC Decaux mobilier urbain, en charge du mobilier urbain publicitaire. En conséquence, elle a mis hors de cause les quatre autres sociétés sanctionnées par le Conseil.

Sur l'application du droit communautaire

Dans l'**arrêt société Transdev du 7 février 2006**, la cour a considéré que les pratiques de concertation incriminées constituaient une violation de l'article 81 du traité. Selon la communication CE du 27 avril 2004 relative aux lignes directrices relatives à l'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, sont, en effet, susceptibles d'affecter le commerce entre États membres les cartels nationaux qui ont pour effet de consolider les effets de cloisonnement de caractère national et, partant, d'entraver l'interpénétration économique voulue par le traité, les participants à l'entente voulant se protéger contre les concurrents d'autres États membres (point 78). Lorsqu'un accord est susceptible, par sa nature même, d'entraver le commerce intracommunautaire, il est présumé affecter sensiblement le commerce, dès lors que le chiffre d'affaires réalisé par les parties avec les produits concernés par l'accord excède 40 millions d'euros. L'affectation sensible du commerce intracommunautaire avait bien été caractérisée en l'espèce, eu égard à la nature même de l'accord incriminé (cartel national), à l'envergure internationale des entreprises impliquées, à l'importance du marché concerné (marché national du transport urbain de voyageurs), à l'importance du chiffre d'affaires réalisé par les entreprises sur ce marché (très supérieur au seuil de 40 millions d'euros prévu par la communication), et à l'existence de candidatures émanant d'entreprises européennes.

Dans l'**arrêt Bouygues Télécom du 12 décembre 2006**, la cour a jugé que les pratiques incriminées pouvaient être qualifiées au regard de l'article 81 § 1 du traité CE, ayant eu pour effet de consolider le cloisonnement du marché national et d'assurer la protection des opérateurs nationaux, faisant ainsi échec à l'interpénétration économique voulue par le traité. En effet, si à l'époque des faits, il n'était pas établi que des opérateurs originaires d'autres États membres aient souhaité entrer sur le marché français de la téléphonie mobile, « *il suffit néanmoins qu'un comportement sur un marché national puisse potentiellement avoir pour effet de dissuader des opérateurs étrangers d'entrer sur le marché pour considérer qu'il y a affectation du commerce entre États membres* ».

Sur les mesures des conservatoires

Dans un **arrêt du 31 janvier 2006 (NMPP)**, rendu en audience solennelle, sur renvoi après cassation partielle de la Cour de cassation du 12 juillet 2005, la cour d'appel a prononcé l'annulation partielle de la décision 03-MC-04 prise, à l'encontre des NMPP, sur la demande des Messageries lyonnaises de presse (MLP).

Dans la décision 03-MC-04, le Conseil avait fait droit à une demande de mesures conservatoires des MLP, visant diverses pratiques d'abus de position dominante mises en œuvre par les NMPP et la SAEM-TP sur le marché de la distribution de la presse au numéro. Les MLP dénonçaient principalement un refus d'accès direct à un logiciel informatique créé par les NMPP (Presse 2000) 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 entraînait, pour les dépositaires liés aux MLP, l'obligation de saisir manuellement un certain nombre de données et donc un surcroît de travail susceptible, selon la plaignante, de les amener à cesser leur collaboration avec elle. Était également dénoncée l'offre faite aux éditeurs de conditions tarifaires fidélisantes au moyen de diverses primes et bonifications.

Le Conseil avait estimé qu'il ne pouvait se prononcer, à ce stade de l'instruction, sur la réalité des obstacles empêchant les MLP de disposer de solutions alternatives au logiciel Presse 2000, mais n'avait pas exclu que le refus des NMPP soit constitutif d'un abus de position dominante. Il avait relevé, par ailleurs, une atteinte grave et immédiate portée à la fois à la plaignante et au secteur et, par conséquent, enjoint, à titre conservatoire, aux sociétés 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.

Par un arrêt du 12 février 2004 (SAEM), la cour d'appel avait approuvé entièrement cette décision mais, allant au-delà de l'analyse du Conseil, avait qualifié expressément les fonctionnalités essentielles du logiciel NMPP (le « *tronc commun* ») d'infrastructure essentielle. La cour avait estimé, en effet, que le logiciel 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 invendus et des réassortiments...) et que sa reproduction à des conditions économiques raisonnables n'était pas envisageable. Par un arrêt du 12 juillet 2005, la Cour de cassation avait alors censuré la cour d'appel sur ce point, la Haute Juridiction estimant qu'il n'avait pas été démontré que les MLP étaient dans l'incapacité de mettre en place des « *solutions alternatives économiquement raisonnables* » à l'accès direct au tronc commun du logiciel, fût-ce dans des conditions moins avantageuses, et qu'il n'était pas établi, par conséquent, que le tronc commun du logiciel était indispensable à l'exercice de l'activité des MLP. La Cour de cassation avait retenu très concrètement que les MLP avaient admis être en mesure de concevoir un logiciel équivalent à celui des NMPP et qu'elles utilisaient déjà un logiciel leur permettant de communiquer efficacement avec leurs dépositaires.

Réexaminant l'affaire, la cour d'appel a estimé qu'il existait des solutions alternatives économiquement raisonnables à l'accès au tronc commun du logiciel. Elle a retenu les deux circonstances mises en avant par la Cour de cassation. Elle a observé ainsi, d'une part, que les MLP avaient mis en place un logiciel (Edgar) qui leur permettait depuis des années d'adapter les quantités livrées au réseau et de communiquer avec lui et que si le recours à ce logiciel occasionnait des manipulations supplémentaires, celles-ci ne constituaient pas des contraintes techniques déraisonnables susceptibles d'empêcher les MLP d'exercer leurs activités. La cour a estimé, d'autre part, que les MLP étaient en mesure de développer un logiciel équivalent à Presse 2000, qui ne se heurterait pas à l'opposition des dépositaires de presse habitués au système NMPP et dont le coût ne serait pas déraisonnable pour peu que les MLP adaptent ce logiciel à leurs besoins réels et notamment au niveau de leurs activités. La cour a encore estimé que n'était pas démontrée l'impossibilité pour les MLP de se constituer un réseau de dépositaires propres, dans la mesure où, d'ores et déjà, elles assuraient seules, sur Paris et en proche banlieue, la distribution de leurs publications. Elle a relevé, enfin, que le refus des NMPP n'avait pas compromis la situation financière des MLP. La cour a déduit de l'ensemble de ces éléments que le refus des NMPP de permettre l'accès au tronc commun de leur logiciel « *ne saurait constituer un abus de position dominante* ». Elle a indiqué enfin, utilisant la formulation adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt Neuf Télécom du 8 novembre 2005, que « *l'absence d'accès pour les MLP au tronc commun du logiciel Presse 2000 n'apparaît pas susceptible, en l'état des éléments produits aux débats, de constituer une pratique contraire à l'article L. 420-2 du Code de commerce* ».

La décision du Conseil a, par conséquent, été annulée en ce qui concerne la mesure conservatoire relative à l'accès au tronc commun du logiciel Presse 2000. Elle a, en revanche, été confirmée en ce qui concerne les autres injonctions prononcées, relatives notamment aux pratiques de fidélisation tarifaires mises en œuvre par les NMPP.

Cet arrêt a fait l'objet d'un pourvoi en cassation des MLP.

Dans l'**arrêt société SAEM-TP du 9 mai 2006**, la cour a rejeté les recours formés par les Nouvelles messageries de la presse parisienne (NMPP) et la Société auxiliaire pour l'exploitation des messageries transport presse (SAEM-TP) contre la décision 06-MC-01, au terme de laquelle le Conseil avait fait droit à la demande de mesures conservatoires de la société des Messageries lyonnaises de presse (MLP). Le Conseil avait estimé que le système de rémunérations mis en place entre, d'une part, les NMPP et la SAEM-TP (toutes deux filiales de la société Hachette et représentant conjointement 85 % de parts du marché de la distribution de la presse au numéro) et, d'autre part, deux instances représentatives des diffuseurs et des dépositaires de presse, était susceptible, en raison de son caractère fidélisant, d'avoir pour objet et effet d'évincer les MLP, l'unique messagerie concurrente, et pouvait donc être constitutif d'un abus de position dominante. Ce système, destiné à revaloriser les revenus des diffuseurs de presse, prévoyait un supplément de rémunération basé sur les performances des diffuseurs, celles-ci étant évaluées sur leurs ventes des titres gérés par les NMPP et la SAEM-TP.

Le Conseil avait encore estimé que ces pratiques – auxquelles s'ajoutaient de possibles menaces de boycott – portaient une atteinte grave et immédiate aux

intérêts des MLP et au secteur des messageries de presse et avait enjoint aux deux messageries en cause de suspendre l'application des accords litigieux.

La cour a rejeté l'ensemble des moyens soulevés. Elle a ainsi fait sienne la motivation selon laquelle les détaillants travaillent sous une contrainte d'espace liée au surencombrement des points de vente qui ne leur permet pas d'exposer en permanence l'ensemble des titres et, s'ils ne peuvent refuser d'exposer un titre, ils ont un pouvoir d'appréciation quant aux modalités d'exposition des titres (s'agissant du choix de l'emplacement, de la surface affichée, de la durée d'exposition). Les rémunérations complémentaires prévues, qui étaient liées seulement aux titres distribués par NMPP et SAEM-TP, pouvaient par conséquent les inciter à privilégier l'exposition de ces titres et étaient susceptibles d'entraîner l'éviction des MLP. À cet égard, la cour a constaté à son tour que la saturation des espaces d'exposition conférait à ces derniers « *le caractère d'une ressource rare* » permettant la mise en œuvre de comportements discriminants de la part des diffuseurs, qui avaient matériellement la possibilité d'effectuer un tri dans les titres en fonction de la messagerie dont ils provenaient.

Par ailleurs, la cour a jugé que la suspension provisoire ordonnée était justifiée par l'atteinte grave et immédiate aux intérêts des MLP et à la concurrence sur le marché considéré. Elle a écarté l'argument selon lequel les stipulations litigieuses n'avaient jamais été appliquées : « *Il importe peu que, le protocole et son avenant n'ayant pas été appliqués, les effets anticoncurrentiels d'une telle clause n'aient pas été constatés en fait, dès lors qu'une mesure conservatoire peut être prononcée pour prévenir une atteinte lorsque celle-ci doit être considérée comme certaine, ce qui est le cas en l'espèce* ». La cour a encore repris les éléments retenus par le Conseil pour justifier l'octroi des mesures, notamment, la grande concentration de l'offre, la faible intensité de la concurrence en raison de la réglementation spécifique du secteur et de la position largement dominante occupée conjointement par NMPP et SAEM-TP face aux seules MLP, le caractère fidélisant du système de rémunération prévu, l'incapacité des MLP à proposer une rémunération supplémentaire comparable, la facilité avec laquelle les éditeurs pourraient changer de messagerie liée en particulier à la brièveté du préavis qui leur était imposé, et la fragilité de la situation financière des MLP.

Sur les sanctions

Sur la gravité des pratiques

Pour confirmer la sanction prononcée par le Conseil à l'encontre de **l'Ordre des avocats au barreau de Marseille, dans l'arrêt du 24 janvier 2006**, la cour a souligné la « *gravité exceptionnelle* » que revêt en soi « *le non-respect d'une injonction claire, précise et dépourvue d'ambiguïté* » (dans le même sens, notamment, France Télécom, 11 janvier 2005).

La même appréciation a été portée dans l'**arrêt SEMUP du 21 février 2006**. Au cas particulier, compte tenu de l'annulation partielle de la décision, quant aux pratiques retenues, la cour a réduit la sanction prononcée contre la société JC Decaux mobilier urbain, relevant néanmoins de la part de celle-ci la poursuite

délibérée de « *la pratique de verrouillage du marché, particulièrement grave, précédemment condamnée par le Conseil de la concurrence* ».

Dans l'**arrêt Transdev du 7 février 2006**, la cour a maintenu les sanctions prononcées, reprenant les éléments relevés par le Conseil au titre de la gravité des pratiques : dimension nationale de la concertation, grand nombre de marchés de transport public urbain concernés, envergure internationale des entreprises qui ne pouvaient ignorer la législation applicable, effet potentiellement corrupteur des pratiques dans le secteur.

Dans l'**arrêt Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes du 7 mars 2006**, la cour a confirmé la sanction prononcée à l'encontre du Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes mais a estimé, en équité, devoir ramener à un euro la sanction prononcée à l'égard du conseil départemental de l'Ordre. La cour a pris en compte, outre l'absence de force contraignante immédiate de la lettre-circulaire envoyée par cette instance pour prendre abusivement position sur la prestation de nettoyage et d'entretien offerte par une prothésiste dentaire et son caractère circonstanciel, qui laissaient subsister la liberté de décision des établissements de retraite, l'absence de préjudice économique direct subi par la plaignante et enfin le fait que le conseil départemental avait suivi les avis émis par le Conseil national de l'Ordre et par la Direction générale de la santé.

Dans l'**arrêt Inéo du 7 mars 2006**, la cour a refusé de tenir compte de l'ancienneté des faits et de la durée de la procédure pour réduire les sanctions [58]. Elle a repris à son compte les éléments relevés par le Conseil au titre de la gravité des faits, notamment, la nature même des pratiques, constitutives d'une entente horizontale de répartition de marchés ; l'ampleur de la concertation, le montant global du marché dépassant 26 000 000 euros ; le grand nombre des participants ; la persistance de la concertation, « *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* ».

Dans l'**arrêt Truffaut du 4 avril 2006**, la cour a rappelé que « *les pratiques ayant pour objet ou pour effet de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché et de favoriser artificiellement leur hausse sont, par nature, particulièrement graves, en ce qu'elles confisquent au profit des auteurs de l'infraction le bénéfice que le consommateur est en droit d'attendre d'un bon fonctionnement du marché* ». Elle a retenu en outre, qu'en l'espèce, les pratiques avaient porté sur des produits (les aliments pour chiens) auxquels est attaché « *un fort investissement affectif, dûment exploité par la communication du fabricant* » et pour lesquels la demande est relativement inélastique au prix.

Dans l'arrêt **arrêt France Télécom du 4 juillet 2006**, la cour a jugé que la sanction de 80 millions d'euros prononcée dans la décision 05-D-59, n'était pas disproportionnée eu égard à la gravité des faits d'abus de position dominante

58. « *La durée de cette procédure n'est pas en elle-même de nature à justifier la réduction de la sanction* » ; « *L'ancienneté des faits et la durée de la procédure ne constituent pas un moyen de réduction de la sanction.* »

commis par l'opérateur historique sur le marché de l'internet haut débit par ADSL entre 1999 et 2002 : « [...] *le Conseil a retenu avec pertinence qu'au vu de l'ensemble des éléments dont il disposait, la pratique anticoncurrentielle de France Télécom était très grave* ».

Dans l'**arrêt hôtel Le Bristol du 26 septembre 2006**, la cour a confirmé les sanctions prononcées dans la décision 05-D-64 contre les six palaces parisiens à l'encontre desquels avaient été établies des pratiques régulières d'échanges d'informations confidentielles et stratégiques sur leurs activités et résultats respectifs. La cour a estimé notamment que le Conseil avait fait une juste application des principes d'individualisation et de proportionnalité au regard de la gravité relative des pratiques. Elle a observé, à cet égard, que les pratiques se distinguaient d'une entente expresse sur les prix ou d'une répartition de marchés. L'ancienneté des pratiques, qui portaient sur une période de trois ans, a été toutefois relevée.

Dans l'**arrêt Syndicat des Eaux d'Île-de-France du 26 septembre 2006**, la cour a confirmé les sanctions pécuniaires prononcées contre ce syndicat et la Lyonnaise des Eaux pour des pratiques d'abus de position dominante sur le marché de la fourniture d'eau potable en Île-de-France. La cour a souligné la gravité de la pratique de forclusion du marché de l'eau en gros relevée à l'encontre du syndicat. En effet, la pratique en cause avait eu « *pour objet d'empêcher un demandeur d'obtenir de l'eau à un meilleur prix et pour effet de perpétuer un état de fait où l'eau bon marché disponible pour les consommateurs reste hors de leur portée* ».

Voir aussi **arrêt ministre de l'Économie (« Monnaie de Paris ») du 12 décembre 2006** pour la gravité certaine de la pratique « *consistant, pour une entreprise détenant un monopole légal, à s'appuyer sur la renommée et le savoir-faire qu'elle détient du fait de ce monopole pour faire obstacle à l'entrée d'entreprises sur un marché connexe* » (gravité justifiant, dans son principe, la mesure de publication ordonnée par le Conseil).

Dans l'**arrêt Bouygues Télécom du 12 décembre 2006**, la cour a estimé que le Conseil avait fait une juste appréciation des composantes des sanctions pécuniaires infligées aux trois opérateurs français de téléphonie mobile dans la décision 05-D-65 pour deux pratiques d'entente : des échanges réguliers d'informations confidentielles et stratégiques sur leurs nouveaux abonnements et résiliations, d'une part, et un accord portant sur la stabilisation de leurs parts de marché respectives, d'autre part. Elle a ainsi relevé que l'échange d'informations avait « *contribué à réduire de manière significative l'incertitude quant au comportement de chacun sur le marché et à restreindre nettement* [l'autonomie décisionnelle des sociétés] ». En outre, les effets de l'échange d'informations étaient aggravés par le fait que la totalité des opérateurs du marché y avaient participé. Elle a estimé que les opérateurs ne pouvaient se prévaloir de ce qu'ils avaient mis fin spontanément à la pratique, laquelle n'avait cessé que postérieurement au déclenchement de l'enquête administrative. Quant au gel de parts de marché, la cour a estimé que « *quand bien même les opérateurs n'auraient pas réussi à geler au sens strict leurs parts de marché* [...], *leur politique de concertation visant à geler leurs parts de marché* [avait] *produit des résultats anticoncurrentiels significatifs* ».

Voir *supra* « *Sur la procédure suivie devant le Conseil – Sur la règle* non bis in idem » : même arrêt sur la violation prétendue de la règle *non bis in idem* résultant du prononcé d'amendes distinctes pour chacune des pratiques sanctionnées.

Sur le dommage à l'économie

Dans l'**arrêt du 24 janvier 2006, Ordre des avocats au barreau de Marseille**, la cour a apprécié le dommage à l'économie résultant du refus de l'organisation professionnelle d'exécuter une injonction de suppression de certaines clauses de son contrat d'assurance collective, au regard de la persistance de l'infraction pendant plus de deux ans, qui avait porté « *nécessairement atteinte au jeu de la concurrence sur le marché de l'assurance, en privant plus de 1 000 avocats et stagiaires de la possibilité de souscrire un contrat d'assurance auprès de l'assureur de leur choix* ».

Dans l'**arrêt Transdev du 7 février 2006**, la cour a retenu que la concertation sanctionnée avait eu pour effet de faire obstacle aux bénéfices escomptés de la nouvelle procédure de délégation de service public résultant de la loi du 29 janvier 1993.

« *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* [...], *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* » (**arrêt société Inéo, 7 mars 2006**).

Dans l'**arrêt Truffaut du 4 avril 2006**, la cour a estimé que « *le dommage à l'économie, même si les pratiques faisant obstacle à la libre fixation des prix de détail ne concernaient qu'une seule gamme de produits, doit être mis en relation avec la part représentée par les dépenses d'alimentation des animaux dans la consommation des ménages, supérieure à 1 %, et par le surprofit réalisé par les participants à l'entente, qui ont additionné des marges élevées aux différents stades de la structure verticale au détriment des consommateurs* ». Elle a toutefois tenu compte, comme l'avait fait le Conseil, de ce que, pour l'essentiel, les pratiques avaient porté sur la concurrence intramarque.

Dans l'**arrêt hôtel Le Bristol du 26 septembre 2006**, la cour a fait sienne l'appréciation portée par le Conseil sur le dommage causé à l'économie par les pratiques d'échanges d'informations mises en place par les palaces. Ce dommage avait été qualifié de modéré en raison de la faible sensibilité au prix des clients des palaces.

Dans l'**arrêt Syndicat des Eaux d'Île-de-France du 26 septembre 2006**, la cour a souligné la modicité du dommage à l'économie résultant des pratiques imputées au SEDIF, un seul marché étant concerné par les pratiques imputées à ce syndicat, d'une valeur annuelle d'un million d'euros.

Dans l'**arrêt Bouygues Télécom du 12 décembre 2006**, la cour a entièrement approuvé l'estimation par le Conseil du dommage causé à l'économie par les deux pratiques imputées aux opérateurs de téléphonie mobile. Elle a ainsi renvoyé expressément à la décision du Conseil, estimant que celui-ci avait « *tenu*

compte avec raison des éléments d'ordre économique lui permettant d'apprécier l'impact de la concertation [...], *en particulier eu égard à sa durée, et de ses effets néfastes pour les consommateurs, notamment en déterminant les gains* [que les trois opérateurs] *avaient réalisés au préjudice de ces derniers* ».

Sur l'individualisation de la sanction : l'appréciation globale de la gravité des pratiques et du dommage causé à l'économie

Dans l'**arrêt SADE du 25 avril 2006**, la cour a rappelé, pour répondre à la critique relative au défaut d'individualisation des sanctions, que le Conseil était fondé, pour déterminer le montant des sanctions, à procéder à une appréciation globale de la gravité des pratiques et du dommage à l'économie, dès lors qu'il tenait compte, de manière individualisée, de la participation de chaque entreprise à la commission des faits et de son chiffre d'affaires propre.

Sur la détermination des sanctions et le principe *non bis in idem*

Dans l'**arrêt société France Télécom du 4 juillet 2006**, la cour, pour confirmer la sanction prononcée à l'encontre de l'opérateur, a approuvé l'évaluation faite par le Conseil du dommage à l'économie et de la gravité des pratiques au regard notamment de la règle *non bis in idem*. La requérante reprochait au Conseil de n'avoir pas tenu compte, en déduction de la sanction, des éléments déjà pris en compte dans une précédente décision venue sanctionner, dans la même affaire, le non-respect d'une injonction.

La cour a estimé que le Conseil n'était pas tenu – l'ensemble des faits incriminés constituant une seule et même infraction continue – de distinguer les différentes périodes composant la pratique en cause (refus d'accès, puis ciseau tarifaire) et de déduire du dommage à l'économie retenu dans la décision au fond, la durée de l'infraction déjà prise en compte dans la décision précédente de sanction du non-respect de l'injonction. De la même façon, le Conseil n'était pas tenu, pour évaluer la gravité des pratiques, « *de reprendre le rapport mathématique entre la durée des faits et le montant de la première sanction* ». En l'occurrence, ainsi que la cour l'a relevé, le Conseil avait néanmoins pris en considération, au titre de la situation de l'entreprise, et comme facteur d'atténuation, le fait que France Télécom avait été précédemment sanctionnée pour le non-respect de l'injonction.

Voir aussi *supra* « *Sur la procédure suivie devant le Conseil – Sur la règle* non bis in idem » : **arrêt Bouygues du 12 décembre 2006** sur la violation prétendue de la règle *non bis in idem* résultant du prononcé d'amendes distinctes pour chacune des pratiques sanctionnées.

Sur l'incidence de l'ancienneté des faits ou de la durée de la procédure

« *L'ancienneté des faits et la durée de la procédure ne constituent pas un moyen de réduction de la sanction* » **(société Inéo, 7 mars 2006)** (en ce sens, voir CA de Paris, 15 juin 1999, SOLATRAG [59]).

59. « *L'ancienneté des faits est sans influence sur le montant des sanctions proposées.* »

Sur le chiffre d'affaires à prendre en considération

La cour d'appel a rappelé, à plusieurs reprises, le principe (voir Cour de cassation, 23 avril 2003, Interflora, CA de Paris, 14 janvier 2003, SA Bouygues, 18 mars 2003, société L'Amy) selon lequel les sanctions doivent être calculées par référence au chiffre d'affaires global hors taxe, toutes activités confondues, tel que mentionné sur le compte de résultat de l'entreprise (**Inéo, 7 mars 2006 ; hôtel Le Bristol, 26 septembre 2006**).

Dans l'**arrêt Inéo du 7 mars 2006**, la cour a ainsi écarté le moyen, par lequel il était soutenu que ne devait être prise en compte que la seule activité d'une agence locale non filialisée, dans la mesure où il n'était pas justifié que cette agence aurait constitué une entité économique pourvue d'éléments matériels et humains et dotée d'une autonomie suffisante de décision pour la détermination de son comportement sur le marché.

Dans l'**arrêt hôtel Le Bristol du 26 septembre 2006**, la cour a écarté l'argumentation de la société Hôtels Concorde, exploitante du Crillon, qui soutenait que seul le chiffre d'affaires de cet établissement aurait dû être pris en compte pour le calcul de la sanction, sans justifier que le Crillon s'était comporté de manière autonome.

Dans l'**arrêt Truffaut du 4 avril 2006**, la cour a jugé que le chiffre d'affaires ne devait pas être cantonné à celui enregistré pour les produits objets des pratiques anticoncurrentielles.

Voir aussi **arrêt Bouygues du 12 décembre 2006** pour approbation des sanctions calculées sur la base des chiffes d'affaires des groupes au sein desquels les comptes des trois entreprises poursuivies étaient consolidés.

Sur la demande du commissaire du gouvernement

Dans l'**arrêt France Télécom du 4 juillet 2006**, la cour d'appel a rappelé que « *le Conseil n'est pas lié par la proposition de sanction du commissaire du gouvernement dès lors que tous les éléments de détermination* [de la sanction] *ont été soumis au débat contradictoire* ».

Sur les mesures de publicité (publication et diffusion)

Dans l'**arrêt du 21 février 2006 (SEMUP)**, la cour a précisé que statuant dans le cadre d'une procédure de non-respect d'injonctions, le Conseil peut, sur le fondement de l'article L. 464-2-I, alinéa 5 du Code de commerce [60] applicable à toutes les décisions contentieuses, ordonner la diffusion et la publication de sa décision. En enjoignant par conséquent aux sociétés Decaux de publier et notifier des extraits de sa décision venant sanctionner le non-respect

60. « *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.* [...]. *Les frais sont supportés par la personne intéressée.* »

d'injonctions précédemment prononcées, le Conseil n'avait pas prononcé d'injonction au sens de l'alinéa 1er de l'article précité [61].

Dans une **ordonnance rendue le 21 mars 2006**, le magistrat, délégué par le Premier président de la cour d'appel pour exercer les attributions résultant de l'article 8 du décret du 19 octobre 1987 modifié, a rejeté la demande présentée par le **ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie** (Direction des monnaies et médailles) tendant à ce qu'il soit sursis à l'exécution des mesures de publicité prévues par le Conseil dans sa décision 05-D-75. Le Conseil avait enjoint à la Monnaie de Paris de faire paraître sur la page d'accueil de son site internet un communiqué résumant la décision de sanction et d'adresser, en outre, une copie de ce communiqué à un certain nombre de ses partenaires économiques. La Monnaie de Paris faisait valoir que l'exécution immédiate de ces mesures porterait une atteinte excessive à son image et à sa réputation et compromettrait la conclusion de contrats en France et à l'étranger. La cour a estimé que la requérante se bornait à dénoncer les effets négatifs attachés à toute mesure de publicité visant une entreprise commerciale sans démontrer en quoi les mesures contestées seraient susceptibles d'entraîner des conséquences manifestement excessives [62]. Elle a rejeté également l'argument selon lequel le communiqué aurait manqué d'objectivité. En revanche, elle a autorisé la Monnaie de Paris à mentionner dans les communiqués l'existence du recours formé par elle, cette mention suffisant, selon la cour, à garantir la préservation des droits de la requérante.

Dans l'arrêt rendu sur le fond dans la même affaire **le 12 décembre 2006**, la cour a toutefois réformé la décision du Conseil, relativement aux mesures de publicité qui avaient été ordonnées. La cour a estimé que si la publication d'un extrait de la décision sur le site de la Monnaie de Paris était justifiée, compte tenu de la gravité certaine de la pratique « *consistant, pour une entreprise détenant un monopole légal, à s'appuyer sur la renommée et le savoir-faire qu'elle détient du fait de ce monopole pour faire obstacle à l'entrée d'entreprises sur un marché connexe* », la référence au caractère officiel indu de la mention figurant sur ces monnaies était « *dénué de relation avec la caractérisation de la pratique anticoncurrentielle sanctionnée* » (refus d'approvisionnement) et elle a ordonné, par conséquent, la modification de l'extrait à publier. Elle a jugé, par ailleurs, injustifiée l'injonction

61. Par une ordonnance du 6 septembre 2005, le magistrat délégué par le Premier Président de la cour d'appel de Paris avait 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 porterait une atteinte sérieuse à son image et risquerait de compromettre ses activités de manière irréversible. La cour avait 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 avait 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 avait 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.

62. En sens contraire, voir ordonnance du 6 septembre 2005 rendue sur une demande de la société Decaux.

prévoyant l'envoi d'un extrait de la décision à des instances avec lesquelles la Monnaie de Paris n'avait pas de relations commerciales [63].

Dans l'**arrêt Bouygues Télécom du 12 décembre 2006**, la cour a estimé justifiée l'injonction de publication prononcée par le Conseil compte tenu de « *l'importance du marché de la téléphonie mobile de détail en France et de l'ampleur des comportements relevés* ».

Voir aussi **arrêt Transdev du 7 février 2006** : rejet de la demande de publication de la communauté urbaine de Bordeaux, intervenante volontaire à la procédure de recours, des mesures de publication ayant été prévues et déjà exécutées par les entreprises sanctionnées.

Sur la transmission du dossier au procureur de la République

Dans l'**arrêt Bouygues Télécom du 12 décembre 2006**, la cour a déclaré irrecevable le recours incident formé par l'UFC-Que Choisir pour solliciter la transmission du dossier au parquet, rappelant que la décision du Conseil relative à l'application de l'article L. 462-6 du Code de commerce, ne fait pas partie des décisions qui sont susceptibles de recours, telles qu'elles sont limitativement énumérées aux articles L. 464-7 et L. 464-8 dudit code.

■ Jurisprudence de la Cour de cassation

Sur la procédure

La compétence d'attribution du Conseil

- **Arrêt de rejet du 14 mars 2006 (société Privileg)**

La Cour a confirmé la compétence du Conseil pour connaître de pratiques d'entente mises en œuvre par des personnes privées, en l'espèce, les sociétés spécialisées dans la découpe et la commercialisation de viandes de boucherie et la société gestionnaire de l'abattoir municipal de Laval, qui étaient détachables de la conclusion des conventions administratives d'engagements d'apports passées par la communauté d'agglomération de Laval avec des usagers de l'abattoir afin de leur imposer des obligations destinées à garantir les investissements publics.

63. Voir également la position restrictive de la CA de Paris sur les mesures de publicité : arrêt STAL du 22 février 2005 (s'agissant de la mise en cause de personnes physiques) et l'ordonnance du 6 septembre 2005, Decaux.

Le sursis à statuer

La demande de sursis à statuer fondée sur l'article 16-2° du règlement 1/2003 (faculté pour les juridictions nationales de suspendre leur procédure en cas de procédure intentée parallèlement par la Commission)

- **Arrêt de rejet du 17 janvier 2006 (Syndicat des professionnels européens de l'automobile)**

La Cour a approuvé le refus de la cour d'appel de faire droit à la demande de sursis à statuer qui avait été présentée par le requérant. Ce dernier, se prévalant d'une communication de griefs qui avait été envoyée à la société Peugeot par la Commission, avait demandé à la cour d'appel, en application de l'article 16 du règlement 1/2003, de suspendre l'examen du recours jusqu'à la décision de la Commission. La Cour de cassation a constaté, à son tour, que les seuls éléments communs aux deux procédures étaient deux courriers adressés par le constructeur automobile à un concessionnaire allemand et qu'en outre, la Commission, interrogée, avait indiqué qu'elle avait abandonné les griefs.

Le sursis à statuer prononcé en raison de l'existence d'une procédure en contestation de la validité d'opérations de visite et de saisie

- **Arrêt de cassation partielle du 31 janvier 2006 (société Colas Midi-Méditerranée)**

La Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir révoqué un sursis à statuer prononcé par elle plusieurs années auparavant dans l'attente de décisions définitives sur la régularité des opérations de visite et de saisie. La cour d'appel avait constaté que la juridiction désignée pour connaître des demandes n'avait jamais été saisie. La Haute Juridiction a donc estimé que dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en vue d'une bonne administration de la justice, la cour avait pu révoquer le sursis précédemment ordonné.

Les délais de la procédure devant la cour d'appel

- **Arrêt de rejet du 28 février 2006 (Établissement français du sang)**

La Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir déclaré irrecevable le moyen formulé par un requérant plus de deux mois après la notification de la décision déférée. L'article 2 du décret n° 87-849 du 19 octobre 1987 impose en effet au demandeur, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office, de déposer au greffe l'exposé des moyens qu'il entend invoquer à l'appui de son recours, au plus tard dans les deux mois qui suivent la notification de la décision du Conseil.

L'étendue de la saisine de la cour d'appel

- **Arrêt de cassation partielle du 31 janvier 2006 (société Colas Midi-Méditerranée)**

La Cour de cassation a censuré une nouvelle fois [64] la cour d'appel pour avoir renvoyé une affaire devant le Conseil après l'annulation de la

64. Voir dans le même sens, arrêt de cassation du 27 septembre 2005 (société Béton travaux).

décision [65], prononcée pour un motif de procédure (en l'espèce, la présence du rapporteur et du rapporteur général au délibéré du Conseil). Au visa des articles 561 et 562 du Nouveau Code de procédure civile définissant l'effet dévolutif de l'appel [66], la Cour de cassation a rappelé que la cour d'appel « *saisie* [...] *d'un recours en annulation ou en réformation* [...], *était tenue de statuer en fait et en droit sur les demandes des parties* ».

La Cour de cassation a ainsi estimé que la cour d'appel avait méconnu l'effet dévolutif de l'appel, 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 il opère, en application de l'article 562 NCPC, pour tous les chefs de la décision attaquée qui sont critiqués par les parties.

Sur le fond

Le marché pertinent

- **Arrêt de rejet du 28 février 2006 (Établissement français du sang)**

La cour a rejeté le pourvoi formé par l'Établissement français du sang (EFS) contre l'arrêt qui avait confirmé la décision de sanction rendue par le Conseil contre cet établissement en raison d'abus de position dominante et de dépendance économique mis en œuvre par l'établissement de transfusion sanguine, le groupement d'intérêt public Champagne-Ardennes (GIPCA), au préjudice de la société Reims Bio, spécialisée dans la transformation de produits sanguins pour la fabrication de réactifs industriels. La cour a approuvé la définition retenue par le Conseil d'un marché des produits sanguins non thérapeutiques prélevés sur des donneurs présentant des garanties virologiques importantes et un standard biologique moyen, distinct du marché général des produits sanguins à usage non thérapeutique. Elle a relevé notamment que les produits collectés par le GIPCA, et dans une moindre mesure par l'établissement de transfusion sanguine de Strasbourg, établissements implantés dans des régions présentant des risques virologiques très faibles et bénéficiant en outre d'un panel important de donneurs acceptant que leur sang soit affecté à un usage non thérapeutique, étaient les seuls à répondre aux exigences sérologiques et virologiques des clients de la société Reims Bio.

65. La décision annulée est la décision 96-D-65 du 30 octobre 1996 relative à des pratiques relevées à l'occasion de la passation de marchés publics dans le secteur des travaux routiers, du terrassement, des canalisations et de l'assainissement dans le département du Var.

66. Dispositions définissant l'effet dévolutif de l'appel :
– article 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 ;*
– article 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*.

- **Arrêt de rejet du 14 mars 2006 (société Privileg)**

La cour a confirmé la définition d'un marché régional de la commercialisation de viandes et de sous-produits d'animaux de boucherie au stade de gros ou de demi-gros. L'accès à ce marché était conditionné par la possibilité préalable de faire abattre et préparer les animaux et supposait donc l'accès aux abattoirs situés dans la zone de chalandise sur laquelle intervenaient les opérateurs en cause, spécialisés dans la découpe et la commercialisation de viandes de boucherie. Les conditions faites en amont quant à l'accès aux abattoirs étaient susceptibles d'affecter les modalités de la concurrence sur le marché aval où se confrontaient ces entreprises.

- **Arrêt de rejet du 28 novembre 2006 (société OGF contre société Doussin)**

La cour a confirmé la délimitation géographique du marché pertinent retenu par le Conseil et approuvé par la cour d'appel dans ce dossier, dans lequel la société OGF avait été sanctionnée pour avoir entretenu une confusion dans l'esprit du public entre son activité de service public de gestionnaire de la chambre funéraire de Saint-Germain-en-Laye et son activité commerciale d'opérateur de pompes funèbres. Le marché avait été circonscrit à Saint-Germain-en-Laye et à dix communes avoisinantes au terme d'un examen très circonstancié des données en cause (caractéristiques des deux principales communes concernées, contenu du registre de la chambre funéraire, choix des familles parmi les différents opérateurs présents...) qui avait conduit le Conseil à exclure des communes plus éloignées invoquées par la société mise en cause, au motif qu'en provenaient des défunts qui étaient admis à la chambre funéraire.

La Haute Juridiction a approuvé cette analyse : « *L'instruction a mis en évidence que les familles des défunts passant par la chambre funéraire de Saint-Germain-en-Laye choisissent, pour l'organisation des obsèques, des opérateurs de la commune du lieu de décès du défunt ou des opérateurs de la "ville-centre" qui structure le marché local, quelle que soit la commune de décès considérée, de sorte que l'activité des opérateurs de Saint-Germain-en-Laye sur les communes exclues du marché géographique pertinent s'avère insignifiante et que, inversement, les pourcentages d'intervention des opérateurs voisins situés en dehors de ce marché n'excèdent pas 30 %.* » Ainsi, la Cour de cassation a estimé qu'avait été retenue à juste raison l'existence d'un marché géographiquement délimité par la proximité du lieu du décès du défunt.

La Cour a confirmé par ailleurs la position dominante de la société OGF sur le marché : celle-ci contestait la méthode de calcul de sa part de marché, basée sur le rapport entre le nombre de convois réalisés par les entreprises dans la zone de référence et le nombre de décès enregistrés dans la même zone, prétendant qu'il fallait exclure les convois correspondant à des prestations réalisées auprès d'autres agences OGF ou en sous-traitance auprès d'opérateurs indépendants situés en dehors du secteur. La Cour a estimé que compte tenu des parts de marché détenues par OGF (49 % eu égard au nombre total des décès survenus sur la zone correspondant au marché pertinent et 61 % eu égard au nombre des décès survenus uniquement à Saint-Germain-en-Laye), de l'avantage concurrentiel tiré de la gestion de la seule chambre funéraire du secteur de Saint-Germain-en-Laye, de sa qualité de

filiale du numéro un mondial du secteur des pompes funèbres et de la notoriété de l'enseigne, les corrections demandées par la requérante seraient sans incidence sur sa position sur le marché concerné.

L'entente anticoncurrentielle

• Arrêt de rejet du 17 janvier 2006 (Syndicat des professionnels européens de l'automobile)

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par le Syndicat des professionnels européens de l'automobile (SPEA) contre l'arrêt de la cour d'appel [67] qui avait confirmé la décision de non-lieu rendue par le Conseil sur une saisine de ce syndicat mettant en cause la société Peugeot et le groupement de ces concessionnaires (GCAP). Avait été dénoncée une entente entre le constructeur et son réseau visant à limiter les importations parallèles de véhicules, au moyen, notamment, d'aides commerciales (*« aides pression import »*) octroyées aux concessionnaires subissant la concurrence des mandataires et des revendeurs indépendants situés à l'étranger, et au moyen de pressions et de sanctions exercées sur les concessionnaires installés à l'étranger qui acceptaient de livrer ces distributeurs hors réseau.

La cour d'appel, après le Conseil, avait estimé que le caractère anticoncurrentiel des aides n'était pas établi dans la mesure où ces aides ne visaient pas à restreindre la liberté commerciale des concessionnaires mais à soutenir ceux dont l'activité était affectée par les importations parallèles et, par conséquent, à soutenir le réseau en maintenant et en développant ses ventes. La cour avait estimé aussi que ces aides pouvaient bénéficier des exemptions des règlements communautaires applicables dès lors qu'elles n'avaient entraîné aucune restriction de la liberté des utilisateurs finals, des intermédiaires ou des distributeurs de s'approvisionner auprès de l'entreprise de leur choix à l'intérieur du marché commun et qu'elles n'avaient pas été octroyées de façon discriminatoire. Elle avait encore jugé que les aides avaient stimulé la concurrence entre les distributeurs du réseau et les distributeurs hors réseau, qu'elle avait maintenu la densité du réseau et la qualité des services et conduit à une baisse significative des prix.

La cour d'appel avait confirmé enfin que la réalité des pressions et sanctions exercées contre les concessionnaires étrangers n'était pas avérée. Les seuls courriers versés aux débats – adressés à un concessionnaire allemand – constituaient de simples rappels de conditions contractuelles relatives aux ventes transfrontalières et aucune mesure de rétorsion à l'encontre de ce concessionnaire n'avait été constatée.

L'ensemble de ces analyses a été avalisé par la Haute Juridiction.

• Arrêt de rejet du 14 mars 2006 (société Privileg)

A été confirmé le caractère anticoncurrentiel des pratiques, sanctionnées dans la décision 04-D-39, qui avaient été mises en œuvre par trois sociétés

67. SPEA, 21 septembre 2004.

spécialisées dans la découpe et la commercialisation de viandes de boucherie et par la Société technique d'abattage 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, principales usagères de l'abattoir de Laval et associées de la STAL, s'étaient concertées avec celle-ci afin d'interdire, avec le soutien de représentants de la communauté d'agglomération de Laval, à la société plaignante, nouvel entrant sur le marché, l'accès aux équipements publics offerts par l'abattoir. Pour ce faire, des motifs dilatoires, discriminatoires ou fallacieux avaient été opposés à la plaignante, et ce, alors même que l'abattoir 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 les tarifs de la STAL à un taux artificiellement bas au regard des conditions d'exploitation déficitaires de l'abattoir, de façon à continuer à bénéficier, en tant que clientes, de conditions économiques avantageuses par rapport à leurs concurrents potentiels. Les sociétés utilisatrices avaient ainsi refusé toute augmentation des prix des services de l'établissement et fait financer son déficit par la collectivité, à leur seul profit. L'entente avait eu pour objet d'empêcher la plaignante d'accéder au marché concerné.

L'abus de position dominante

• Arrêt de cassation du 10 mai 2006 (association Etna)

La Cour de cassation a cassé et annulé, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu par la cour d'appel le 12 avril 2005 dans l'affaire opposant l'association Tenor (devenue association Etna) à la société France Télécom.

Dans la décision 04-D-48, le Conseil, sur une saisine de l'association Tenor regroupant des opérateurs de télécommunications, avait sanctionné France Télécom et CEGETEL (devenu SFR), 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, qui avaient mis en œuvre des pratiques de ciseau tarifaire entre avril 1999 et janvier 2001. Les deux opérateurs avaient proposé aux grandes et moyennes entreprises, *via* leur branche de téléphonie fixe respective, des offres de détail *« fixe vers mobile »* qui ne couvraient pas les coûts encourus pour la fourniture de ces prestations, notamment 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 à des pertes. Le Conseil avait retenu que ces pratiques avaient eu pour effet de retarder l'entrée de ces 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. Le Conseil avait en effet démontré, en s'appuyant sur un avis de l'ART et des pièces émanant de la société France Télécom, qu'à partir d'avril 1999, France Télécom avait très largement supprimé la seule solution

alternative existant à l'époque, le reroutage international (*id est* la possibilité pour les opérateurs alternatifs de téléphonie fixe, 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). De fait, France Télécom avait conclu des « *accords de surcharge* » avec ses homologues étrangers qui avaient eu pour effet de cesser de rendre cette voie de contournement rentable économiquement et aucun élément du dossier ne montrait que d'autres voies de reroutage avaient alors été significativement utilisées, à partir de pays non concernés par les « *accords de surcharge* ».

La cour d'appel avait pourtant mis à néant cette décision en considérant que le Conseil avait échoué à démontrer qu'au cours de la période considérée, les opérateurs entrants de téléphonie fixe étaient effectivement privés de solution alternative et qu'ils étaient par conséquent réellement contraints de recourir à l'interconnexion directe. La cour semblait donc exiger que soit démontrée la disparition complète du reroutage international et semblait même indiquer que figuraient au dossier un certain nombre de pièces ou d'éléments montrant, au contraire, la subsistance de cette voie après le 1er semestre 1999.

La cour a été censurée ce point par la Haute Juridiction qui a jugé « *qu'il lui appartenait de rechercher, non si le Conseil avait établi que les nouveaux opérateurs de téléphonie fixe ne disposaient plus d'aucun moyen permettant d'éviter l'effet de ciseau subi en cas d'interconnexion directe, mais si les pratiques de "ciseau tarifaire" respectivement mises en œuvre par France Télécom et par SFR avaient pour objet ou pouvaient avoir pour effet, notamment après la signature par France Télécom* [des accords de surcharge], *de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché de la téléphonie fixe vers mobile des entreprises* ».

La vérification de l'exécution des injonctions

• Arrêt de rejet du 14 mars 2006 (société France Télécom)

La Cour a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel [68] qui avait réformé – pour doubler la sanction pécuniaire prononcée par le Conseil – la décision 04-D-18 rendue contre France Télécom pour non-respect d'une injonction prononcée à l'occasion d'une procédure de mesures conservatoires initiée par la société Neuf Télécom et concernant le marché de l'accès à internet haut débit par l'ADSL.

Dans cette affaire [69], le Conseil avait constaté que France Télécom n'avait pas respecté une injonction censée permettre aux opérateurs alternatifs d'accéder au « *circuit virtuel permanent* » de l'opérateur historique (correspondant

68. Arrêt du 11 janvier 2005, société France Télécom.

69. qui a donné lieu par ailleurs à une décision de sanction au fond (05-D-59) entièrement confirmée par la cour d'appel dans un arrêt du 4 juillet 2006 (voir *supra* – Jurisprudence de la cour d'appel de Paris : *Sur le non-respect des injonctions*).

à « *l'option 3* » définie par l'ART) et de fournir aux fournisseurs d'accès à internet (FAI) le service du transport des données haut débit de leurs clients dans des conditions économiques viables. Cette injonction obligeait France Télécom à « *proposer aux opérateurs tiers* [...] *une offre* [...] *d'accès* [à son] *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* ». Il était apparu que le tarif de l'offre que France Télécom avait fini par proposer générait un effet de ciseau : 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 que France Télécom leur offrait de son côté, n'auraient pas pu dégager une marge suffisante pour faire face à leurs coûts. Ces pratiques avaient permis à l'opérateur, 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 avait rejeté l'intégralité de l'argumentation de France Télécom et, relevant « *le non-respect délibéré d'une injonction claire, précise et dépourvue d'ambiguïté* » et « *la persistance* » du comportement anticoncurrentiel de l'opérateur, avait multiplié par deux la sanction initialement prononcée de 20 millions d'euros.

Devant la Cour de cassation, France Télécom soutenait que la cour d'appel avait violé le principe d'interprétation stricte des injonctions : d'une part, en admettant que l'exécution de l'injonction pouvait être vérifiée au moyen du test de ciseau tarifaire qui n'avait pas été prévu et en ne sanctionnant pas l'imprécision prétendue de l'injonction, d'autre part, en sanctionnant son comportement au-delà de la seule offre considérée comme non conforme à l'injonction, celle présentée aux opérateurs alternatifs le 1er décembre 2000, et en considérant ainsi que le non-respect de l'injonction avait perduré jusqu'en octobre 2002, alors au surplus, que les offres qu'elle avait proposées à compter de mars 2001 auraient été fixées en conformité avec les recommandations de l'ART et auraient permis une concurrence effective.

La Cour de cassation a écarté cette argumentation. Elle a fait sienne l'analyse de la cour d'appel qui avait jugé que la conformité de l'offre de France Télécom pouvait parfaitement être examinée au regard du test de ciseau tarifaire dans la mesure où l'injonction, qui obligeait la société à proposer aux opérateurs tiers une offre permettant « *l'exercice d'une concurrence effective, tant par les prix que par la nature des prestations offertes* », impliquait nécessairement que ces opérateurs ne soient pas victimes d'un effet de ciseau tarifaire entre les reversements dus à France Télécom au titre de l'offre et les prix des offres de France Télécom aux FAI sur le marché aval. Elle a estimé, par ailleurs, que le constat de la non-conformité à l'injonction du tarif de l'offre du 1er décembre 2000 suffisait à établir le non-respect de l'injonction prononcée par le Conseil, mais n'excluait pas l'examen des offres postérieures de France Télécom « *afin de déterminer la sanction au regard de la gravité des faits dont la persistance est un élément* ». Enfin, la cour a confirmé qu'après la décision rendue par l'ART en mars 2001, à la suite d'un différend avec Liberty Surf, France Télécom avait effectivement proposé des tarifs de l'option 3 conformes aux prescriptions de l'autorité de régulation mais avait, dans le même temps, baissé les prix de ses services en direction des FAI,

laissant ainsi subsister l'effet de ciseau tarifaire jusqu'en octobre 2002, ce qui, du reste, avait été constaté par l'ART.

L'imputabilité des pratiques

• Arrêt de rejet du 28 février 2006 (Établissement français du sang)

La Cour de cassation a jugé que « *les pratiques anticoncurrentielles sont imputées à une entreprise, indépendamment du statut juridique de celle-ci et sans considération de la personne qui l'exploite* ». Elle a précisé en outre que « *le principe de la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise s'applique quel que soit le mode juridique de transfert des activités dans lesquelles ont été commises les pratiques sanctionnées* ». A été ainsi repoussée l'argumentation de l'EFS qui contestait qu'on puisse lui imputer le comportement anticoncurrentiel d'un établissement de transfusion sanguine, le GIP Champagne-Ardennes. L'EFS, créé par la loi nº 98-535 du 1er juillet 1998 pour se substituer aux différents établissements français de transfusion sanguine, faisait valoir que, par une convention conclue avec le GIP, prévue par la loi de 1998, il s'était obligé à reprendre les dettes du GIP, à l'exclusion des engagements résultant d'une fraude ou d'une faute intentionnelle. Il soutenait que la loi avait ainsi prévu que l'on puisse déroger par convention au principe de la continuité économique et fonctionnelle.

Pour la cour, qui a ainsi confirmé la solution dégagée précédemment par la cour d'appel dans son arrêt du 25 janvier 2005 [70], dès lors que l'EFS avait repris, du fait de la loi, l'ensemble des biens, droits et obligations, créances et dettes du GIP, ainsi que l'ensemble de ses activités et de son personnel, il assurait en droit et en fait la continuité économique et fonctionnelle du GIP, peu important que la loi ait laissé la possibilité d'aménager conventionnellement cette reprise, s'agissant des activités exercées précédemment par les établissements de transfusion sanguine.

La détermination des sanctions

• Arrêt de rejet du 14 mars 2006 (société France Télécom)

La Cour de cassation a estimé que la cour d'appel avait dûment justifié sa décision de doubler la sanction infligée à la société France Télécom par le Conseil dans sa décision 04-D-18 pour sanctionner l'inexécution d'une injonction prononcée à titre conservatoire [71]. La Haute Juridiction a décidé que, dans son pouvoir d'appréciation de la proportionnalité de la sanction, la

70. Le Conseil avait écarté l'argumentation de l'EFS en se fondant sur la jurisprudence Enichem du TPI (17 décembre 1991) et en considérant 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 avait 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 avait 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.

71. Dans la décision 00-MC-01.

cour d'appel, après s'être prononcée sur la gravité des faits, avoir analysé le dommage à l'économie et pris en compte la situation de l'entreprise, avait pu estimer « *qu'eu égard aux caractères délibéré et persistant du non-respect de l'injonction claire et précise adressée par le Conseil, la sanction prononcée par celui-ci devait être aggravée* ».

- **Arrêt de rejet du 14 mars 2006 (société Privileg)**

La cour a estimé que les sanctions prononcées par le Conseil dans la décision 04-D-39, et approuvées par la cour d'appel, avaient été justement déterminées au regard des trois critères légaux. Elle a avalisé la méthode qui avait consisté à appliquer le plafond majoré prévu par la loi NRE à une partie des pratiques, s'agissant de faits qui avaient été commis avant l'entrée en vigueur de cette loi mais qui s'étaient poursuivis postérieurement.

- **Arrêt de rejet du 28 novembre 2006 (société OGF contre société Doussin)**

La Cour a estimé que la cour d'appel avait correctement contrôlé la proportionnalité de la sanction prononcée, au regard de la gravité des pratiques, de la situation de l'entreprise et du dommage porté à l'économie : sur ce dernier point, la Haute Juridiction a adopté la motivation de la cour d'appel qui avait retenu l'impact des pratiques sur le fonctionnement d'un marché ouvert depuis peu à la concurrence et sur la situation de dépendance et de désarroi des familles confrontées à un deuil : les pratiques ont « *restreint le développement du libre exercice de la concurrence* [...] *sur un marché, historiquement réglementé et protégé, ouvert depuis dix ans à une pleine et entière concurrence, et sont mal appréhendées par les familles des défunts qui se trouvent, au moment où elles accordent leur confiance, dans un état de dépendance lié à la nécessité d'organiser rapidement les funérailles et au désarroi que le deuil est de nature à causer* ».

La Cour a constaté, par ailleurs, que la cour d'appel avait pu prendre en compte, « *en tant qu'élément d'appréciation de la gravité des faits* », l'appartenance de l'entreprise « *à un groupe important traditionnellement chargé de l'exploitation d'un service public* », sans pour autant, comme il était soutenu, faire application de la loi NRE (nouvel article L. 464-2 faisant référence au « *groupe* » auquel l'entreprise appartient, le cas échéant) qui n'était pas applicable en l'espèce.

La détermination de la sanction dans la procédure de transaction

- **Arrêt de rejet du 28 novembre 2006 (société OGF contre société Lamotte)**

La Cour de cassation a confirmé le mode de calcul de la sanction infligée à la société OGF, dans la décision 04-D-37 concernant une affaire dans laquelle la procédure simplifiée et la procédure de transaction avaient été cumulativement mises en œuvre. À la suite de l'avis rendu, à sa demande, par la Cour de cassation le 11 juillet 2005, la cour d'appel, dans un arrêt du 13 septembre 2005, avait approuvé la méthode du Conseil qui avait consisté à calculer 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 (devenu III) de l'article L. 464-2 [72], 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 à celle qui lui avait été infligée). Le montant obtenu, après application de la réduction de la sanction normalement infligée (selon la proposition du rapporteur général), s'étant avéré supérieur au plafond applicable en cas de procédure simplifiée, c'est une amende correspondant à ce dernier plafond qui avait été prononcée par le Conseil. La requérante objectait que cette méthode revenait à gommer l'effet de la transaction.

À l'occasion de l'examen du recours exercé par OGF, la cour d'appel avait sollicité l'avis de la Cour de cassation, laquelle avait estimé 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 qu'il puisse dépasser le plafond fixé en cas de procédure simplifiée. Par suite, la cour d'appel avait avalisé la méthode suivie par le Conseil et rejeté le recours de la société OGF.

En cassation, celle-ci persistait à soutenir qu'elle avait été privée de la réduction légale de moitié prévue en cas de transaction alors que l'espoir de cette réduction l'avait déterminée à transiger et qu'en violation du principe du contradictoire et de l'égalité des armes, elle n'avait pas eu la possibilité de renoncer à la transaction après qu'elle eut été informée que la réduction légale de moitié ne serait pas calculée sur le plafond prévu en cas de procédure simplifiée.

La Haute Juridiction a constaté que la réduction légale de moitié prévue en cas de transaction avait bien été appliquée en l'espèce, certes pas à partir du plafond prévu en cas de procédure simplifiée comme le réclamait OGF, mais, conformément au texte régissant la procédure de transaction (L. 464-2 II devenu L. 464-2 III), à partir du montant maximum de la sanction calculée sur la base du chiffre d'affaires (L. 464-2-I, anciennement article 13 de l'ordonnance de 1986). Elle a jugé, par ailleurs, qu'en cas de mise en œuvre de la transaction, qui suppose que l'« *entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés et s'engage à modifier ses comportements pour l'avenir* », celle-ci « *ne peut pas subordonner son absence de contestation et ses engagements à condition* ».

En outre, l'entreprise ne peut ignorer que les propositions de réduction de la sanction émises par le rapporteur général (et le commissaire du Gouvernement) ne lient pas le Conseil. Toutefois, elle a la faculté de présenter, tant par écrit qu'oralement, toutes observations devant le Conseil et de produire

72. 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, en cas de procédure normale, le montant maximal de la sanction encourue par rapport au chiffre d'affaires de l'entreprise en cause.

toutes pièces utiles à la détermination de la méthode de calcul du montant de la sanction pécuniaire encourue et à la fixation du montant qui en résulte.

La prise en compte d'éléments postérieurs à la période visée dans la notification de griefs

- **Arrêt de rejet du 28 novembre 2006 (société OGF contre société Lamotte)**

La Cour a estimé que le Conseil avait pu, sans ajouter aux griefs notifiés, afin d'apprécier la proportionnalité de la sanction, prendre en compte un constat d'huissier attestant de la persistance d'une pratique incriminée à une époque non visée dans la notification de griefs, dès lors que la société concernée avait été à même de discuter cette pièce lors de la séance du Conseil.

Rapport du ministre de l'Économie

Rapport du ministre de l'Économie

Les décisions comportant des injonctions de publication 390

Les décisions comportant des injonctions de faire et/ou de ne pas faire 392

Le contrôle de l'exécution des sanctions pécuniaires 399

Rapport du ministre de l'Économie
sur l'exécution des décisions rendues par le Conseil de la concurrence

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 nº 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

Deux décisions adoptées en **2005** comportent une ou plusieurs injonctions de publication dont le respect n'avait pu être vérifié à la date de présentation du précédent rapport.

05-D-17 du 27 avril 2004 *relative à la situation de la concurrence dans les secteurs des marchés de travaux de voirie en Côte-d'Or*

Le Conseil de la concurrence a enjoint aux sociétés Appia Sud Bourgogne, Roger Martin et Rougeot de publier les visas, le paragraphe 92 et les articles 1 à 3 du dispositif de sa décision dans une édition du *Moniteur des travaux publics* et dans le quotidien local *Le Bien public*.

Des vérifications ont permis de constater le respect de ces injonctions.

Un arrêt du 13 décembre 2005 de la cour d'appel de Paris a partiellement réformé la décision du Conseil (réduction des sanctions pour deux entreprises).

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 aux sociétés Céréda et EJL Est de publier les visas, les paragraphes 198 à 200 et le dispositif de sa décision dans une édition du *Moniteur des travaux publics* et dans le quotidien *Le Républicain lorrain*.

Les sociétés, qui avaient jusqu'au 2 décembre 2005 pour faire parvenir les justificatifs au bureau de la procédure du Conseil, se sont exécutées.

L'affaire est actuellement pendante devant la Cour de cassation.

Cinq décisions adoptées en **2006** comportent une ou plusieurs injonctions de publication.

06-D-04 bis du 13 mars 2006 *relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe*

Le Conseil a ordonné aux sociétés Beauté Prestige International (BPI), Chanel, Parfums Christian Dior, Comptoir nouveau de la parfumerie (Hermès Parfums), ELCO (Estée Lauder et Clinique), Parfums Givenchy, Guerlain,

Kenzo Parfums, L'Oréal Produits de luxe France, Marionnaud, Nocibé, Pacific Création Parfums (Lolita Lempicka), Sephora France, Shiseido France, Thierry Mugler Parfums et Yves Saint Laurent Parfums la publication du paragraphe 801 de la décision et de l'article 7 de son dispositif, en respectant la mise en forme, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires, dans *Le Figaro*, sur une page entière du quotidien dans un encadré, en caractères noirs sur fond blanc de hauteur au moins égal à 5 mm, sous le titre en caractères gras de même taille : *Décision n° 06-D-04 du 13 mars 2006 du Conseil de la concurrence relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe*. Les sociétés devaient adresser copie de cette publication au Conseil de la concurrence, dès sa parution et au plus tard le 15 mai 2006 (avec mention possible de l'appel).

La publication a été effectuée dans le quotidien *Le Figaro* daté du 8 mai 2006.

L'affaire est actuellement pendante devant la cour d'appel.

06-D-06 du 17 mars 2006 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'hébergement touristique en gîtes ruraux et en chambres d'hôtes*

Le Conseil de la concurrence a ordonné à la Fédération nationale des Gîtes de France, dans un délai de quatre mois à compter de la notification de la décision, sous astreinte de 150 euros par jour de retard à compter de la date d'expiration du délai, de faire publier, à ses frais, l'extrait figurant au paragraphe 129 de la décision dans sa revue périodique *Gîtes de France*.

Par procès-verbal d'huissier du 21 août 2006, remis à la DGCCRF, il a été constaté que cette publication avait été effectuée dans le n° 72 de la revue *Gîtes de France*, du printemps 2006, pour un tirage total de 46 000 exemplaires.

Cette décision a fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris, mais la partie s'est désistée (*cf*. ordonnance de la cour d'appel du 15 mai 2006).

06-D-13 du 6 juin 2006 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre d'un marché public de travaux pour la reconstruction du stade Armand-Cesari à Furiani*

Le Conseil de la concurrence a ordonné que dans un délai de six mois à compter de la notification de la décision, les sociétés Vendasi et Frères Piacentini fassent publier à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires, dans une édition du *Figaro* et de *Corse Matin*, un résumé mentionné à l'article 6 du dispositif de la décision complété par les articles 1er à 5 inclus du dispositif de la décision.

La société Vendasi a formé un recours en annulation de cette injonction de publication. Par ordonnance du 5 octobre 2006, la cour d'appel de Paris a débouté la demanderesse. Par suite, une publication a été opérée dans *Le Figaro* et dans l'édition de *Corse Matin* du 31 décembre 2006.

Cette affaire est pendante devant la cour d'appel.

06-D-30 du 18 octobre 2006 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des taxis à Marseille*

Le Conseil de la concurrence a ordonné que l'Intersyndicale des taxis marseillais, l'Association marseillaise des artisans taxis (AMAT), la section marseillaise du syndicat des taxis CFTC, le Syndicat indépendant des artisans

taxis (SIAT), le Syndicat marseillais des artisans taxis (SMAT), le Syndicat des taximètres marseillais et de Provence (STM), l'Union syndicale des petits propriétaires (TUPP), le Groupement des taxis TUPP Radio, Taxi Radio Marseille et Radio-taxi Plus marseillais fassent publier le texte figurant au paragraphe 131 de la décision, en en respectant la mise en forme, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires, dans *La Provence* ainsi que dans la version nationale et la version Île-de-France de *L'Artisan du taxi* avec envoi d'une copie de la parution au Conseil, sous pli recommandé au plus tard le 15 décembre 2006 (pour *La Provence)* et le 15 février 2007 (pour *L'Artisan du taxi*). Ces publications interviendront dans un encadré en caractères noirs sur fond blanc de hauteur au moins égale à 5 mm sous le titre suivant, en caractère gras de même taille : *Décision n° 06-D-30 du 18 octobre 2006 du Conseil de la concurrence relative à des pratiques relevées dans le secteur des taxis à Marseille* (possible mention d'un appel).

Les vérifications sont en cours.

Cette décision est définitive, elle n'a fait l'objet d'aucun recours dans les délais légaux.

06-D-36 du 6 décembre 2006 *relative à des pratiques mises en œuvre par la société civile de moyens Imagerie médicale du Nivolet*

Le Conseil de la concurrence a ordonné que, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la décision, la SCM Imagerie médicale du Nivolet fasse publier le texte reproduit à l'article 5 du dispositif de la décision, dans une édition du *Dauphiné libéré* et dans *Le Quotidien du médecin*.

La publication du texte, tel qu'il apparaît dans la décision, est intervenue le 20 février 2007 dans *Le Dauphiné libéré* (édition Savoie). Par contre, *Le Quotidien du médecin* a, en réponse à la demande de publication, indiqué qu'il ne pouvait y procéder, n'étant pas un journal habilité à publier des annonces judiciaires.

Une enquête est en cours à ce sujet.

Cette décision est définitive, elle n'a fait l'objet d'aucun recours dans les délais légaux.

Les décisions comportant des injonctions de faire et/ou de ne pas faire

Six décisions adoptées avant **2006** comportent plusieurs injonctions de faire et/ou de ne pas faire dont le respect n'avait pu être vérifié à la date de présentation du précédent rapport.

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 à 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 consistaient pour OGF à :

– assurer une distinction entre les locaux des chambres funéraires et les locaux commerciaux à Villeneuve-Saint-Georges, Bry-sur-Marne et Saint-Maur ;
– signaler, à l'extérieur des bâtiments, la présence de la chambre funéraire et celle des locaux d'organisation d'obsèques, sur des supports différents ;
– maintenir dans l'annuaire France Télécom une distinction entre la chambre funéraire et la société OGF à Bry-sur-Marne ;
– ne pas remettre en vigueur les conventions conclues avec des établissements de santé cités dans la décision qui accordaient à ces derniers la gratuité du transport des défunts vers les chambres funéraires gérées par OGF dans ces trois communes.

Le rapport d'enquête du 8 novembre 2006 relatif au suivi de ces injonctions permet de conclure que la société OGF a respecté ces engagements.

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. Le 28 novembre 2006, la Cour de cassation a prononcé un arrêt de rejet.

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 à la Société d'investissements et de coopération agricole Saint-Pol-de-Léon (SICA Saint-Pol-de-Léon), 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.

Le 9 mars 2005, le Conseil de la concurrence a été saisi d'une demande d'avis de l'Union des expéditeurs et exportateurs en fruits et légumes du Finistère (UEEFL) sur le secteur de la première commercialisation des fruits et légumes ; il a rendu un avis le 14 avril 2006 (avis n° 06-A-09). À l'occasion de l'instruction menée par la rapporteure dans ce cadre, il a pu être établi que la SICA Saint-Pol-de-Léon, l'UCPT et TSM, anciennement SIPEFEL, avaient envoyé au mois de juillet 2005 aux négociants-expéditeurs un courrier par lequel elles indiquaient la suspension de l'application des conditions générales de vente « *sur les trois points jugés non conformes par le Conseil de la concurrence* ». Les injonctions ont donc été respectées.

Cette décision est définitive, elle n'a fait l'objet d'aucun recours dans les délais légaux.

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 à 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.

Les vérifications ont permis d'établir que le conseil d'administration des Haras nationaux a adopté en novembre 2005 les principes et modalités d'intervention dans le secteur marchand et en juillet 2006 des mesures visant à satisfaire les engagements concernant l'uniformisation des tarifs du service de transport réfrigéré de semences et l'uniformisation des prix des cartes de saillies. Les modes de fonctionnement de l'établissement en matière de recours aux vétérinaires ont été modifiés dans le sens du cinquième engagement des Haras nationaux. Un audit méthodologique indépendant de la comptabilité analytique a eu lieu en décembre 2005 et devra être complété en 2007 par un audit sur les résultats.

Cette décision est définitive, elle n'a fait l'objet d'aucun recours dans les délais légaux.

05-D-37 du 5 juillet 2005 *relative à l'exécution de la décision n° 03-D-03 du 16 janvier 2003 concernant des pratiques mises en œuvre par le barreau des avocats de Marseille en matière d'assurances*

Il était enjoint à ce barreau de cesser d'imposer aux avocats d'adhérer au contrat collectif d'assurances souscrit au titre des garanties responsabilité civile exploitation, dommages par catastrophes naturelles et assurance des objets et vêtements déposés dans les vestiaires de l'Ordre, et de faire retirer du contrat d'assurance collective les clauses relatives à ces garanties (article 3 de la décision).

Un rapport d'enquête établi par la BIEC de Marseille en juin 2006 fait apparaître que le barreau de Marseille a satisfait à ses obligations.

Un arrêt de la cour d'appel en date du 24 janvier 2006 a rejeté le recours contre cette 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 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 pour vérifier le respect de ces injonctions.

Cette décision est définitive, elle n'a fait l'objet d'aucun recours dans les délais légaux.

05-D-70 du 19 décembre 2005 *relative à des pratiques relevées dans le secteur des vidéocassettes préenregistrées*

La société Buena Vista Home Entertainment s'est engagée à revoir en profondeur ses conditions générales de vente auprès de l'ensemble de ses

distributeurs et grossistes et à restructurer son système de remises. La société Carrefour, pour sa part, s'est engagée à modifier ses critères d'acceptation de remises de la part des grossistes-distributeurs avec l'ensemble des fournisseurs sur le marché des vidéocassettes et des DVD.

L'enquête de suivi de ces engagements a été lancée.

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

Neuf décisions adoptées en **2006** comportent une ou plusieurs injonctions de faire et/ou de ne pas faire

06-D-01 du 7 février 2006 *relative à des pratiques mises en œuvre par la société des Nouvelles messageries de la presse parisienne (NMPP)*

Le Conseil de la concurrence a enjoint la société des Nouvelles messageries de la presse parisienne (NMPP) de respecter les engagements qu'elle avait souscrits décrits aux paragraphes 1 à 25 de la décision, 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.

La société NMPP a pris deux engagements :

– ses filiales exploitant les dépôts de Nouvelle-Calédonie et de Polynésie française tarifient désormais la distribution locale de publications selon un barème propre à chacun des territoires et qui s'appliquera aux opérations confiées aux dépôts concernés par toute entreprise d'exportation de la presse française, y compris les NMPP elles-mêmes (effectif à compter de la notification de la décision) ;
– soumettre aux prochaines assemblées de ses coopératives associées une résolution les autorisant à présenter, dans leurs barèmes, sur leur site internet, dans leur rapport annuel et dans leur contrat de groupage, les conditions tarifaires applicables à la distribution de la presse dans les DOM au sein des conditions applicables à la distribution de la presse en France métropolitaine (effectif à compter du 15 octobre 2006).

Eu égard au délai d'application de ces engagements, l'enquête de suivi vient d'être engagée.

Cette décision est définitive, elle n'a fait l'objet d'aucun recours dans les délais légaux.

06-D-03 bis du 9 mars 2006 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie, climatisation*

Le Conseil de la concurrence a enjoint les sociétés Brossette et EMAFU 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 et tels qu'ils sont mentionnés au paragraphe 1407 de la décision.

Le Conseil de la concurrence a également enjoint aux sociétés Saunier Duval, ELM Leblanc, Chaffoteaux et Maury, Frisquet et De Dietrich Thermique de modifier leur contrat de distribution afin de supprimer les clauses qui ont pour objet ou pour effet de réserver la revente des produits de chauffage aux

installateurs professionnels et de les remplacer, si elles le souhaitaient, par des stipulations limitées à ce qui est décrit au paragraphe 1282 de la décision.

L'enquête de suivi d'injonction est en cours.

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

06-D-06 du 17 mars 2006 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'hébergement touristique en gîtes ruraux et en chambres d'hôtes*

Le Conseil de la concurrence a enjoint la Fédération nationale des Gîtes de France, dans un délai de quatre mois à compter de la notification de la décision, sous astreinte de 150 euros par jour de retard à compter de la date d'expiration du délai :

– de supprimer de ses documents contractuels la clause soumettant à l'accord préalable du relais départemental la publicité sur d'autres supports que ceux édités par le réseau et la clause interdisant au propriétaire de gérer en parallèle, à proximité du gîte de France lui appartenant, des meublés saisonniers ou toute autre formule d'accueil non agréée Gîtes de France ;
– de limiter aux deux premières années d'adhésion à son réseau la clause interdisant aux adhérents d'apposer, sauf protocole signé entre la fédération et un organisme tiers, un double label sur le même gîte rural et la clause imposant aux adhérents qui ne désirent pas commercialiser eux-mêmes leur hébergement, de le faire par l'intermédiaire des relais départementaux Gîtes de France et ce, même dans le cas d'une durée d'adhésion supérieure à deux ans ou de renouvellement de cette adhésion, tacite ou explicite.

L'enquête de suivi de ces injonctions est en cours.

Cette décision a fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris, mais la partie s'est désistée (*cf.* ordonnance de la cour d'appel du 15 mai 2006).

06-D-20 du 13 juillet 2006 *relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés France Télécom, PagesJaunes Groupe et PagesJaunes SA dans le secteur des services de renseignements par téléphone et par internet*

Le Conseil de la concurrence a enjoint les sociétés France Télécom, PagesJaunes Groupe et PagesJaunes SA 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 et telles qu'elles sont mentionnés aux paragraphes 87, 88 et 107 (pour France Télécom) et 89 et 113 (PagesJaunes Groupe et PagesJaunes SA) de la décision ainsi que dans le dispositif.

L'enquête de suivi de ces engagements est en cours.

Cette décision est définitive, elle n'a fait l'objet d'aucun recours dans les délais légaux.

06-D-24 du 24 juillet 2006 *relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France*

Le Conseil de la concurrence a enjoint la société Festina France 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, c'est-à-dire l'engagement de proposer à ses distributeurs actuels et futurs son nouveau contrat-cadre de distribution intégrant des stipulations contractuelles applicables à la vente à distance, notamment la vente par internet, ainsi que ses deux nouveaux contrats spécifiques pour la vente à distance, en ligne par internet ou par correspondance, tels qu'acceptés lors de la séance du 7 juin 2006.

Une enquête permettant de vérifier la mise en œuvre effective de ce nouveau contrat est en cours.

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

06-D-28 du 5 octobre 2006 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels Hi-Fi et Home cinéma*

Le Conseil de la concurrence a enjoint les sociétés Bose et Triangle Industries 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 et consistant à modifier leurs contrats de distribution sélective de façon à permettre aux distributeurs agréés de vendre les produits contractuels sur internet.

L'enquête de suivi d'engagements sera lancée au 1er semestre 2007.

Cette décision est définitive, elle n'a fait l'objet d'aucun recours dans les délais légaux.

06-D-29 du 6 octobre 2006 *relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE Les Indépendants dans le secteur de la publicité radiophonique*

Le Conseil de la concurrence a enjoint le GIE Les Indépendants de respecter les engagements qu'il a souscrits en contrepartie du bénéfice qu'il recueille de la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 464-2 III du Code de commerce et tels qu'ils sont exposés au paragraphe 59 de la décision : le premier concerne des modifications du règlement intérieur sur les conditions et la procédure d'adhésion au GIE Les Indépendants ainsi que la sortie du GIE ; le deuxième vise à modifier la notice d'information envoyée aux candidats en tenant compte des modifications du règlement intérieur ainsi que le contrat constitutif du GIE. Les autres engagements traitent de la mise en œuvre et des conditions de ces deux premiers engagements.

L'enquête de suivi de ces engagements sera lancée au 1er semestre 2007.

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

06-D-36 du 6 décembre 2006 *relative à des pratiques mises en œuvre par la société civile de moyens Imagerie médicale du Nivolet*

Le Conseil de la concurrence a enjoint à la SCM Imagerie médicale du Nivolet d'édicter, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la décision, des critères clairs, objectifs et non discriminatoires pour l'octroi des vacations de scanner et d'IRM aux médecins non-membres de la SCM.

L'injonction qui prévoit l'établissement de critères objectifs donnant accès aux équipements gérés par la structure est en cours d'exécution. Plusieurs consultations et communications ont été adressées à l'ensemble des spécialistes concernés. Le nouveau règlement intérieur qui répondra à la demande du Conseil devrait entrer en vigueur à brève échéance. Il est d'ores et déjà prévu d'attribuer sans délai une vacation de deux heures aux praticiens qui en feraient la demande ; l'attribution sera pérennisée sous réserve de l'examen ultérieur du respect des critères édictés. Cette partie de l'injonction fera l'objet d'un contrôle complémentaire.

Cette décision est définitive, elle n'a fait l'objet d'aucun recours dans les délais légaux.

06-D-40 du 20 décembre 2006 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la presse magazine*

Le Conseil de la concurrence a enjoint la société AudiPresse de respecter les engagements qu'elle a souscrits en contrepartie du bénéfice qu'elle a recueilli de la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 464-2 III du Code de commerce et consistant à modifier l'article I. 1.1.2 du Règlement de l'enquête AEPM à l'usage des titres au 1er janvier 2006 de la manière suivante : « *1.1.2 – l'enquête AEPM étudie l'audience des magazines de périodicité bihebdomadaire, hebdomadaire, bimensuelle, mensuelle, bimestrielle et trimestrielle. Les titres doivent définir en début d'année les jours de parution pour les bihebdomadaires et hebdomadaires et les semaines de parution et de mise en distribution pour les mensuels et au-delà. On ne pourra accepter un écart entre deux parutions, deux fois supérieur à la périodicité du titre, cette absence d'écart entre deux parutions ne concernant ni la période des mois de juillet et août, ni celle allant du 15 décembre au 15 janvier* [...] » et, si la réforme des structures d'AudiPresse qui prévoit l'intégration dans les organes de direction de la nouvelle société des associations représentatives dont l'ADPGI n'a pas abouti au 31 décembre 2006, à « *intégrer au plus tard le 31 décembre 2006 un représentant de la presse gratuite dans sa commission études en créant un onzième poste statutaire dédié à cette catégorie. Dans la mesure où les associations ne sont pas représentées dans l'actuelle société AudiPresse, ce poste devra être occupé par le représentant d'un éditeur de la presse gratuite ayant au moins un titre présent dans l'enquête AEPM. Cet engagement cessera dans l'hypothèse où, à la suite d'une réforme statutaire de la structure d'AudiPresse, l'ADGPI serait intégrée dans les organes de direction de la nouvelle structure* ».

L'enquête de suivi sera lancée au 1er semestre 2007.

Cette décision est définitive, elle n'a fait l'objet d'aucun recours dans les délais légaux.

06-MC-03 du 11 décembre 2006 *relative à des demandes de mesures conservatoires dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent*

Dans cette affaire, le Conseil a enjoint à la Société nationale Corse Méditerranée, sous un délai de 48 heures :

– en premier lieu, d'indiquer à l'Office des transports de la Corse le montant ferme de la subvention sur laquelle elle s'engage ligne par ligne dans l'offre qu'elle a déposée ;

– en deuxième lieu, de faire droit, dans les mêmes 48 heures, à toute demande de l'Office permettant à ce dernier d'évaluer le montant demandé, de manière ferme, pour les offres groupées qu'il souhaiterait étudier ;
– en troisième lieu, de préciser explicitement à l'Office qu'elle ne s'oppose ni à un examen par ce dernier, dans des conditions assurant le respect effectif de l'égalité de traitement entre les différentes candidatures, de son offre ligne par ligne ou regroupée, selon les critères auxquels entend recourir l'Office, ni – au terme de cet examen – à la possibilité d'une attribution partielle de la délégation.

Par ailleurs, le Conseil a enjoint à la Société nationale Corse Méditerranée de s'abstenir de signer tout projet de contrat qui lui serait proposé pour une nouvelle délégation de service public relative à la desserte maritime de la Corse à partir de Marseille tant qu'elle n'aurait pas justifié de l'exécution de ses injonctions.

Ces injonctions, qui ont été exécutées dans les délais impartis, sont devenues sans objet, le Conseil d'État ayant prononcé le 15 décembre 2006 l'annulation de la procédure de passation de la délégation de service public, ce qui a eu pour effet d'annuler les offres présentées jusqu'alors par les candidats. La cour d'appel a rejeté le recours introduit par la SNCM en constatant que les injonctions du Conseil s'appliquaient à une offre qui n'existait plus juridiquement lorsque la SNCM a saisi la cour d'appel (le 22 décembre 2006).

Cette décision a été confirmée par un arrêt de la cour d'appel du Paris en date du 6 février 2007.

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 confiée à la Trésorerie générale des créances spéciales du trésor (TGCST), sise à Châtellerault. 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.

Dans le cadre de la loi organique relative aux lois de finances du 1er août 2001, la responsabilité de la liquidation des amendes prononcées par le Conseil de la concurrence, qui incombait traditionnellement à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, a été transférée au Conseil de la concurrence. Il en va de même des majorations, des réductions partielles ou totales d'amendes qui peuvent être

prononcées par la cour d'appel de Paris dans le cadre de son pouvoir d'annulation et de réformation des décisions du Conseil de la concurrence.

À compter du 1er janvier 2006, date de prise d'effet de cette mesure, les opérations de contrôle de l'exécution des sanctions pécuniaires relèvent de la compétence du Conseil de la concurrence.

Pour le ministre et par délégation,
Le directeur général de la concurrence,
de la consommation et de la répression des fraudes,
Guillaume CERUTTI

Textes

Textes

Code de commerce (partie législative)
Livre IV – De la liberté des prix et de la concurrence..... 405
Livre IX – Dispositions relatives à l'outre-mer 443

Articles de l'ordonnance nº 86-1243 n'ayant pas été abrogés 449

Code de commerce (partie réglementaire)
Livre IV – De la liberté des prix et de la concurrence..... 450
Livre IX – Dispositions relatives à l'outre-mer 473

Article du décret du 30 avril 2002 nº 2002-689 n'ayant pas été abrogé..... 483

Règlement (CE) nº 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux article 81 et 82 du traité..... 484

Communiqué de procédure du 17 avril 2007 relatif au programme de clémence français 513

Code de commerce (partie législative)

Livre IV – De la liberté des prix et de la concurrence

Titre I : Dispositions générales

Article L. 410-1

Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public.

Article L. 410-2

Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1er janvier 1987 de l'ordonnance nº 45-1483 du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la concurrence.

Toutefois, dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison soit de situations de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement, soit de dispositions législatives ou réglementaires, un décret en Conseil d'État peut réglementer les prix après consultation du Conseil de la concurrence.

Les dispositions des deux premiers alinéas ne font pas obstacle à ce que le Gouvernement arrête, par décret en Conseil d'État, contre des hausses ou des baisses excessives de prix, des mesures temporaires motivées par une situation de crise, des circonstances exceptionnelles, une calamité publique ou une situation manifestement anormale du marché dans un secteur déterminé. Le décret est pris après consultation du Conseil national de la consommation. Il précise sa durée de validité qui ne peut excéder six mois.

Titre II : Des pratiques anticoncurrentielles

Article L. 420-1

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 52 *Journal officiel* du 16 mai 2001)

Sont prohibées 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.

Article L. 420-2

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 66 *Journal officiel* du 16 mai 2001)
(Loi nº 2005-882 du 2 août 2005 art. 40 *Journal officiel* du 3 août 2005)

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 en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme.

Article L. 420-3

Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L. 420-1 et L. 420-2.

Article L. 420-4

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 48 *Journal officiel* du 16 mai 2001)

I. Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques :
1° – Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application ;
2° – 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 pratiques qui peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun ne doivent imposer des restrictions à la

concurrence, que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès.

II. Certaines catégories d'accords ou certains accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, peuvent être reconnus comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis conforme du Conseil de la concurrence.

Article L. 420-5

(Loi nº 2005-882 du 2 août 2005 art. 45 *Journal officiel* du 3 août 2005)

Sont prohibées les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits.

Les coûts de commercialisation comportent également et impérativement tous les frais résultant des obligations légales et réglementaires liées à la sécurité des produits.

Ces dispositions ne sont pas applicables en cas de revente en l'état, à l'exception des enregistrements sonores reproduits sur supports matériels et des vidéogrammes destinés à l'usage privé du public.

Article L. 420-6

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 67 *Journal officiel* du 16 mai 2001)
(Ordonnance nº 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 *Journal officiel* du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002)

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.

Le tribunal peut ordonner que sa décision soit publiée intégralement ou par extraits dans les journaux qu'il désigne, aux frais du condamné.

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.

Article L. 420-7

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 82 *Journal officiel* du 16 mai 2001)
(Ordonnance nº 2004-1173 du 4 novembre 2004 art. 1 *Journal officiel* du 5 novembre 2004)

Sans préjudice des articles L. 420-6, L. 462-8, L. 463-1 à L. 463-4, L. 463-6, L. 463-7 et L. 464-1 à L. 464-8, les litiges relatifs à l'application des règles contenues dans les articles L. 420-1 à L. 420-5 ainsi que dans les articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne et ceux dans lesquels ces dispositions sont invoquées sont attribués, selon le cas et sous réserve des règles de partage de compétences entre les ordres de juridiction, aux tribunaux de grande instance ou aux tribunaux de commerce dont le siège et le

ressort sont fixés par décret en Conseil d'État. Ce décret détermine également le siège et le ressort de la ou des cours d'appel appelées à connaître des décisions rendues par ces juridictions.

Titre III : De la concentration économique

Article L. 430-1

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 86 *Journal officiel* du 16 mai 2001)

I. Une opération de concentration est réalisée :
1° – Lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ;
2° – Lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises.

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.

Article L. 430-2

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 87 *Journal officiel* du 16 mai 2001)
(Loi nº 2003-660 du 21 juillet 2003 art. 59 *Journal officiel* du 22 juillet 2003)
(Ordonnance nº 2004-274 du 25 mars 2004 art. 25 *Journal officiel* du 27 mars 2004)

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 concernés est supérieur à 50 millions d'euros ;
– l'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement (CEE) nº 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 départements d'outre-mer, lorsqu'une opération de concentration au sens de l'article L. 430-1 a pour effet de porter soit la surface de vente telle que définie à l'article L. 720-4 au-delà du seuil fixé au même article, soit la part de marché, exprimée en chiffres d'affaires, des entreprises soumises aux dispositions du même article au-delà de 25 %, le ministre peut, dans un délai de trois mois après la réalisation effective de l'opération, la soumettre à la procédure prévue aux articles L. 430-3 et suivants. Toutefois, les dispositions de l'article L. 430-4 ne sont pas applicables à ces opérations.

Article L. 430-3

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 88 *Journal officiel* du 16 mai 2001)
(Loi nº 2004-1343 du 9 décembre 2004 art. 83 II *Journal officiel* du 10 décembre 2004)

L'opération de concentration doit être notifiée au ministre chargé de l'Économie avant sa réalisation. La notification peut intervenir dès lors que la ou les parties concernées sont en mesure de présenter un projet suffisamment abouti pour permettre l'instruction du dossier et notamment lorsqu'elles ont conclu un accord de principe, signé une lettre d'intention ou dès l'annonce d'une offre publique. Le renvoi au ministre chargé de l'Économie de tout ou partie d'un cas de concentration notifié à la Commission européenne vaut notification au sens du présent article.

L'obligation de notification incombe aux personnes physiques ou morales qui acquièrent le contrôle de tout ou partie d'une entreprise ou, dans le cas d'une fusion ou de la création d'une entreprise commune, à toutes les parties concernées qui doivent alors notifier conjointement. Le contenu du dossier de notification est fixé par décret.

La réception de la notification d'une opération, ou le renvoi total ou partiel d'une opération de dimension communautaire, fait l'objet d'un communiqué publié par le ministre chargé de l'Économie selon des modalités fixées par décret.

Dès réception du dossier de notification, le ministre en adresse un exemplaire au Conseil de la concurrence.

Article L. 430-4

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 89 *Journal officiel* du 16 mai 2001)

La réalisation effective d'une opération de concentration ne peut intervenir qu'après l'accord du ministre chargé de l'Économie et, le cas échéant, du ministre chargé du secteur économique concerné.

En cas de nécessité particulière dûment motivée, les parties qui ont procédé à la notification peuvent demander au ministre chargé de l'Économie une dérogation leur permettant de procéder à la réalisation effective de tout ou partie de la concentration sans attendre la décision mentionnée au premier alinéa et sans préjudice de celle-ci.

Article L. 430-5

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 90 *Journal officiel* du 16 mai 2001)

I. Le ministre chargé de l'Économie se prononce sur l'opération de concentration dans un délai de cinq semaines à compter de la date de réception de la notification complète.

II. Les parties à l'opération peuvent s'engager à prendre des mesures visant notamment à remédier, le cas échéant, aux effets anticoncurrentiels de l'opération soit à l'occasion de la notification de cette opération, soit à tout moment avant l'expiration du délai de cinq semaines à compter de la date de réception de la notification complète, tant que la décision prévue au I n'est pas intervenue.

Si les engagements sont reçus par le ministre plus de deux semaines après la notification complète de l'opération, le délai mentionné au I expire trois semaines après la date de réception desdits engagements par le ministre chargé de l'Économie.

III. Le ministre chargé de l'Économie peut :

– soit constater, par décision motivée, que l'opération qui lui a été notifiée n'entre pas dans le champ défini par les articles L. 430-1 et L. 430-2 ;
– soit autoriser l'opération, en subordonnant éventuellement, par décision motivée, cette autorisation à la réalisation effective des engagements pris par les parties.

Toutefois, s'il estime que l'opération est de nature à porter atteinte à la concurrence et que les engagements pris ne suffisent pas à y remédier, il saisit pour avis le Conseil de la concurrence.

IV. Si le ministre ne prend aucune des trois décisions prévues au III dans le délai mentionné au I, éventuellement prolongé en application du II, l'opération est réputée avoir fait l'objet d'une décision d'autorisation.

Article L. 430-6

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 92 *Journal officiel* du 16 mai 2001)
(Loi nº 2005-882 du 2 août 2005 art. 50 *Journal officiel* du 3 août 2005)

Si une opération de concentration a fait l'objet, en application du III de l'article L. 430-5, d'une saisine du Conseil de la concurrence, celui-ci examine si elle est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique. Il apprécie si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence. Le Conseil tient compte de la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale et de la création ou du maintien de l'emploi.

La procédure applicable à cette consultation du Conseil de la concurrence est celle qui est prévue au deuxième alinéa de l'article L. 463-2 et aux articles L. 463-4, L. 463-6 et L. 463-7. Toutefois, les parties qui ont procédé à la notification et le commissaire du Gouvernement doivent produire leurs

observations en réponse à la communication du rapport dans un délai de trois semaines.

Avant de statuer, le Conseil peut entendre des tiers en l'absence des parties qui ont procédé à la notification. Les comités d'entreprise des entreprises parties à l'opération de concentration sont entendus à leur demande par le Conseil dans les mêmes conditions.

Le Conseil remet son avis au ministre chargé de l'Économie dans un délai de trois mois.

Le ministre chargé de l'Économie transmet sans délai cet avis aux parties qui ont procédé à la notification.

Article L. 430-7

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 92 *Journal officiel* du 16 mai 2001)

I. Lorsque le Conseil de la concurrence a été saisi, l'opération de concentration fait l'objet d'une décision dans un délai de quatre semaines à compter de la remise de l'avis du Conseil au ministre chargé de l'Économie.

II. Après avoir pris connaissance de l'avis du Conseil de la concurrence, les parties peuvent proposer des engagements de nature à remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération avant la fin d'un délai de quatre semaines à compter de la date de remise de l'avis au ministre, à moins que l'opération n'ait déjà fait l'objet de la décision prévue au I.

Si les engagements sont transmis au ministre plus d'une semaine après la date de remise de l'avis au ministre, le délai mentionné au I expire trois semaines après la date de réception desdits engagements par le ministre.

III. Le ministre chargé de l'Économie et, le cas échéant, le ministre chargé du secteur économique concerné peuvent, par arrêté motivé :

– soit interdire l'opération de concentration et enjoindre, le cas échéant, aux parties de prendre toute mesure propre à rétablir une concurrence suffisante ;
– soit autoriser l'opération en enjoignant aux parties de prendre toute mesure propre à assurer une concurrence suffisante ou en les obligeant à observer des prescriptions de nature à apporter au progrès économique et social une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence.

Les injonctions et prescriptions mentionnées aux deux alinéas précédents s'imposent quelles que soient les clauses contractuelles éventuellement conclues par les parties.

Le projet d'arrêté est transmis aux parties intéressées, auxquelles un délai est imparti pour présenter leurs observations.

IV. Si le ministre chargé de l'Économie et le ministre chargé du secteur économique concerné n'entendent prendre aucune des deux décisions prévues au III, le ministre chargé de l'Économie autorise l'opération, par une décision motivée. L'autorisation peut être subordonnée à la réalisation effective des engagements pris par les parties qui ont procédé à la notification.

V. Si aucune des trois décisions prévues aux III et IV n'a été prise dans le délai mentionné au I, éventuellement prolongé en application du II, l'opération est réputée avoir fait l'objet d'une décision d'autorisation.

Article L. 430-8

(inséré par Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 92 *Journal officiel* du 16 mai 2001)

I. Si une opération de concentration a été réalisée sans être notifiée, le ministre chargé de l'Économie peut infliger aux personnes auxquelles incombait la charge de la notification une sanction pécuniaire dont le montant maximum s'élève, pour les personnes morales, à 5 % de leur chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos, augmenté, le cas échéant, de celui qu'a réalisé en France durant la même période la partie acquise, et, pour les personnes physiques, à 1,5 million d'euros.

En outre, le ministre enjoint sous astreinte aux parties de notifier l'opération, à moins de revenir à l'état antérieur à la concentration. Il peut également saisir le Conseil de la concurrence sans attendre la notification. La procédure prévue aux articles L. 430-5 à L. 430-7 est alors applicable.

II. Si une opération de concentration notifiée et ne bénéficiant pas de la dérogation prévue au deuxième alinéa de l'article L. 430-4 a été réalisée avant l'intervention de la décision prévue au premier alinéa du même article, le ministre chargé de l'Économie peut infliger aux personnes ayant procédé à la notification une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser le montant défini au I.

III. En cas d'omission ou de déclaration inexacte dans une notification, le ministre chargé de l'Économie peut infliger aux personnes ayant procédé à la notification une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser le montant défini au I.

Cette sanction peut s'accompagner du retrait de la décision ayant autorisé la réalisation de l'opération. À moins de revenir à l'état antérieur à la concentration, les parties sont alors tenues de notifier de nouveau l'opération dans un délai d'un mois à compter du retrait de la décision, sauf à encourir les sanctions prévues au I.

IV. S'il estime que les parties n'ont pas exécuté dans les délais fixés une injonction, une prescription ou un engagement, le ministre chargé de l'Économie peut saisir pour avis le Conseil de la concurrence.

Si l'avis du Conseil de la concurrence constate l'inexécution, le ministre chargé de l'Économie et, le cas échéant, le ministre chargé du secteur économique concerné peuvent :
1° – Retirer la décision ayant autorisé la réalisation de l'opération. À moins de revenir à l'état antérieur à la concentration, les parties sont tenues de notifier de nouveau l'opération dans un délai d'un mois à compter du retrait de la décision, sauf à encourir les sanctions prévues au I ;
2° – Enjoindre sous astreinte aux parties auxquelles incombait l'obligation non exécutée d'exécuter dans un délai qu'ils fixent les injonctions, prescriptions ou engagements.

En outre, le ministre chargé de l'Économie peut infliger aux personnes auxquelles incombait l'obligation non exécutée une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser le montant défini au I.

Article L. 430-9

(inséré par Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 91 *Journal officiel* du 16 mai 2001)

Le Conseil de la concurrence peut, en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, demander au ministre chargé de l'Économie d'enjoindre, conjointement avec le ministre dont relève le secteur, par arrêté motivé, à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique qui a permis les abus même si ces actes ont fait l'objet de la procédure prévue au présent titre.

Article L. 430-10

(inséré par Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 93 *Journal officiel* du 16 mai 2001)

I. Les décisions prises en application des articles L. 430-5 à L. 430-8 sont rendues publiques, le cas échéant accompagnées de l'avis du Conseil de la concurrence, selon des modalités fixées par décret.

II. Lorsqu'il interroge des tiers au sujet de l'opération, de ses effets et des engagements proposés par les parties et rend publique sa décision dans les conditions prévues au I, le ministre chargé de l'Économie tient compte de l'intérêt légitime des parties qui procèdent à la notification ou des personnes citées à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués.

Titre IV : De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées

Chapitre préliminaire : Dispositions générales

Article L. 440-1

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 51 *Journal officiel* du 16 mai 2001)
(Loi nº 2005-882 du 2 août 2005 art. 56 *Journal officiel* du 3 août 2005)

Une Commission d'examen des pratiques commerciales est créée. Elle est composée d'un député et d'un sénateur désignés par les commissions permanentes de leur assemblée compétentes en matière de relations commerciales entre fournisseurs et revendeurs, de membres, éventuellement honoraires, des juridictions administratives et judiciaires, de représentants des secteurs de la production et de la transformation agricole et halieutique, ainsi qu'industrielle et artisanale, des transformateurs, des grossistes, des distributeurs et de l'administration, ainsi que de personnalités qualifiées. Elle est présidée par un magistrat de l'ordre administratif ou judiciaire. Elle comprend un nombre égal de représentants des producteurs et des revendeurs.

Les membres de la commission sont tenus au secret professionnel pour les faits, actes et renseignements dont ils ont pu avoir connaissance en raison de leurs fonctions.

La commission a pour mission de donner des avis ou formuler des recommandations sur les questions, les documents commerciaux ou publicitaires, y compris les factures et contrats couverts par un secret industriel et commercial, et les pratiques concernant les relations commerciales entre producteurs, fournisseurs, revendeurs qui lui sont soumis. Elle assure, sous la responsabilité de son président, l'anonymat des saisines et des documents qui lui sont soumis, y compris vis-à-vis de ses membres.

La commission est saisie par le ministre chargé de l'Économie, le ministre chargé du secteur économique concerné, le président du Conseil de la concurrence, toute personne morale, notamment les organisations professionnelles ou syndicales, les associations de consommateurs agréées, les chambres consulaires ou d'agriculture, ainsi que par tout producteur, fournisseur, revendeur s'estimant lésé par une pratique commerciale. Elle peut également se saisir d'office. Le président de la commission peut décider de mettre en place plusieurs chambres d'examen au sein de la commission.

L'avis rendu par la commission porte notamment sur la conformité au droit de la pratique ou du document dont elle est saisie.

La commission entend, à sa demande, les personnes et fonctionnaires qu'elle juge utiles à l'accomplissement de sa mission. Son président peut demander qu'une enquête soit effectuée par les agents habilités à cet effet par l'article L. 450-1 du présent code ou l'article L. 215-1 du Code de la consommation, selon les procédures prévues. Le compte rendu de l'enquête est remis au président de la commission qui s'assure qu'il préserve l'anonymat des personnes concernées.

La commission peut également décider d'adopter une recommandation sur les questions dont elle est saisie et toutes celles entrant dans ses compétences, notamment celles portant sur le développement des bonnes pratiques. Lorsqu'elle fait suite à une saisine en application du troisième alinéa, cette recommandation ne contient aucune indication de nature à permettre l'identification des personnes concernées. La recommandation est communiquée au ministre chargé de l'Économie et est publiée sur décision de la commission.

La commission exerce, en outre, un rôle d'observatoire régulier des pratiques commerciales, des facturations et des contrats conclus entre producteurs, fournisseurs, revendeurs qui lui sont soumis. Elle établit chaque année un rapport d'activité, qu'elle transmet au Gouvernement et aux assemblées parlementaires. Ce rapport est rendu public. Il comprend une analyse détaillée du nombre et de la nature des infractions aux dispositions du présent titre ayant fait l'objet de sanctions administratives ou pénales. Il comprend également les décisions rendues en matière civile sur les opérations engageant la responsabilité de leurs auteurs.

Un décret détermine l'organisation, les moyens et les modalités de fonctionnement de la commission ainsi que les conditions nécessaires pour assurer l'anonymat des acteurs économiques visés dans les avis et recommandations de la commission.

Chapitre Ier : De la transparence

Article L. 441-1

(Loi nº 2001-1168 du 11 décembre 2001 art. 13 IV 1º *Journal officiel* du 12 décembre 2001)

Les règles relatives aux conditions de vente au consommateur sont fixées par l'article L. 113-3 du Code de la consommation reproduit ci-après :
« Art. L. 113-3. – Tout vendeur de produits ou tout prestataire de services doit par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de la vente, selon des modalités fixées par arrêtés du ministre chargé de l'Économie, après consultation du Conseil national de la consommation.
Cette disposition s'applique à toutes les activités visées au dernier alinéa de l'article L. 113-2.
Les règles relatives à l'obligation de renseignements par les établissements de crédit et les organismes mentionnés à l'article L. 518-1 du code monétaire et financier sont fixées par les I et II de l'article L. 312-1-1 du même code. »

Article L. 441-2

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 49 *Journal officiel* du 16 mai 2001)
(Ordonnance nº 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 *Journal officiel* du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002)
(Loi nº 2005-157 du 23 février 2005 art. 32 *Journal officiel* du 24 février 2005)

Toute publicité à l'égard du consommateur, diffusée sur tout support ou visible de l'extérieur du lieu de vente, mentionnant une réduction de prix ou un prix promotionnel sur les produits alimentaires périssables doit préciser la nature et l'origine du ou des produits offerts et la période pendant laquelle est maintenue l'offre proposée par l'annonceur. La mention relative à l'origine est inscrite en caractères d'une taille égale à celle de l'indication du prix.

Lorsque de telles opérations promotionnelles sont susceptibles, par leur ampleur ou leur fréquence, de désorganiser les marchés, un arrêté interministériel ou, à défaut, préfectoral fixe, pour les produits concernés, la périodicité et la durée de telles opérations.

Pour un fruit ou légume frais ayant fait l'objet, entre le fournisseur et son client, d'un accord sur le prix de cession, l'annonce de prix, hors lieu de vente, est autorisée dans un délai maximum de soixante-douze heures précédant le premier jour de l'application du prix annoncé, pour une durée qui ne peut excéder cinq jours à compter de cette date.

Dans tous les autres cas, toute annonce de prix, hors lieu de vente, portant sur un fruit ou légume frais quelle que soit son origine, doit faire l'objet d'un accord interprofessionnel d'une durée d'un an renouvelable, conclu conformément aux dispositions de l'article L. 632-1 du code rural. Cet accord précise les périodes durant lesquelles une telle annonce est possible et ses modalités.

Cet accord peut être étendu conformément aux dispositions des articles L. 632-3 et L. 632-4 du même code.

Les dispositions des trois alinéas précédents ne sont pas applicables aux fruits et légumes frais appartenant à des espèces non produites en France métropolitaine.

Toute infraction aux dispositions des alinéas ci-dessus est punie d'une amende de 15 000 euros.

La cessation de la publicité réalisée dans des conditions non conformes aux dispositions du présent article peut être ordonnée dans les conditions prévues à l'article L. 121-3 du Code de la consommation.

Article L. 441-2-1

(Loi nº 2005-157 du 23 février 2005 art. 33 *Journal officiel* du 24 février 2005)
(Loi nº 2006-11 du 5 janvier 2006 art. 53 III *Journal officiel* du 6 janvier 2006)

Pour les produits agricoles périssables ou issus de cycles courts de production, d'animaux vifs, de carcasses ou pour les produits de la pêche et de l'aquaculture, figurant sur une liste établie par décret, un distributeur ou prestataire de services ne peut bénéficier de remises, rabais et ristournes ou prévoir la rémunération de services de coopération commerciale que si ceux-ci sont prévus dans un contrat écrit portant sur la vente de ces produits par le fournisseur.

Ce contrat comprend notamment des clauses relatives aux engagements sur les volumes, aux modalités de détermination du prix en fonction des volumes et des qualités des produits et des services concernés et à la fixation d'un prix.

Lorsqu'un contrat type relatif aux activités mentionnées au premier alinéa est inclus dans un accord interprofessionnel adopté par l'organisation interprofessionnelle reconnue pour le produit concerné et étendu en application des dispositions des articles L. 632-3 et L. 632-4 du code rural, le contrat mentionné au premier alinéa doit être conforme à ce contrat type. Ce contrat type peut notamment comprendre des clauses types relatives aux engagements, aux modalités de détermination des prix mentionnés au deuxième alinéa, aux calendriers de livraison, aux durées du contrat, et au principe de prix plancher, clauses types dont le contenu est élaboré dans le cadre de la négociation commerciale par les cocontractants.

Toute infraction aux dispositions du présent article est punie d'une amende de 15 000 euros.

Article L. 441-3

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 53 I *Journal officiel* du 16 mai 2001)

Tout achat de produits ou toute prestation de service pour une activité professionnelle doivent faire l'objet d'une facturation.

Le vendeur est tenu de délivrer la facture dès la réalisation de la vente ou la prestation du 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.

La facture doit mentionner le nom des parties ainsi que leur adresse, la date de la vente ou de la prestation de service, la quantité, la dénomination précise, et

le prix unitaire hors TVA des produits vendus et des services rendus ainsi que toute réduction de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de services et directement liée à cette opération de vente ou de prestation de services, à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture.

La facture mentionne également la date à laquelle le règlement doit intervenir. Elle précise les conditions d'escompte applicables en cas de paiement à une date antérieure à celle résultant de l'application des conditions générales de vente ainsi que le taux des pénalités exigibles le jour suivant la date de règlement inscrite sur la facture. Le règlement est réputé réalisé à la date à laquelle les fonds sont mis, par le client, à la disposition du bénéficiaire ou de son subrogé.

Article L. 441-4

(Ordonnance nº 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 *Journal officiel* du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002)

Toute infraction aux dispositions de l'article L. 441-3 est punie d'une amende de 75 000 euros.

L'amende peut être portée à 50 % de la somme facturée ou de celle qui aurait dû être facturée.

Article L. 441-5

Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement dans les conditions prévues à l'article 121-2 du code pénal de l'infraction prévue à l'article L. 441-4. Les peines encourues par les personnes morales sont :
1° – L'amende suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du code pénal ;
2° – La peine d'exclusion des marchés publics pour une durée de cinq ans au plus, en application du 5° de l'article 131-39 du même code.

Article L. 441-6

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 53 II *Journal officiel* du 16 mai 2001)
(Ordonnance nº 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 *Journal officiel* du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002)
(Loi nº 2005-882 du 2 août 2005 art. 41 *Journal officiel* du 3 août 2005)
(Loi nº 2006-10 du 5 janvier 2006 art. 26 *Journal officiel* du 6 janvier 2006)

Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur est tenu de communiquer à tout acheteur de produits ou demandeur de prestation de services pour une activité professionnelle, qui en fait la demande, ses conditions générales de vente. Celles-ci constituent le socle de la négociation commerciale. Elles comprennent :

– les conditions de vente ;
– le barème des prix unitaires ;
– les réductions de prix ;
– les conditions de règlement.

Les conditions générales de vente peuvent être différenciées selon les catégories d'acheteurs de produits ou de demandeurs de prestation de services,

et notamment entre grossistes et détaillants. Les conditions dans lesquelles sont définies ces catégories sont fixées par voie réglementaire en fonction notamment du chiffre d'affaires, de la nature de la clientèle et du mode de distribution.

Dans ce cas, l'obligation de communication prescrite au premier alinéa ne s'applique qu'à l'égard des acheteurs de produits ou des demandeurs de prestation de services d'une même catégorie. Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur peut, par ailleurs, convenir avec un acheteur de produits ou un demandeur de prestation de services des conditions particulières de vente justifiées par la spécificité des services rendus qui ne sont pas soumises à cette obligation de communication.

Sauf dispositions contraires figurant aux conditions de vente ou convenues entre les parties, le délai de règlement des sommes dues est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée.

Contrairement aux dispositions de l'alinéa précédent, pour le transport routier de marchandises, pour la location de véhicules avec ou sans conducteur, pour la commission de transport ainsi que pour les activités de transitaire, d'agent maritime et de fret aérien, de courtier de fret et de commissionnaire en douane, les délais de paiement convenus ne peuvent en aucun cas dépasser trente jours à compter de la date d'émission de la facture.

Les conditions de règlement doivent obligatoirement préciser les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture dans le cas où les sommes dues sont réglées après cette date. Sauf disposition contraire qui ne peut toutefois fixer un taux inférieur à une fois et demie le taux d'intérêt légal, ce taux est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de 7 points de pourcentage. Les pénalités de retard sont exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire.

La communication prévue au premier alinéa s'effectue par tout moyen conforme aux usages de la profession.

Toute infraction aux dispositions visées ci-dessus est punie d'une amende de 15 000 euros.

Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2 du Code pénal.

La peine encourue par les personnes morales est l'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 dudit code.

Article L. 441-7

(Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 art. 53 III *Journal officiel* du 16 mai 2001)
(Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 art. 83 II *Journal officiel* du 10 décembre 2004)
(inséré par Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 art. 42 *Journal officiel* du 3 août 2005)

I. Le contrat de coopération commerciale est une convention par laquelle un distributeur ou un prestataire de services s'oblige envers un fournisseur à lui

rendre, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs, des services propres à favoriser leur commercialisation qui ne relèvent pas des obligations d'achat et de vente.

Le contrat de coopération commerciale indiquant le contenu des services et les modalités de leur rémunération est établi, avant leur fourniture, soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat cadre annuel et des contrats d'application.

Chacune des parties détient un exemplaire du contrat de coopération commerciale.

Le contrat unique ou le contrat cadre annuel est établi avant le 15 février. Si la relation commerciale est établie en cours d'année, ces contrats sont établis dans les deux mois qui suivent la passation de la première commande.

Le contrat unique ou les contrats d'application précisent la date à laquelle les services sont rendus, leur durée, leur rémunération et les produits auxquels ils se rapportent.

Dans tous les cas, la rémunération du service rendu est exprimée en pourcentage du prix unitaire net du produit auquel il se rapporte.

Les conditions dans lesquelles un distributeur ou un prestataire de services se fait rémunérer par ses fournisseurs en contrepartie de services distincts de ceux figurant dans le contrat de coopération commerciale, notamment dans le cadre d'accords internationaux, font l'objet d'un contrat écrit en double exemplaire détenu par chacune des parties qui précise la nature de ces services.

II. Est puni d'une amende de 75 000 euros :
1° – Le fait de ne pas pouvoir justifier avoir conclu, dans les délais prévus au I, un contrat de coopération commerciale précisant le contenu des services rendus et leur rémunération ;
2° – Le fait de ne pas pouvoir justifier avoir conclu avant la fourniture des services les contrats d'application précisant la date des prestations correspondantes, leur durée, leur rémunération et les produits auxquels elles se rapportent ;
3° – Le fait de ne pas pouvoir justifier avoir conclu le contrat prévu à la fin du dernier alinéa du I ;
4° – Le fait, pour un distributeur ou un prestataire de services, de ne pas faire connaître à ses fournisseurs, avant le 31 janvier, le montant total des rémunérations se rapportant à l'ensemble des services rendus l'année précédente, exprimé en pourcentage du chiffre d'affaires pour chacun des produits auxquels ils se rapportent.

III. Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement des infractions prévues au II dans les conditions prévues par l'article 121-2 du Code pénal. La peine encourue est celle prévue par l'article 131-38 du même code.

Chapitre II : Des pratiques restrictives de concurrence

Article L. 442-1

(Loi nº 2001-1168 du 11 décembre 2001 art. 13 IV 2º *Journal officiel* du 12 décembre 2001)
(Loi nº 2003-7 du 3 janvier 2003 art. 50 II *Journal officiel* du 4 janvier 2003)

Les règles relatives aux ventes ou prestations avec primes, aux refus de vente ou de prestation, prestations par lots ou par quantités imposées sont fixées par les articles L. 121-35 et L. 122-1 du Code de la consommation reproduits ci-après :

« Art. L. 121-35. – Est interdite toute vente ou offre de vente de produits ou de biens ou toute prestation ou offre de prestation de services, faite aux consommateurs et donnant droit à titre gratuit, immédiatement ou à terme, à une prime consistant en produits, biens ou services sauf s'ils sont identiques à ceux qui font l'objet de la vente ou de la prestation.

Cette disposition ne s'applique pas aux menus objets ou services de faible valeur ni aux échantillons.

Cette disposition s'applique à toutes les activités visées au dernier alinéa de l'article L. 113-2.

Pour les établissements de crédit et les organismes mentionnés à l'article L. 518-1 du code monétaire et financier, les règles relatives aux ventes avec primes sont fixées par le 2 du I de l'article L. 312-1-2 du même code. »

« Art. L. 122-1. – Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime, et de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit.

Cette disposition s'applique à toutes les activités visées au dernier alinéa de l'article L. 113-2.

Pour les établissements de crédit et les organismes mentionnés à l'article L. 518-1 du code monétaire et financier, les règles relatives aux ventes subordonnées sont fixées par le 1 du I de l'article L. 312-1-2 du même code. »

Article L. 442-2

(Ordonnance nº 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 *Journal officiel* du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002)
(Loi nº 2005-882 du 2 août 2005 art. 47 I *Journal officiel* du 3 août 2005)

Le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif est puni de 75 000 euros d'amende. Cette amende peut être portée à la moitié des dépenses de publicité dans le cas où une annonce publicitaire, quel qu'en soit le support, fait état d'un prix inférieur au prix d'achat effectif.

Le prix d'achat effectif est le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport et minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit, et excédant un seuil de 20 % à compter du 1er janvier 2006.

Ce seuil est de 15 % à compter du 1er janvier 2007.

NOTA : loi 2005-882 2005-08-02 art. 47 II à IV : spécificité d'application.

Article L. 442-3

Les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables, dans les conditions prévues par l'article 121-2 du code pénal, de l'infraction prévue à l'article L. 442-2.

Les peines encourues par les personnes morales sont :
1° – L'amende suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du code pénal ;
2° – La peine mentionnée au 9° de l'article 131-39 du même code.

La cessation de l'annonce publicitaire peut être ordonnée dans les conditions prévues à l'article L. 121-3 du Code de la consommation.

Article L. 442-4

(Loi nº 2005-845 du 26 juillet 2005 art. 164 I *Journal officiel* du 27 juillet 2005 en vigueur le 1er janvier 2006 sous réserve art. 190)

I. Les dispositions de l'article L. 442-2 ne sont pas applicables :

1° – Aux ventes volontaires ou forcées motivées par la cessation ou le changement d'une activité commerciale :
a) aux produits dont la vente présente un caractère saisonnier marqué, pendant la période terminale de la saison des ventes et dans l'intervalle compris entre deux saisons de vente ;
b) aux produits qui ne répondent plus à la demande générale en raison de l'évolution de la mode ou de l'apparition de perfectionnements techniques ;
c) aux produits, aux caractéristiques identiques, dont le réapprovisionnement s'est effectué en baisse, le prix effectif d'achat étant alors remplacé par le prix résultant de la nouvelle facture d'achat ;
d) aux produits alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de 300 mètres carrés et aux produits non alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de 1 000 mètres carrés, dont le prix de revente est aligné sur le prix légalement pratiqué pour les mêmes produits par un autre commerçant dans la même zone d'activité ;

2° – À condition que l'offre de prix réduit ne fasse l'objet d'une quelconque publicité ou annonce à l'extérieur du point de vente, aux produits périssables à partir du moment où ils sont menacés d'altération rapide.

II. Les exceptions prévues au I ne font pas obstacle à l'application du 2° de l'article L. 653-5 et du 1 de l'article L. 654-2.

Article L. 442-5

(Ordonnance nº 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 *Journal officiel* du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002)

Est puni d'une amende de 15 000 euros le fait par toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un

produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale.

Article L. 442-6

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 56 *Journal officiel* du 16 mai 2001)
(Loi nº 2003-7 du 3 janvier 2003 art. 50 II *Journal officiel* du 4 janvier 2003)
(Loi nº 2005-882 du 2 août 2005 art. 48, art. 49 *Journal officiel* du 3 août 2005)

I. Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :

1° – De pratiquer, à l'égard d'un partenaire économique, ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiés par des contreparties réelles en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence ;

2° – a) D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu. Un tel avantage peut notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins ou encore du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat. Un tel avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires ou en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients ;
b) D'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées. Le fait de lier l'exposition à la vente de plus d'un produit à l'octroi d'un avantage quelconque constitue un abus de puissance de vente ou d'achat dès lors qu'il conduit à entraver l'accès des produits similaires aux points de vente ;

3° – D'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit ;

4° – D'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des prix, des délais de paiement, des modalités de vente ou des conditions de coopération commerciale manifestement dérogatoires aux conditions générales de vente ;

5° – De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels. Lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui

serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur. À défaut de tels accords, des arrêtés du ministre chargé de l'Économie peuvent, pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis et encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, notamment en fonction de leur durée. Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure. Lorsque la rupture de la relation commerciale résulte d'une mise en concurrence par enchères à distance, la durée minimale de préavis est double de celle résultant de l'application des dispositions du présent alinéa dans les cas où la durée du préavis initial est de moins de six mois, et d'au moins un an dans les autres cas ;

6° – De participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence ;

7° – De soumettre un partenaire à des conditions de règlement manifestement abusives, compte tenu des bonnes pratiques et usages commerciaux, et s'écartant au détriment du créancier, sans raison objective, du délai indiqué au huitième alinéa de l'article L. 441-6 ;

8° – De procéder au refus ou retour de marchandises ou de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur les pénalités au rabais correspondant au non-respect d'une date de livraison ou à la non-conformité des marchandises, lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, sans même que le fournisseur n'ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant.

II. Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité :
a) De bénéficier rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale ;
b) D'obtenir le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de toute commande ;
c) D'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui.

L'annulation des clauses relatives au règlement entraîne l'application du délai indiqué au deuxième alinéa de l'article L. 441-6, sauf si la juridiction saisie peut constater un accord sur des conditions différentes qui soient équitables.

III. L'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'Économie ou par le président du Conseil de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article.

Lors de cette action, le ministre chargé de l'Économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces

pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites, demander la répétition de l'indu et le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut excéder 2 millions d'euros. La réparation des préjudices subis peut également être demandée. Dans tous les cas, il appartient au prestataire de services, au producteur, au commerçant, à l'industriel ou à la personne immatriculée au répertoire des métiers qui se prétend libéré, de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation.

IV. Le juge des référés peut ordonner la cessation des pratiques discriminatoires ou abusives ou toute autre mesure provisoire.

Article L. 442-7

Aucune association ou coopérative d'entreprise ou d'administration ne peut, de façon habituelle, offrir des produits à la vente, les vendre ou fournir des services si ces activités ne sont pas prévues par ses statuts.

Article L. 442-8

Il est interdit à toute personne d'offrir à la vente des produits ou de proposer des services en utilisant, dans des conditions irrégulières, le domaine public de l'État, des collectivités locales et de leurs établissements publics.

Les infractions à l'interdiction mentionnée à l'alinéa précédent sont recherchées et constatées dans les conditions définies par les articles L. 450-1 à L. 450-3 et L. 450-8.

Les agents peuvent consigner, dans des locaux qu'ils déterminent et pendant une durée qui ne peut être supérieure à un mois, les produits offerts à la vente et les biens ayant permis la vente des produits ou l'offre de services.

La consignation donne lieu à l'établissement immédiat d'un procès-verbal. Celui-ci comporte un inventaire des biens et des marchandises consignés ainsi que la mention de leur valeur. Il est communiqué dans les cinq jours de sa clôture au procureur de la République et à l'intéressé.

La juridiction peut ordonner la confiscation des produits offerts à la vente et des biens ayant permis la vente des produits ou l'offre de services. La juridiction peut condamner l'auteur de l'infraction à verser au Trésor public une somme correspondant à la valeur des produits consignés, dans le cas où il n'a pas été procédé à une saisie.

Article L. 442-9

(inséré par Loi nº 2005-157 du 23 février 2005 art. 34 I *Journal officiel* du 24 février 2005)

Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers, de pratiquer ou de faire pratiquer, en situation de crise conjoncturelle telle que définie par l'article L. 611-4 du code rural, des prix de première cession abusivement bas pour des produits figurant sur la liste prévue à l'article L. 441-2-1 du présent code.

Le III et le IV de l'article L. 442-6 sont applicables à l'action prévue par le présent article.

Article L. 442-10

(inséré par loi nº 2005-882 du 2 août 2005 art. 51 *Journal Officiel* du 3 août 2005)

I. Est nul le contrat par lequel un fournisseur s'engage envers tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers sur une offre de prix à l'issue d'enchères inversées à distance, organisées notamment par voie électronique, lorsque l'une au moins des règles suivantes n'a pas été respectée :
1° Préalablement aux enchères, l'acheteur ou la personne qui les organise pour son compte communique de façon transparente et non discriminatoire à l'ensemble des candidats admis à présenter une offre les éléments déterminants des produits ou des prestations de services qu'il entend acquérir, ses conditions et modalités d'achat, ses critères de sélection détaillés ainsi que les règles selon lesquelles les enchères vont se dérouler ;
2° A l'issue de la période d'enchères, l'identité du candidat retenu est révélée au candidat qui, ayant participé à l'enchère, en fait la demande. Si l'auteur de l'offre sélectionnée est défaillant, nul n'est tenu de reprendre le marché au dernier prix ni à la dernière enchère.

II. L'acheteur ou la personne qui organise les enchères pour son compte effectue un enregistrement du déroulement des enchères qu'il conserve pendant un an. Il est présenté s'il est procédé à une enquête dans les conditions prévues au titre V du présent livre.

III. Les enchères à distance inversées organisées par l'acheteur ou par son représentant sont interdites pour les produits agricoles visés au premier alinéa de l'article L. 441-2-1, ainsi que pour les produits alimentaires de consommation courante issus de la première transformation de ces produits.

IV. Le fait de ne pas respecter les dispositions des I à III engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé. Les dispositions des III et IV de l'article L. 442-6 sont applicables aux opérations visées aux I à III du présent article.

Chapitre III : Autres pratiques prohibées

Article L. 443-1

(Ordonnance nº 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 *Journal officiel* du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002)

A peine d'une amende de 75 000 euros, le délai de paiement, par tout producteur, revendeur ou prestataire de services, ne peut être supérieur :

1° – À trente jours après la fin de la décade de livraison pour les achats de produits alimentaires périssables et de viandes congelées ou surgelées, de poissons surgelés, de plats cuisinés et de conserves fabriqués à partir de produits alimentaires périssables, à l'exception des achats de produits saisonniers effectués dans le cadre de contrats dits de culture visés aux articles L. 326-1 à L. 326-3 du code rural ;

2° – À vingt jours après le jour de livraison pour les achats de bétail sur pied destiné à la consommation et de viandes fraîches dérivées ;

3° – À trente jours après la fin du mois de livraison pour les achats de boissons alcooliques passibles des droits de consommation prévus à l'article 403 du code général des impôts ;

4° – À défaut d'accords interprofessionnels conclus en application du livre VI du code rural et rendus obligatoires par voie réglementaire à tous les opérateurs sur l'ensemble du territoire métropolitain pour ce qui concerne les délais de paiement, à soixante-quinze jours après le jour de livraison pour les achats de boissons alcooliques passibles des droits de circulation prévus à l'article 438 du même code.

Article L. 443-2

(Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 *Journal officiel* du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002)
(Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 art. 52 *Journal officiel* du 3 août 2005)

I. Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait d'opérer la hausse ou la baisse artificielle soit du prix de biens ou de services, soit d'effets publics ou privés, notamment à l'occasion d'enchères à distance :
1° – En diffusant, par quelque moyen que ce soit, des informations mensongères ou calomnieuses ;
2° – En introduisant sur le marché ou en sollicitant soit des offres destinées à troubler les cours, soit des sur-offres ou sous-offres faites aux prix demandés par les vendeurs ou prestataires de services ;
3° – Ou en utilisant tout autre moyen frauduleux.
La tentative est punie des mêmes peines.

II. Lorsque la hausse ou la baisse artificielle des prix concerne des produits alimentaires, la peine est portée à trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende.

III. Les personnes physiques coupables des infractions prévues au présent article encourent également les peines complémentaires suivantes :
1° – L'interdiction des droits civiques, civils et de famille, suivant les modalités de l'article 131-26 du Code pénal ;
2° – L'affichage ou la diffusion de la décision prononcée dans les conditions prévues par l'article 131-35 du Code pénal.

Article L. 443-3

I. Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement dans les conditions prévues par l'article 121-2 du code pénal des infractions définies aux I et II de l'article L. 443-2.

II. Les peines encourues par les personnes morales sont :
1° – L'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du code pénal ;
2° – Les peines mentionnées aux 2°, 3°, 4°, 5°, 6° et 9° de l'article 131-39 du même code.

III. L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 du même code porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise.

Titre V : Des pouvoirs d'enquête

Article L. 450-1

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 81 I *Journal officiel* du 16 mai 2001)
(Ordonnance nº 2004-1173 du 4 novembre 2004 art. 2 *Journal officiel* du 5 novembre 2004)

Des fonctionnaires habilités à cet effet par le ministre chargé de l'Économie peuvent procéder aux enquêtes nécessaires à l'application des dispositions du présent livre.

Les rapporteurs du Conseil de la concurrence disposent des mêmes pouvoirs pour les affaires dont le Conseil est saisi.

Dans le cas où des investigations sont menées au nom ou pour le compte d'une autorité de concurrence d'un autre État membre, en application du 1 de l'article 22 du règlement nº 1/2003 du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne, le ministre chargé de l'Économie peut autoriser des agents de cette autorité de concurrence à assister les fonctionnaires habilités mentionnés au premier alinéa ou les rapporteurs mentionnés au deuxième alinéa dans leurs investigations. Les modalités de cette assistance sont fixées par décret en Conseil d'État.

Des fonctionnaires de catégorie A du ministère chargé de l'Économie, spécialement habilités à cet effet par le garde des sceaux, ministre de la Justice, sur la proposition du ministre chargé de l'Économie, peuvent recevoir des juges d'instruction des commissions rogatoires.

Les fonctionnaires habilités mentionnés au présent article peuvent exercer les pouvoirs d'enquête qu'ils tiennent du présent article et des articles suivants sur l'ensemble du territoire national.

Article L. 450-2

Les enquêtes donnent lieu à l'établissement de procès-verbaux et, le cas échéant, de rapports.

Les procès-verbaux sont transmis à l'autorité compétente. Un double en est laissé aux parties intéressées. Ils font foi jusqu'à preuve contraire.

Article L. 450-3

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 76 *Journal officiel* du 16 mai 2001)

Les enquêteurs peuvent accéder à tous locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel, demander la communication des livres, factures et tous autres documents professionnels et en obtenir ou prendre copie par tous moyens et sur tous supports, recueillir sur convocation ou sur place les renseignements et justifications.

Ils peuvent demander à l'autorité dont ils dépendent de désigner un expert pour procéder à toute expertise contradictoire nécessaire.

Article L. 450-4

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 77 *Journal officiel* du 16 mai 2001)
(Ordonnance nº 2004-1173 du 4 novembre 2004 art. 3 *Journal officiel* du 5 novembre 2004)

Les enquêteurs ne peuvent procéder aux visites en tous lieux ainsi qu'à la saisie de documents et de tout support d'information que dans le cadre d'enquêtes demandées par la Commission européenne, le ministre chargé de l'Économie ou le rapporteur général du Conseil de la concurrence sur proposition du rapporteur, sur autorisation judiciaire donnée par ordonnance du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les lieux à visiter. Ils peuvent également, dans les mêmes conditions, procéder à la pose de scellés sur tous locaux commerciaux, documents et supports d'information dans la limite de la durée de la visite de ces locaux. Lorsque ces lieux sont situés dans le ressort de plusieurs juridictions et qu'une action simultanée doit être menée dans chacun d'eux, une ordonnance unique peut être délivrée par l'un des présidents compétents.

Le juge doit vérifier que la demande d'autorisation qui lui est soumise est fondée ; cette demande doit comporter tous les éléments d'information en possession du demandeur de nature à justifier la visite. Lorsque la visite vise à permettre la constatation d'infractions aux dispositions du livre IV du présent code en train de se commettre, la demande d'autorisation peut ne comporter que les indices permettant de présumer, en l'espèce, l'existence des pratiques dont la preuve est recherchée.

La visite et la saisie s'effectuent sous l'autorité et le contrôle du juge qui les a autorisées. Il désigne un ou plusieurs officiers de police judiciaire chargés d'assister à ces opérations et d'apporter leur concours en procédant le cas échéant aux réquisitions nécessaires, ainsi que de le tenir informé de leur déroulement. Lorsqu'elles ont lieu en dehors du ressort de son tribunal de grande instance, il délivre une commission rogatoire pour exercer ce contrôle au président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel s'effectue la visite.

Le juge peut se rendre dans les locaux pendant l'intervention. À tout moment, il peut décider la suspension ou l'arrêt de la visite.

L'ordonnance est notifiée verbalement et sur place au moment de la visite à l'occupant des lieux ou à son représentant qui en reçoit copie intégrale contre récépissé ou émargement au procès-verbal. En l'absence de l'occupant des lieux ou de son représentant, l'ordonnance est notifiée après la visite, par lettre recommandée avec avis de réception. La notification est réputée faite à la date de réception figurant sur l'avis.

L'ordonnance mentionnée au premier alinéa du présent article n'est susceptible que d'un pourvoi en cassation selon les règles prévues par le Code de procédure pénale. Ce pourvoi n'est pas suspensif.

La visite, qui ne peut commencer avant six heures ou après vingt et une heures, est effectuée en présence de l'occupant des lieux ou de son représentant. En cas d'impossibilité, l'officier de police judiciaire requiert deux témoins choisis en dehors des personnes relevant de son autorité, de

celle de l'administration de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ou de celle du Conseil de la concurrence.

Les enquêteurs, l'occupant des lieux ou son représentant ainsi que l'officier de police judiciaire et, le cas échéant, les agents et autres personnes mandatés par la Commission européenne peuvent seuls prendre connaissance des pièces et documents avant leur saisie.

Les inventaires et mises sous scellés sont réalisés conformément à l'article 56 du Code de procédure pénale.

Les originaux du procès-verbal et de l'inventaire sont transmis au juge qui a ordonné la visite.

Les pièces et documents saisis sont restitués à l'occupant des lieux, dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle la décision du Conseil de la concurrence est devenue définitive. L'occupant des lieux est mis en demeure, par lettre recommandée avec avis de réception, de venir les rechercher, dans un délai de deux mois. À l'expiration de ce délai et à défaut de diligences de sa part, les pièces et documents lui sont restitués, à ses frais.

Le déroulement des opérations de visite ou saisie peut faire l'objet d'un recours auprès du juge les ayant autorisées dans un délai de deux mois qui court, pour les personnes occupant les lieux où ces opérations se sont déroulées, à compter de la notification de l'ordonnance les ayant autorisées et, pour les autres personnes mises en cause ultérieurement au moyen de pièces saisies au cours de ces opérations, à compter de la date à laquelle elles ont eu connaissance de l'existence de ces opérations et au plus tard à compter de la notification de griefs prévue à l'article L. 463-2. Le juge se prononce sur ce recours par voie d'une ordonnance, qui n'est susceptible que d'un pourvoi en cassation selon les règles prévues au Code de la procédure pénale. Ce pourvoi n'est pas suspensif.

Article L. 450-5

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 78 *Journal officiel* du 16 mai 2001)

Le rapporteur général du Conseil de la concurrence est informé sans délai du déclenchement et de l'issue des investigations mentionnées à l'article L. 450-4 lorsqu'elles ont été diligentées à l'initiative du ministre chargé de l'Économie et qu'elles se rapportent à des faits susceptibles de relever des articles L. 420-1 et L. 420-2.

Il peut proposer au Conseil de se saisir d'office.

Article L. 450-6

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 80 *Journal officiel* du 16 mai 2001)

Le rapporteur général désigne, pour l'examen de chaque affaire, un ou plusieurs rapporteurs. À sa demande, l'autorité dont dépendent les agents visés à l'article L. 450-1 désigne les enquêteurs et fait procéder sans délai à toute enquête que le rapporteur juge utile. Ce dernier définit les orientations de l'enquête et est tenu informé de son déroulement.

Un décret précise les conditions dans lesquelles, à la demande motivée du président du Conseil de la concurrence, l'autorité dont dépendent les agents visés à l'article L. 450-1 met, pour une durée déterminée, à disposition du rapporteur général du Conseil de la concurrence, des enquêteurs pour effectuer certaines enquêtes, conformément aux orientations définies par les rapporteurs.

Article L. 450-7

Les enquêteurs peuvent, sans se voir opposer le secret professionnel, accéder à tout document ou élément d'information détenu par les services et établissements de l'État et des autres collectivités publiques.

Article L. 450-8

(Ordonnance nº 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 *Journal officiel* du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002)

Est puni d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 7 500 euros le fait pour quiconque de s'opposer, de quelque façon que ce soit, à l'exercice des fonctions dont les agents désignés à l'article L. 450-1 et les rapporteurs du Conseil de la concurrence sont chargés en application du présent livre.

Titre VI : Du Conseil de la concurrence

Chapitre Ier : De l'organisation

Article L. 461-1

I. Le Conseil de la concurrence comprend dix-sept membres nommés pour une durée de six ans par décret pris sur le rapport du ministre chargé de l'Économie.

II. Il se compose de :
1° – Huit membres ou anciens membres du Conseil d'État, de la Cour de cassation, de la Cour des comptes ou des autres juridictions administratives ou judiciaires ;
2° – Quatre personnalités choisies en raison de leur compétence en matière économique ou en matière de concurrence et de consommation ;
3° – Cinq personnalités exerçant ou ayant exercé leurs activités dans les secteurs de la production, de la distribution, de l'artisanat, des services ou des professions libérales.

III. Le président et les trois vice-présidents sont nommés, pour trois d'entre eux, parmi les membres ou anciens membres du Conseil d'État, de la Cour de cassation ou de la Cour des comptes, et pour l'un d'entre eux, parmi les catégories de personnalités mentionnées aux 2° et 3° du II.

IV. Les quatre personnalités prévues au 2° du II sont choisies sur une liste de huit noms présentée par les huit membres prévus au 1° du II.

V. Le mandat des membres du Conseil de la concurrence est renouvelable.

Article L. 461-2

Le président et les vice-présidents exercent leurs fonctions à plein temps. Ils sont soumis aux règles d'incompatibilité prévues pour les emplois publics.

Est déclaré démissionnaire d'office par le ministre tout membre du Conseil qui n'a pas participé, sans motif valable, à trois séances consécutives ou qui ne remplit pas les obligations prévues aux deux alinéas ci-dessous. Tout membre du Conseil doit informer le président des intérêts qu'il détient ou vient à acquérir et des fonctions qu'il exerce dans une activité économique.

Aucun membre du Conseil ne peut délibérer dans une affaire où il a un intérêt ou s'il représente ou a représenté une des parties intéressées.

Le commissaire du Gouvernement auprès du Conseil est désigné par le ministre chargé de l'Économie.

Article L. 461-3

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 65 *Journal officiel* du 16 mai 2001)
(Loi nº 2001-1276 du 28 décembre 2001 art. 85 finances rectificative pour 2001 *Journal officiel* du 29 décembre 2001)

Le Conseil peut siéger soit en formation plénière, soit en sections, soit en commission permanente. La commission permanente est composée du président et des trois vice-présidents.

En cas de partage égal des voix, la voix du président de la formation est prépondérante.

Le rapporteur général, le ou les rapporteurs généraux adjoints et les rapporteurs permanents sont nommés sur proposition du président par arrêté du ministre chargé de l'Économie. Les autres rapporteurs sont désignés par le président.

Le rapporteur général peut déléguer à un ou des rapporteurs généraux adjoints tout ou partie des attributions qu'il détient au titre du livre IV du présent code.

Les crédits attribués au Conseil de la concurrence pour son fonctionnement sont inscrits au budget du ministère chargé de l'Économie. Les dispositions de la loi du 10 août 1922 relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées ne sont pas applicables à leur gestion.

Le président est ordonnateur des recettes et des dépenses du Conseil.

Chapitre II : Des attributions

Article L. 462-1

Le Conseil de la concurrence peut être consulté par les commissions parlementaires sur les propositions de loi ainsi que sur toute question concernant la concurrence.

Il donne son avis sur toute question de concurrence à la demande du Gouvernement. Il peut également donner son avis sur les mêmes questions à la demande des collectivités territoriales, des organisations professionnelles et

syndicales, des organisations de consommateurs agréées, des chambres d'agriculture, des chambres de métiers ou des chambres de commerce et d'industrie, en ce qui concerne les intérêts dont elles ont la charge.

Article L. 462-2

Le Conseil est obligatoirement consulté par le Gouvernement sur tout projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau ayant directement pour effet :
1° – De soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives ;
2° – D'établir des droits exclusifs dans certaines zones ;
3° – D'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente.

Article L. 462-3

(Ordonnance nº 2004-1173 du 4 novembre 2004 art. 4 *Journal officiel* du 5 novembre 2004)

Le Conseil peut être consulté par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles définies aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 ainsi qu'aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne et relevées dans les affaires dont elles sont saisies. Il ne peut donner un avis qu'après une procédure contradictoire. Toutefois, s'il dispose d'informations déjà recueillies au cours d'une procédure antérieure, il peut émettre son avis sans avoir à mettre en œuvre la procédure prévue au présent texte.

Le cours de la prescription est suspendu, le cas échéant, par la consultation du Conseil.

L'avis du Conseil peut être publié après le non-lieu ou le jugement.

Article L. 462-4

Le Conseil peut être consulté par le ministre chargé de l'Économie sur tout projet de concentration ou toute concentration de nature à porter atteinte à la concurrence dans les conditions prévues au titre III ci-dessus.

Article L. 462-5

Le Conseil de la concurrence peut être saisi par le ministre chargé de l'Économie de toute pratique mentionnée aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5. Il peut se saisir d'office ou être saisi par les entreprises ou, pour toute affaire qui concerne les intérêts dont ils ont la charge, par les organismes visés au deuxième alinéa de l'article L. 462-1.

Article L. 462-6

(Ordonnance nº 2004-1173 du 4 novembre 2004 art. 5 *Journal officiel* du 5 novembre 2004)

Le Conseil de la concurrence examine si les pratiques dont il est saisi entrent dans le champ des articles L. 420-1, L. 420-2 ou L. 420-5 ou peuvent se

trouver justifiées par application de l'article L. 420-4. Il prononce, le cas échéant, des sanctions et des injonctions.

Lorsque les faits lui paraissent de nature à justifier l'application de l'article L. 420-6, il adresse le dossier au procureur de la République. Cette transmission interrompt la prescription de l'action publique.

La prescription est interrompue également lorsque les faits visés dans la saisine font l'objet d'un acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction par la Commission européenne ou par une autorité de concurrence d'un autre État membre de la Communauté européenne.

Article L. 462-7

(Ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 art. 6 *Journal officiel* du 5 novembre 2004)

Le Conseil ne peut être saisi de faits remontant à plus de cinq ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction.

Article L. 462-8

(Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 art. 74 *Journal officiel* du 16 mai 2001)
(Ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 art. 7 *Journal officiel* du 5 novembre 2004)

Le Conseil de la concurrence peut déclarer, par décision motivée, la saisine irrecevable pour défaut d'intérêt ou de qualité à agir de l'auteur de celle-ci, ou si les faits sont prescrits au sens de l'article L. 462-7, ou s'il estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence.

Il peut aussi rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants.

Il peut aussi rejeter la saisine dans les mêmes conditions, lorsqu'il est informé qu'une autre autorité nationale de concurrence d'un État membre de la Communauté européenne ou la Commission européenne a traité des mêmes faits relevant des dispositions prévues aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne.

Il peut aussi rejeter la saisine dans les mêmes conditions ou suspendre la procédure, lorsqu'il est informé qu'une autre autorité nationale de concurrence d'un État membre de la Communauté européenne traite des mêmes faits relevant des dispositions prévues aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne. Lorsque cette information est reçue par le rapporteur au stade de l'instruction, le rapporteur général peut suspendre son déroulement.

Le Conseil de la concurrence peut aussi décider de clore dans les mêmes conditions une affaire pour laquelle il s'était saisi d'office.

Il est donné acte, par décision du président du Conseil de la concurrence ou d'un vice-président délégué par lui, des désistements des parties ou des dessaisissements effectués par la Commission européenne.

Article L. 462-9

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 83 *Journal officiel* du 16 mai 2001)
(Ordonnance nº 2004-1173 du 4 novembre 2004 art. 8 *Journal officiel* du 5 novembre 2004)

I. Le Conseil de la concurrence peut, pour ce qui relève de ses compétences et après information préalable du ministre chargé de l'Économie, communiquer les informations ou les documents qu'il détient ou qu'il recueille, à leur demande, à la Commission des Communautés européennes ou aux autorités des autres États exerçant des compétences analogues, à leur demande, sous réserve de réciprocité, et à condition que l'autorité étrangère compétente soit soumise au secret professionnel avec les mêmes garanties qu'en France.

Le Conseil de la concurrence peut, dans les mêmes conditions, selon les mêmes procédures et sous les mêmes sanctions que celles prévues pour l'exécution de sa mission, conduire ou demander au ministre chargé de l'Économie de conduire des enquêtes, à la demande d'autorités étrangères exerçant des compétences analogues, sous réserve de réciprocité.

L'obligation de secret professionnel ne fait pas obstacle à la communication par les autorités de concurrence des informations ou documents qu'elles détiennent ou qu'elles recueillent, à leur demande, à la Commission des Communautés européennes et aux autorités des autres États exerçant des compétences analogues et astreintes aux mêmes obligations de secret professionnel.

L'assistance demandée par une autorité étrangère exerçant des compétences analogues pour la conduite d'enquêtes ou la transmission d'informations détenues ou recueillies par le Conseil de la concurrence est refusée par celui-ci lorsque l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels ou à l'ordre public français ou lorsqu'une procédure pénale a déjà été engagée en France sur la base des mêmes faits et contre les mêmes personnes, ou bien lorsque celles-ci ont déjà été sanctionnées par une décision définitive pour les mêmes faits.

Les autorités de concurrence, pour ce qui relève de leurs compétences respectives, peuvent utiliser des informations ou des documents qui leur auront été transmis dans les mêmes conditions par la Commission des Communautés européennes ou les autorités des autres États membres exerçant des compétences analogues.

Le Conseil peut, pour la mise en œuvre du présent article, conclure des conventions organisant ses relations avec les autorités des autres États exerçant des compétences analogues. Ces conventions sont approuvées par le Conseil dans les conditions prévues à l'article L. 463-7. Elles sont publiées au *Journal officiel*.

II. Dans la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne, les autorités de concurrence appliquent les dispositions du règlement nº 1/2003 du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81

et 82 du traité instituant la Communauté européenne, à l'exclusion des dispositions des cinq premiers alinéas du I du présent article.

Pour l'application des dispositions du 4 de l'article 11 de ce règlement, le Conseil de la concurrence transmet à la Commission européenne un résumé de l'affaire ainsi qu'un document exposant l'orientation envisagée, qui peut être la notification de griefs ou le rapport mentionnés à l'article L. 463-2. Il peut mettre ces mêmes documents à la disposition des autres autorités de concurrence des États membres de la Communauté européenne.

Chapitre III : De la procédure

Article L. 463-1

(Ordonnance nº 2004-1173 du 4 novembre 2004 art. 9 I *Journal officiel* du 5 novembre 2004)

L'instruction et la procédure devant le Conseil de la concurrence sont pleinement contradictoires sous réserve des dispositions prévues à l'article L. 463-4.

Article L. 463-2

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 68 I et II *Journal officiel* du 16 mai 2001)
(Ordonnance nº 2004-1173 du 4 novembre 2004 art. 9 II *Journal officiel* du 5 novembre 2004)

Sans préjudice des mesures prévues à l'article L. 464-1 le rapporteur général notifie les griefs aux intéressés ainsi qu'au commissaire du Gouvernement, qui peuvent consulter le dossier sous réserve des dispositions de l'article L. 463-4 et présenter leurs observations dans un délai de deux mois.

Le rapport est ensuite notifié aux parties, au commissaire du Gouvernement et aux ministres intéressés. Il est accompagné des documents sur lesquels se fonde le rapporteur et des observations faites, le cas échéant, par les intéressés.

Les parties ont un délai de deux mois pour présenter un mémoire en réponse qui peut être consulté dans les quinze jours qui précèdent la séance par les personnes visées à l'alinéa précédent.

Lorsque des circonstances exceptionnelles le justifient, le président du Conseil peut, par une décision non susceptible de recours, accorder un délai supplémentaire d'un mois pour la consultation du dossier et la production des observations des parties.

Article L. 463-3

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 69 *Journal officiel* du 16 mai 2001)

Le président du Conseil de la concurrence ou un vice-président délégué par lui peut, après la notification des griefs aux parties intéressées, décider que l'affaire sera jugée par le Conseil sans établissement préalable d'un rapport. Cette décision est notifiée aux parties.

Article L. 463-4

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 70 *Journal officiel* du 16 mai 2001)
(Ordonnance nº 2004-1173 du 4 novembre 2004 art. 9 III *Journal officiel* du 5 novembre 2004)

Sauf dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à la procédure ou à l'exercice de leurs droits par la ou les parties mises en cause, le président du Conseil de la concurrence, ou un vice-président délégué par lui, peut refuser la communication ou la consultation de pièces ou de certains éléments contenus dans ces pièces mettant en jeu le secret des affaires. Les pièces considérées sont retirées du dossier ou certaines de leurs mentions sont occultées.

Dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents, bien que mettant en jeu le secret des affaires, est nécessaire à la procédure ou à l'exercice des droits d'une ou plusieurs des parties, ils sont versés en annexe confidentielle au dossier et ne sont communiqués qu'au commissaire du Gouvernement et à la ou aux parties mises en cause pour lesquelles ces pièces ou éléments sont nécessaires à l'exercice de leurs droits.

Un décret en Conseil d'État précise en tant que de besoin les conditions d'application du présent article.

Article L. 463-5

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 des faits dont le Conseil est saisi.

Article L. 463-6

Est punie des peines prévues à l'article 226-13 du code pénal, 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 ou consultations auxquelles il a été procédé.

Article L. 463-7

(Loi nº 2003-7 du 3 janvier 2003 art. 50 II *Journal officiel* du 4 janvier 2003)

Les séances du Conseil de la concurrence ne sont pas publiques. Seules les parties et le commissaire du Gouvernement peuvent y assister. Les parties peuvent demander à être entendues par le Conseil et se faire représenter ou assister.

Le Conseil de la concurrence peut entendre toute personne dont l'audition lui paraît susceptible de contribuer à son information.

Le rapporteur général, le ou les rapporteurs généraux adjoints et le commissaire du Gouvernement peuvent présenter des observations.

Le rapporteur général, le ou les rapporteurs généraux adjoints et le rapporteur assistent au délibéré sans voix délibérative, sauf lorsque le Conseil statue sur des pratiques dont il a été saisi en application de l'article L. 462-5.

Article L. 463-8

(inséré par Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 71 *Journal officiel* du 16 mai 2001)

Le rapporteur général peut décider de faire appel à des experts en cas de demande formulée à tout moment de l'instruction par le rapporteur ou une partie. Cette décision n'est susceptible d'aucun recours.

La mission et le délai imparti à l'expert sont précisés dans la décision qui le désigne. Le déroulement des opérations d'expertise se fait de façon contradictoire.

Le financement de l'expertise est à la charge de la partie qui la demande ou à celle du Conseil dans le cas où elle est ordonnée à la demande du rapporteur. Toutefois, le Conseil peut, dans sa décision sur le fond, faire peser la charge définitive sur la ou les parties sanctionnées dans des proportions qu'il détermine.

Chapitre IV : Des décisions et des voies de recours

Article L. 464-1

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 72 *Journal officiel* du 16 mai 2001)

Le Conseil de la concurrence peut, à la demande du ministre chargé de l'Économie, des personnes mentionnées au dernier alinéa de l'article L. 462-1 ou des entreprises et après avoir entendu les parties en cause et le commissaire du Gouvernement, prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou celles qui lui apparaissent nécessaires.

Ces mesures ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante.

Elles peuvent comporter la suspension de la pratique concernée ainsi qu'une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur. Elles doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence.

Les mesures conservatoires sont publiées au Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

Article L. 464-2

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 73 *Journal officiel* du 16 mai 2001)
(Ordonnance nº 2004-1173 du 4 novembre 2004 art. 10 *Journal officiel* du 5 novembre 2004)

I. 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.

Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de

l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction.

Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 3 millions d'euros. 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. 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 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. Il peut également ordonner l'insertion de la décision ou de l'extrait de celle-ci dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne intéressée.

II. Le Conseil de la concurrence 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 ;
b) à respecter les mesures prononcées en application de l'article L. 464-1.

Le chiffre d'affaires pris en compte est calculé sur la base des comptes de l'entreprise relatifs au dernier exercice clos à la date de la décision. L'astreinte est liquidée par le Conseil de la concurrence qui en fixe le montant définitif.

III. 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.

IV. 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'information dont le Conseil ou l'administration ne disposaient pas antérieurement. À la suite de la démarche de l'entreprise ou de l'organisme, le Conseil de la concurrence, à la demande du rapporteur général ou du ministre chargé de l'Économie, adopte à cette fin un avis de clémence, qui précise les conditions auxquelles est subordonnée l'exonération envisagée, après que 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 au ministre, et n'est pas publié. Lors de la décision prise en application du I du présent article, le Conseil peut, si les conditions précisées dans l'avis de clémence ont été respectées, accorder une exonération de sanctions pécuniaires proportionnée à la contribution apportée à l'établissement de l'infraction.

Article L. 464-3

(Ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 art. 11 *Journal officiel* du 5 novembre 2004)

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.

Article L. 464-4

(Ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 art. 12 *Journal officiel* du 5 novembre 2004)

Les sanctions pécuniaires et les astreintes sont recouvrées comme les créances de l'État étrangères à l'impôt et au domaine.

Article L. 464-5

(Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 art. 69 *Journal officiel* du 16 mai 2001)

Le Conseil, lorsqu'il statue selon la procédure simplifiée prévue à l'article L. 463-3, peut prononcer les mesures prévues au I de l'article L. 464-2. Toutefois, la sanction pécuniaire ne peut excéder 750 000 euros pour chacun des auteurs de pratiques prohibées.

Article L. 464-6

(Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 art. 75 *Journal officiel* du 16 mai 2001)
(Ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 art. 24 I *Journal officiel* du 27 mars 2004)

Lorsque aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est établie, le Conseil de la concurrence peut décider, après que l'auteur de la saisine et le commissaire du Gouvernement ont été mis à même de consulter le dossier et de faire valoir leurs observations, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure. Cette décision est motivée.

Article L. 464-6-1

(inséré par Ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 art. 24 II *Journal officiel* du 27 mars 2004)

Le Conseil de la concurrence peut également décider, dans les conditions prévues à l'article L. 464-6, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure lorsque les pratiques mentionnées à l'article L. 420-1 ne visent pas des contrats passés en application du Code des marchés publics et que la part de marché cumulée détenue par les entreprises ou organismes parties à l'accord ou à la pratique en cause ne dépasse pas soit :
a) 10 % 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 sont des concurrents, existants ou potentiels, sur l'un des marchés en cause ;

b) 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.

Article L. 464-6-2

(inséré par Ordonnance nº 2004-274 du 25 mars 2004 art. 24 II
Journal officiel du 27 mars 2004)

Toutefois, les dispositions de l'article L. 464-6-1 ne s'appliquent pas aux accords et pratiques qui contiennent l'une quelconque des restrictions caractérisées de concurrence suivantes :
a) les restrictions qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulées avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influer ont pour objet la fixation de prix de vente, la limitation de la production ou des ventes, la répartition de marchés ou des clients ;
b) les restrictions aux ventes non sollicitées et réalisées par un distributeur en dehors de son territoire contractuel au profit d'utilisateurs finaux ;
c) les restrictions aux ventes par les membres d'un réseau de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, indépendamment de la possibilité d'interdire à un membre du système de distribution d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé ;
d) les restrictions apportées aux livraisons croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective, y compris entre les distributeurs opérant à des stades différents du commerce.

Article L. 464-7

La décision du Conseil prise au titre de l'article L. 464-1 peut faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation par les parties en cause et le commissaire du Gouvernement devant la cour d'appel de Paris au maximum dix jours après sa notification. La cour statue dans le mois du recours.

Le recours n'est pas suspensif. Toutefois, le premier président de la cour d'appel de Paris peut ordonner qu'il soit sursis à l'exécution des mesures conservatoires, si celles-ci sont susceptibles d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou s'il est intervenu, postérieurement à leur notification, des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité.

Article L. 464-8

(Loi nº 2001-1168 du 11 décembre 2001 art. 33 IV
Journal officiel du 12 décembre 2001)
(Ordonnance nº 2004-274 du 25 mars 2004 art. 24 III
Journal officiel du 27 mars 2004)
(Ordonnance nº 2004-1173 du 4 novembre 2004 art. 13
Journal officiel du 5 novembre 2004)
(Loi nº 2004-1343 du 9 décembre 2004 art. 83 II
Journal officiel du 10 décembre 2004)

Les décisions du Conseil de la concurrence mentionnées aux articles L. 462-8, L. 464-2, L. 464-3, L. 464-5, L. 464-6 et L. 464-6-1 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.

Les décisions sont publiées au Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes. Le ministre chargé de l'économie veille à leur exécution. Les décisions peuvent prévoir une publication limitée pour tenir compte de l'intérêt légitime des parties à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués.

Le recours n'est pas suspensif. Toutefois, le premier président de la cour d'appel de Paris peut ordonner qu'il soit sursis à l'exécution de la décision si celle-ci est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou s'il est intervenu, postérieurement à sa notification, des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité.

Le pourvoi en cassation, formé le cas échéant, contre l'arrêt de la cour, est exercé dans un délai d'un mois suivant sa notification.

Le ministre chargé de l'Économie peut, dans tous les cas, former un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris.

Titre VII : Dispositions diverses

Article L. 470-1

La juridiction peut condamner solidairement les personnes morales au paiement des amendes prononcées contre leurs dirigeants en vertu des dispositions du présent livre et des textes pris pour son application.

Article L. 470-2

(Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 art. 53 *Journal officiel* du 3 août 2005)

En cas de condamnation au titre d'un délit prévu au titre IV du présent livre, la juridiction peut ordonner que sa décision soit affichée ou diffusée dans les conditions prévues par l'article 131-10 du Code pénal.

Article L. 470-3

Lorsqu'une personne ayant fait l'objet, depuis moins de deux ans, d'une condamnation pour l'une des infractions définies par les articles L. 441-2, L. 441-3, L. 441-4, L. 441-5, L. 441-6, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-4, L. 442-5 et L. 443-1, commet la même infraction, le maximum de la peine d'amende encourue est porté au double.

Article L. 470-4

Lorsqu'une personne morale ayant fait l'objet, depuis moins de deux ans, d'une condamnation pour l'une des infractions définies par les articles L. 441-3, L. 441-4, L. 441-5, L. 441-6, L. 442-2, L. 442-3 et L. 442-4 commet la même infraction, le taux maximum de la peine d'amende encourue est égal à dix fois celui applicable aux personnes physiques pour cette infraction.

Article L. 470-4-1

(Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 art. 44 *Journal officiel* du 3 août 2005) (Ordonnance n° 2005-1086 du 1er septembre 2005 art. 1 I *Journal officiel* du 2 septembre 2005)

Pour les délits prévus au titre IV du présent livre pour lesquels une peine d'emprisonnement n'est pas encourue et pour les contraventions prévues au présent livre, 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.

Article L. 470-4-2

(inséré par Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 art. 46 *Journal officiel* du 3 août 2005)

I. La composition pénale prévue à l'article 41-2 du Code de procédure pénale est applicable aux personnes morales qui reconnaissent avoir commis un ou plusieurs délits prévus au titre IV du présent livre pour lesquels une peine d'emprisonnement n'est pas encourue ainsi que, le cas échéant, une ou plusieurs contraventions connexes. Seule la mesure prévue par le 1° de l'article 41-2 du même code est applicable à ces personnes.

II. Pour les délits mentionnés au I, le procureur de la République peut proposer la composition pénale à l'auteur des faits par l'intermédiaire d'un fonctionnaire mentionné au quatrième alinéa de l'article L. 450-1 du présent code.

Article L. 470-4-3

(inséré par Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 art. 55 *Journal Officiel* du 3 août 2005)

Pour les délits prévus au titre IV du présent livre pour lesquels une peine d'emprisonnement n'est pas encourue, vaut citation à personne la convocation en justice notifiée au prévenu, sur instruction du procureur de la République, par un fonctionnaire mentionné au quatrième alinéa de l'article L. 450-1.

Les dispositions de l'article 390-1 du Code de procédure pénale sont applicables à la convocation ainsi notifiée.

Article L. 470-5

Pour l'application des dispositions du présent livre, le ministre chargé de l'Économie ou son représentant peut, devant les juridictions civiles ou pénales, déposer des conclusions et les développer oralement à l'audience. Il peut également produire les procès-verbaux et les rapports d'enquête.

Article L. 470-6

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 84 *Journal officiel* du 16 mai 2001)
(Ordonnance nº 2004-1173 du 4 novembre 2004 art. 14 *Journal officiel* du 5 novembre 2004)
(Loi nº 2004 -1343 du 9 décembre 2004 art. 83 II *Journal officiel* du 10 décembre 2004)

Pour l'application des articles 81 à 83 du traité instituant la Communauté européenne, le ministre chargé de l'Économie et les fonctionnaires qu'il a désignés ou habilités conformément aux dispositions du présent livre d'une part, le Conseil de la concurrence, d'autre part, disposent des pouvoirs respectifs qui leur sont reconnus par les articles du présent livre et du règlement (CE) nº 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, et par le règlement du Conseil nº 1/2003 (CE) du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne. Les règles de procédure prévues par ces textes leur sont applicables.

Pour l'application des articles 87 et 88 du traité instituant la Communauté européenne, le ministre chargé de l'Économie et les fonctionnaires qu'il a désignés ou habilités conformément aux dispositions de l'article L. 450-1 disposent des pouvoirs qui leur sont reconnus par le titre V du livre IV.

Article L. 470-7

Les organisations professionnelles peuvent introduire l'action devant la juridiction civile ou commerciale pour les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession ou du secteur qu'elles représentent, ou à la loyauté de concurrence.

Article L. 470-8

Un décret en Conseil d'État détermine les modalités d'application du présent livre.

■ Livre IX – Dispositions relatives à l'outre-mer

Titre Ier. Dispositions spécifiques à Saint-Pierre-et-Miquelon

Article L. 910-1

(Ordonnance nº 2004-328 du 15 avril 2004 art. 8 *Journal officiel* du 17 avril 2004)
(Loi nº 2004-1343 du 9 décembre 2004 art. 78 XIX *Journal officiel* du 10 décembre 2004)
(Loi nº 2005-842 du 26 juillet 2005 art. 11 III *Journal officiel* du 27 juillet 2005)
(Ordonnance nº 2006-673 du 8 juin 2006 art. 9 1º *Journal officiel* du 9 juin 2006)

Ne sont pas applicables à Saint-Pierre-et-Miquelon les articles :

. . . . . .

3° L. 470-6

Chapitre IV. Dispositions d'adaptation du livre IV

Article L. 914-1

Au second alinéa de l'article L. 442-2, avant les mots : « *taxes sur le chiffre d'affaires* », est ajouté le mot « *éventuelles* ».

Article L. 914-2

L'article L. 443-1 est modifié ainsi qu'il suit :

I – au 3°, les mots : « *à l'article 403 du Code général des impôts* » sont remplacés par les mots : « *par les dispositions du Code des impôts applicable localement* » ;
II – le 4° est ainsi rédigé :
« *4° à soixante-quinze jours après le jour de livraison pour les achats de boissons alcooliques passibles des droits de circulation prévus par le Code des impôts applicable localement* ».

Titre II. Dispositions applicables à Mayotte

Article L. 920-1

(Loi nº 2003-710 du 1er août 2003 art. 38 II *Journal officiel* du 2 août 2003)
(Ordonnance nº 2005-43 du 20 janvier 2005 art. 3 II *Journal officiel* du 22 janvier 2005 en vigueur le 1er février 2005)
(Loi nº 2005-842 du 26 juillet 2005 art. 11 III *Journal officiel* du 27 juillet 2005)
(Ordonnance nº 2006-673 du 8 juin 2006 art. 9 2º *Journal officiel* du 9 juin 2006)
(Loi nº 2007-224 du 21 février 2007 art 20 I *Journal officiel* du 22 février 2007)

Sous réserve des adaptations prévues dans les chapitres ci-après, les dispositions suivantes du présent code sont applicables à Mayotte :

. . . . . .

4° le livre IV, à l'exception des articles L. 441-1, L. 442-1 et L. 470-6.

Chapitre IV. Dispositions d'adaptation du livre IV

Article L. 924-1

(Ordonnance nº 2004-823 du 19 août 2004 art. 3 II 1º *Journal officiel* du 21 août 2004)

Au premier alinéa de l'article L. 430-2, le mot : « *trois* » est remplacé par le mot : « *deux* ». Les quatrième et cinquième alinéas de cet article sont supprimés.

Article L. 924-2

(Ordonnance nº 2004-823 du 19 août 2004 art. 3 II 1º *Journal officiel* du 21 août 2004)

A l'article L. 430-3, la dernière phrase du premier alinéa est supprimée. Au troisième alinéa du même article, les mots : « *ou le renvoi total ou partiel d'une opération de dimension communautaire* » sont supprimés.

Article L. 924-3

(Ordonnance nº 2004-823 du 19 août 2004 art. 3 II 1º *Journal officiel* du 21 août 2004)

Le dernier alinéa de l'article L. 441-2 est remplacé par quatre alinéas ainsi rédigés :

« *La cessation de la publicité, réalisée dans des conditions non conformes aux dispositions de l'alinéa 1, peut être ordonnée par le juge d'instruction ou par le tribunal saisi des poursuites, soit sur réquisition du ministère public, soit d'office. La mesure ainsi prise est exécutoire nonobstant toutes voies de recours.*

Mainlevée peut en être donnée par la juridiction qui l'a ordonnée ou qui est saisie du dossier. La mesure cesse d'avoir effet en cas de décision de non-lieu ou de relaxe.

Les décisions statuant sur les demandes de mainlevée peuvent faire l'objet d'un recours devant le tribunal supérieur d'appel selon qu'elles ont été prononcées par un juge d'instruction ou par le tribunal saisi des poursuites.

Le tribunal supérieur d'appel statue dans un délai de dix jours à compter de la réception des pièces ».

Article L. 924-4

(Ordonnance nº 2004-823 du 19 août 2004 art. 3 II 1º *Journal officiel* du 21 août 2004)

Au second alinéa de l'article L. 442-2, avant les mots : « *taxes sur le chiffre d'affaires* », est ajouté le mot : « *éventuelles* » ;

Article L. 924-5

(inséré par Ordonnance nº 2004-823 du 19 août 2004 art. 3 II 1º *Journal officiel* du 21 août 2004)

Le dernier alinéa de l'article L. 442-3 est remplacé par quatre alinéas ainsi rédigés :

« *La cessation de l'annonce publicitaire peut être ordonnée par le juge d'instruction ou par le tribunal saisi des poursuites, soit sur réquisition du ministère public, soit d'office. La mesure ainsi prise est exécutoire nonobstant toutes voies de recours.*

Mainlevée peut en être donnée par la juridiction qui l'a ordonnée ou qui est saisie du dossier. La mesure cesse d'avoir effet en cas de décision de non-lieu ou de relaxe.

Les décisions statuant sur les demandes de mainlevée peuvent faire l'objet d'un recours devant le tribunal supérieur d'appel.

Le tribunal supérieur d'appel statue dans un délai de dix jours à compter de la réception des pièces ».

Article L. 924-6

(inséré par Ordonnance nº 2004-823 du 19 août 2004 art. 3 II 1º *Journal officiel* du 21 août 2004)

L'article L. 443-1 est modifié ainsi qu'il suit :

I. – Au 1º, les mots : « *visés aux articles L. 326-1 à L. 326-3 du code rural* » sont remplacés par les mots : « *prévus par les dispositions du code rural applicable dans la collectivité* » ;

II. – Au 3º, les mots : « *à l'article 403 du code général des impôts* » sont remplacés par les mots : « *par les dispositions du Code des impôts applicable dans la collectivité* » ;

III. – Le 4º est ainsi rédigé :
« *4º A soixante-quinze jours après le jour de livraison pour les achats de boissons alcooliques passibles des droits de circulation prévus par le Code des impôts applicable dans la collectivité* ».

Titre III. Dispositions applicables en Nouvelle-Calédonie

Chapitre IV. Dispositions d'adaptation du livre IV

Le livre IV n'est pas applicable.

Titre IV. Dispositions applicables en Polynésie française

Chapitre IV. Dispositions d'adaptation du livre IV

Le livre IV n'est pas applicable.

Titre V. Dispositions applicables dans les îles Wallis et Futuna

Article L. 950-1

(Loi nº 2003-710 du 1er août 2003 art. 38 II *Journal officiel* du 2 août 2003)
(Loi nº 2004-130 du 11 février 2004 art. 53 II 2º *Journal officiel* du 12 février 2004)
(Ordonnance nº 2004-274 du 25 mars 2004 art. 49 V *Journal officiel* du 27 mars 2004)
(Loi nº 2005-842 du 26 juillet 2005 art. 11 III *Journal officiel* du 27 juillet 2005)
(Loi nº 2005-845 du 26 juillet 2005 art. 196 II *Journal officiel* du 27 juillet 2005 en vigueur le 1er janvier 2006 sous réserve art. 190)
(Ordonnance nº 2006-673 du 8 juin 2006 art. 9 7º *Journal officiel* du 9 juin 2006)

Sous réserve des adaptations prévues dans les chapitres ci-après, les dispositions suivantes du présent code sont applicables dans les îles Wallis et Futuna :

. . . . . .

4º le livre IV, à l'exception des articles L. 441-1, L. 442-1 et L. 470-6.

Chapitre IV. Dispositions d'adaptation du livre IV

Article L. 954-1

(Ordonnance nº 2004-823 du 19 août 2004 art. 3 II 2º *Journal officiel* du 21 août 2004)

Au premier alinéa de l'article L. 430-2, le mot : « *trois* » est remplacé par le mot : « *deux* ». Les quatrième et cinquième alinéas de cet article sont supprimés.

Article L. 954-2

(Ordonnance nº 2004-823 du 19 août 2004 art. 3 II 2º *Journal officiel* du 21 août 2004)

A l'article L. 430-3, la dernière phrase du premier alinéa est supprimée. Au troisième alinéa du même article, les mots : « *ou le renvoi total ou partiel d'une opération de dimension communautaire* » sont supprimés.

Article L. 954-3

(Ordonnance nº 2004-823 du 19 août 2004 art. 3 II 2º *Journal officiel* du 21 août 2004)

Le dernier alinéa de l'article L. 441-2 est remplacé par quatre alinéas ainsi rédigés :
« *La cessation de la publicité, réalisée dans des conditions non conformes aux dispositions de l'alinéa 1, peut être ordonnée par le juge d'instruction ou par le tribunal saisi des poursuites, soit sur réquisition du ministère public, soit d'office. La mesure ainsi prise est exécutoire nonobstant toutes voies de recours.*
Mainlevée peut en être donnée par la juridiction qui l'a ordonnée ou qui est saisie du dossier. La mesure cesse d'avoir effet en cas de décision de non-lieu ou de relaxe.
Les décisions statuant sur les demandes de mainlevée peuvent faire l'objet d'un recours devant la cour d'appel.
La cour d'appel statue dans un délai de dix jours à compter de la réception des pièces ».

Article L. 954-4

(Ordonnance nº 2004-823 du 19 août 2004 art. 3 II 2º *Journal officiel* du 21 août 2004)

Au second alinéa de l'article L. 442-2, avant les mots : « *taxes sur le chiffre d'affaires* », est ajouté le mot : « *éventuelles* ».

Article L. 954-5

(Ordonnance nº 2004-823 du 19 août 2004 art. 3 II 2º *Journal officiel* du 21 août 2004)

Le dernier alinéa de l'article L. 442-3 est remplacé par quatre alinéas ainsi rédigés :
« *La cessation de l'annonce publicitaire peut être ordonnée par le juge d'instruction ou par le tribunal saisi des poursuites, soit sur réquisition du*

ministère public, soit d'office. La mesure ainsi prise est exécutoire nonobstant toutes voies de recours.
Mainlevée peut en être donnée par la juridiction qui l'a ordonnée ou qui est saisie du dossier. La mesure cesse d'avoir effet en cas de décision de non-lieu ou de relaxe.
Les décisions statuant sur les demandes de mainlevée peuvent faire l'objet d'un recours devant la cour d'appel.
La cour d'appel statue dans un délai de dix jours à compter de la réception des pièces ».

Article L. 954-6

(inséré par Ordonnance n° 2004-823 du 19 août 2004 art. 3 II 2°
Journal officiel du 21 août 2004)

A l'article L. 442-7, les mots : « *ou coopérative d'entreprise ou d'administration* » sont supprimés.

Article L. 954-7

(inséré par Ordonnance n° 2004-823 du 19 août 2004 art. 3 II 2°
Journal officiel du 21 août 2004)

L'article L. 443-1 est modifié ainsi qu'il suit :

I. – Au 1°, les mots : « *visés aux articles L. 326-1 à L. 326-3 du code rural* » sont remplacés par les mots : « *prévus par les dispositions de droit rural applicables dans le territoire* » ;

II. – Au 3°, les mots : « *à l'article 403 du code général des impôts* » sont remplacés par les mots : « *par les dispositions du Code des impôts applicable dans le territoire*. »

III. – Le 4° est ainsi rédigé :
« *4° A soixante-quinze jours après le jour de livraison pour les achats de boissons alcooliques passibles des droits de circulation prévus par le Code des impôts applicable dans le territoire* ».

Articles de l'ordonnance nº 86-1243 n'ayant pas été abrogés

Article 58

(modifié par Ordonnance nº 2000-912 du 18 septembre 2000 art. 4 *Journal officiel* du 21 septembre 2000)

Dès lors qu'elle constitue un élément d'évolution vers la libre concurrence, peut être établie par décret une procédure contribuant à l'information sur les coûts des transports routiers de marchandises et facilitant la gestion des entreprises.

Article 61

À titre transitoire, demeurent en vigueur les arrêtés réglementant, en application de l'ordonnance nº 45-1483 du 30 juin 1945, les prix des secteurs et des zones visés au deuxième alinéa de l'article 1er de la présente ordonnance et énumérés au décret prévu à l'article suivant.

Les dispositions de l'ordonnance nº 45-1483 du 30 juin 1945 demeurent en vigueur pour la réglementation du papier de presse.

Code de commerce (partie réglementaire)

Livre IV – De la liberté des prix et de la concurrence

Titre Ier : Dispositions générales

Le présent titre ne comprend pas de dispositions réglementaires

Titre II : Des pratiques anticoncurrentielles

Article R. 420-1

Les accords présentés au ministre chargé de l'Économie, en application du II de l'article L. 420-4, sont accompagnés des informations suivantes :

1° – L'identification détaillée des entreprises parties à l'accord ;
2° – Les objectifs fixés par l'accord ;
3° – La délimitation du marché concerné par l'accord ;
4° – Les produits, biens ou services concernés ;
5° – Les produits, biens ou services substituables ;
6° – Les parts de marché détenues par chaque partie à l'accord (en volume et en chiffre d'affaires) ;
7° – L'impact sur la concurrence.

Si les entreprises estiment que certains des documents inclus dans ce dossier présentent un caractère confidentiel, elles peuvent porter sur ce document la mention : *« secret des affaires »*. Dans ce cas, le ministre chargé de l'Économie leur demande de lui indiquer les informations dont elles souhaitent qu'il ne soit pas fait mention dans le décret et dans l'avis du Conseil de la concurrence.

Article R. 420-2

Un mois avant leur transmission au Conseil de la concurrence, les projets de décret prévus au II de l'article L. 420-4 doivent faire l'objet d'une publication au *Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*. Les observations éventuelles des personnes intéressées, recueillies dans ce délai, sont communiquées au Conseil de la concurrence.

Article R. 420-3

Pour l'application de l'article L. 420-7, le siège et le ressort des juridictions commerciales compétentes en métropole et dans les départements d'outre-mer sont fixés conformément aux tableaux de l'annexe 4-2 du présent livre.

Article R. 420-4

Pour l'application de l'article L. 420-7, la liste des tribunaux de grande instance compétents en métropole et dans les départements d'outre-mer est fixée conformément aux tableaux de l'annexe 4-1 du présent livre.

Article R. 420-5

Pour l'application de la deuxième phrase de l'article L. 420-7, la cour d'appel de Paris est compétente.

Titre III : De la concentration économique

Article R. 430-1

Pour l'application de l'article L. 430-2, le chiffre d'affaires est calculé selon les modalités définies par l'article 5 du règlement du Conseil (CE) n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

Article R. 430-2

Le dossier de notification mentionné à l'article L. 430-3 comprend les éléments énumérés aux annexes 4-3 à 4-5 du présent livre. Il est adressé en quatre exemplaires.

Lorsque l'administration constate que le dossier est incomplet ou que certains de ses éléments ne sont pas conformes aux définitions retenues dans les annexes susmentionnées, notamment en ce qui concerne la délimitation des marchés concernés, elle demande que le dossier soit complété ou rectifié.

La notification complète fait l'objet d'un accusé de réception.

Article R. 430-3

Si la Commission européenne décide, en application de l'article 9 du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, de renvoyer aux autorités françaises tout ou partie d'une concentration de dimension communautaire, les entreprises concernées communiquent sans délai à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes trois exemplaires du dossier de notification de l'opération qu'elles ont adressé à la Commission.

Article R. 430-4

Le communiqué prévu au troisième alinéa de l'article L. 430-3 contient notamment les éléments suivants :

1° – Les noms des entreprises concernées et des groupes auxquels elles appartiennent ;

2° – La nature de l'opération ;
3° – Les secteurs économiques concernés ;
4° – Les éléments renvoyés, dans le cas d'un renvoi partiel d'une opération de dimension communautaire par la Commission européenne ;
5° – Le délai dans lequel les tiers intéressés sont invités à faire connaître leurs observations ;
6° – Le résumé non confidentiel de l'opération fourni par les parties.

Ce communiqué est rendu public dans les cinq jours ouvrables suivant la date de réception du dossier de notification ou la date à laquelle le ministre chargé de l'Économie est informé de la décision de renvoi de la Commission européenne.

Article R. 430-5

Lorsqu'une concentration est réalisée par achat ou échange de titres sur un marché réglementé, sa réalisation effective, au sens de l'article L. 430-4, intervient lorsque sont exercés les droits attachés aux titres. L'absence de décision du ministre chargé de l'Économie ne fait pas obstacle au transfert desdits titres.

Article R. 430-6

Lorsque le ministre chargé de l'Économie et, le cas échéant, le ministre chargé du secteur économique concerné ont pris l'une des décisions prévues aux articles L. 430-5, L. 430-7 ou L. 430-8, le ministre chargé de l'Économie en rend public le sens dans les cinq jours ouvrables suivant la décision.

Article R. 430-7

Lorsqu'elles reçoivent notification des décisions prises en application des articles L. 430-5, L. 430-7 et L. 430-8, les entreprises concernées disposent d'un délai de quinze jours pour indiquer au ministre chargé de l'Économie les mentions qu'elles considèrent comme relevant du secret des affaires.

Article R. 430-8

En application de l'article L. 430-10, les décisions mentionnées aux articles L. 430-5, L. 430-7 et L. 430-8 sont publiées au *Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*.

Article R. 430-9

En cas d'annulation totale ou partielle d'une décision prise par le ministre chargé de l'Économie et, le cas échéant, par le ministre chargé du secteur économique concerné sur le fondement des articles L. 430-5 ou L. 430-7 et s'il y a lieu à réexamen du dossier, les entreprises concernées qui ont procédé à la notification soumettent une notification actualisée dans un délai de deux mois à compter de la date de notification de la décision du Conseil d'État.

Article R. 430-10

Les sanctions pécuniaires prononcées en application de l'article L. 430-8 sont recouvrées comme les créances de l'État étrangères à l'impôt et au domaine.

Les astreintes prononcées par le ministre chargé de l'Économie en application du même article sont recouvrées dans les mêmes conditions. Elles ne peuvent excéder un montant de 20 000 euros par jour de retard.

Titre IV : De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées

Article D. 440-1

La commission d'examen des pratiques commerciales instituée par l'article L. 440-1 est placée auprès du ministre chargé de l'Économie.

Article D. 440-2

La commission d'examen des pratiques commerciales est composée d'un député et d'un sénateur ainsi que de 23 membres titulaires et quatorze membres suppléants nommés par arrêté conjoint du ministre chargé de l'Économie et du ministre chargé du Commerce :

1° – Trois membres issus des juridictions de l'ordre administratif ou judiciaire, parmi lesquels est nommé le président de la commission ;
2° – Sept membres représentant des secteurs de la production et de la transformation agricole et halieutique ainsi qu'industrielle et artisanale et des transformateurs, ou leurs suppléants ;
3° – Sept membres représentant les grossistes et distributeurs, choisis au sein des organisations professionnelles ou des entreprises, ou leurs suppléants ;
4° – Deux personnalités qualifiées en matière de problèmes relatifs aux relations industrie-commerce ;
5° – Quatre représentants de l'administration : le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, le directeur des entreprises commerciales, artisanales et de services, le directeur général de l'industrie, des technologies de l'information et des postes au ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, ou leurs représentants, et le directeur général des politiques économique, européenne et internationale au ministère de l'Agriculture et de la Pêche, ou son représentant.

Les membres suppléants ne siègent qu'en l'absence des membres titulaires.

Les membres mentionnés aux 1° à 4° sont nommés pour trois ans. Leur mandat est renouvelable une fois pour la même durée.

Article D. 440-3

La nomination de magistrats de l'ordre administratif et judiciaire, au sein de la commission d'examen des pratiques commerciales, est respectivement faite sur proposition du vice-président du Conseil d'État et du garde des Sceaux, ministre de la Justice.

Article D. 440-4

La commission d'examen des pratiques commerciales lorsqu'elle examine un domaine d'activité particulier peut appeler à siéger avec voix consultative un représentant des fournisseurs et un représentant des distributeurs du domaine d'activité considéré.

Article D. 440-5

Les chambres d'examen mises en place au sein de la commission d'examen des pratiques commerciales sont présidées par un magistrat et comprennent un nombre égal de représentants des producteurs et des distributeurs.

Article D. 440-6

Le président de la commission d'examen des pratiques commerciales peut désigner un ou plusieurs rapporteurs en raison de leur compétence.

Le secrétariat de la commission est assuré par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

Article D. 440-7

La commission d'examen des pratiques commerciales établit un règlement intérieur qui fixe ses modalités de fonctionnement.

Ce règlement est approuvé par le ministre chargé de l'Économie.

Article D. 440-8

La commission d'examen des pratiques commerciales peut décider de publier des avis avec l'accord de l'auteur de la demande.

Article D. 440-9

Les séances de la commission d'examen des pratiques commerciales ne sont pas publiques.

Les enquêteurs mentionnés au sixième alinéa de l'article L. 440-1 peuvent assister aux séances de la commission lorsque sont examinées les questions à l'instruction desquelles ils ont, à la demande de la commission, apporté leur concours.

Article D. 440-10

La commission d'examen des pratiques commerciales ne peut valablement délibérer qu'en présence de la moitié de ses membres plus un.

Article D. 440-11

Le président veille à assurer l'anonymat de tous documents, rapports d'enquête et informations recueillis avant leur communication à la commission d'examen des pratiques commerciales.

À cette fin, le secrétariat de la commission supprime toute mention nominative ou, le cas échéant, retire les pièces rendant identifiable une personne ou une entreprise.

Article D. 440-12

Les avis et recommandations de la commission d'examen des pratiques commerciales et des chambres appelées à se prononcer sont adoptés à la majorité de leurs membres présents ; en cas de partage des voix, le président a voix prépondérante.

Article D. 440-13

Les crédits nécessaires à la commission d'examen des pratiques commerciales pour l'accomplissement de sa mission sont inscrits au budget du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie.

Chapitre Ier : De la transparence

Article R. 441-1

Les infractions aux dispositions des arrêtés pris en application du deuxième alinéa de l'article L. 441-2 sont punies de l'amende prévue par le 5° de l'article 131-13 du Code pénal pour les contraventions de la cinquième classe.

La contravention commise en cas de récidive est punie de l'amende prévue par le 5° de l'article 131-13 du Code pénal pour les contraventions de la cinquième classe commises en récidive.

Article D. 441-2

Les produits agricoles auxquels s'appliquent les dispositions de l'article L. 441-2-1 sont les suivants :

- fruits et légumes, à l'exception des pommes de terre de conservation, destinés à être vendus à l'état frais au consommateur ;
- viandes fraîches, congelées ou surgelées de volailles et de lapins ;
- œufs ;
- miels.

Article R. 441-3

Pour l'application du deuxième alinéa de l'article L. 441-3, les originaux ou les copies des factures sont conservés pendant un délai de trois ans à compter de la vente ou de la prestation de service.

Chapitre II : Des pratiques restrictives de concurrence

Article R. 442-1

Lorsque le ministre chargé de l'Économie ou le président du Conseil de la concurrence exerce l'action prévue par l'article L. 442-6 et les voies de recours y afférentes, il est dispensé de représentation par un avocat ou un avoué.

Article R. 442-2

Les infractions aux dispositions des articles L. 442-7 et L. 442-8 sont punies de l'amende prévue par le 5° de l'article 131-13 du Code pénal pour les contraventions de la cinquième classe.

La contravention commise en cas de récidive est punie de l'amende prévue par le 5° de l'article 131-13 du Code pénal pour les contraventions de la cinquième classe commises en récidive.

Chapitre III : Autres pratiques prohibées

Le présent chapitre ne comprend pas de dispositions réglementaires.

Titre V : Des pouvoirs d'enquête

Article R. 450-1

Les procès-verbaux prévus à l'article L. 450-2 énoncent la nature, la date et le lieu des constatations ou des contrôles effectués. Ils sont signés de l'enquêteur et de la personne concernée par les investigations. En cas de refus de celle-ci, mention en est faite au procès-verbal.

Dans le cas prévu à l'article L. 450-1 où les enquêteurs sont assistés d'un agent d'une autorité de concurrence d'un autre État membre de la Communauté européenne, les procès-verbaux en font mention. Ils indiquent l'identité de cet agent et la date de la décision l'autorisant à assister les enquêteurs.

Article R. 450-2

Les procès-verbaux prévus à l'article L. 450-4 relatent le déroulement de la visite et consignent les constatations effectuées. Ils sont dressés sur-le-champ. Ils comportent l'inventaire des pièces et documents saisis.

Ces procès-verbaux sont signés par les enquêteurs, par l'officier de police judiciaire chargé d'assister aux opérations ainsi que, selon le cas, par l'occupant des lieux ou son représentant ou les deux témoins requis conformément au septième alinéa de l'article L. 450-4.

Une copie du procès-verbal est remise à l'occupant des lieux ou à son représentant. En l'absence de l'occupant des lieux ou de son représentant, la copie du procès-verbal est adressée après la visite au responsable de l'entreprise ou de l'organisme concerné par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Les pièces et documents saisis ne peuvent être opposés aux intéressés qu'après qu'ils ont été mis en mesure d'en prendre connaissance.

Titre VI : Du Conseil de la concurrence

Chapitre I^{er} : De l'organisation

Article R. 461-1

Le président du Conseil de la concurrence peut, dans les cas prévus par le livre IV, déléguer certaines de ses attributions à un vice-président.

Le président du Conseil de la concurrence est suppléé, en cas d'absence ou d'empêchement, par un vice-président. En cas de vacance du poste de

président, le vice-président dont la nomination dans cette fonction est la plus ancienne assure l'intérim.

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.

Article R. 461-2

Le président du Conseil de la concurrence peut déléguer sa signature au rapporteur général ou au secrétaire général pour engager les dépenses et signer les marchés.

Des régies de recettes et de dépenses peuvent être créées auprès du conseil par arrêté du ministre chargé de l'Économie, des Finances et de l'Industrie dans les conditions prévues par les articles R. 1617-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales.

Article R. 461-3

Le rapporteur général ainsi que le ou les rapporteurs généraux adjoints sont nommés pour quatre ans, parmi les membres du conseil d'État, les magistrats, les fonctionnaires de catégorie A et les personnes pouvant justifier d'une expérience d'au moins cinq ans dans le domaine du droit de la concurrence et titulaires d'un des diplômes permettant d'accéder à un corps de catégorie A. Ils peuvent être renouvelés une fois dans leurs fonctions.

Le rapporteur général anime et contrôle l'activité des rapporteurs. Il veille, notamment :

– à ce que les rapporteurs effectuent des actes tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction des faits concernés par l'instruction des affaires dont il leur a confié l'examen ;
– à la qualité des notifications de griefs, des rapports et autres actes d'instruction effectués par les rapporteurs.

Il peut déléguer à un ou des rapporteurs généraux adjoints tout ou partie des attributions qu'il détient conformément au présent titre.

En cas de vacance du poste de rapporteur général, le président désigne l'un des rapporteurs généraux adjoints pour assurer l'intérim.

Article R. 461-4

Les rapporteurs permanents sont nommés parmi les membres du conseil d'État, les magistrats, les fonctionnaires de catégorie A, les agents contractuels de l'État de niveau équivalent ou les personnalités ayant une compétence économique ou juridique et titulaires d'un des diplômes permettant d'accéder à un corps de catégorie A.

Article R. 461-5

Le président du Conseil de la concurrence peut faire appel à des rapporteurs extérieurs choisis parmi les membres du Conseil d'État, les magistrats, les

fonctionnaires de catégorie A ou les agents contractuels de l'État de niveau équivalent en activité ou ayant fait valoir leurs droits à la retraite.

Article R. 461-6

Le président du Conseil de la concurrence fixe le nombre et la composition des sections ; il affecte les membres du Conseil de la concurrence à chacune d'entre elles.

Chaque section est présidée par le président du Conseil de la concurrence ou par l'un des vice-présidents ou, lorsque cela est nécessaire pour permettre un nouvel examen d'une affaire dans une formation différente, par le membre le plus ancien de la section. Elle comprend au moins deux autres membres. Les vice-présidents peuvent se suppléer en cas d'absence ou d'empêchement de l'un d'entre eux.

Article R. 461-7

Le conseil ne peut valablement délibérer que s'il comprend au moins huit membres en formation plénière et au moins trois membres en section, dont un membre de la catégorie mentionnée au 1° du II de l'article L. 461-1. Une section peut à tout moment décider le renvoi d'une affaire en formation plénière.

La commission permanente ne peut délibérer que si trois de ses membres sont présents. En cas d'empêchement d'un de ses membres, la commission est complétée par un membre du conseil désigné par le président.

Article R. 461-8

Le Conseil de la concurrence établit son règlement intérieur, qui fixe notamment les conditions de son fonctionnement administratif.

L'organisation du Conseil de la concurrence est fixée par décision de son président.

Chapitre II : Des attributions

Article R. 462-1

Les avis rendus en application des articles L. 410-2 et L. 462-2 sont publiés avec les textes auxquels ils se rapportent.

Les avis rendus en application de l'article L. 462-1 et destinés à une commission parlementaire ou au Gouvernement peuvent être publiés par leur destinataire ou, avec l'accord de ce dernier, par le Conseil de la concurrence. Le Conseil de la concurrence peut publier les avis demandés par d'autres personnes.

Article R. 462-2

Délégation permanente est donnée au ministre chargé de l'Économie pour consulter, au nom du Gouvernement, le Conseil de la concurrence de sa

propre initiative ou à la demande du ministre dont relève le secteur économique concerné, en application des articles L. 410-2, L. 462-1 et L. 462-2.

Article R. 462-3

La procédure contradictoire prévue à l'article L. 462-3 comporte la notification d'un rapport effectuée par le rapporteur général aux parties en cause devant la juridiction, au commissaire du Gouvernement auprès du Conseil de la concurrence et, le cas échéant, aux autres personnes dont les agissements ont été examinés dans le rapport au regard des articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne et des articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5. Le rapporteur général fixe aux destinataires un délai de réponse, qui ne peut être inférieur à un mois à compter de la notification du rapport, pour consulter le dossier et présenter des observations écrites.

L'avis du Conseil de la concurrence rendu à la juridiction qui l'a consulté est communiqué aux personnes mentionnées au premier alinéa.

Article R. 462-4

Le Conseil de la concurrence adresse chaque année au ministre chargé de l'Économie un rapport d'activité qui est publié au *Journal officiel de la République française*.

Les décisions du conseil prévues à l'article L. 464-8 et les avis rendus en application du titre III du livre IV sont annexés à ce rapport.

Chapitre III : De la procédure

Section 1 : De la saisine

Article R. 463-1

La saisine du Conseil de la concurrence fait l'objet d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou d'un dépôt au bureau de la procédure, en quatre exemplaires. Elle peut être accompagnée de pièces annexes.

La saisine précise :

– son objet et les dispositions du droit national ou du droit communautaire de la concurrence sur lesquelles la partie saisissante fonde sa demande ;
– les nom, 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 de la concurrence est informé sans délai de tout changement d'adresse par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Si la saisine n'est pas accompagnée de ces éléments, une demande de régularisation est adressée au demandeur ou à son représentant mandaté, qui doivent y répondre et apporter les compléments dans un délai de deux mois.

Le commissaire du Gouvernement est destinataire d'une copie de toutes les saisines autres que celles émanant du ministre chargé de l'Économie.

Article R. 463-2

La production de mémoires, pièces justificatives ou observations effectuée devant le Conseil de la concurrence sous la signature et sous le timbre d'un avocat emporte élection de domicile au cabinet de l'avocat ou au siège de la société d'avocats.

Section 2 : De l'instruction

Article R. 463-3

Le rapporteur général ou un rapporteur général adjoint peut, à son initiative ou à la demande des parties ou du commissaire du Gouvernement, procéder à la jonction de l'instruction de plusieurs affaires. À l'issue de leur instruction, le Conseil de la concurrence peut se prononcer par une décision commune. Le rapporteur général ou un rapporteur général adjoint peut également procéder à la disjonction de l'instruction d'une saisine en plusieurs affaires.

Article R. 463-4

En application de l'article L. 450-6, le rapporteur général confie l'instruction d'une affaire à un ou plusieurs rapporteurs qu'il désigne. Il peut, en cours d'instruction, modifier cette désignation et confier l'affaire à un nouveau rapporteur.

Article R. 463-5

Lorsque le rapporteur juge utile, pour l'instruction des saisines mentionnées à l'article L. 462-5 et des demandes de mesures conservatoires prévues à l'article L. 464-1 dont il a la charge, et notamment en cas d'urgence, de demander à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes communication des éléments dont elle dispose déjà, sa demande est transmise par le rapporteur général, selon les mêmes modalités que celles qui sont prévues au premier alinéa de l'article L. 450-6.

Article R. 463-6

Les auditions auxquelles procède le rapporteur donnent lieu à un procès-verbal, signé par les personnes entendues. En cas de refus de signer, il en est fait mention par le rapporteur. Les personnes entendues peuvent être assistées d'un conseil.

Article R. 463-7

Lorsqu'il estime que l'instruction est incomplète, le Conseil de la concurrence peut décider de renvoyer l'affaire en tout ou partie à l'instruction. Cette décision n'est pas susceptible de recours.

Article R. 463-8

Pour l'application de l'article L. 464-1 et des premier et deuxième alinéas de l'article L. 462-8, le rapporteur général peut fixer des délais pour la production

de mémoires, pièces justificatives ou observations et pour leur consultation par les intéressés ou par le commissaire du Gouvernement.

Article R. 463-9

Le rapporteur général communique aux autorités administratives énumérées à l'annexe 4-6 du présent livre toute saisine relative à des secteurs entrant dans leur champ de compétence. Ces autorités administratives disposent pour faire part de leurs observations éventuelles d'un délai de deux mois, qui peut être réduit par le rapporteur général si l'urgence le nécessite. Ces observations sont jointes au dossier.

Article R. 463-10

Le rapporteur général peut à tout moment de la procédure demander aux entreprises mises en cause de communiquer au rapporteur dans le délai de deux mois leur numéro unique d'identification et les chiffres d'affaires nécessaires au calcul du plafond d'une éventuelle sanction, conformément aux dispositions du I de l'article L. 464-2. La lettre de transmission mentionne que ces informations sont communiquées par le rapporteur général au commissaire du Gouvernement.

Section 3 : De la notification des griefs et du rapport

Article R. 463-11

Pour l'application de l'article L. 463-2, la notification des griefs retenus par le rapporteur et la notification du rapport sont faites par le rapporteur général à l'auteur de la saisine, aux ministres intéressés, aux autres parties intéressées et au commissaire du Gouvernement. Ces notifications font l'objet d'envois recommandés avec demande d'avis de réception.

Le rapport soumet à la décision du Conseil de la concurrence une analyse des faits et de l'ensemble des griefs notifiés. Le commissaire du Gouvernement dispose d'un délai de deux mois pour faire valoir ses observations écrites sur le rapport. Les avis éventuels des ministres intéressés sont transmis par écrit au Conseil de la concurrence dans un délai de deux mois par l'intermédiaire du commissaire du Gouvernement.

Article R. 463-12

Lorsque le président du Conseil de la concurrence ou un vice-président délégué par lui décide, en application de l'article L. 463-3, que l'affaire sera jugée par le Conseil de la concurrence sans établissement préalable d'un rapport, les parties et le commissaire du Gouvernement disposent d'un délai de deux mois à compter de la notification de cette décision pour présenter leurs observations.

Section 4 : Du secret des affaires

Article R. 463-13

Pour l'application de l'article L. 463-4, lorsqu'une personne se prévaut du secret des affaires, elle signale par lettre, à l'occasion de leur communication au Conseil de la concurrence, les informations, documents ou parties de documents regardés par elle comme mettant en jeu le secret des affaires et demande, pour des motifs qu'elle précise pour chacun d'entre eux, leur classement en annexe confidentielle. Elle fournit séparément une version non confidentielle de ces documents ainsi qu'un résumé des éléments dont elle demande le classement. Le cas échéant, elle désigne les entreprises à l'égard desquelles le secret des affaires serait susceptible de s'appliquer.

Lorsque les informations, documents ou parties de documents susceptibles de mettre en jeu le secret des affaires ne sont pas communiqués au Conseil de la concurrence par la personne susceptible de se prévaloir de ce secret et que celle-ci n'a pas formé de demande de classement, le rapporteur général l'invite à présenter, si elle le souhaite, dans un délai qu'il fixe, une demande de classement en annexe confidentielle conformément aux prescriptions du premier alinéa.

Article R. 463-14

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 président du Conseil de la concurrence ou le vice-président délégué donne acte à la personne concernée du classement en annexe confidentielle des informations, documents ou partie de documents regardés par elle comme mettant en jeu le secret des affaires. Il peut refuser le classement en tout ou en partie si la demande n'a pas été présentée conformément aux dispositions du premier alinéa de l'article R. 463-13, ou l'a été au-delà des délais impartis par le rapporteur général, ou si elle est manifestement infondée. La version non confidentielle des documents et leur résumé sont versés au dossier.

Article R. 463-15

Lorsque le rapporteur considère qu'une pièce classée en annexe confidentielle est nécessaire à la procédure, il en informe par lettre recommandée avec demande d'avis de réception la personne qui en a demandé le classement. Si cette personne s'oppose, dans le délai qui lui a été imparti par le rapporteur, à ce que la pièce soit utilisée dans la procédure, elle saisit le président du Conseil de la concurrence. Si celui-ci ou le vice-président délégué donne suite à son opposition, la pièce est maintenue dans l'annexe confidentielle. Dans le cas contraire, il autorise l'utilisation de la pièce par le rapporteur et sa communication à la ou aux parties mises en cause, ainsi qu'au commissaire du Gouvernement.

Lorsqu'une partie mise en cause considère qu'une pièce classée en annexe confidentielle est nécessaire à l'exercice de ses droits, elle peut en demander

la communication ou la consultation en présentant une requête motivée au rapporteur. Le rapporteur informe la personne qui a demandé le classement de cette pièce par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Si cette dernière s'oppose, dans le délai qui lui a été imparti par le rapporteur, à ce que la pièce soit communiquée à la partie qui en fait la demande, elle saisit le président du Conseil de la concurrence. Si celui-ci ou le vice-président délégué donne suite à son opposition, la pièce est maintenue dans l'annexe confidentielle. Dans le cas contraire, il autorise la communication ou la consultation de la pièce à la 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.

Section 5 : De l'expertise

Article R. 463-16

Lorsqu'en application de l'article L. 463-8 le rapporteur général décide de faire appel à un ou des experts, sa décision définit l'objet de l'expertise, fixe le délai de sa réalisation et évalue les honoraires prévisibles correspondants.

Lorsque l'expertise est demandée par une partie et acceptée par le rapporteur général, ce dernier lui demande de consigner le montant d'une provision égale aux honoraires prévus de l'expert. Si plusieurs parties doivent procéder à une telle consignation, le rapporteur général indique dans quelle proportion chacune doit consigner.

Le rapporteur général peut décider d'accorder aux experts qui le demandent une avance forfaitaire, qui ne peut excéder 25 % des honoraires prévus.

Le ou les experts informent le rapporteur chargé de l'instruction de l'affaire de l'avancement des opérations d'expertise. Le ou les experts doivent prendre en considération les observations des parties, qui peuvent être adressées par écrit ou être recueillies oralement, et doivent les joindre à leur rapport si elles sont écrites et si la partie concernée le demande. Ils doivent faire mention, dans leur rapport, de la suite qu'ils leur ont donnée.

Le rapport d'expertise est remis au rapporteur chargé de l'instruction de l'affaire. Ce dernier le joint en annexe à sa notification de griefs, à son rapport ou à sa proposition de non-lieu ou, s'il est remis après l'envoi de son propre rapport, l'adresse aux parties et au commissaire du Gouvernement afin qu'ils puissent faire part de leurs observations éventuelles. Ces observations sont faites dans la réponse à la notification de griefs, au rapport du rapporteur ou à la proposition de non-lieu, ou bien en séance.

Même si plusieurs experts ont été désignés, un seul rapport est rédigé, qui fait apparaître les points d'accord et les points de divergence éventuels.

À la remise du rapport d'expertise, le rapporteur général arrête définitivement le montant des honoraires d'expertise et fait procéder à leur paiement.

Chapitre IV – Des décisions et des voies de recours

Section 1 : Des décisions

Article R. 464-1

La demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article L. 464-1 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.

Article R. 464-2

Lorsque le Conseil de la concurrence envisage de faire application du I de l'article L. 464-2 relatif à l'acceptation d'engagements proposés par les entreprises, le rapporteur fait connaître aux entreprises ou organismes concernés son évaluation préliminaire des pratiques en cause. 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. Une copie de l'évaluation 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.

Le délai imparti aux entreprises ou organismes pour formaliser leurs engagements à l'issue de l'évaluation préliminaire est fixé, soit par le rapporteur dans le cas où l'évaluation a été faite par courrier ou par procès-verbal, soit par le Conseil de la concurrence dans le cas où cette évaluation a été présentée oralement en séance. Ce délai ne peut, sauf accord des entreprises ou organismes concernés, être inférieur à un mois.

À réception des engagements proposés par les entreprises ou organismes concernés à l'issue du délai mentionné au deuxième alinéa, le rapporteur général communique leur contenu à l'auteur ou aux auteurs de la saisine ainsi qu'au commissaire du Gouvernement. Il publie également, par tout moyen, un résumé de l'affaire et des engagements pour permettre aux tiers intéressés de présenter leurs observations. Il fixe un délai, qui ne peut être inférieur à un mois à compter de la date de communication ou de publication du contenu des engagements, pour la production des observations des parties, du commissaire du Gouvernement et, le cas échéant, des tiers intéressés. Ces observations sont versées au dossier.

Les parties et le commissaire du Gouvernement sont convoqués à la séance par l'envoi d'une lettre du rapporteur général accompagnée de la proposition d'engagements trois semaines au moins avant le jour de la séance. Ils peuvent présenter des observations orales lors de la séance.

Article R. 464-3

Pour l'application des dispositions relatives à la liquidation de l'astreinte prévues au II de l'article L. 464-2, le Conseil de la concurrence se prononce après sa saisine dans les conditions prévues à l'article L. 462-5. Sa décision est précédée de l'établissement d'un rapport évaluant le montant définitif de

l'astreinte. Ce rapport est adressé aux parties et au commissaire du Gouvernement, qui disposent d'un délai d'un mois pour présenter leurs observations écrites. Les parties et le commissaire du Gouvernement peuvent également présenter des observations orales lors de la séance.

Article R. 464-4

Lorsque le rapporteur général propose au Conseil de la concurrence de faire application des dispositions du III de l'article L. 464-2, 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.

Article R. 464-5

L'entreprise ou l'organisme qui effectue la démarche mentionnée au IV de l'article L. 464-2 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 Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes 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 de 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 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.

Article R. 464-6

Les convocations aux séances du Conseil de la concurrence sont adressées par envois recommandés avec demande d'avis de réception trois semaines au moins avant le jour de la séance. Ce délai peut être réduit par le rapporteur général lorsque le Conseil de la concurrence se réunit pour statuer en application de l'article L. 464-1.

Le rapporteur qui a instruit une affaire peut présenter des observations orales lors de la séance au cours de laquelle elle est examinée.

Les parties qui souhaitent l'audition d'une personne lors de la séance doivent en faire la demande au président du Conseil de la concurrence quinze jours au moins avant cette séance.

Article R. 464-7

Pour l'application de l'article L. 464-6, l'auteur de la saisine et le commissaire du Gouvernement disposent d'un délai de deux mois pour faire valoir leurs observations écrites. Ils peuvent présenter des observations orales lors de la séance.

Article R. 464-8

Les décisions du Conseil de la concurrence sont notifiées :

1° – Pour les décisions mentionnées à l'article L. 464-1, à l'auteur de la demande de mesures conservatoires, aux personnes contre lesquelles la demande est dirigée et au commissaire du Gouvernement ;
2° – Pour les décisions mentionnées à l'article L. 462-8, à l'auteur de la saisine et au ministre chargé de l'Économie ;
3° – Pour les décisions mentionnées à l'article L. 464-6, à l'auteur de la saisine, aux personnes dont les agissements ont été examinés par le rapporteur au regard des articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 ainsi que, le cas échéant, des articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne et au ministre chargé de l'Économie ;
4° – Pour les décisions prises suivant les modalités prévues par les articles L. 463-2, L. 463-3, L. 464-2, L. 464-3 et L. 464-5, aux personnes destinataires de la notification de griefs ou du rapport ainsi qu'aux entreprises ou organismes ayant souscrit des engagements et au ministre chargé de l'Économie.

Article R. 464-9

Pour l'application de l'article L. 464-3, le Conseil de la concurrence se prononce après avoir été saisi dans les conditions prévues par l'article L. 462-5. Sa décision est précédée de l'établissement d'un rapport qui est adressé aux parties et au commissaire du Gouvernement, qui disposent d'un délai de deux mois pour présenter leurs observations écrites. En cas d'urgence, ce délai peut être ramené à un mois par le rapporteur général. Les parties et le commissaire du Gouvernement peuvent également présenter des observations orales lors de la séance.

Section 2 : Des recours exercés devant la cour d'appel de Paris contre les décisions du Conseil de la concurrence

Article R. 464-10

Par dérogation aux dispositions du titre VI du livre II du Nouveau Code de procédure civile, les recours exercés devant la cour d'appel de Paris contre

les décisions du Conseil de la concurrence sont formés, instruits et jugés conformément aux dispositions de la présente section.

Article R. 464-11

Le Conseil de la concurrence n'est pas partie à l'instance.

Sous-section 1 : Des recours prévus à l'article L. 464-8

Article R. 464-12

Les recours prévus à l'article L. 464-8 sont formés par une déclaration écrite en triple exemplaire déposée contre récépissé au greffe de la cour d'appel de Paris contenant, à peine de nullité :

1° – Si le demandeur est une personne physique, ses nom, prénoms, profession et domicile ; si le demandeur est une personne morale, sa dénomination, sa forme, son siège social et l'organe qui la représente ; dans le cas où la déclaration est faite au nom du ministre chargé de l'Économie, elle indique la dénomination et l'adresse du service mentionné au deuxième alinéa de l'article R. 464-26 ;
2° – L'objet du recours.

Lorsque la déclaration ne contient pas l'exposé des moyens invoqués, le demandeur doit, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office, déposer cet exposé au greffe dans les deux mois qui suivent la notification de la décision du Conseil de la concurrence.

Article R. 464-13

La déclaration de recours mentionne la liste des pièces et documents justificatifs produits. Les pièces et documents mentionnés dans la déclaration sont remis au greffe de la cour d'appel en même temps que la déclaration. Le demandeur au recours joint à la déclaration une copie de la décision attaquée.

Lorsque le demandeur au recours n'est pas représenté, il informe sans délai le greffe de la cour de tout changement de domicile.

Article R. 464-14

Dans les cinq jours qui suivent le dépôt de la déclaration, le demandeur au recours doit, à peine d'irrecevabilité de ce dernier, prononcée d'office, en adresser par lettre recommandée avec demande d'avis de réception une copie aux parties auxquelles la décision du Conseil de la concurrence a été notifiée, ainsi qu'il ressort de la lettre de notification prévue au deuxième alinéa de l'article R. 464-30.

Article R. 464-15

Dès l'enregistrement du recours, le greffe de la cour d'appel notifie une copie de la déclaration mentionnée à l'article R. 464-12 et des pièces qui y sont jointes au Conseil de la concurrence, ainsi qu'au ministre chargé de l'Économie s'il n'est pas demandeur au recours.

Le Conseil de la concurrence transmet au greffe de la cour le dossier de l'affaire qui comporte les procès-verbaux et rapports d'enquête, les griefs, les observations, le rapport, les documents et les mémoires mentionnés à l'article L. 463-2.

Le greffe transmet au Conseil de la concurrence et au ministre de l'Économie une copie des pièces de procédure ultérieures, y compris celles qui résultent de l'application des articles R. 464-16, R. 464-17 et R. 464-19.

Article R. 464-16

Un recours incident peut être formé alors même que son auteur serait forclos pour exercer un recours à titre principal. Dans ce dernier cas, le recours n'est toutefois pas recevable s'il est formé plus d'un mois après la réception de la lettre prévue à l'article R. 464-14 ou si le recours principal n'est pas lui-même recevable.

Le recours incident est formé selon les modalités prévues à l'article R. 464-12. Il est dénoncé, dans les conditions prévues à l'article R. 464-14, aux demandeurs au recours à titre principal.

Article R. 464-17

Lorsque le recours risque d'affecter les droits ou les charges d'autres personnes qui étaient parties en cause devant le Conseil de la concurrence, ces personnes peuvent se joindre à l'instance devant la cour d'appel par déclaration écrite et motivée déposée au greffe dans les conditions prévues à l'article R. 464-12 dans le délai d'un mois après la réception de la lettre prévue à l'article R. 464-14. Elle est notifiée aux demandeurs au recours.

À tout moment, le premier président ou son délégué ou la cour peut mettre d'office en cause ces mêmes personnes. Le greffe notifie la décision de mise en cause par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Article R. 464-18

Le premier président de la cour d'appel ou son délégué fixe les délais dans lesquels les parties à l'instance doivent se communiquer leurs observations écrites et en déposer copie au greffe de la cour. Il fixe les délais dans lesquels le Conseil de la concurrence et le ministre chargé de l'Économie, lorsqu'il n'est pas partie à l'instance, peuvent produire des observations écrites. Il fixe également la date des débats.

Le greffe notifie ces délais aux parties, au Conseil de la concurrence et au ministre chargé de l'Économie lorsqu'il n'est pas partie à l'instance, et les convoque à l'audience prévue pour les débats par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Les observations présentées par le Conseil de la concurrence et le ministre chargé de l'Économie, lorsqu'il n'est pas partie à l'instance, sont portées par le greffe à la connaissance des parties à l'instance.

Article R. 464-19

Le Conseil de la concurrence et le ministre chargé de l'Économie, lorsqu'il n'est pas partie à l'instance, peuvent présenter des observations orales à l'audience à leur demande ou à la demande du premier président ou de la cour.

Sous-section 2 : Des recours prévus à l'article L. 464-7

Article R. 464-20

Les recours prévus à l'article L. 464-7 sont portés devant la cour d'appel par voie d'assignation à une audience préalablement indiquée par le premier président ou son délégué.

À peine de nullité, l'assignation contient, outre les mentions prescrites pour les actes d'huissier de justice, l'objet du recours avec un exposé des moyens.

Sous la même sanction :

1° – Une copie de la décision attaquée est jointe à l'assignation ;
2° – Une copie de l'assignation est déposée en triple exemplaire au greffe de la cour d'appel au plus tard dans les cinq jours qui suivent celui de sa signification.

À peine d'irrecevabilité du recours prononcée d'office, l'assignation est délivrée à toutes les parties en cause devant le Conseil de la concurrence ainsi qu'au ministre chargé de l'économie.

Une copie de l'assignation est immédiatement notifiée à la diligence de l'huissier de justice au Conseil de la concurrence par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Article R. 464-21

Le Conseil de la concurrence et le ministre chargé de l'Économie, lorsqu'il n'est pas partie à l'instance, ont la faculté de présenter des observations écrites et orales. Ces dernières sont présentées à l'audience à leur demande ou à la demande du premier président ou de la cour.

Sous-section 3 : Des demandes de sursis à exécution

Article R. 464-22

Les demandes de sursis à exécution prévues à l'article L. 464-8 sont portées par voie d'assignation devant le premier président de la cour d'appel de Paris, selon les modalités du deuxième alinéa de l'article 485 du Nouveau Code de procédure civile.

Article R. 464-23

À peine de nullité, l'assignation contient, outre les mentions prescrites pour les actes d'huissier de justice, l'exposé des moyens invoqués à l'appui de la demande de sursis.

Sous la même sanction, elle précise la date à laquelle a été formé le recours contre la décision dont le sursis à exécution est demandé.

Article R. 464-24

À peine d'irrecevabilité de la demande prononcée d'office, l'assignation est délivrée à toutes les parties en cause devant le Conseil de la concurrence et

au ministre chargé de l'Économie. Une copie de l'assignation est immédiatement notifiée à la diligence de l'huissier de justice au Conseil de la concurrence par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Sous-section 4 : Dispositions communes aux différentes demandes

Article R. 464-25

Les notifications entre parties ont lieu par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par notification directe entre les avocats ou les avoués des parties. Les pièces de procédure doivent être déposées au greffe en triple exemplaire.

Article R. 464-26

Devant la cour d'appel ou son premier président, la représentation et l'assistance des parties et du Conseil de la concurrence s'exercent dans les conditions prévues par l'article 931 du Nouveau Code de procédure civile.

Le ministre chargé de l'Économie est représenté par le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ou son délégué.

Article R. 464-27

Le ministère public peut prendre communication des affaires dans lesquelles il estime devoir intervenir.

Article R. 464-28

Les décisions de la cour d'appel de Paris ou de son premier président sont notifiées par lettre recommandée avec demande d'avis de réception par le greffe de la cour aux parties à l'instance et au ministre de l'Économie lorsqu'il n'est pas partie à l'instance.

Elles sont portées à la connaissance du Conseil de la concurrence par lettre simple à l'initiative du greffe.

Le ministre chargé de l'Économie veille à l'exécution des décisions et les fait publier au *Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*.

Article R. 464-29

Les décisions prises par le président du Conseil de la concurrence en application de l'article L. 463-4 ne peuvent faire l'objet d'un recours qu'avec la décision du conseil sur le fond.

Article R. 464-30

Les décisions du Conseil de la concurrence sont notifiées par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

À peine de nullité, la lettre de notification indique le délai de recours ainsi que les modalités selon lesquelles celui-ci peut être exercé. Elle comporte en annexe les noms, qualités et adresses des parties auxquelles la décision du Conseil de la concurrence a été notifiée.

Article R. 464-31

Les augmentations de délais prévues à l'article 643 du Nouveau Code de procédure civile ne s'appliquent pas aux recours présentés en vertu des dispositions du présent chapitre.

Titre VII : Dispositions diverses

Article R. 470-1

Lorsque le ministre chargé de l'Économie intervient sur le fondement de l'article L. 470-5, il est dispensé de représentation par un avocat ou un avoué.

Article R. 470-2

Pour l'application du 2 de l'article 15 du 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 instituant la Communauté européenne, les décisions de justice qui statuent sur le fondement des articles 81 et 82 de ce traité sont notifiées par le greffe de la juridiction à la Commission européenne, au Conseil de la concurrence et au ministre chargé de l'Économie, par lettre recommandée avec accusé de réception. Il est fait mention de cette notification dans le dispositif de la décision.

Article R. 470-3

Lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Commission européenne en application des dispositions du 1 de l'article 15 du 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 instituant la Communauté européenne, il en avise les parties. À moins qu'elles n'aient déjà conclu sur ce point, il les invite à produire des observations dans un délai qu'il fixe.

Dès réception des observations ou à l'expiration du délai, le juge peut solliciter l'avis de la Commission européenne par une décision non susceptible de recours. Il surseoit à statuer jusqu'à la réception de l'avis ou jusqu'à l'expiration d'un délai qu'il fixe.

La décision sollicitant l'avis, ainsi que les observations éventuelles, est adressée à la Commission européenne par le greffe de la juridiction. Cette décision, ainsi que la date de transmission du dossier, est notifiée aux parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Dès la réception de l'avis par la juridiction, celui-ci est notifié par le greffe aux parties qui peuvent présenter des observations.

Article R. 470-4

Lorsque le juge envisage de demander à la Commission européenne des informations en application des dispositions du 1 de l'article 15 du règlement (CE) nº 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 instituant la Communauté européenne, il en avise les parties.

Il notifie la réponse de la Commission européenne aux parties qui peuvent présenter des observations.

Article R. 470-5

L'autorité administrative, au sens de l'article L. 470-4-1, est, au sein de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, le directeur régional ou le chef d'unité départementale territorialement compétents.

Article R. 470-6

L'autorité administrative mentionnée à l'article R. 470-5 transmet la proposition de transaction au procureur de la République dans un délai de trois mois à compter de la clôture du procès-verbal de constatation de l'infraction. Cette proposition précise la somme que l'auteur de l'infraction sera invité à payer au Trésor public, le délai imparti pour son paiement et, s'il y a lieu, les autres obligations résultant pour lui de l'acceptation de la transaction.

Article R. 470-7

Lorsque le procureur de la République a donné son accord sur la proposition de transaction, le chef de service notifie cette dernière en double exemplaire à l'auteur de l'infraction. Cette notification comporte une mention précisant que si la personne ne paie pas, dans le délai imparti, la somme indiquée dans la proposition ou qu'elle ne satisfait pas aux autres obligations le cas échéant souscrites par elle, le procureur de la République décidera, sauf élément nouveau, d'engager les poursuites à son égard.

L'auteur de l'infraction dispose d'un mois, à compter de cette notification, pour y répondre. En cas d'acceptation, l'auteur de l'infraction retourne à l'autorité administrative un exemplaire signé de la proposition.

Dans l'hypothèse où, au terme du délai mentionné à l'alinéa ci-dessus, l'auteur de l'infraction a refusé la proposition ou n'y a pas répondu, l'autorité administrative en informe sans délai le procureur de la République. Ce dernier est également informé par l'autorité administrative du cas où l'auteur de l'infraction n'aurait pas acquitté la somme indiquée dans la proposition, au terme du délai imparti, ou n'aurait pas satisfait aux autres obligations le cas échéant souscrites par lui.

Livre IX – Dispositions relatives à l'outre-mer

Titre I : Dispositions spécifiques à Saint-Pierre-et-Miquelon

Article R. 910-1

Ne sont pas applicables à Saint-Pierre-et-Miquelon les dispositions suivantes :

. . . . . .

3° – Les articles R. 470-2 à R. 470-7.

Article R. 910-2

Pour l'application du présent Code à Saint-Pierre-et-Miquelon, les termes énumérés ci-après sont remplacés comme suit :

1° – *« Tribunal de grande instance »* ou *« tribunal d'instance »* par *« tribunal de première instance »* ;
2° – *« Cour d'appel »* par *« tribunal supérieur d'appel »* ;
3° – *« Tribunal de commerce »* ou *« justice consulaire »* par *« tribunal de première instance statuant en matière commerciale »* ;
4° – *« Premier président de la cour d'appel »* par *« président du tribunal supérieur d'appel »* ;
5° – *« Procureur de la République »* et *« procureur général »* par *« procureur de la République près le tribunal supérieur d'appel »* ;
6° – *« Département »* ou *« arrondissement »* par *« collectivité territoriale »* ;
7° – *« Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales »* par *« Recueil des actes administratifs de la collectivité territoriale »* ;
8° – *« Préfet du département »* par *« préfet de la collectivité »* ;
9° – *« Chambre de commerce et d'industrie »* par *« chambre d'agriculture, de commerce, d'industrie et des métiers ».*

. . . . . .

Article R. 910-4

Les références faites, par des dispositions du présent Code applicables à Saint-Pierre-et-Miquelon, à d'autres articles du présent Code, ne concernent que les articles rendus applicables dans la collectivité avec les adaptations prévues dans les chapitres ci-dessous.

Article R. 910-5

En l'absence d'adaptation, les références faites par des dispositions du présent Code applicables à Saint-Pierre-et-Miquelon, à des dispositions qui n'y sont pas applicables, sont remplacées par les références aux dispositions ayant le même objet applicables localement.

Article R. 910-6

Les articles faisant référence à la Communauté européenne sont applicables dans le respect de la décision d'association prévue à l'article 187 du traité

instituant la Communauté européenne. Les références à l'accord sur l'Espace économique européen ne sont pas applicables.

Chapitre IV : Dispositions d'adaptation du livre IV

Article R. 914-1

Les articles R. 420-3 et R. 420-4 sont ainsi rédigés : *« Pour l'application de l'article L. 420-7, le siège et le ressort des juridictions compétentes dans la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon sont fixés conformément aux tableaux de l'annexe 9-4 et 9-5 du présent livre. »*

Titre II : Dispositions applicables à Mayotte

Article R. 920-1

Sous réserve des adaptations prévues dans les chapitres ci-après, les dispositions suivantes du Code sont applicables à Mayotte :

. . . . . .

4° Le livre IV, à l'exception des articles R. 463-16, R. 470-2 à R. 470-7.

Article R. 920-2

Pour l'application du présent Code à Mayotte, les termes énumérés ci-après sont remplacés comme suit :

1° – *« Tribunal de grande instance »* ou *« tribunal d'instance »* par *« tribunal de première instance »* ;
2° – *« Tribunal de commerce »* ou *« justice consulaire »* par *« tribunal de première instance statuant en matière commerciale »* ;
3° – *« Cour d'appel »* par *« tribunal supérieur d'appel »* ;
4° – *« Premier président de la cour d'appel »* par *« président du tribunal supérieur d'appel »* ;
5° – *« Procureur général »* par *« procureur de la République près le tribunal supérieur d'appel »* ;
6° – *« Procureur de la République »* par *« procureur de la République près le tribunal de première instance »* ;
7° – *« Département »* ou *« arrondissement »* par *« Mayotte »* ;
8° – *« Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales »* par *« Recueil des actes administratifs de Mayotte »* ;
9° – *« Préfet »* ou *« sous-préfet »* par *« représentant de l'État à Mayotte »* ;
10° – *« Chambre de commerce et d'industrie »* par *« chambre de commerce et d'industrie de Mayotte »* ;
11° – *« Chambre d'agriculture »* par *« chambre d'agriculture, de la pêche, et de l'aquaculture de Mayotte »* ;
12° – *« Chambre des métiers et de l'artisanat »* par *« chambre de métiers et de l'artisanat de Mayotte ».*

. . . . . .

Article R. 920-4

Les références faites, par des dispositions du présent Code applicables à Mayotte, à d'autres articles du présent Code, ne concernent que les articles rendus applicables à Mayotte avec les adaptations prévues dans les chapitres ci-dessous.

Article R. 920-5

En l'absence d'adaptation, les références faites par des dispositions du présent Code applicables à Mayotte à des dispositions qui n'y sont pas applicables, sont remplacées par les références aux dispositions ayant le même objet applicables localement.

. . . . . .

Article R. 920-7

Les articles faisant référence à la Communauté européenne sont applicables dans le respect de la décision d'association prévue à l'article 187 du traité instituant la Communauté européenne. Les références à l'accord sur l'Espace économique européen ne sont pas applicables.

Chapitre IV : Dispositions d'adaptation du livre IV

Article R. 924-1

Les articles R. 420-3 et R. 420-4 sont ainsi rédigés :

« Pour l'application de l'article L. 420-7, le siège et le ressort des juridictions compétentes à Mayotte sont fixés conformément aux tableaux des annexes 9-4 et 9-5 du présent livre. »

Titre III : Dispositions applicables en Nouvelle-Calédonie

Le livre IV n'est pas applicable.

Titre IV : Dispositions applicables en Polynésie française

Le livre IV n'est pas applicable.

Titre V : Dispositions applicables dans les îles Wallis-et-Futuna

Article R. 950-1

Sous réserve des adaptations prévues dans les chapitres ci-après, les dispositions suivantes du Code sont applicables dans les îles Wallis-et-Futuna :

. . . . . .

4° – Le livre IV, à l'exception des articles R. 463-16, R. 464-2 à R. 464-5, R. 470-2 à R. 470-7.

Article R. 950-2

Pour l'application du présent Code dans les îles Wallis-et-Futuna, les termes énumérés ci-après sont remplacés comme suit :

1° – *« Tribunal de grande instance »* ou *« tribunal d'instance »* par *« tribunal de première instance »* ;
2° – *« Tribunal de commerce »* ou *« justice consulaire »* par *« tribunal de première instance statuant en matière commerciale »* ;
3° – *« Conseil de prud'hommes »* par *« tribunal du travail »* ;
4° – *« Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales »* par *« Journal officiel du territoire »* ;
5° – *« Département »* ou *« arrondissement »* par *« territoire »* ;
6° – *« Préfet »* ou *« sous-préfet »* par *« représentant de l'État dans le territoire »* ;
7° – *« Maire »* par *« chef de circonscription »* ;
8° – *« Chambre régionale des comptes »* par *« chambre territoriale des comptes de Nouvelle-Calédonie ».*

Article R. 950-3

Les références faites, par des dispositions du présent Code applicables dans les îles Wallis-et-Futuna, à d'autres articles du présent Code, ne concernent que les articles rendus applicables dans les îles Wallis-et-Futuna avec les adaptations prévues dans les chapitres ci-dessous.

Article R. 950-4

En l'absence d'adaptation, les références faites par des dispositions du présent Code applicables dans les îles Wallis-et-Futuna, à des dispositions qui n'y sont pas applicables, sont remplacées par les références aux dispositions ayant le même objet applicables localement.

. . . . . .

Article R. 950-7

Les articles faisant référence à la Communauté européenne sont applicables dans le respect de la décision d'association prévue à l'article 187 du traité instituant la Communauté européenne. Les références à l'accord sur l'Espace économique européen ne sont pas applicables

Chapitre IV : Dispositions d'adaptation du livre IV

Article R. 954-1

Les articles R. 420-3 et R. 420-4 sont ainsi rédigés : *« Pour l'application de l'article L. 420-7, le siège et le ressort des juridictions compétentes à Wallis-et-Futuna sont fixés conformément aux tableaux des annexes 9-2 et 9-3 du présent livre. »*

Annexe 4-3

Dossier de notification d'une opération de concentration

1° – Description de l'opération, comprenant :

a) une copie des actes soumis à notification et des comptes rendus des organes délibérants relatifs à la concentration accompagnée, si nécessaire, d'une traduction en langue française de ces documents ;
b) une présentation des aspects juridiques et financiers de l'opération, mentionnant, le cas échéant, le montant de l'acquisition ;
c) une présentation des objectifs économiques de l'opération, comportant notamment une évaluation des avantages attendus ;
d) la liste des États dans lesquels l'opération a été ou sera notifiée et les dates des différentes notifications ;
e) le cas échéant, le mandat des conseils ou personnes chargées de la notification ;
f) un résumé de l'opération ne contenant ni information confidentielle ni secret d'affaires, destiné à être publié sur le site internet de ministre chargé de l'Économie en application de l'article L. 430-3.

2° – Présentation des entreprises concernées et des groupes auxquels elles appartiennent, comprenant, pour chacune des entreprises ou groupes :

a) les comptes sociaux et, lorsqu'ils existent, les comptes consolidés et le dernier rapport annuel ;
b) la liste des principaux actionnaires les pactes d'actionnaire, ainsi que la liste et le montant des participations détenues par l'entreprise ou ses actionnaires dans d'autres entreprises, si cette participation confère directement ou indirectement au moins une minorité de blocage ou la faculté de nommer au moins un membre du conseil d'administration ;
c) un tableau récapitulatif de données financières pour les trois derniers exercices clos, selon le modèle figurant en annexe 4-4, et, pour la ou les activités sur lesquelles porte l'opération qui ne disposaient pas, avant ladite opération, de la personnalité juridique, un tableau récapitulatif selon le modèle figurant en annexe 4-5 ;
d) la liste des opérations de concentration réalisées au cours des trois dernières années ;
e) la liste et la description de l'activité des entreprises avec lesquelles les entreprises ou groupes concernés et les groupes auxquels elles appartiennent entretiennent des liens contractuels significatifs et durables sur les marchés concernés par l'opération, la nature et la description de ces liens.

3° – Marchés concernés

Un marché concerné se définit comme un marché pertinent, défini en termes de produits et en termes géographiques, sur lequel l'opération notifiée a une incidence directe ou indirecte.

Un marché pertinent de produits comprend tous les produits ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés. Des produits, sans être substituables au sens de la phrase précédente, peuvent être regardés comme relevant d'un même marché, dès lors qu'ils

requièrent la même technologie pour leur fabrication et qu'ils font partie d'une gamme de produits de nature à caractériser ce marché.

Un marché pertinent géographique est un territoire sur lequel sont offerts et demandés des biens et des services, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines, parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable.

La notification comprend une définition de chaque marché concerné ainsi qu'une description précise des arguments ayant conduit à la délimitation proposée et, pour chaque marché concerné, les informations suivantes :

a) part de marché des entreprises concernées et des groupes auxquels elles appartiennent ;
b) part de marché des principaux opérateurs concurrents.

4° – Marchés affectés.

Un marché concerné est considéré comme affecté :

– si deux ou plusieurs entreprises ou groupes visés au point 2 du présent formulaire exercent des activités sur ce marché et que leurs parts cumulées atteignent 25 % ou plus ;
– ou si une entreprise au moins visée au point 2 exerce des activités sur ce marché et qu'une autre de ces entreprises ou groupe exerce des activités sur un marché situé en amont ou en aval ou connexe, qu'il y ait ou non des relations de fournisseur à client entre ces entreprises, dès lors que, sur l'un ou l'autre de ces marchés, l'ensemble des entreprises ou groupes visés au point 2 atteignent 25 % ou plus.

Un marché peut également être affecté du fait de la disparition d'un concurrent potentiel due à l'opération.

Pour chaque marché affecté, les entreprises notifiantes fournissent les informations suivantes :

a) une estimation de l'importance du marché en valeur et en volume ;
b) la part de marché des entreprises concernées et des groupes auxquels elles appartiennent ;
c) la part de marché, l'identité, l'adresse, les numéros de télécopieur et de téléphone, et l'adresse électronique des responsables compétents des principaux opérateurs concurrents ;
d) l'identité, l'adresse, les numéros de télécopieur et de téléphone des principaux clients, et l'adresse électronique des responsables compétents des principaux clients, ainsi que la part que représente chacun de ces clients dans le chiffre d'affaires de chacune des entreprises ou groupes visés au point 2 ;
e) l'identité, l'adresse, les numéros de télécopieur et de téléphone, et l'adresse électronique des responsables compétents des principaux fournisseurs ainsi que la part que représente chacun de ces fournisseurs dans le total des achats de chacune des entreprises ou groupes visés au point 2 ;
f) les accords de coopération (horizontaux et verticaux) conclus par les entreprises ou groupes visés au point 2 sur les marchés affectés, tels que les

accords de recherche et développement, les accords de licence, de fabrication en commun, de spécialisation, de distribution, d'approvisionnement à long terme et d'échanges d'information ;
g) les facteurs susceptibles d'avoir une incidence sur l'accès aux marchés concernés (dispositions réglementaires, conditions d'accès aux matières premières, importance des dépenses de recherche et développement et de publicité, existence de normes, de licences, de brevets ou d'autres droits, importance des économies d'échelle, caractère spécifique de la technologie mise en œuvre...) ;
h) une description des canaux de distribution et des réseaux de service après-vente existant sur le marché ;
i) les principaux facteurs contribuant à la détermination des prix et l'évolution de ceux-ci sur les cinq dernières années ;
j) une estimation des capacités de production existant sur le marché et de leur taux moyen d'utilisation, ainsi qu'une évaluation de leur taux d'utilisation par les entreprises ou groupes visés au point 2 ;
k) une analyse de la structure de la demande (degré de concentration de la demande, typologie des demandeurs, poids des collectivités et entreprises publiques, importance de la marque pour le consommateur, importance de la capacité à fournir une gamme complète de produits ou services...) ;
l) la liste et les coordonnées des principales organisations professionnelles.

5° – Déclaration concluant la notification.

La notification se conclut par la déclaration suivante, signée par ou au nom de toutes les entreprises notifiantes, au sens de l'article L. 430-3 du présent Code :

« Les soussignés déclarent que les informations fournies dans la présente notification sont, à leur connaissance, sincères, exactes et complètes, que toutes les estimations sont présentées comme telles et constituent les estimations les plus précises des faits en cause, et que tous les avis exprimés sont sincères.
Ils connaissent les dispositions de l'article L. 430-8 du Code de commerce, notamment du III de cet article. »

Annexe 4-4

Tableau récapitulatif des données financières pour les trois derniers exercices

À joindre au dossier de notification d'une opération de concentration

Nom de l'entité : . . . . . .

N° SIREN (dans le cas d'une société française) : . . . . . .

Données consolidées : oui non (rayer la mention inutile).

	Exercice N clos le :		Exercice N-1 clos le :		Exercice N-2 clos le :	
Comptes de résultat						
Chiffre d'affaires total hors taxes						
Chiffre d'affaires hors taxes réalisé auprès des clients situés dans l'Union européenne						
Chiffre d'affaires hors taxes réalisé auprès des clients situés en France						
Valeur ajoutée brute						
Excédent brut d'exploitation						
Résultat d'exploitation						
Intérêts et charges assimilées sur dette financière						
Produits financiers des placements						
Produits financiers des immobilisations financières						
Résultat financier						
Résultat net [1]						
Part des actionnaires ou des associés minoritaires						
Bilan	Brut	Net	Brut	Net	Brut	Net
Total du bilan						
Immobilisations incorporelles						
Immobilisations corporelles						
Immobilisations financières						
Créances de l'actif circulant						
Disponibilités et valeurs mobilières de placement						
	Exercice N clos le :		Exercice N-1 clos le :		Exercice N-2 clos le :	
Fonds propres [2]						
Part des actionnaires ou des associés minoritaires						
Provisions pour risques et charges						
Dettes financières						
Autres dettes						
Ensemble des dettes à plus d'un an de la clôture						
Investissements et cessions						
Acquisitions d'immobilisations corporelles et incorporelles						
Acquisitions ou augmentations d'immobilisations financières						
Prix de cession des immobilisations cédées et valeur des autres diminutions d'immobilisations financières						
Autres renseignements						
Dépenses de recherche et développement						
Dépenses de publicité						
Capitalisation boursière à la clôture [3]						
Effectifs moyens						

1. Dans le cas de données consolidées, il s'agit du résultat de l'ensemble consolidé.
2. Non compris la part des actionnaires ou associés minoritaires dans le cas de données consolidées.
3. Dans le cas d'un groupe, donner le nom de la société cotée.

Annexe 4-5

Tableau récapitulatif des données financières concernant une activité sans personnalité juridique

À joindre au dossier de notification d'une opération de concentration

Activité : . . . . . .

	Exercice N clos le :		Exercice N-1 clos le :		Exercice N-2 clos le :	
Comptes de résultat						
Chiffre d'affaires total hors taxes						
Chiffre d'affaires hors taxes réalisé auprès des clients situés dans l'Union européenne						
Chiffre d'affaires hors taxes réalisé auprès des clients situés en France						
Valeur ajoutée brute						
Excédent brut d'exploitation						
Éléments du bilan	Brut	Net	Brut	Net	Brut	Net
Immobilisations incorporelles utilisées pour l'activité						
Immobilisations corporelles utilisées pour l'activité						
Créances de l'actif circulant pour l'activité						
Disponibilités relatives à l'activité						
Dettes financières relatives à l'activité						
Autres dettes relatives à l'activité						
Investissement et cessions						
Acquisition d'immobilisations corporelles et incorporelles						
Prix de cessions des immobilisations corporelles et incorporelles cédées						
Autres renseignements						
Dépenses de recherche et développement						
Dépenses de publicité						
Effectifs moyens						

Annexe 4-6. Liste des autorités administratives mentionnées à l'article R. 463-9

Autorité des marchés financiers.

Commission nationale de l'informatique et des libertés.

Médiateur du cinéma.

Commission bancaire.

Conseil supérieur de l'audiovisuel.

Autorité de régulation des communications électroniques et des postes.

Commission de régulation de l'énergie.

Autorité de régulation des mesures techniques.

Annexe 9-2. Juridictions compétentes dans les collectivités d'outre-mer et en Nouvelle-Calédonie pour connaître, en application de l'article L. 610-1, ou de l'article L. 621-5 dans sa version applicable en Polynésie française, des procédures applicables aux commerçants et artisans

Collectivité	Juridiction	Ressort
Mayotte	Tribunal de première instance de Mamoudzou	La collectivité territoriale
Saint-Pierre-et-Miquelon	Tribunal de première instance de Saint-Pierre	La collectivité territoriale
Nouvelle-Calédonie	Tribunal mixte de commerce de Nouméa	La collectivité territoriale
Polynésie française	Tribunal mixte de commerce de Papeete	La collectivité territoriale
Wallis-et-Futuna	Tribunal de première instance de Mata-Utu	La collectivité territoriale

Annexe 9-3. Juridictions compétentes dans les collectivités d'outre-mer et en Nouvelle-Calédonie pour connaître, en application de l'article L. 610-1, ou de l'article L. 621-5 dans sa version applicable en Polynésie française, des procédures applicables aux personnes qui ne sont ni commerçants ni artisans

Collectivité	Juridiction	Ressort
Mayotte	Tribunal de première instance de Mamoudzou	La collectivité territoriale
Saint-Pierre-et-Miquelon	Tribunal de première instance de Saint-Pierre	La collectivité territoriale
Nouvelle-Calédonie	Tribunal de première instance de Nouméa	La collectivité territoriale
Polynésie française	Tribunal de première instance de Papeete	La collectivité territoriale
Wallis-et-Futuna	Tribunal de première instance de Mata-Utu	La collectivité territoriale

Article du décret du 30 avril 2002 nº 2002-689 n'ayant pas été abrogé

Article 49

Les arrêtés mentionnés à l'article 61 de l'ordonnance nº 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence sont énumérés à l'annexe V au présent décret.

Annexe V. Liste des arrêtés mentionnés à l'article 61 de l'ordonnance nº 86-1243 du 1er décembre 1986

Arrêté nº 25-553 du 6 décembre 1968 relatif au tarif pharmaceutique national.

Arrêté nº 25-789 du 10 juillet 1970 relatif au tarif des outillages dans les ports maritimes et fluviaux.

Arrêtés nos 83-15-A du 22 février 1983 et 86-5-A du 7 février 1986 relatifs au prix des soins et de l'hospitalisation afférents à l'interruption volontaire de grossesse.

Arrêté nº 86-65-A du 18 décembre 1986 concernant les entreprises de manutention portuaire et les consignataires de navires.

Arrêté ministériel nº 76-64/P du 23 juin 1976 relatif au prix de vente au détail de certains produits pharmaceutiques.

Arrêté ministériel nº 77-63/P du 28 avril 1977 relatif aux engrais et aux produits phytosanitaires.

Arrêté ministériel nº 77-64/P du 28 avril 1977 et les arrêtés préfectoraux relatifs aux aliments du bétail.

Arrêtés préfectoraux relatifs aux biens et services de santé, aux livres, aux articles scolaires, aux produits énergétiques, aux transports.

Arrêtés préfectoraux relatifs aux prix et aux marges des secteurs faisant l'objet d'arrêtés maintenus en vigueur au plan national.

Arrêté ministériel nº 76-48/P du 12 mai 1976 relatif à la détermination du prix de revient des produits importés de l'étranger ou en provenance de la métropole dans les départements d'outre-mer, en tant qu'il concerne les secteurs dont les prix demeurent réglementés.

Arrêtés préfectoraux relatifs aux prix des produits et services de la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon.

Règlement (CE) nº 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux article 81 et 82 du traité

Le Conseil de l'Union européenne,

Vu le traité instituant la Communauté européenne, et notamment son article 83,

Vu la proposition de la Commission (1),

Vu l'avis du Parlement européen (2),

Vu l'avis du Comité économique et social européen (3),

Considérant ce qui suit :

1° Pour établir un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun, il y a lieu de pourvoir à l'application efficace et uniforme des articles 81 et 82 du traité dans la Communauté. Le règlement nº 17 du Conseil du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 81 et 82 du traité* (4), a permis de développer une politique communautaire de la concurrence qui a contribué à la diffusion d'une culture de la concurrence dans la Communauté. Il convient toutefois aujourd'hui, à la lumière de l'expérience acquise, de remplacer ledit règlement afin de prévoir des dispositions adaptées aux défis que posent le marché intégré et l'élargissement futur de la Communauté.

2° Il convient en particulier de repenser la manière dont est appliquée l'exception à l'interdiction des accords restrictifs de concurrence visée à l'article 81, paragraphe 3, du traité. À cet égard, il y a lieu, aux termes de l'article 83, paragraphe 2, point b), du traité, de tenir compte de la nécessité, d'une part, d'assurer une surveillance efficace et, d'autre part, de simplifier dans toute la mesure du possible le contrôle administratif.

3° Le régime centralisé mis en place par le règlement nº 17 n'est plus en mesure d'assurer l'équilibre entre ces deux objectifs. D'une part, il freine l'application des règles communautaires de concurrence par les juridictions et les autorités de concurrence des États membres, et le système de notification qu'il implique empêche la Commission de se concentrer sur la répression des infractions les plus graves. D'autre part, il entraîne pour les entreprises des coûts importants.

4° Il convient dès lors de remplacer ce régime par un régime d'exception légale, reconnaissant aux autorités de concurrence et aux juridictions des États membres le pouvoir d'appliquer non seulement l'article 81, paragraphe 1, et l'article 82 du traité, directement applicables en vertu de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, mais également l'article 81, paragraphe 3, du traité.

5° Afin d'assurer le respect effectif des règles communautaires de concurrence et, dans le même temps, le respect des droits fondamentaux de la défense, le présent règlement doit régir la charge de la preuve pour l'application des articles 81 et 82 du traité. C'est à la partie ou à l'autorité qui allègue une violation de l'article 81, paragraphe 1, ou de l'article 82 qu'il doit incomber d'en apporter la preuve requise par la loi. Il appartient à l'entreprise ou à l'association d'entreprises invoquant le bénéfice d'un moyen de défense contre une constatation d'infraction d'apporter la preuve requise par la loi que les conditions d'application de ce moyen de défense sont remplies. Le présent règlement ne porte atteinte ni aux règles nationales sur le niveau de preuve requis ni à l'obligation qu'ont les autorités de concurrence et les juridictions des États membres d'établir les faits pertinents d'une affaire, pour autant que ces règles et obligations soient compatibles avec les principes généraux du droit communautaire.

6° Pour assurer l'application efficace des règles communautaires de concurrence, il y a lieu d'y associer davantage les autorités de concurrence nationales. À cette fin, celles-ci doivent être habilitées à appliquer le droit communautaire.

7° Les juridictions nationales remplissent une fonction essentielle dans l'application des règles communautaires de concurrence. Elles préservent les droits subjectifs prévus par le droit communautaire lorsqu'elles statuent sur des litiges entre particuliers, notamment en octroyant des dommages et intérêts aux victimes des infractions. Le rôle des juridictions nationales est, à cet égard, complémentaire de celui des autorités de concurrence des États membres. Il convient dès lors de leur permettre d'appliquer pleinement les articles 81 et 82 du traité.

8° Afin de garantir la mise en œuvre effective des règles communautaires de concurrence ainsi que le bon fonctionnement des mécanismes de coopération prévus par le présent règlement, il est nécessaire de faire obligation aux autorités de concurrence et aux juridictions des États membres d'appliquer les articles 81 et 82 du traité, lorsqu'elles appliquent des règles nationales de concurrence, aux accords et aux pratiques qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. Afin de créer au sein du marché intérieur des conditions de concurrence homogènes pour les accords entre entreprises, les décisions d'associations d'entreprises et les pratiques concertées, il est également nécessaire de définir, sur la base de l'article 83, paragraphe 2, point e), du traité, les rapports entre les législations nationales et le droit communautaire en matière de concurrence. À cet effet, il faut prévoir que l'application du droit national de la concurrence aux accords, décisions et pratiques concertées au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité ne peut pas entraîner l'interdiction de ces accords, décisions et pratiques concertées s'ils ne sont pas également interdits en vertu du droit communautaire de la concurrence. Les

notions d'accords, de décisions et de pratiques concertées sont des concepts propres au droit communautaire de la concurrence couvrant la coordination du comportement des entreprises sur le marché au sens qu'en ont donné les juridictions communautaires. Les États membres ne sauraient être empêchés, en vertu du présent règlement, d'adopter et de mettre en œuvre sur leur territoire des lois nationales plus strictes en matière de concurrence qui interdisent ou sanctionnent les actes unilatéraux des entreprises. Ces règles nationales plus strictes peuvent comprendre des dispositions qui interdisent ou sanctionnent des comportements abusifs à l'égard d'entreprises économiquement dépendantes. En outre, le présent règlement ne s'applique pas aux lois nationales qui imposent des sanctions pénales aux personnes physiques, sauf si lesdites sanctions constituent un moyen d'assurer l'application des règles de concurrence applicables aux entreprises.

9° Les articles 81 et 82 du traité ont pour objectif de préserver la concurrence sur le marché. Le présent règlement, qui est adopté en application des dispositions précitées, n'interdit pas aux États membres de mettre en œuvre sur leur territoire des dispositions législatives nationales destinées à protéger d'autres intérêts légitimes, pour autant que ces dispositions soient compatibles avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire. Dans la mesure où les dispositions législatives nationales en cause visent principalement un objectif autre que celui consistant à préserver la concurrence sur le marché, les autorités de concurrence et les juridictions des États membres peuvent appliquer lesdites dispositions sur leur territoire. Par voie de conséquence, les États membres peuvent, eu égard au présent règlement, mettre en œuvre sur leur territoire des dispositions législatives nationales interdisant ou sanctionnant les actes liés à des pratiques commerciales déloyales, qu'ils aient un caractère unilatéral ou contractuel. Les dispositions de cette nature visent un objectif spécifique, indépendamment des répercussions effectives ou présumées de ces actes sur la concurrence sur le marché. C'est particulièrement le cas des dispositions qui interdisent aux entreprises d'imposer à un partenaire commercial, d'obtenir ou de tenter d'obtenir de lui des conditions commerciales injustifiées, disproportionnées ou sans contrepartie.

10° Les règlements du Conseil tels que les règlements n° 19/65/CEE (5), (CEE) n° 2821/71 (6), (CEE) n° 3976/87 (7), (CEE) n° 1534/91 (8) ou (CEE) n° 479/92 (9) confèrent à la Commission compétence pour appliquer les dispositions de l'article 81, paragraphe 3, du traité par voie de règlement à certaines catégories d'accords, de décisions d'associations d'entreprises et de pratiques concertées. Dans les domaines définis par ces règlements, la Commission a adopté et peut continuer d'adopter des règlements dits d'exemption par catégorie, par lesquels elle déclare l'article 81, paragraphe 1, du traité inapplicable à des catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées. Lorsque les accords, décisions et pratiques concertées auxquels s'appliquent ces règlements ont néanmoins des effets incompatibles avec l'article 81, paragraphe 3, du traité, la Commission et les autorités de concurrence des États membres devraient avoir le pouvoir de retirer dans des cas déterminés le bénéfice du règlement d'exemption par catégorie.

11° Pour assurer l'application des dispositions du traité, la Commission doit pouvoir adresser aux entreprises ou aux associations d'entreprises des

décisions destinées à faire cesser les infractions aux articles 81 et 82 du traité. Dès lors qu'il existe un intérêt légitime à agir de la sorte, elle doit également pouvoir adopter des décisions constatant qu'une infraction a été commise dans le passé, même sans imposer d'amende. Il convient, par ailleurs, d'inscrire expressément dans le présent règlement que la Commission a le pouvoir, reconnu par la Cour de justice, d'adopter des décisions ordonnant des mesures provisoires.

12° Le présent règlement doit prévoir explicitement que la Commission a le pouvoir d'imposer des mesures correctives de nature comportementale ou structurelle, qui sont nécessaires pour faire cesser effectivement l'infraction, en tenant compte du principe de proportionnalité. Une mesure structurelle ne doit être imposée que s'il n'existe pas de mesure comportementale qui soit aussi efficace ou si, à efficacité égale, cette dernière devait être plus contraignante pour l'entreprise concernée que la mesure structurelle. Il ne serait proportionné de modifier la structure qu'avait une entreprise avant la commission de l'infraction que si cette structure même entraînait un risque important que l'infraction ne perdure ou ne soit répétée.

13° 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.

14° Il peut également être utile, dans des cas exceptionnels et lorsque l'intérêt public communautaire le requiert, que la Commission adopte une décision de nature déclaratoire constatant l'inapplication de l'interdiction énoncée par l'article 81 ou 82 du traité, et ce, afin de clarifier le droit et d'en assurer une application cohérente dans la Communauté, en particulier pour ce qui est des nouveaux types d'accords ou de pratiques au sujet desquels la jurisprudence et la pratique administrative existantes ne se sont pas prononcées.

15° Il convient que la Commission et les autorités de concurrence des États membres forment ensemble un réseau d'autorités publiques appliquant les règles communautaires de concurrence en étroite coopération. À cette fin, il est nécessaire de mettre en place des mécanismes d'information et de consultation. La Commission fixe et modifie, en étroite coopération avec les États membres, les modalités détaillées de coopération au sein de ce réseau.

16° Nonobstant toute disposition nationale contraire, il convient de permettre les échanges d'informations, même confidentielles, entre les membres du réseau, ainsi que l'utilisation de ces informations en tant qu'éléments de preuve. Ces informations peuvent être utilisées aux fins de l'application des articles 81 et 82 du traité, ainsi que pour l'application parallèle du droit national de la concurrence, pour autant que, dans ce dernier cas, l'application du droit porte sur la même affaire et n'aboutisse pas à un résultat

différent. Lorsque les informations échangées sont utilisées par l'autorité destinataire pour imposer des sanctions à des entreprises, la seule restriction à leur utilisation devrait être l'obligation de les exploiter aux fins auxquelles elles ont été recueillies, étant donné que les sanctions imposées aux entreprises sont du même type dans tous les systèmes. Les droits de la défense reconnus aux entreprises dans les différents systèmes peuvent être considérés comme suffisamment équivalents. Par contre, les personnes physiques sont passibles, selon le système considéré, de sanctions qui peuvent être très différentes. Le cas échéant, il faut veiller à ce que les informations ne puissent être utilisées que si elles ont été recueillies selon des modalités qui assurent le même niveau de protection des droits de la défense des personnes physiques que celui qui est reconnu par les règles nationales de l'autorité destinataire.

17° Tant pour garantir l'application cohérente des règles de concurrence que pour assurer une gestion optimale du réseau, il est indispensable de maintenir la règle selon laquelle les autorités de concurrence des États membres sont automatiquement dessaisies lorsque la Commission intente une procédure. Lorsqu'une autorité de concurrence d'un État membre traite déjà une affaire et que la Commission a l'intention d'intenter une procédure, cette dernière doit s'efforcer de le faire dans les meilleurs délais. Avant d'intenter la procédure, la Commission doit consulter l'autorité nationale concernée.

18° Afin d'assurer une attribution optimale des affaires au sein du réseau, il convient de prévoir une disposition générale permettant à une autorité de concurrence de suspendre ou de clôturer une affaire au motif qu'une autre autorité traite ou a traité la même affaire, l'objectif étant que chaque affaire ne soit traitée que par une seule autorité. Cette disposition ne doit pas faire obstacle à la possibilité, reconnue à la Commission par la jurisprudence de la Cour de justice, de rejeter une plainte pour défaut d'intérêt communautaire, même lorsqu'aucune autre autorité de concurrence n'a indiqué son intention de traiter l'affaire.

19° Le fonctionnement du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes institué par le règlement nº 17 s'est avéré très satisfaisant. Ce comité s'insère bien dans le nouveau système de mise en œuvre décentralisée. Il y a donc lieu de prendre comme fondement les règles établies par le règlement nº 17 tout en améliorant l'efficacité de l'organisation des travaux. À cette fin, il est utile de permettre que les avis puissent être rendus en suivant une procédure écrite. En outre, le comité consultatif doit pouvoir servir d'enceinte pour examiner les affaires qui sont traitées par les autorités de concurrence des États membres, contribuant ainsi au maintien d'une application cohérente des règles communautaires de concurrence.

20° Le comité consultatif doit être composé de représentants des autorités de concurrence des États membres. Sans préjudice de la possibilité qu'ont les membres du comité d'être assistés par d'autres experts des États membres, les États membres doivent pouvoir désigner un représentant supplémentaire pour assister aux réunions au cours desquelles des questions générales sont examinées.

21° L'application cohérente des règles de concurrence requiert également la mise en place de mécanismes de coopération entre les juridictions des États

membres et la Commission. Cela vaut pour toutes les juridictions des États membres qui appliquent les articles 81 et 82 du traité, qu'elles le fassent dans le cadre de litiges entre particuliers, en tant qu'autorités agissant dans l'intérêt public ou comme instances de recours. En particulier, les juridictions nationales doivent pouvoir s'adresser à la Commission pour obtenir des informations ou des avis au sujet de l'application du droit communautaire de la concurrence. D'autre part, il est nécessaire de permettre à la Commission et aux autorités de concurrence des États membres de formuler des observations écrites ou orales devant les juridictions lorsqu'il est fait application de l'article 81 ou 82 du traité. Ces observations doivent être communiquées conformément aux règles de procédure et aux pratiques nationales, y compris celles qui sont destinées à sauvegarder les droits des parties. À cette fin, il y a lieu de s'assurer que la Commission et les autorités de concurrence des États membres disposent d'informations suffisantes sur les procédures intentées devant les juridictions nationales.

22° Afin de garantir le respect des principes de la sécurité juridique et l'application uniforme des règles de concurrence communautaires dans un système de compétences parallèles, il faut éviter les conflits de décisions. Il convient donc de préciser, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, les effets que les décisions et délibérations de la Commission comportent pour les juridictions et les autorités de concurrence des États membres. Les décisions relatives aux engagements adoptées par la Commission n'affectent pas le pouvoir qu'ont les juridictions et les autorités de concurrence des États membres d'appliquer les articles 81 et 82 du traité.

23° La Commission doit disposer dans toute la Communauté du pouvoir d'exiger les renseignements qui sont nécessaires pour déceler les accords, décisions et pratiques concertées interdits par l'article 81 du traité ainsi que l'exploitation abusive d'une position dominante interdite par l'article 82 du traité. Lorsqu'elles se conforment à une décision de la Commission, les entreprises ne peuvent être contraintes d'admettre qu'elles ont commis une infraction, mais elles sont en tout cas obligées de répondre à des questions factuelles et de produire des documents, même si ces informations peuvent servir à établir à leur encontre ou à l'encontre d'une autre entreprise l'existence d'une infraction.

24° La Commission doit aussi être habilitée à procéder aux inspections qui sont nécessaires pour déceler les accords, décisions et pratiques concertées interdits par l'article 81 du traité ainsi que l'exploitation abusive d'une position dominante interdite par l'article 82 du traité. Les autorités de concurrence des États membres doivent apporter leur collaboration active à l'exercice de cette compétence.

25° La détection des infractions aux règles de concurrence devenant de plus en plus difficile, il est nécessaire, pour protéger efficacement la concurrence, de compléter les pouvoirs d'enquête de la Commission. La Commission doit notamment pouvoir interroger toute personne susceptible de disposer d'informations utiles et pouvoir enregistrer ses déclarations. En outre, au cours d'une inspection, les agents mandatés par la Commission doivent pouvoir apposer des scellés pendant la durée nécessaire à l'inspection. Les scellés ne doivent normalement pas être apposés pendant plus de

soixante-douze heures. Les agents mandatés par la Commission doivent aussi pouvoir demander toutes les informations ayant un lien avec l'objet et le but de l'inspection.

26° L'expérience a montré qu'il arrive que des documents professionnels soient conservés au domicile des dirigeants et des collaborateurs des entreprises. Afin de préserver l'efficacité des inspections, il convient donc de permettre aux agents et aux autres personnes mandatées par la Commission d'accéder à tous les locaux où des documents professionnels sont susceptibles d'être conservés, y compris les domiciles privés. L'exercice de ce dernier pouvoir doit néanmoins être subordonné à l'autorisation de l'autorité judiciaire.

27° Sans préjudice de la jurisprudence de la Cour de justice, il est utile de définir la portée du contrôle que peut exercer l'autorité judiciaire nationale lorsqu'elle autorise, en vertu du droit national et à titre de mesure préventive, le recours aux forces de l'ordre afin de passer outre une opposition éventuelle de l'entreprise ou d'exécuter une décision de procéder à des inspections dans des locaux non professionnels. Il résulte de la jurisprudence que l'autorité judiciaire nationale peut notamment demander à la Commission les informations complémentaires dont elle a besoin pour effectuer son contrôle et en l'absence desquelles elle pourrait refuser l'autorisation. La jurisprudence confirme également la compétence des juridictions nationales pour contrôler l'application des règles nationales concernant la mise en œuvre de mesures coercitives.

28° Pour aider les autorités de concurrence des États membres à appliquer efficacement les articles 81 et 82 du traité, il est utile de leur permettre de s'assister mutuellement par des inspections et autres mesures d'enquête.

29° Le respect des articles 81 et 82 du traité et l'exécution des obligations imposées aux entreprises et aux associations d'entreprises en application du présent règlement doivent pouvoir être assurés au moyen d'amendes et d'astreintes. À cette fin, il y a lieu de prévoir également des amendes d'un montant approprié pour les infractions aux règles de procédure.

30° Afin de garantir le recouvrement effectif d'une amende infligée à une association d'entreprises pour une infraction qu'elle a commise, il est nécessaire de fixer les conditions auxquelles la Commission peut exiger le paiement de l'amende auprès des entreprises membres de l'association lorsque celle-ci n'est pas solvable. Ce faisant, la Commission devrait tenir compte de la taille relative des entreprises appartenant à l'association, et notamment de la situation des petites et moyennes entreprises. Le paiement de l'amende par un ou plusieurs membres de l'association est sans préjudice des dispositions de droit national qui prévoient le recouvrement du montant payé auprès des autres membres de l'association.

31° Les règles relatives à la prescription en ce qui concerne l'imposition d'amendes et d'astreintes ont été établies par le règlement (CEE) nº 2988/74 du Conseil (10), qui vise également les sanctions applicables en matière de transports. Dans un système de compétences parallèles, il est nécessaire d'ajouter, au nombre des actes susceptibles d'interrompre la prescription, les actes de procédure autonomes effectués par une autorité de concurrence d'un État membre. Pour clarifier le cadre législatif, il convient dès lors de

modifier le règlement (CEE) nº 2988/74 afin d'exclure son application au domaine couvert par le présent règlement et d'inclure dans le présent règlement des dispositions relatives à la prescription.

32° Il convient de consacrer le droit des entreprises intéressées d'être entendues par la Commission, de donner aux tiers dont les intérêts peuvent être affectés par une décision l'occasion de faire valoir au préalable leurs observations, ainsi que d'assurer une large publicité des décisions prises. Tout en assurant les droits de la défense des entreprises concernées, et notamment le droit d'accès au dossier, il est indispensable de protéger les secrets d'affaires. En outre, il convient d'assurer que la confidentialité des informations échangées au sein du réseau soit protégée.

33° Toutes les décisions prises par la Commission en application du présent règlement étant soumises au contrôle de la Cour de justice dans les conditions définies par le traité, il convient de prévoir, en application de l'article 229 du traité, l'attribution à celle-ci de la compétence de pleine juridiction en ce qui concerne les décisions par lesquelles la Commission inflige des amendes ou des astreintes.

34° Les principes énoncés aux articles 81 et 82 du traité, tels que mis en œuvre par le règlement nº 17, confient aux organes de la Communauté une place centrale qu'il convient de maintenir, tout en associant davantage les États membres à l'application des règles communautaires de concurrence. Conformément aux principes de subsidiarité et de proportionnalité énoncés à l'article 5 du traité, le présent règlement n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre son objectif qui est de permettre l'application efficace des règles communautaires de concurrence.

35° Afin d'assurer la mise en œuvre adéquate du droit communautaire en matière de concurrence, les États membres doivent désigner des autorités habilitées à assurer l'application des articles 81 et 82 du traité dans l'intérêt public. Ils doivent être en mesure de désigner des autorités aussi bien administratives que judiciaires chargées d'assurer les différentes fonctions conférées aux autorités de concurrence au titre du présent règlement. Le présent règlement reconnaît qu'il existe entre les États membres de grandes différences quant aux systèmes de mise en œuvre des règles dans l'intérêt public. Les effets de l'article 11, paragraphe 6, du présent règlement doivent s'appliquer à l'ensemble des autorités de concurrence. À titre d'exception à cette règle générale, lorsqu'une autorité chargée des poursuites porte une affaire devant une autorité judiciaire distincte, l'article 11, paragraphe 6, doit s'appliquer à l'autorité chargée des poursuites, sous réserve des conditions énoncées à l'article 35, paragraphe 4, du présent règlement. Lorsque lesdites conditions ne sont pas remplies, la règle générale s'applique. En tout état de cause, l'article 11, paragraphe 6, ne doit pas s'appliquer aux juridictions agissant en qualité d'instances de recours.

36° La jurisprudence ayant clarifié que les règles de concurrence s'appliquent au secteur des transports, ce secteur doit être soumis aux dispositions de procédure du présent règlement. Il convient, par conséquent, d'abroger le règlement nº 141 du Conseil du 26 novembre 1962 portant non-application du règlement nº 17 au secteur des transports (11) et de modifier les règlements

(CEE) nº 1017/68 (12), (CEE) nº 4056/86 (13) et (CEE) nº 3975/87 (14) afin de supprimer les dispositions de procédure spécifiques qu'ils comportent.

37° Le présent règlement respecte les droits fondamentaux et les principes reconnus en particulier par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En conséquence, il doit être interprété et appliqué dans le respect de ces droits et principes.

38° Offrir une sécurité juridique aux entreprises dont l'activité est soumise aux règles de concurrence communautaires contribue à promouvoir l'innovation et l'investissement. Lorsqu'une situation crée une incertitude réelle parce qu'elle soulève, pour l'application de ces règles, des questions nouvelles et non résolues, les entreprises concernées pourraient souhaiter demander à la Commission des orientations informelles. Le présent règlement ne préjuge pas de la possibilité pour la Commission de fournir de telles orientations,

a arrêté le présent règlement :

Chapitre premier. Principes

Article premier. Application des articles 81 et 82 du traité

1. Les accords, décisions et pratiques concertées visés à l'article 81, paragraphe 1, du traité qui ne remplissent pas les conditions de l'article 81, paragraphe 3, du traité sont interdits, sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet.

2. Les accords, décisions et pratiques concertées visés à l'article 81, paragraphe 1, du traité qui remplissent les conditions de l'article 81, paragraphe 3, du traité ne sont pas interdits, sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet.

3. L'exploitation abusive d'une position dominante visée à l'article 82 du traité est interdite, sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet.

Article 2. Charge de la preuve

Dans toutes les procédures nationales et communautaires d'application des articles 81 et 82 du traité, la charge de la preuve d'une violation de l'article 81, paragraphe 1, ou de l'article 82 du traité incombe à la partie ou à l'autorité qui l'allègue. En revanche, il incombe à l'entreprise ou à l'association d'entreprises qui invoque le bénéfice des dispositions de l'article 81, paragraphe 3, du traité d'apporter la preuve que les conditions de ce paragraphe sont remplies.

Article 3. Rapport entre les articles 81 et 82 du traité et les droits nationaux de la concurrence

1. Lorsque les autorités de concurrence des États membres ou les juridictions nationales appliquent le droit national de la concurrence à des accords, des décisions d'associations d'entreprises ou des pratiques concertées au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité susceptibles d'affecter le commerce entre États membres au sens de cette disposition, elles appliquent également l'article 81 du traité à ces accords, décisions ou pratiques concertées. Lorsque les autorités de concurrence des États membres ou les

juridictions nationales appliquent le droit national de la concurrence à une pratique abusive interdite par l'article 82 du traité, elles appliquent également l'article 82 du traité.

2. L'application du droit national de la concurrence ne peut pas entraîner l'interdiction d'accords, de décisions d'associations d'entreprises ou de pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, mais qui n'ont pas pour effet de restreindre la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité, ou qui satisfont aux conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, du traité ou qui sont couverts par un règlement ayant pour objet l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité. Le présent règlement n'empêche pas les États membres d'adopter et de mettre en œuvre sur leur territoire des lois nationales plus strictes qui interdisent ou sanctionnent un comportement unilatéral d'une entreprise.

3. Sans préjudice des principes généraux et des autres dispositions du droit communautaire, les paragraphes 1 et 2 ne s'appliquent pas lorsque les autorités de concurrence et les juridictions des États membres appliquent la législation nationale relative au contrôle des concentrations, et ils n'interdisent pas l'application de dispositions de droit national qui visent à titre principal un objectif différent de celui visé par les articles 81 et 82 du traité.

Chapitre II. Compétences

Article 4. Compétences de la Commission

Pour l'application des articles 81 et 82 du traité, la Commission dispose des compétences prévues par le présent règlement.

Article 5. Compétence des autorités de concurrence des États membres

Les autorités de concurrence des États membres sont compétentes pour appliquer les articles 81 et 82 du traité dans des cas individuels. À cette fin, elles peuvent, agissant d'office ou saisies d'une plainte, adopter les décisions suivantes :
– ordonner la cessation d'une infraction ;
– ordonner des mesures provisoires ;
– accepter des engagements ;
– infliger des amendes, astreintes ou toute autre sanction prévue par leur droit national.

Lorsqu'elles considèrent, sur la base des informations dont elles disposent, que les conditions d'une interdiction ne sont pas réunies, elles peuvent également décider qu'il n'y a pas lieu pour elles d'intervenir.

Article 6. Compétence des juridictions nationales

Les juridictions nationales sont compétentes pour appliquer les articles 81 et 82 du traité.

Chapitre III. Décisions de la Commission

Article 7. Constatation et cessation d'une infraction

1. Si la Commission, agissant d'office ou saisie d'une plainte, constate l'existence d'une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité, elle peut obliger par voie de décision les entreprises et associations d'entreprises intéressées à mettre fin à l'infraction constatée. À cette fin, elle peut leur imposer toute mesure corrective de nature structurelle ou comportementale, qui soit proportionnée à l'infraction commise et nécessaire pour faire cesser effectivement l'infraction. Une mesure structurelle ne peut être imposée que s'il n'existe pas de mesure comportementale qui soit aussi efficace ou si, à efficacité égale, cette dernière s'avérait plus contraignante pour l'entreprise concernée que la mesure structurelle. Lorsque la Commission y a un intérêt légitime, elle peut également constater qu'une infraction a été commise dans le passé.

2. Sont habilités à déposer une plainte aux fins du paragraphe 1 les personnes physiques ou morales qui font valoir un intérêt légitime et les États membres.

Article 8. Mesures provisoires

1. Dans les cas d'urgence justifiés par le fait qu'un préjudice grave et irréparable risque d'être causé à la concurrence, la Commission, agissant d'office, peut, par voie de décision et sur la base d'un constat *prima facie* d'infraction, ordonner des mesures provisoires.

2. Une décision prise en application du paragraphe 1 est applicable pour une durée déterminée et est renouvelable dans la mesure où cela est nécessaire et opportun.

Article 9. Engagements

1. Lorsque la Commission envisage d'adopter une décision exigeant la cessation d'une infraction et que les entreprises concernées offrent des engagements de nature à répondre aux préoccupations dont la Commission les a informées dans son évaluation préliminaire, la Commission peut, par voie de décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises. La décision peut être adoptée pour une durée déterminée et conclut qu'il n'y a plus lieu que la Commission agisse.

2. La Commission peut rouvrir la procédure, sur demande ou de sa propre initiative :
a) si l'un des faits sur lesquels la décision repose subit un changement important ;
b) si les entreprises concernées contreviennent à leurs engagements, ou
c) si la décision repose sur des informations incomplètes, inexactes ou dénaturées fournies par les parties.

Article 10. Constatation d'inapplication

Lorsque l'intérêt public communautaire concernant l'application des articles 81 et 82 du traité le requiert, la Commission, agissant d'office, peut constater par voie de décision que l'article 81 du traité est inapplicable à un accord, une

décision d'association d'entreprises ou une pratique concertée soit parce que les conditions de l'article 81, paragraphe 1, du traité ne sont pas remplies, soit parce que les conditions de l'article 81, paragraphe 3, du traité sont remplies.

La Commission peut également faire une telle constatation en ce qui concerne l'article 82 du traité.

Chapitre IV. Coopération

Article 11. Coopération entre la Commission et les autorités de concurrence des États membres

1. La Commission et les autorités de concurrence des États membres appliquent les règles communautaires de concurrence en étroite collaboration.

2. La Commission transmet aux autorités de concurrence des États membres une copie des pièces les plus importantes qu'elle a recueillies en vue de l'application des articles 7, 8, 9 et 10 et de l'article 29, paragraphe 1. Si l'autorité de concurrence d'un État membre en fait la demande, la Commission lui fournit une copie des autres documents existants qui sont nécessaires à l'appréciation de l'affaire.

3. Lorsqu'elles agissent en vertu de l'article 81 ou 82 du traité, les autorités de concurrence des États membres informent la Commission par écrit avant ou sans délai après avoir initié la première mesure formelle d'enquête. Cette information peut également être mise à la disposition des autorités de concurrence des autres États membres.

4. 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 par catégorie, les autorités de concurrence des États membres informent la Commission. À cet effet, elles communiquent à la Commission un résumé de l'affaire, la décision envisagée ou, en l'absence de celle-ci, tout autre document exposant l'orientation envisagée. Ces informations peuvent aussi être mises à la disposition des autorités de concurrence des autres États membres. Sur demande de la Commission, l'autorité de concurrence concernée met à la disposition de la Commission d'autres documents en sa possession nécessaires à l'appréciation de l'affaire. Les informations fournies à la Commission peuvent être mises à la disposition des autorités de concurrence des autres États membres. Les autorités nationales de concurrence peuvent également échanger entre elles les informations nécessaires à l'appréciation d'une affaire qu'elles traitent en vertu de l'article 81 ou 82 du traité.

5. Les autorités de concurrence des États membres peuvent consulter la Commission sur tout cas impliquant l'application du droit communautaire.

6. L'ouverture par la Commission d'une procédure en vue de l'adoption d'une décision en application du chapitre III dessaisit les autorités de concurrence des États membres de leur compétence pour appliquer les articles 81 et 82 du traité. Si une autorité de concurrence d'un État membre traite déjà une affaire, la Commission n'intente la procédure qu'après avoir consulté cette autorité nationale de concurrence.

Article 12. Échanges d'informations

1. Aux fins de l'application des articles 81 et 82 du traité, la Commission et les autorités de concurrence des États membres ont le pouvoir de se communiquer et d'utiliser comme moyen de preuve tout élément de fait ou de droit, y compris des informations confidentielles.

2. Les informations échangées ne peuvent être utilisées comme moyen de preuve qu'aux fins de l'application de l'article 81 ou 82 du traité et pour l'objet pour lequel elles ont été recueillies par l'autorité qui transmet l'information. Toutefois, lorsque le droit national de la concurrence est appliqué dans la même affaire et parallèlement au droit communautaire de la concurrence, et qu'il aboutit au même résultat, les informations échangées en vertu du présent article peuvent également être utilisées aux fins de l'application du droit national de la concurrence.

3. Les informations transmises en vertu du paragraphe 1 ne peuvent être utilisées comme moyen de preuve pour infliger une sanction à une personne physique que :
– lorsque la loi de l'autorité qui transmet l'information prévoit des sanctions similaires en cas de violation de l'article 81 ou 82 du traité ou, si tel n'est pas le cas ;
– lorsque les informations ont été recueillies d'une manière qui assure le même niveau de protection des droits de la défense des personnes physiques que celui qui est reconnu par les règles nationales de l'autorité destinataire. Dans ce cas, cependant, les informations échangées ne peuvent être utilisées par l'autorité destinataire pour infliger des peines privatives de liberté.

Article 13. Suspension ou clôture de la procédure

1. Lorsque les autorités de concurrence de plusieurs États membres sont saisies d'une plainte ou agissent d'office au titre de l'article 81 ou 82 du traité à l'encontre d'un même accord, d'une même décision d'association ou d'une même pratique, le fait qu'une autorité traite l'affaire constitue pour les autres autorités un motif suffisant pour suspendre leur procédure ou rejeter la plainte. La Commission peut également rejeter une plainte au motif qu'une autorité de concurrence d'un État membre la traite.

2. Lorsqu'une autorité de concurrence d'un État membre ou la Commission est saisie d'une plainte contre un accord, une décision d'association ou une pratique qui a déjà été traitée par une autre autorité de concurrence, elle peut la rejeter.

Article 14. Comité consultatif

1. La Commission consulte un comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes avant de prendre une décision en application des articles 7, 8, 9, 10 et 23, de l'article 24, paragraphe 2, et de l'article 29, paragraphe 1.

2. Pour l'examen des cas individuels, le comité consultatif est composé de représentants des autorités de concurrence des États membres. Pour les réunions au cours desquelles sont examinées d'autres questions que les cas individuels, un représentant supplémentaire de l'État membre, compétent en matière de concurrence, peut être désigné. Les représentants désignés peuvent, en cas d'empêchement, être remplacés par d'autres représentants.

3. La consultation peut avoir lieu au cours d'une réunion convoquée et présidée par la Commission, qui se tient au plus tôt quatorze jours après l'envoi de la convocation, accompagnée d'un exposé de l'affaire, d'une indication des pièces les plus importantes et d'un avant-projet de décision. En ce qui concerne les décisions au titre de l'article 8, la réunion peut avoir lieu sept jours après la publication du dispositif d'un projet de décision. Lorsque la Commission envoie l'avis de convocation d'une réunion dans un délai inférieur à ceux qui sont indiqués plus haut, cette réunion peut avoir lieu à la date proposée si aucun État membre ne soulève d'objection. Le comité consultatif émet un avis écrit sur l'avant-projet de décision de la Commission. Il peut émettre un avis même si des membres sont absents et ne sont pas représentés. Sur demande d'un ou de plusieurs membres, les positions exprimées dans l'avis sont motivées.

4. La consultation peut également avoir lieu en suivant une procédure écrite. Toutefois, la Commission organise une réunion si un État membre en fait la demande. En cas de recours à la procédure écrite, la Commission fixe un délai d'au moins quatorze jours aux États membres pour formuler leurs observations et les transmettre à tous les autres États membres. Lorsque les décisions à prendre relèvent de l'article 8, le délai n'est plus de quatorze, mais de sept jours. Lorsque la Commission fixe, pour la procédure écrite, un délai inférieur à ceux qui sont indiqués plus haut, le délai proposé s'applique si aucun État membre ne soulève d'objection.

5. La Commission tient le plus grand compte de l'avis du comité consultatif. Elle informe ce dernier de la façon dont elle a tenu compte de son avis.

6. Si l'avis du comité consultatif est rendu par écrit, il est joint au projet de décision. Si le comité consultatif en recommande la publication, la Commission procède à cette publication en tenant compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués.

7. À la demande d'une autorité de concurrence d'un État membre, la Commission inscrit à l'ordre du jour du comité consultatif les affaires qui sont traitées par une autorité de concurrence d'un État membre au titre de l'article 81 ou 82 du traité. La Commission peut également procéder à une telle inscription en agissant de sa propre initiative. Dans les deux cas, la Commission informe l'autorité de concurrence concernée.

Une autorité de concurrence d'un État membre peut notamment présenter une demande concernant une affaire dans laquelle la Commission a l'intention d'intenter une procédure ayant l'effet visé à l'article 11, paragraphe 6.

Le comité consultatif ne rend pas d'avis sur les affaires traitées par les autorités de concurrence des États membres. Il peut aussi débattre de questions générales relevant du droit communautaire de la concurrence.

Article 15. Coopération avec les juridictions nationales

1. Dans les procédures d'application de l'article 81 ou 82 du traité, les juridictions des États membres peuvent demander à la Commission de leur communiquer des informations en sa possession ou un avis au sujet de questions relatives à l'application des règles communautaires de concurrence.

2. Les États membres transmettent à la Commission copie de tout jugement écrit rendu par des juridictions nationales statuant sur l'application de l'article 81 ou 82 du traité. Cette copie est transmise sans délai lorsque le jugement complet est notifié par écrit aux parties.

3. Les autorités de concurrence des États membres, agissant d'office, peuvent soumettre des observations écrites aux juridictions de leur État membre respectif au sujet de l'application de l'article 81 ou 82 du traité. Avec l'autorisation de la juridiction en question, elles peuvent aussi présenter des observations orales. Lorsque l'application cohérente de l'article 81 ou 82 du traité l'exige, la Commission, agissant d'office, peut soumettre des observations écrites aux juridictions des États membres. Avec l'autorisation de la juridiction en question, elle peut aussi présenter des observations orales.

Afin de leur permettre de préparer leurs observations, et à cette fin uniquement, les autorités de concurrence des États membres et la Commission peuvent solliciter la juridiction compétente de l'État membre afin qu'elle leur transmette ou leur fasse transmettre tout document nécessaire à l'appréciation de l'affaire.

4. Le présent article est sans préjudice des pouvoirs plus étendus que le droit national confère aux autorités de concurrence des États membres de présenter des observations aux juridictions.

Article 16. Application uniforme du droit communautaire de la concurrence

1. Lorsque les juridictions nationales statuent sur des accords, des décisions ou des pratiques relevant de l'article 81 ou 82 du traité qui font déjà l'objet d'une décision de la Commission, elles ne peuvent prendre de décisions qui iraient à l'encontre de la décision adoptée par la Commission. Elles doivent également éviter de prendre des décisions qui iraient à l'encontre de la décision envisagée dans une procédure intentée par la Commission. À cette fin, la juridiction nationale peut évaluer s'il est nécessaire de suspendre sa procédure. Cette obligation est sans préjudice des droits et obligations découlant de l'article 234 du traité.

2. Lorsque les autorités de concurrence des États membres statuent sur des accords, des décisions ou des pratiques relevant de l'article 81 ou 82 du traité qui font déjà l'objet d'une décision de la Commission, elles ne peuvent prendre de décisions qui iraient à l'encontre de la décision adoptée par la Commission.

Chapitre V. Pouvoirs d'enquête

Article 17. Enquêtes par secteur économique et par type d'accords

1. Lorsque l'évolution des échanges entre États membres, la rigidité des prix ou d'autres circonstances font présumer que la concurrence peut être restreinte ou faussée à l'intérieur du marché commun, la Commission peut mener son enquête sur un secteur particulier de l'économie ou un type particulier d'accords dans différents secteurs. Dans le cadre de cette enquête, la Commission peut demander aux entreprises ou aux associations d'entreprises concernées les renseignements nécessaires à l'application des articles 81 et 82 du traité et effectuer les inspections nécessaires à cette fin.

La Commission peut notamment demander aux entreprises ou associations d'entreprises concernées de lui communiquer tous accords, décisions et pratiques concertées.

La Commission peut publier un rapport sur les résultats de son enquête portant sur des secteurs particuliers de l'économie ou des types particuliers d'accords dans différents secteurs et inviter les parties intéressées à faire part de leurs observations.

2. Les articles 14, 18, 19, 20, 22, 23 et 24 s'appliquent *mutatis mutandis*.

Article 18. Demandes de renseignements

1. Pour l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par le présent règlement, la Commission peut, par simple demande ou par voie de décision, demander aux entreprises et associations d'entreprises de fournir tous les renseignements nécessaires.

2. Lorsqu'elle envoie une simple demande de renseignements à une entreprise ou à une association d'entreprises, la Commission indique la base juridique et le but de la demande, précise les renseignements demandés et fixe le délai dans lequel ils doivent être fournis. Elle indique aussi les sanctions prévues à l'article 23 au cas où un renseignement inexact ou dénaturé serait fourni.

3. Lorsque la Commission demande par décision aux entreprises et associations d'entreprises de fournir des renseignements, elle indique la base juridique et le but de la demande, précise les renseignements demandés et fixe le délai dans lequel ils doivent être fournis. Elle indique également les sanctions prévues à l'article 23 et indique ou inflige les sanctions prévues à l'article 24. Elle indique encore le droit de recours ouvert devant la Cour de justice contre la décision.

4. Sont tenus de fournir les renseignements demandés, au nom de l'entreprise ou de l'association d'entreprises concernées, les propriétaires des entreprises ou leurs représentants et, dans le cas de personnes morales, de sociétés ou d'associations n'ayant pas la personnalité juridique, les personnes chargées de les représenter selon la loi ou les statuts. Les avocats dûment mandatés peuvent fournir les renseignements demandés au nom de leurs mandants. Ces derniers restent pleinement responsables du caractère complet, exact et non dénaturé des renseignements fournis.

5. La Commission transmet sans délai une copie de la simple demande ou de la décision à l'autorité de concurrence de l'État membre sur le territoire duquel est situé le siège de l'entreprise ou de l'association d'entreprises et à l'autorité de concurrence de l'État membre dont le territoire est concerné.

6. À la demande de la Commission, les gouvernements et les autorités de concurrence des États membres fournissent à la Commission tous les renseignements nécessaires à l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par le présent règlement.

Article 19. Pouvoir de recueillir des déclarations

1. Pour l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par le présent règlement, la Commission peut interroger toute personne physique ou

morale qui accepte d'être interrogée aux fins de la collecte d'informations relatives à l'objet d'une enquête.

2. Lorsque l'entretien prévu au paragraphe 1 est réalisé dans les locaux d'une entreprise, la Commission informe l'autorité de concurrence de l'État membre sur le territoire duquel l'entretien a lieu. Les agents de l'autorité de concurrence de l'État membre concerné peuvent, si celle-ci le demande, prêter assistance aux agents et aux autres personnes les accompagnant mandatés par la Commission pour conduire l'entretien.

Article 20. Pouvoirs de la Commission en matière d'inspection

1. Pour l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par le présent règlement, la Commission peut procéder à toutes les inspections nécessaires auprès des entreprises et associations d'entreprises.

2. Les agents et les autres personnes les accompagnant mandatés par la Commission pour procéder à une inspection sont investis des pouvoirs suivants :
a) accéder à tous les locaux, terrains et moyens de transport des entreprises et associations d'entreprises ;
b) contrôler les livres ainsi que tout autre document professionnel, quel qu'en soit le support ;
c) prendre ou obtenir sous quelque forme que ce soit copie ou extrait de ces livres ou documents ;
d) apposer des scellés sur tous les locaux commerciaux et livres ou documents pendant la durée de l'inspection et dans la mesure où cela est nécessaire aux fins de celle-ci ;
e) demander à tout représentant ou membre du personnel de l'entreprise ou de l'association d'entreprises des explications sur des faits ou documents en rapport avec l'objet et le but de l'inspection et enregistrer ses réponses.

3. Les agents et les autres personnes les accompagnant mandatés par la Commission pour procéder à une inspection exercent leurs pouvoirs sur production d'un mandat écrit qui indique l'objet et le but de l'inspection, ainsi que la sanction prévue à l'article 23 au cas où les livres ou autres documents professionnels qui sont requis seraient présentés de manière incomplète et où les réponses aux demandes faites en application du paragraphe 2 du présent article seraient inexactes ou dénaturées. La Commission avise, en temps utile avant l'inspection, l'autorité de concurrence de l'État membre sur le territoire duquel l'inspection doit être effectuée.

4. Les entreprises et associations d'entreprises sont tenues de se soumettre aux inspections que la Commission a ordonnées par voie de décision. La décision indique l'objet et le but de l'inspection, fixe la date à laquelle elle commence et indique les sanctions prévues aux articles 23 et 24, ainsi que le recours ouvert devant la Cour de justice contre la décision. La Commission prend ces décisions après avoir entendu l'autorité de concurrence de l'État membre sur le territoire duquel l'inspection doit être effectuée.

5. Les agents de l'autorité de concurrence de l'État membre sur le territoire duquel l'inspection doit être effectuée ainsi que les agents mandatés ou désignés par celle-ci doivent, à la demande de cette autorité ou de la Commission, prêter activement assistance aux agents et aux autres personnes les

accompagnant mandatés par la Commission. Ils disposent à cette fin des pouvoirs définis au paragraphe 2.

6. Lorsque les agents ou les autres personnes les accompagnant mandatés par la Commission constatent qu'une entreprise s'oppose à une inspection ordonnée en vertu du présent article, l'État membre intéressé leur prête l'assistance nécessaire, en requérant au besoin la force publique ou une autorité disposant d'un pouvoir de contrainte équivalent, pour leur permettre d'exécuter leur mission d'inspection.

7. Si, en vertu du droit national, l'assistance prévue au paragraphe 6 requiert l'autorisation d'une autorité judiciaire, cette autorisation doit être sollicitée. L'autorisation peut également être demandée à titre préventif.

8. Lorsqu'une autorisation visée au paragraphe 7 est demandée, l'autorité judiciaire nationale contrôle que la décision de la Commission est authentique et que les mesures coercitives envisagées ne sont ni arbitraires ni excessives par rapport à l'objet de l'inspection. Lorsqu'elle contrôle la proportionnalité des mesures coercitives, l'autorité judiciaire nationale peut demander à la Commission, directement ou par l'intermédiaire de l'autorité de concurrence de l'État membre, des explications détaillées, notamment sur les motifs qui incitent la Commission à suspecter une violation des articles 81 et 82 du traité, ainsi que sur la gravité de la violation suspectée et sur la nature de l'implication de l'entreprise concernée. Cependant, l'autorité judiciaire nationale ne peut ni mettre en cause la nécessité de l'inspection ni exiger la communication des informations figurant dans le dossier de la Commission. Le contrôle de la légalité de la décision de la Commission est réservé à la Cour de justice.

Article 21. Inspection d'autres locaux

1. S'il existe un soupçon raisonnable que des livres ou autres documents professionnels liés au domaine faisant l'objet de l'inspection qui pourraient être pertinents pour prouver une violation grave de l'article 81 ou 82 du traité sont conservés dans d'autres locaux, terrains et moyens de transport, y compris au domicile des chefs d'entreprises, des dirigeants et des autres membres du personnel des entreprises et associations d'entreprises concernées, la Commission peut ordonner par voie de décision qu'il soit procédé à une inspection dans ces autres locaux, terrains et moyens de transport.

2. La décision indique l'objet et le but de l'inspection, fixe la date à laquelle elle commence et signale que la décision est susceptible de recours devant la Cour de justice. Elle expose notamment les motifs qui ont conduit la Commission à conclure qu'il existe un soupçon au sens du paragraphe 1. La Commission prend ces décisions après avoir consulté l'autorité de concurrence de l'État membre sur le territoire duquel l'inspection doit être effectuée.

3. Une décision prise conformément au paragraphe 1 ne peut être exécutée sans autorisation préalable de l'autorité judiciaire nationale de l'État membre concerné. L'autorité judiciaire nationale contrôle que la décision de la Commission est authentique et que les mesures coercitives envisagées ne sont ni arbitraires ni excessives eu égard notamment à la gravité de la violation suspectée, à l'importance des éléments de preuve recherchés, à l'implication de

l'entreprise concernée et à la probabilité raisonnable que les livres et documents liés à l'objet de l'inspection soient conservés dans les locaux dont l'inspection est demandée. L'autorité judiciaire nationale peut demander à la Commission, directement ou par l'intermédiaire de l'autorité de concurrence de l'État membre, des explications détaillées sur les éléments qui lui sont nécessaires pour pouvoir contrôler la proportionnalité des mesures coercitives envisagées.

Cependant, l'autorité judiciaire nationale ne peut remettre en cause la nécessité d'une inspection ni exiger la communication des informations figurant dans le dossier de la Commission. Le contrôle de la légalité de la décision de la Commission est réservé à la Cour de justice.

4. Les agents et les autres personnes les accompagnant mandatés par la Commission pour procéder à une inspection ordonnée conformément au paragraphe 1 disposent des pouvoirs définis à l'article 20, paragraphe 2, points a), b) et c). L'article 20, paragraphes 5 et 6, s'applique *mutatis mutandis*.

Article 22. Enquêtes par les autorités de concurrence des États membres

1. Une autorité de concurrence d'un État membre peut exécuter sur son territoire toute inspection ou autre mesure d'enquête en application de son droit national au nom et pour le compte de l'autorité de concurrence d'un autre État membre afin d'établir une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité. Le cas échéant, les informations recueillies sont communiquées et utilisées conformément à l'article 12.

2. Sur demande de la Commission, les autorités de concurrence des États membres procèdent aux inspections que la Commission juge indiquées au titre de l'article 20, paragraphe 1, ou qu'elle a ordonnées par voie de décision prise en application de l'article 20, paragraphe 4. Les agents des autorités de concurrence des États membres chargés de procéder aux inspections, ainsi que les agents mandatés ou désignés par celles-ci, exercent leurs pouvoirs conformément à leur législation nationale.

Les agents et les autres personnes les accompagnant mandatés par la Commission peuvent, sur sa demande ou sur celle de l'autorité de concurrence de l'État membre sur le territoire duquel l'inspection doit être effectuée, prêter assistance aux agents de l'autorité concernée.

Chapitre VI. Sanctions

Article 23. Amendes

1. La Commission peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des amendes jusqu'à concurrence de 1 % du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent lorsque, de propos délibéré ou par négligence :

a) elles fournissent un renseignement inexact ou dénaturé en réponse à une demande faite en application de l'article 17 ou de l'article 18, paragraphe 2 ;

b) en réponse à une demande faite par voie de décision prise en application de l'article 17 ou de l'article 18, paragraphe 3, elles fournissent un renseignement

inexact, incomplet ou dénaturé ou ne fournissent pas un renseignement dans le délai prescrit ;
c) elles présentent de façon incomplète, lors des inspections effectuées au titre de l'article 20, les livres ou autres documents professionnels requis, ou ne se soumettent pas aux inspections ordonnées par voie de décision prise en application de l'article 20, paragraphe 4 ;
d) en réponse à une question posée conformément à l'article 20, paragraphe 2, point e) :
– elles fournissent une réponse incorrecte ou dénaturée, ou
– elles omettent de rectifier dans un délai fixé par la Commission une réponse incorrecte, incomplète ou dénaturée donnée par un membre du personnel, ou
– elles omettent ou refusent de fournir une réponse complète sur des faits en rapport avec l'objet et le but d'une inspection ordonnée par une décision prise conformément à l'article 20, paragraphe 4 ;
e) des scellés apposés en application de l'article 20, paragraphe 2, point d), par les agents ou les autres personnes les accompagnant mandatés de la Commission, ont été brisés.

2. La Commission peut, par voie de décision, infliger des amendes aux entreprises et associations d'entreprises lorsque, de propos délibéré ou par négligence :
a) elles commettent une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité, ou
b) elles contreviennent à une décision ordonnant des mesures provisoires prises au titre de l'article 8, ou
c) elles ne respectent pas un engagement rendu obligatoire par décision en vertu de l'article 9.

Pour chaque entreprise et association d'entreprises participant à l'infraction, l'amende n'excède pas 10 % de son chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent.

Lorsque l'infraction d'une association porte sur les activités de ses membres, l'amende ne peut dépasser 10 % de la somme du chiffre d'affaires total réalisé par chaque membre actif sur le marché affecté par l'infraction de l'association.

3. Pour déterminer le montant de l'amende, il y a lieu de prendre en considération, outre la gravité de l'infraction, la durée de celle-ci.

4. Lorsqu'une amende est infligée à une association d'entreprises en tenant compte du chiffre d'affaires de ses membres et que l'association n'est pas solvable, elle est tenue de lancer à ses membres un appel à contributions pour couvrir le montant de l'amende.

Si ces contributions n'ont pas été versées à l'association dans un délai fixé par la Commission, celle-ci peut exiger le paiement de l'amende directement par toute entreprise dont les représentants étaient membres des organes décisionnels concernés de l'association.

Après avoir exigé le paiement au titre du deuxième alinéa, lorsque cela est nécessaire pour garantir le paiement intégral de l'amende, la Commission peut exiger le paiement du solde par tout membre de l'association qui était actif sur le marché sur lequel l'infraction a été commise.

Cependant, la Commission n'exige pas le paiement visé aux deuxième et troisième alinéas auprès des entreprises qui démontrent qu'elles n'ont pas appliqué la décision incriminée de l'association et qu'elles en ignoraient l'existence ou s'en sont activement désolidarisées avant que la Commission n'entame son enquête.

La responsabilité financière de chaque entreprise en ce qui concerne le paiement de l'amende ne peut excéder 10 % de son chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent.

5. Les décisions prises en application des paragraphes 1 et 2 n'ont pas un caractère pénal.

Article 24. Astreintes

1. La Commission peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des astreintes jusqu'à concurrence de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen réalisé au cours de l'exercice social précédent par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe dans sa décision, pour les contraindre :
a) à mettre fin à une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité conformément à une décision prise en application de l'article 7 ;
b) à respecter une décision ordonnant des mesures provisoires prises en application de l'article 8 ;
c) à respecter un engagement rendu obligatoire par décision en vertu de l'article 9 ;
d) à fournir de manière complète et exacte un renseignement qu'elle a demandé par voie de décision prise en application de l'article 17 ou de l'article 18, paragraphe 3 ;
e) à se soumettre à une inspection qu'elle a ordonnée par voie de décision prise en application de l'article 20, paragraphe 4.

2. Lorsque les entreprises ou les associations d'entreprises ont satisfait à l'obligation pour l'exécution de laquelle l'astreinte a été infligée, la Commission peut fixer le montant définitif de celle-ci à un chiffre inférieur à celui qui résulte de la décision initiale. Les dispositions de l'article 23, paragraphe 4, s'appliquent *mutatis mutandis*.

Chapitre VII. Prescription

Article 25. Prescription en matière d'imposition de sanctions

1. Le pouvoir conféré à la Commission en vertu des articles 23 et 24 est soumis aux délais de prescription suivants :
a) trois ans en ce qui concerne les infractions aux dispositions relatives aux demandes de renseignements ou à l'exécution d'inspections ;
b) cinq ans en ce qui concerne les autres infractions.

2. La prescription court à compter du jour où l'infraction a été commise. Toutefois, pour les infractions continues ou répétées, la prescription ne court qu'à compter du jour où l'infraction a pris fin.

3. La prescription en matière d'imposition d'amendes ou d'astreintes est interrompue par tout acte de la Commission ou d'une autorité de concurrence d'un État membre visant à l'instruction ou à la poursuite de l'infraction. L'interruption de la prescription prend effet le jour où l'acte est notifié à au moins une entreprise ou association d'entreprises ayant participé à l'infraction. Constituent notamment des actes interrompant la prescription :
a) les demandes de renseignements écrites de la Commission ou de l'autorité de concurrence d'un État membre ;
b) les mandats écrits d'inspection délivrés à ses agents par la Commission ou par l'autorité de concurrence d'un État membre ;
c) l'engagement d'une procédure par la Commission ou par une autorité de concurrence d'un État membre ;
d) la communication des griefs retenus par la Commission ou par une autorité de concurrence d'un État membre.

4. L'interruption de la prescription vaut à l'égard de toutes les entreprises et associations d'entreprises ayant participé à l'infraction.

5. La prescription court à nouveau à partir de chaque interruption. Toutefois, la prescription est acquise au plus tard le jour où un délai égal au double du délai de prescription arrive à expiration sans que la Commission ait prononcé une amende ou astreinte. Ce délai est prorogé de la période pendant laquelle la prescription est suspendue conformément au paragraphe 6.

6. La prescription en matière d'imposition d'amendes ou d'astreintes est suspendue aussi longtemps que la décision de la Commission fait l'objet d'une procédure pendante devant la Cour de justice.

Article 26. Prescription en matière d'exécution des sanctions

1. Le pouvoir de la Commission d'exécuter les décisions prises en application des articles 23 et 24 est soumis à un délai de prescription de cinq ans.

2. La prescription court à compter du jour où la décision est devenue définitive.

3. La prescription en matière d'exécution des sanctions est interrompue :
a) par la notification d'une décision modifiant le montant initial de l'amende ou de l'astreinte ou rejetant une demande tendant à obtenir une telle modification ;
b) par tout acte de la Commission ou d'un État membre, agissant à la demande de la Commission, visant au recouvrement forcé de l'amende ou de l'astreinte.

4. La prescription court à nouveau à partir de chaque interruption.

5. La prescription en matière d'exécution des sanctions est suspendue :
a) aussi longtemps qu'un délai de paiement est accordé ;
b) aussi longtemps que l'exécution forcée du paiement est suspendue en vertu d'une décision de la Cour de justice.

Chapitre VIII. Auditions et secret professionnel

Article 27. Audition des parties, des plaignants et des autres tiers

1. Avant de prendre les décisions prévues aux articles 7, 8 et 23 et à l'article 24, paragraphe 2, la Commission donne aux entreprises et associations

d'entreprises visées par la procédure menée par la Commission l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des griefs retenus par la Commission. La Commission ne fonde ses décisions que sur les griefs au sujet desquels les parties concernées ont pu faire valoir leurs observations. Les plaignants sont étroitement associés à la procédure.

2. Les droits de la défense des parties concernées sont pleinement assurés dans le déroulement de la procédure. Elles ont le droit d'avoir accès au dossier de la Commission sous réserve de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués. Le droit d'accès au dossier ne s'étend pas aux informations confidentielles et aux documents internes de la Commission ou des autorités de concurrence des États membres. En particulier, le droit d'accès ne s'étend pas à la correspondance entre la Commission et les autorités de concurrence des États membres ou entre ces dernières, y compris les documents établis en application des articles 11 et 14. Aucune disposition du présent paragraphe n'empêche la Commission de divulguer et d'utiliser des informations nécessaires pour apporter la preuve d'une infraction.

3. Si la Commission le juge nécessaire, elle peut également entendre d'autres personnes physiques ou morales. Si des personnes physiques ou morales justifiant d'un intérêt suffisant demandent à être entendues, il doit être fait droit à leur demande. Les autorités de concurrence des États membres peuvent également demander à la Commission d'entendre d'autres personnes physiques ou morales.

4. Lorsque la Commission envisage d'adopter une décision en application de l'article 9 ou 10, elle publie un résumé succinct de l'affaire et le principal contenu des engagements ou de l'orientation proposée. Les tierces parties intéressées peuvent présenter leurs observations dans un délai qui est fixé par la Commission dans sa publication et qui ne peut pas être inférieur à un mois. La publication tient compte de l'intérêt légitime des entreprises à la protection de leurs secrets d'affaires.

Article 28. Secret professionnel

1. Sans préjudice des articles 12 et 15, les informations recueillies en application des articles 17 à 22 ne peuvent être utilisées qu'aux fins auxquelles elles ont été recueillies.

2. Sans préjudice de l'échange et de l'utilisation des informations prévus aux articles 11, 12, 14, 15 et 27, la Commission et les autorités de concurrence des États membres, leurs fonctionnaires, agents et les autres personnes travaillant sous la supervision de ces autorités, ainsi que les agents et fonctionnaires d'autres autorités des États membres sont tenus de ne pas divulguer les informations qu'ils ont recueillies ou échangées en application du présent règlement et qui, par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel. Cette obligation s'applique également à tous les représentants et experts des États membres assistant aux réunions du comité consultatif en application de l'article 14.

Chapitre IX. Règlements d'exemption

Article 29. Retrait individuel

1. Si la Commission, en vertu de la compétence que lui confère un règlement du Conseil, tel que les règlements nº 19/65/CEE, (CEE) nº 2821/71, (CEE) nº 3976/87, (CEE) nº 1534/91 ou (CEE) nº 479/92, pour appliquer par voie de règlement les dispositions de l'article 81, paragraphe 3, du traité, a déclaré l'article 81, paragraphe 1, inapplicable à certaines catégories d'accords, de décisions d'associations d'entreprises ou de pratiques concertées, elle peut d'office ou sur plainte retirer le bénéfice d'un tel règlement d'exemption lorsqu'elle estime dans un cas déterminé qu'un accord, une décision ou une pratique concertée visé par ce règlement d'exemption produit néanmoins des effets qui sont incompatibles avec l'article 81, paragraphe 3, du traité.

2. Lorsque, dans un cas déterminé, des accords, des décisions d'associations d'entreprises ou des pratiques concertées auxquels s'applique un règlement de la Commission visé au paragraphe 1 produisent des effets incompatibles avec l'article 81, paragraphe 3, du traité sur le territoire d'un État membre, ou sur une partie de ce territoire, qui présente toutes les caractéristiques d'un marché géographique distinct, l'autorité de concurrence de cet État membre peut retirer le bénéfice de l'application du règlement d'exemption par catégorie en cause sur ce territoire.

Chapitre X. Dispositions générales

Article 30. Publication des décisions

1. La Commission publie les décisions qu'elle prend en vertu des articles 7 à 10 et des articles 23 et 24.

2. La publication mentionne le nom des parties intéressées et l'essentiel de la décision, y compris les sanctions imposées. Elle doit tenir compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués.

Article 31. Contrôle de la Cour de justice

La Cour de justice statue avec compétence de pleine juridiction sur les recours formés contre les décisions par lesquelles la Commission a fixé une amende ou une astreinte. Elle peut supprimer, réduire ou majorer l'amende ou l'astreinte infligée.

Article 32. Exclusions du champ d'application

Le présent règlement ne s'applique pas :
a) aux transports maritimes internationaux du type « *services de tramp* » au sens de l'article 1er, paragraphe 3, point a), du règlement (CEE) nº 4056/86 ;
b) aux services de transport maritime assurés exclusivement entre des ports situés dans un même État membre, comme prévu à l'article 1er, paragraphe 2, du règlement (CEE) nº 4056/86 ;
c) aux transports aériens entre les aéroports de la Communauté et des pays tiers.

Article 33. Dispositions d'application

1. La Commission est autorisée à arrêter toute disposition utile en vue de l'application du présent règlement. Ces dispositions peuvent notamment concerner :
a) la forme, la teneur et les autres modalités des plaintes présentées en application de l'article 7, ainsi que la procédure applicable aux rejets de plaintes ;
b) les modalités de l'information et de la consultation prévues à l'article 11 ;
c) les modalités des auditions prévues à l'article 27.

2. Avant d'arrêter une disposition en vertu du paragraphe 1, la Commission en publie le projet et invite toutes les parties intéressées à lui soumettre leurs observations dans un délai qu'elle fixe et qui ne peut être inférieur à un mois. Avant de publier un projet de disposition et d'adopter celle-ci, la Commission consulte le comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes.

Chapitre XI. Dispositions transitoires, modificatives et finales

Article 34. Dispositions transitoires

1. Les demandes présentées à la Commission en application de l'article 2 du règlement nº 17 et les notifications faites en application des articles 4 et 5 dudit règlement, ainsi que les demandes et notifications correspondantes faites en application des règlements (CEE) nº 1017/68, (CEE) nº 4056/86 et (CEE) nº 3975/87, sont caduques à compter de la date d'application du présent règlement.

2. Les actes de procédure accomplis en application du règlement nº 17 et des règlements (CEE) nº 1017/68, (CEE) nº 4056/86 et (CEE) nº 3975/87 conservent leurs effets pour l'application du présent règlement.

Article 35. Désignation des autorités de concurrence des États membres

1. Les États membres désignent l'autorité ou les autorités de concurrence compétentes pour appliquer les articles 81 et 82 du traité de telle sorte que les dispositions du présent règlement soient effectivement respectées. Les mesures nécessaires pour doter ces autorités du pouvoir d'appliquer lesdits articles sont prises avant le 1er mai 2004. Des juridictions peuvent figurer parmi les autorités désignées.

2. Lorsque l'application du droit communautaire en matière de concurrence est confiée à des autorités administratives et judiciaires nationales, les États membres peuvent assigner différentes compétences et fonctions à ces différentes autorités nationales, qu'elles soient administratives ou judiciaires.

3. Les effets de l'article 11, paragraphe 6, s'appliquent aux autorités désignées par les États membres, y compris aux juridictions qui exercent des fonctions portant sur la préparation et l'adoption des types de décisions prévus à l'article 5. Les effets de l'article 11, paragraphe 6 ne s'appliquent pas aux juridictions lorsqu'elles statuent en qualité d'instances de recours contre les types de décisions visés à l'article 5.

4. Nonobstant le paragraphe 3, dans les États membres où, en vue de l'adoption de certains types de décisions visés à l'article 5, une autorité saisit

une autorité judiciaire distincte et différente de l'autorité chargée des poursuites, et pour autant que les conditions énoncées au présent paragraphe soient remplies, les effets de l'article 11, paragraphe 6, sont limités à l'autorité chargée des poursuites en question, qui doit retirer sa demande auprès de l'autorité judiciaire lorsque la Commission ouvre une procédure. Ce retrait doit effectivement mettre fin à la procédure nationale.

Article 36. Modification du règlement (CEE) nº 1017/68

Le règlement (CEE) nº 1017/68 est modifié comme suit :

1) L'article 2 est abrogé.

2) À l'article 3, paragraphe 1, les mots « *L'interdiction édictée par l'article 2* » sont remplacés par les mots « *L'interdiction de l'article 81, paragraphe 1, du traité* ».

3) L'article 4 est modifié comme suit :

a) au paragraphe 1, les termes « Les accords, décisions et pratiques concertées visés à l'article 2 » sont remplacés par « *Les accords, décisions et pratiques concertées visés à l'article 81, paragraphe 1, du traité* » ;

b) le paragraphe 2 est remplacé par le texte suivant : « *2. Si la mise en œuvre d'accords, de décisions ou de pratiques concertées visés au paragraphe 1 entraîne, dans des cas d'espèce, des effets incompatibles avec les conditions prévues à l'article 81, paragraphe 3, du traité, les entreprises et associations d'entreprises peuvent être obligées à mettre fin à ces effets.* »

4) Les articles 5 à 29 sont abrogés, sauf pour ce qui est de l'article 13, paragraphe 3, qui continue de s'appliquer aux décisions adoptées en vertu de l'article 5 du règlement (CE) nº 1017/68 avant la date d'application du présent règlement, jusqu'à l'expiration desdites décisions.

5) À l'article 30, les paragraphes 2, 3 et 4 sont supprimés.

Article 37. Modification du règlement (CEE) nº 2988/74

L'article suivant est inséré dans le règlement (CEE) nº 2988/74 :

« *Article 7 bis.*

Exclusion du champ d'application

*Le présent règlement n'est pas applicable aux mesures prises en vertu du règlement (CE) nº 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**.* »

Article 38. Modification du règlement (CEE) nº 4056/86

Le règlement (CEE) nº 4056/86 est modifié comme suit :

1) L'article 7 est modifié comme suit :

a) le paragraphe 1 est remplacé par le texte suivant :

« *1. Manquement à une obligation*

*Lorsque les intéressés manquent à une obligation dont est assortie, aux termes de l'article 5, l'exemption prévue à l'article 3, la Commission fait cesser ces contraventions et peut à cette fin, dans les conditions prévues par le règlement (CE) nº 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***, adopter une décision qui, soit leur interdit ou leur enjoint d'accomplir certains actes, soit leur supprime le bénéfice de l'exemption par catégorie.* » ;

b) le paragraphe 2 est modifié comme suit :
i) au point a), les mots « *dans les conditions prévues par la section II* » sont remplacés par les mots « *dans les conditions prévues par le règlement (CE) nº 1/2003* »,
ii) au point c) i), deuxième alinéa, la deuxième phrase est remplacée par le texte suivant : « *Dans le même temps, elle pourra décider si elle accepte des engagements offerts par les entreprises concernées, en vue, entre autres, d'obtenir l'accès au marché pour les compagnies non membres de la conférence, dans les conditions de l'article 9 du règlement (CE) nº 1/2003.* »

2) L'article 8 est modifié comme suit :
a) le paragraphe 1 est supprimé ;
b) au paragraphe 2, les termes « *en application de l'article 10* » sont remplacés par les termes « *en application du règlement (CE) nº 1/2003* » ;
c) le paragraphe 3 est supprimé.

3) L'article 9 est modifié comme suit :
a) au paragraphe 1, les mots « *comité consultatif visé à l'article 15* » sont remplacés par les mots « *comité consultatif visé à l'article 14 du règlement (CE) nº 1/2003* » ;
b) au paragraphe 2, les mots « *comité consultatif visé à l'article 15* » sont remplacés par les mots « *comité consultatif visé à l'article 14 du règlement (CE) nº 1/2003* ».

4) Les articles 10 à 25 sont abrogés, sauf pour ce qui est de l'article 13, paragraphe 3, qui continue de s'appliquer aux décisions adoptées en vertu de l'article 81, paragraphe 3, du traité avant la date d'application du présent règlement, jusqu'à l'expiration desdites décisions.

5) À l'article 26, les mots « *la forme, la teneur et les autres modalités des plaintes visées à l'article 10, des demandes visées à l'article 12, ainsi que les auditions prévues à l'article 23, paragraphes 1 et 2* » sont supprimés.

Article 39. Modification du règlement (CEE) nº 3975/87

Les articles 3 à 19 du règlement (CEE) nº 3975/87 sont abrogés, sauf pour ce qui est de l'article 6, paragraphe 3, qui continue de s'appliquer aux décisions adoptées en vertu de l'article 81, paragraphe 3, du traité avant la date d'application du présent règlement, jusqu'à l'expiration desdites décisions.

Article 40. Modification des règlements nº 19/65/CEE, (CEE) nº 2821/71 et (CEE) nº 1534/91

L'article 7 du règlement nº 19/65/CEE, l'article 7 du règlement (CEE) nº 2821/71 et l'article 7 du règlement (CEE) nº 1534/91 sont abrogés.

Article 41. Modification du règlement (CEE) nº 3976/87

Le règlement (CEE) nº 3976/87 est modifié comme suit :

1) L'article 6 est remplacé par le texte suivant :
« *Article 6*
Avant de publier un projet de règlement et d'arrêter un règlement, la Commission consulte le comité consultatif visé à l'article 14 du règlement (CE)

*nº 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****.* »

2) L'article 7 est abrogé.

Article 42. Modification du règlement (CEE) nº 479/92

Le règlement (CEE) nº 479/92 est modifié comme suit :

1) L'article 5 est remplacé par le texte suivant :
« *Article 5*
*Avant de publier un projet de règlement et d'arrêter un règlement, la Commission consulte le comité consultatif visé à l'article 14 du règlement (CE) nº 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*****.* »

2) L'article 6 est abrogé.

Article 43. Abrogations des règlements nº 17 et nº 141

1. Le règlement nº 17 est abrogé, sauf pour ce qui est de l'article 8, paragraphe 3, qui continue de s'appliquer aux décisions adoptées en vertu de l'article 81, paragraphe 3, du traité avant la date d'application du présent règlement, jusqu'à l'expiration desdites décisions.

2. Le règlement nº 141 est abrogé.

3. Les références faites aux règlements abrogés s'entendent comme faites au présent règlement.

Article 44. Rapport sur l'application du présent règlement

Cinq ans après la date d'application du présent règlement, la Commission fait rapport au Parlement européen et au Conseil sur le fonctionnement du présent règlement, et notamment sur l'application de son article 11, paragraphe 6, et de son article 17.

Sur la base de ce rapport, la Commission évalue s'il est opportun de proposer au Conseil une révision du présent règlement.

Article 45. Entrée en vigueur

Le présent règlement entre en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au *Journal officiel des Communautés européennes*.

Il est applicable à partir du 1er mai 2004.

Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre.

Fait à Bruxelles, le 16 décembre 2002.

Par le Conseil
La présidente
M. Fischer Boel

(1) *JO* C 365 E du 19.12.2000, p. 284.
(2) *JO* C 72 E du 21.3.2002, p. 305.
(3) *JO* C 155 du 29.5.2001, p. 73.

* Le titre du règlement nº 17 a été aménagé pour tenir compte de la renumérotation des articles du traité CE, conformément à l'article 12 du traité d'Amsterdam ; il comportait à l'origine la mention des articles 85 et 86 du traité.

(4) *JO* 13 du 21.2.1962, p. 204/62. Règlement modifié en dernier lieu par le règlement (CE) nº 1216/1999 (*JO* L 148 du 15.6.1999, p. 5).
(5) Règlement nº 19/65/CEE du Conseil du 2 mars 1965 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (*) à des catégories d'accords et de pratiques concertées (*JO* 36 du 6.3.1965, p. 533/65). Règlement modifié en dernier lieu par le règlement (CE) nº 1215/1999 (*JO* L 148 du 15.6.1999, p. 1). [(*) Le titre des règlements a été aménagé pour tenir compte de la renumérotation des articles du traité CE, conformément à l'article 12 du traité d'Amsterdam ; il comportait à l'origine la mention de l'article 85, paragraphe 3, du traité.]
(6) Règlement (CEE) nº 2821/71 du Conseil du 20 décembre 1971 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (*) à des catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées (*JO* L 285 du 29.12.1971, p. 46). Règlement modifié en dernier lieu par l'acte d'adhésion de 1994. [(*) Le titre des règlements a été aménagé pour tenir compte de la renumérotation des articles du traité CE, conformément à l'article 12 du traité d'Amsterdam ; il comportait à l'origine la mention de l'article 85, paragraphe 3, du traité.]
(7) Règlement (CEE) nº 3976/87 du Conseil du 14 décembre 1987 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (*) à des catégories d'accords et de pratiques concertées dans le domaine des transports aériens (*JO* L 374 du 31.12.1987, p. 9). Règlement modifié en dernier lieu par l'acte d'adhésion de 1994. [(*) Le titre des règlements a été aménagé pour tenir compte de la renumérotation des articles du traité CE, conformément à l'article 12 du traité d'Amsterdam ; il comportait à l'origine la mention de l'article 85, paragraphe 3, du traité.]
(8) Règlement (CEE) nº 1534/91 du Conseil du 31 mai 1991 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (*) à des catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le domaine des assurances (*JO* L 143 du 7.6.1991, p. 1). [(*) Le titre des règlements a été aménagé pour tenir compte de la renumérotation des articles du traité CE, conformément à l'article 12 du traité d'Amsterdam ; il comportait à l'origine la mention de l'article 85, paragraphe 3, du traité.]
(9) Règlement (CEE) nº 479/92 du Conseil du 25 février 1992 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (*) à des catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées entre compagnies maritimes de ligne (« consortia ») (*JO* L 55 du 29.2.1992, p. 3). Règlement modifié par l'acte d'adhésion de 1994. [(*) Le titre des règlements a été aménagé pour tenir compte de la renumérotation des articles du traité CE, conformément à l'article 12 du traité d'Amsterdam ; il comportait à l'origine la mention de l'article 85, paragraphe 3, du traité.]
(10) Règlement (CEE) nº 2988/74 du Conseil du 26 novembre 1974 relatif à la prescription en matière de poursuites et d'exécution dans les domaines du droit des transports et de la concurrence de la Communauté économique européenne (*JO* L 319 du 29.11.1974, p. 1).
(11) *JO* 124 du 28.11.1962, p. 2751/62. Règlement modifié par le règlement nº 1002/67/CEE (*JO* 306 du 16.12.1967, p. 1).
(12) Règlement (CEE) nº 1017/68 du Conseil du 19 juillet 1968 portant application de règles de concurrence aux secteurs des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable (*JO* L 175 du 23.7.1968, p. 1). Règlement modifié en dernier lieu par l'acte d'adhésion de 1994.
(13) Règlement (CEE) nº 4056/86 du Conseil du 22 décembre 1986 déterminant les modalités d'application des articles 81 et 82 du traité (*) aux transports maritimes (*JO* L 378 du 31.12.1986, p. 4). Règlement modifié en dernier lieu par l'acte d'adhésion de 1994. [(*) Le titre des règlements a été aménagé pour tenir compte de la renumérotation des articles du traité CE, conformément à l'article 12 du traité d'Amsterdam ; il comportait à l'origine la mention de l'article 85, paragraphe 3, du traité.]
(14) Règlement (CEE) nº 3975/87 du Conseil du 14 décembre 1987 déterminant les modalités d'application des règles de concurrence applicables aux entreprises de transports aériens (*JO* L 374 du 31.12.1987, p. 1). Règlement modifié en dernier lieu par le règlement (CEE) nº 2410/92 (*JO* L 240 du 24.8.1992, p. 18).

** *JO* L 1 du 4.1.2003, p. 1.
*** *JO* L 1 du 4.1.2003, p. 1.
**** *JO* L 1 du 4.1.2003, p. 1.
***** *JO* L 1 du 4.1.2003, p. 1.

Communiqué de procédure du 17 avril 2007 relatif au programme de clémence français

I – Origine

1. Le programme de clémence français (ci-après le « programme de clémence ») trouve son origine dans la loi, à la différence des programmes de clémence applicables dans de nombreux autres États, qui résultent de communications adoptées par les autorités de concurrence.

2. Le IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce, qui en fixe le principe et les grandes lignes, 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 que 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 du I du 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.* »

3. L'article R. 464-5 du Code de commerce, qui complète cette disposition, 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. »

4. Le 11 avril 2006, le Conseil de la concurrence (ci-après le « Conseil ») a adopté un communiqué de procédure relatif au programme de clémence français, dans lequel il a précisé la manière dont il mettait en œuvre ces dispositions.

5. Le 29 septembre 2006, le Réseau européen de concurrence (ci-après le « REC ») s'est accordé sur un programme modèle en matière de clémence (ci-après le « programme modèle [1] ») préparé par un groupe de travail coprésidé par le Conseil et par l'*Office of Fair Trading* britannique. Ainsi que l'indique le point 2 du programme modèle, celui-ci a notamment pour objet d'éviter que les entreprises susceptibles de solliciter le bénéfice de la clémence n'en soient dissuadées par des divergences entre programmes de clémence applicables au sein du REC et, à cette fin, d'établir des principes communs de traitement des demandes de clémence, au respect desquels ces entreprises peuvent s'attendre de la part de toute autorité de concurrence membre du REC. Ainsi que l'indique le point 3 du programme modèle, les autorités de concurrence membres du REC se sont engagées à mettre tout en œuvre, dans la limite de leur compétence, pour homogénéiser leur programme de clémence respectif avec le programme modèle.

6. En vue de respecter l'engagement souscrit dans le cadre du REC, le Conseil a publié, le 29 janvier 2007, un communiqué de procédure relatif au projet de révision du programme de clémence français. Il a également invité les intéressés à lui faire part de leurs observations à ce sujet. Cette consultation publique s'est achevée le 1er mars 2007.

7. Le 17 avril 2007, le Conseil a adopté le présent communiqué de procédure.

1. Le programme modèle du REC peut-être consulté sur le site internet du Conseil : (http://www.conseil-concurrence.fr/user/standard.php?id_rub=184&id_article=617) ou sur celui de la Commission européenne : (http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/ecn/model_leniency_fr.pdf).

II – Objectif et domaine

8. En vertu du programme de clémence, le Conseil peut accorder une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires encourues par une entreprise ou un organisme (ci-après, ensemble, une « entreprise ») participant à une entente si cette entreprise contribue à en établir l'existence. Les ententes concernées sont, en principe, les 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 dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce et, le cas échéant, de l'article 81 du traité CE.

9. Avant l'entrée en vigueur de ce programme de clémence, les entreprises qui souhaitaient mettre fin à leur participation à de telles ententes illicites et informer le Conseil de leur existence pouvaient en être dissuadées par les sanctions pécuniaires élevées qu'elles risquaient de se voir infliger. Depuis lors, ces entreprises sont, à l'inverse, incitées à entreprendre cette démarche.

10. Le législateur a considéré qu'il est de l'intérêt de l'économie française, et notamment des consommateurs, de faire bénéficier d'un traitement favorable les entreprises qui informent les autorités de concurrence de l'existence d'ententes illicites et qui coopèrent avec elles afin d'y mettre fin. En effet, ces ententes sont néfastes pour les économies nationales : elles portent une atteinte grave aux intérêts des consommateurs, en particulier quand elles conduisent à un accroissement artificiel des prix ou à une limitation de l'offre sur le marché, et elles soustraient les entreprises à la pression qui, normalement, les incite à innover. Le bénéfice que tirent les consommateurs et les citoyens de l'assurance de voir les ententes plus sûrement et plus fréquemment détectées et interdites est plus important que l'intérêt qu'il peut y avoir à sanctionner pécuniairement toutes les entreprises ayant participé à l'entente, y compris celle-là même qui, en la révélant, permet aux autorités de concurrence de découvrir et de sanctionner de telles pratiques.

11. Afin d'encourager les entreprises à coopérer avec les autorités de concurrence, dans le cadre défini au point 8, le Conseil accordera une exonération totale des sanctions pécuniaires encourues en cas de violation des articles L. 420-1 du Code de commerce et, le cas échéant, de l'article 81 du traité CE à toute entreprise qui, la première, formule une demande de clémence et qui satisfait aux conditions énoncées aux III. 1, A ou B, et IV ci-dessous. Dans les autres cas, le Conseil pourra également accorder une exonération partielle des sanctions pécuniaires à toute entreprise qui formule une demande de clémence et qui satisfait aux conditions énoncées aux III. 2 et IV ci-dessous.

III – Conditions d'éligibilité

III. 1 – Exonération totale de sanctions pécuniaires (ci-après « cas de type 1 »)

A – Cas dans lequel le Conseil ou l'administration ne dispose pas d'informations sur l'entente présumée (ci-après « cas de type 1 A »)

12. Le Conseil accordera le bénéfice conditionnel d'une exonération totale des sanctions pécuniaires à toute entreprise qui fournit, la première, aux autorités de concurrence françaises (Conseil ou Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, ci-après la « DGCCRF ») des informations et des éléments de preuves de l'existence d'une entente si les deux conditions suivantes sont réunies :

– ces autorités ne disposaient pas antérieurement d'informations et d'éléments de preuve suffisants pour procéder ou faire procéder de leur propre initiative à des mesures d'investigation ciblée au titre de l'article L. 450-4 du Code de commerce, et
– du point de vue du Conseil de la concurrence, les informations et les éléments de preuve fournis par cette entreprise à l'appui de sa demande de clémence lui permettent de faire procéder à de telles mesures.

13. Afin de remplir la seconde condition énoncée au paragraphe précédent, l'entreprise doit au minimum fournir, par écrit ou oralement :

– le nom et l'adresse de l'entité juridique sollicitant l'exonération totale ;
– le nom et l'adresse des autres participants à l'entente présumée ;
– une description détaillée de l'entente présumée, qui doit préciser notamment la nature et l'usage des produits en cause, les territoires sur lesquels les pratiques en cause sont susceptibles de produire des effets, la nature de ces pratiques et une estimation de leur durée de mise en œuvre, et
– des informations sur toute demande de clémence relative à l'entente présumée qu'elle a adressée ou prévoit d'adresser à d'autres autorités de concurrence,

ainsi que les éléments de preuve documentaires ou de toute autre nature en sa possession ou dont elle peut disposer au moment de sa demande, qui peuvent par exemple consister en des informations permettant d'identifier les lieux, les dates et l'objet des contacts ou des réunions entre les participants à l'entente présumée.

B – Cas dans lequel le Conseil ou l'administration dispose déjà d'informations sur l'entente présumée (ci-après « cas de type 1 B »)

14. Dans l'hypothèse où le Conseil ou la DGCCRF dispose déjà d'informations relatives à l'entente présumée, le Conseil accordera le bénéfice conditionnel d'une exonération totale de sanctions pécuniaires si les trois conditions suivantes sont réunies :

– l'entreprise est la première à fournir des éléments de preuve qui, de l'avis du Conseil, sont suffisants pour lui permettre d'établir l'existence d'une

infraction à l'article L. 420-1 du Code de commerce et, le cas échéant, à l'article 81 du traité CE caractérisant l'existence d'une entente ;
– au moment de la demande, le Conseil ou l'administration ne disposait pas d'éléments de preuve suffisants pour lui permettre d'établir l'existence d'une infraction à l'article L. 420-1 du Code de commerce et, le cas échéant, à l'article 81 du traité CE caractérisant l'existence d'une entente, et
– aucune entreprise n'a obtenu d'avis conditionnel d'exonération totale de type 1 A pour l'entente présumée.

III. 2 – Exonération partielle de sanctions pécuniaires (ci-après « cas de type 2 »)

15. Les entreprises qui ne remplissent pas les conditions prévues dans les cas de type 1 A ou 1 B peuvent toutefois bénéficier, sous certaines conditions, d'une exonération partielle des sanctions pécuniaires.

16. Afin de prétendre à une telle exonération, une entreprise doit fournir au Conseil des éléments de preuve de l'existence de l'entente présumée apportant une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuve dont le Conseil ou l'administration dispose déjà. La notion de valeur ajoutée vise la mesure dans laquelle les éléments de preuve fournis renforcent, par leur nature même et/ou par leur niveau de précision, la capacité du Conseil ou de l'administration à établir l'existence de l'entente présumée. En principe, le Conseil estimera notamment que :

– les éléments de preuve écrits contemporains de l'entente présumée ont une valeur supérieure aux éléments établis ultérieurement ;
– les éléments de preuve à charge se rattachant directement aux faits en cause ont une valeur supérieure aux éléments s'y rapportant indirectement, et
– les éléments de preuve incontestables ont une valeur supérieure aux éléments devant être corroborés en cas de contestation.

17. Pour déterminer le niveau d'exonération des sanctions pécuniaires auquel une entreprise peut prétendre, le Conseil prendra en compte le rang de la demande, le moment où elle a été présentée et le degré de valeur ajoutée significative que les éléments de preuve fournis par cette entreprise ont apporté.

18. Par ailleurs, si l'entreprise qui présente la demande fournit des preuves incontestables permettant au Conseil d'établir des éléments de fait supplémentaires ayant une incidence directe sur la détermination du montant des sanctions pécuniaires infligées aux participants à l'entente, cette contribution supplémentaire sera prise en compte dans la détermination individuelle de la sanction qui pourra faire l'objet d'une exonération partielle.

19. L'exonération partielle des sanctions pécuniaires accordée à une entreprise ayant apporté une valeur ajoutée significative ne saurait en principe excéder 50 % du montant de la sanction qui lui aurait été imposée si elle n'avait pas bénéficié de la clémence.

■ IV – Conditions de fond

20. Outre les conditions d'éligibilité énoncées précédemment, les conditions cumulatives suivantes doivent être remplies dans tous les cas pour ouvrir droit à une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires :

– l'entreprise doit, en principe, mettre fin à sa participation à l'entente présumée sans délai et au plus tard à compter de la notification de l'avis de clémence du Conseil. Toutefois, pour maintenir la confidentialité de la démarche et préserver l'efficacité des mesures d'enquête, le Conseil peut décider de reporter cette date ;
– l'entreprise doit apporter au Conseil et aux services d'enquête du ministre de l'Économie une coopération véritable, totale, permanente et rapide dès le dépôt de sa demande et tout au long de la procédure d'enquête et d'instruction, ce qui signifie en particulier :
  . fournir sans délai au Conseil et aux services d'enquête du ministre de l'Économie toutes les informations et tous les éléments de preuve qui viendraient en sa possession ou dont elle peut disposer sur l'entente présumée ;
  . se tenir à leur disposition pour répondre rapidement à toute demande de leur part visant à contribuer à l'établissement des faits en cause ;
  . mettre à leur disposition, pour les interroger, ses représentants légaux et ses salariés actuels, ainsi que, dans la mesure du possible, ses anciens représentants légaux et salariés ;
  . s'abstenir de détruire, de falsifier ou de dissimuler des informations ou des éléments de preuve utiles se rapportant à l'entente présumée, et
  . s'abstenir de divulguer l'existence ou la teneur de sa demande de clémence avant que le Conseil n'ait communiqué ses griefs aux parties, sauf s'il y donne son accord ;
– lorsqu'elle envisage d'adresser une demande aux autorités de concurrence, l'entreprise ne doit pas avoir détruit ou falsifié de preuves de l'entente présumée, ni avoir divulgué son intention de présenter une demande ni la teneur de celle-ci, sauf à d'autres autorités de concurrence.

21. Aucune exonération totale de sanction pécuniaire ne sera accordée au titre du programme de clémence à une entreprise qui aura pris des mesures pour contraindre une autre entreprise à participer à l'infraction.

■ V – Procédure

V. 1 – Approche des autorités de concurrence

22. Les autorités de concurrence françaises acceptent d'avoir des contacts préalables et anonymes avec un demandeur de clémence potentiel ou son conseil qui souhaiterait obtenir des informations générales sur la mise en œuvre de la procédure de clémence.

23. L'entreprise qui effectue une demande de clémence s'adresse soit au rapporteur général du Conseil, soit au directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

24. La démarche est effectuée soit par courrier adressé en recommandé avec demande d'avis de réception, soit oralement. Dans ce dernier cas, le rapporteur général du Conseil ou le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes constate par écrit la date et l'heure de la démarche. Pour faciliter ces démarches et leur enregistrement, les autorités de concurrence recommandent d'utiliser les coordonnées communiquées en annexe au présent communiqué de procédure.

25. Pour accomplir cette démarche, l'entreprise doit fournir aux autorités de concurrence, outre son nom et son adresse, des informations sur les circonstances ayant conduit à l'introduction de sa demande de clémence, le(s) produit(s) en cause et le(s) territoire(s) sur lesquels l'entente présumée est susceptible de produire ses effets, l'identité des auteurs de cette entente, sa nature et sa durée estimée, ainsi que sur toute demande de clémence relative à cette entente présumée qui a été ou sera formulée auprès d'autres autorités de concurrence.

26. La réception du courrier adressé en recommandé avec demande d'avis de réception ou l'établissement d'un procès-verbal par le rapporteur général du Conseil ou le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes permet de marquer l'ordre d'arrivée des demandes de clémence, à condition que l'entreprise ait fourni les informations visées au point précédent.

27. Le rapporteur général et le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes s'informent réciproquement de toute démarche faite auprès d'eux, ainsi que de l'existence d'une éventuelle enquête ou instruction se rapportant aux pratiques en cause et déjà en cours avant cette démarche.

28. Le rapporteur général ou le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes accorde à l'entreprise un délai, dont il fixe la durée, pendant lequel le rang d'arrivée de la demande est maintenu, afin de permettre à l'entreprise de réunir les informations et les éléments de preuves relatifs à l'entente présumée qui seront nécessaires à l'examen de sa demande de clémence par le Conseil. Si elle respecte les délais impartis, les informations et éléments de preuve fournis seront considérés comme ayant été communiqués à la date de réception de la demande, constatée dans le courrier ou le procès-verbal marquant son rang d'arrivée.

V. 2 – Instruction de la demande de clémence

29. Une fois la demande de clémence enregistrée, soit par réception du courrier adressé en recommandé avec demande d'avis de réception, soit par l'établissement d'un procès-verbal, la déclaration écrite ou orale du représentant de l'entreprise est recueillie, dans les délais fixés par le rapporteur général du Conseil ou par le directeur général de la concurrence, dans un procès-verbal de déclaration établi par un rapporteur du Conseil ou par un enquêteur de la DGCCRF. À la demande de l'entreprise, la déclaration orale peut être enregistrée sur support électronique par le Conseil.

30. L'entreprise transmet à l'autorité de concurrence saisie l'ensemble des informations et des éléments de preuve qu'elle estime être de nature à fonder sa demande de clémence.

31. Sur la base des informations et des éléments de preuve transmis au Conseil, le rapporteur du Conseil désigné pour instruire la demande de clémence prépare un rapport dans lequel il vérifie que les conditions fixées par le Conseil pour obtenir le bénéfice conditionnel d'une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires sont réunies et élabore, le cas échéant, des propositions d'exonération de sanctions. Il confirme dès que possible à l'entreprise demanderesse que sa demande de clémence constitue un cas de type 1 A ou non.

32. Son rapport est adressé, au moins trois semaines avant la séance, à l'entreprise demanderesse et au commissaire du Gouvernement. Toutefois, ce délai peut être abrégé avec l'accord de l'entreprise et du commissaire du Gouvernement.

V. 3 – Avis de clémence

33. Sur la base du rapport établi par le rapporteur, le demandeur est convoqué à la séance devant le Conseil.

34. Après la séance, le Conseil adopte un avis dans lequel il indique à l'entreprise s'il accorde une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires, ainsi que, dans ce dernier cas, le taux de cette exonération, et précise les conditions auxquelles cette exonération est subordonnée.

35. Dans le cas où, lors de l'examen de l'affaire au fond, le Conseil estime que les conditions posées ont été respectées par l'entreprise, il accorde l'exonération, totale ou partielle, des sanctions pécuniaires telle qu'elle était indiquée dans l'avis de clémence. Dans le cas de l'exonération partielle, il en fixe le niveau exact.

36. Dans le cas où le Conseil estime que les conditions posées ne sont pas réunies et émet en conséquence un avis défavorable, les informations et les éléments de preuve fournis sont restitués à l'entreprise si celle-ci en fait la demande.

V. 4 – Demandes sommaires

37. Le Conseil et la DGCCRF acceptent les demandes sommaires dans les cas de type 1 A, dans les conditions du programme modèle rappelées ci-après :

– la Commission européenne est particulièrement bien placée pour examiner une affaire conformément au point 14 de la communication relative à la coopération [2] ;

2. Communication 2004/C 101/03 de la Commission, du 27 avril 2004, relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence (JOCE n° C 101 du 27 avril 2004, p. 43)

– l'entreprise a présenté ou s'apprête à présenter une demande d'immunité à la Commission européenne, et
– l'entreprise fournit son nom et son adresse, l'identité des autres participants à l'entente présumée et, sous forme succincte, les informations permettant d'identifier le ou les produit(s) en cause, le(s) territoire(s) affectés, la nature et la durée de l'entente présumée, le ou les États membres où les éléments de preuve sont susceptibles de se trouver et les informations sur toute demande de clémence relative à cette entente qui a été ou sera formulée auprès d'autres autorités de concurrence.

38. Cette démarche est effectuée par courrier adressé en recommandé avec demande d'avis de réception ou par déclaration orale. Le rapporteur général du Conseil ou le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes constate par écrit la date et l'heure de la démarche.

39. La réception du courrier ou l'établissement du procès-verbal permet de marquer l'ordre d'arrivée de la demande sommaire. Le rapporteur général du Conseil ou le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes confirme à l'entreprise intéressée qu'elle est la première à solliciter l'immunité. La demande sommaire sera considérée par le Conseil comme une démarche effectuée dans les conditions prévues pour demander une exonération totale de type 1 A.

40. Après le dépôt d'une demande sommaire, l'entreprise reste tenue de fournir au Conseil les renseignements complémentaires qu'il pourrait solliciter.

41. Si le Conseil décide d'agir dans l'affaire pour laquelle la demande sommaire a été présentée, l'entreprise devra fournir la totalité des informations et des éléments de preuve nécessaires pour l'examen de sa demande dans les conditions fixées aux points 29 et suivants du présent communiqué de procédure.

42. Pour faciliter le traitement d'une demande sommaire, et notamment des questions linguistiques susceptibles d'être soulevées, le Conseil recommande de prendre au préalable l'attache des personnes visées en annexe.

■ VI – Considérations générales

43. Conscient du fait que les entreprises qui coopèrent avec les autorités de concurrence françaises peuvent souhaiter que leur coopération demeure confidentielle, le Conseil préservera, dans la limite de ses obligations nationales et communautaires, la confidentialité de l'identité du demandeur de clémence pendant la durée de la procédure, jusqu'à l'envoi de la notification des griefs aux parties concernées.

44. Le Conseil de la concurrence et la DGCCRF appartiennent, depuis le 1er mai 2004, au REC mis en place par le règlement nº 1/2003 [3]. Au sein du

3. Règlement (CE) nº 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 (JOCE nº L 1 du 4 janvier 2003, p. 1)

REC, les autorités de concurrence coopèrent étroitement. Des règles relatives à la division efficace du travail et des mécanismes de coopération pour l'attribution des affaires et l'assistance entre autorités ont été adoptées. Ces règles, qui comprennent des principes relatifs à la protection des personnes ayant demandé à bénéficier des mesures de clémence, ont été précisées par la Commission dans la communication relative à la coopération, que le Conseil et la DGCCRF se sont engagés à respecter. Par ailleurs, le Conseil ne transmettra les déclarations orales faites dans le cadre du présent programme de clémence à d'autres autorités de concurrence, conformément à l'article 12 du règlement n° 1/2003, que si les conditions établies dans la communication relative à la coopération sont remplies et pour autant que la confidentialité assurée par l'autorité de concurrence destinataire soit équivalente à celle garantie par le Conseil.

45. Mention de la coopération de la ou des entreprises avec les autorités de concurrence françaises pendant la procédure sera faite dans la décision afin d'expliquer la raison de l'exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires encourues par cette ou ces entreprises.

46. L'exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires accordée par le Conseil à une entreprise ne la protège pas des conséquences civiles qui peuvent résulter de sa participation à une infraction à l'article L. 420-1 du Code de commerce et/ou à l'article 81 du traité CE.

47. En application du deuxième alinéa de l'article L. 462-6 du Code de commerce, le Conseil peut, lorsque les faits lui paraissent de nature à justifier l'application de l'article L. 420-6 du même Code, adresser le dossier au procureur de la République. L'article L. 420-6 ne s'applique que si trois conditions cumulatives sont réunies : la personne physique doit avoir pris frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception et l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées notamment à l'article L. 420-1. Le Conseil considère que la clémence est au nombre des motifs légitimes qui justifient la non transmission au parquet d'un dossier dans lequel les personnes physiques, appartenant à l'entreprise qui a bénéficié d'une exonération de sanctions pécuniaires, seraient susceptibles de faire aussi l'objet de telles poursuites.

48. Le présent communiqué de procédure remplace le communiqué de procédure du 11 avril 2006. Il sera appliqué, à compter de la date de sa publication sur le site internet du Conseil, pour le traitement de toutes les demandes d'exonération de sanctions pécuniaires reçues à partir de cette date et concernant des affaires dans lesquelles aucune entreprise n'a déjà présenté de demande d'exonération de sanctions pécuniaires au titre du communiqué de procédure du 11 avril 2006.

■ Annexe

Adresses, numéros de téléphone, de télécopie et mél pour la réception de demandes de clémence

Conseil de la concurrence
11, rue de l'Échelle – F-75001 Paris – France
Thierry Dahan, rapporteur général
Téléphone : +33 1 55 04 00 78
Télécopie : +33 1 55 04 00 86

Mél : thierry.dahan@conseil-concurrence.fr

DGCCRF
59, boulevard Vincent Auriol – F-75703 Paris cedex 13 – France
Sous-direction B – Bureau B1 – Teledoc 031
André Marie, Chef du bureau B1
Téléphone : +33 1 44 97 23 29
Télécopie : +33 1 44 97 25 00

Mél : andre.marie@dgccrf.finances.gouv.fr

Organisation

Organisation

Règlement intérieur du Conseil de la concurrence 529

Charte de déontologie 533

Composition du Conseil de la concurrence en 2006 537

Sections du Conseil de la concurrence en 2006 538

Rapporteurs généraux 539

Commissaires du Gouvernement auprès du Conseil de la concurrence 539

Organigramme 540

Organisation

Règlement intérieur du Conseil de la concurrence

Vu le livre IV du Code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Vu le 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 et, notamment, son article 26 ;

Vu la décision d'organisation prise par la présidente du Conseil de la concurrence le 30 décembre 2002 ;

Article 1

Les saisines sont enregistrées et marquées d'un timbre indiquant leur date d'arrivée au Conseil de la concurrence. Il en est de même des pièces adressées au Conseil au cours de l'instruction.

Lorsqu'une entreprise entreprend auprès du Conseil la démarche prévue par les dispositions de l'article L. 464 -2, III du Code de commerce, l'heure précise d'arrivée de sa demande sera ajoutée à la date.

Article 2

Le bureau de la procédure est ouvert au public du lundi au vendredi de 9 heures à 12 heures et de 14 heures à 17 heures. La consultation des dossiers est autorisée à ces mêmes heures par les parties ou leurs représentants. Ces horaires peuvent être modifiés par décision du président.

Les demandes de copies précisent les références des pièces qui en sont l'objet. Elles sont adressées par écrit au chef du bureau de la procédure et, dans la mesure où elles sont compatibles avec les moyens matériels du Conseil, elles sont satisfaites dans les meilleurs délais, conformément aux dispositions de l'arrêté du 1er octobre 2001 (*Journal officiel* du 2 octobre 2001).

Article 3

Les mémoires et les observations écrites des parties sont adressés au Conseil (bureau de la procédure), suivant les modalités prévues à l'article 30 du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002, en quinze exemplaires auxquels il convient d'ajouter les copies destinées aux parties en cause. En cas de nécessité, les parties sont invitées à produire des copies supplémentaires.

Tout document produit devant le Conseil doit être rédigé en langue française ou, à défaut, être accompagné d'une traduction.

Article 4

Le calendrier des séances et l'ordre du jour de chaque séance sont arrêtés par le président.

Le calendrier est communiqué aux membres du Conseil et au commissaire du Gouvernement.

L'ordre du jour est adressé, dans les meilleurs délais, aux membres du Conseil, aux parties et au commissaire du Gouvernement. Il est également transmis aux rapporteurs inscrits à la séance.

Article 5

Pour l'application des dispositions du premier alinéa de l'article L. 463-7 du Code de commerce, les parties qui souhaitent assister à une séance doivent aviser de leur intention le secrétaire du Conseil huit jours au moins avant la date fixée et indiquer leurs nom et qualité. Si elles souhaitent, en outre, formuler des observations au cours de la séance, elles devront préciser, dans le même délai, la durée souhaitée de leur intervention orale.

Après avoir pris contact avec les parties, le secrétaire du Conseil les avise des modalités d'organisation de la séance.

Article 6

En cas d'empêchement du rapporteur chargé de l'instruction, le rapporteur général ou un rapporteur général adjoint désigne un rapporteur qui présente le rapport en séance.

Article 7

Le président de la formation veille au bon déroulement de la séance, qu'il peut, le cas échéant, suspendre.

Article 8

L'ordre des interventions orales en séance est le suivant : le rapporteur, le rapporteur général ou le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement, enfin, lorsqu'elles sont présentes en application de l'article L. 463-7 du Code de commerce, les parties, dans les conditions fixées conformément à l'article 5 du présent règlement.

Lorsque le Conseil entend une ou plusieurs personnes en application des dispositions de l'article L. 463-7 alinéa 2 du Code de commerce, celles-ci

sont introduites dans la salle des séances et entendues séparément à la suite des interventions du rapporteur, du rapporteur général ou du rapporteur général adjoint et du commissaire du Gouvernement. Elles peuvent être, le cas échéant, confrontées. Elles sont invitées à quitter la salle à la suite de leur audition.

Article 9

Le secrétaire du Conseil ou un agent délégué par lui rédige et signe avec le président de séance le procès-verbal chronologique des séances, qui mentionne le nom des personnes présentes, ainsi que les éventuels incidents intervenus au cours de la séance.

En cas d'empêchement du président de séance, le procès verbal est signé soit par un des vice présidents ayant assisté à la séance, soit par le membre le plus ancien ayant assisté à la séance.

En cas d'empêchement du secrétaire de séance, le procès verbal est signé par le rapporteur général ou le rapporteur général adjoint présent lors de la séance.

Article 10

Chaque décision ou avis fait l'objet d'une minute établie en un seul exemplaire et conservée avec le procès verbal de la séance sous la responsabilité du secrétaire du Conseil. Elle est pourvue d'un numéro de code chronologique correspondant à la nature de l'affaire.

La minute des décisions est signée par le président de séance et le secrétaire de séance, la minute des avis est signée par le président de séance et le rapporteur général ou le rapporteur général adjoint ayant assisté à la séance.

En cas d'empêchement du président de séance, la minute est signée soit par un des vice-présidents ayant assisté à la séance, soit par le membre le plus ancien ayant assisté à la séance.

En cas d'empêchement du secrétaire de séance, la minute est signée par le secrétaire du Conseil ou un agent délégué par lui.

En cas d'empêchement du rapporteur général ayant assisté à la séance, la minute est signée par le rapporteur général adjoint appelé à le suppléer et, en cas d'empêchement du rapporteur général adjoint ayant assisté à la séance, la minute est signée par le rapporteur général.

Article 11

Les ampliations des décisions et des avis sont certifiées conformes par le secrétaire du Conseil ou un agent délégué par lui.

Article 12

Pour l'application de l'article 41 du décret du 30 avril 2002 la provision doit être consignée à la caisse des dépôts et consignations.

Article 13

Pour l'application des dispositions de l'article L. 450-4 alinéa 11 du Code de commerce, la mise en demeure de venir chercher les pièces est adressée à l'occupant des lieux par le rapporteur général ou un rapporteur général adjoint.

Adopté par le Conseil de la concurrence siégeant en section III A, le 22 octobre 2003.

Pour le Conseil de la concurrence
La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

Charte de déontologie

1. – Rappel des principes de déontologie s'appliquant à toute personne travaillant au Conseil de manière permanente ou temporaire

1.1. – Principes applicables à tous

1.1.1. Le respect du secret professionnel

En application de l'article 226-13 du Code pénal, la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire, soit par état, soit par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est interdite.

Il convient de rappeler que la connaissance par d'autres personnes des faits révélés n'est pas de nature à leur enlever leur caractère confidentiel et secret. Au sein du Conseil, le secret professionnel porte, notamment, sur les saisines, le contenu de l'instruction, la teneur du délibéré et le résultat de ce dernier avant son prononcé ou, en matière d'avis, avant sa publication.

1.1.2. L'obligation de discrétion

L'obligation de discrétion est prévue dans les statuts de la fonction publique. Elle s'impose pour tous les faits, informations ou documents, dont les personnes ont connaissance à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions et s'applique à l'intérieur même du Conseil.

1.1.3. Le devoir de réserve

Cette obligation résulte d'une construction jurisprudentielle par laquelle il est imposé à l'agent de ne pas nuire au renom de son administration ou de celle à laquelle il a appartenu.

Ces règles et principes valent particulièrement dans le cas de publications et d'interventions publiques. Si celles-ci sont le fait d'agents du Conseil et qu'elles portent sur des sujets de la compétence du Conseil, il convient que les agents en avisent le rapporteur général.

Les membres du Conseil, lorsqu'ils interviennent publiquement ou font des publications en excipant de leur qualité de membres, doivent aviser le président du sens de leurs interventions ou publications.

■ 1.2. – Deux principes ne s'adressent qu'aux personnes exerçant une fonction permanente au Conseil

Les membres permanents du Conseil et ses agents ne peuvent exercer une activité privée lucrative que dans le cadre des dérogations prévues à l'article 3 du décret du 29 octobre 1936.

Ils peuvent, notamment, produire des œuvres littéraires, scientifiques ou artistiques.

Les enseignements, consultations et expertises privés sont soumis à l'autorisation du président et ne doivent pas s'exercer contre l'État.

Ces obligations sont le corollaire des dispositions de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983, qui rappelle que les fonctionnaires doivent consacrer l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées.

Ce même article indique également qu'ils ne peuvent prendre, par eux-mêmes ou par personne interposée, dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration à laquelle ils appartiennent, des intérêts de nature à compromettre leur indépendance.

2. – Les règles particulières au Conseil de la concurrence

L'article L. 461-2 du Code de commerce précise qu'*« aucun membre ne peut délibérer dans une affaire où il a un intérêt ou s'il représente ou a représenté une des parties intéressées »* et que *« tout membre du Conseil est tenu d'informer le président des intérêts qu'il détient ou vient d'acquérir et des fonctions qu'il exerce dans une activité économique ».*

Par analogie, le rapporteur général et les rapporteurs généraux adjoints ne pourront accomplir aucun acte relatif à une affaire où ils ont un intérêt direct ou par personne interposée. Les rapporteurs, de la même manière, ne pourront instruire une affaire où ils ont un intérêt, qu'il soit direct ou par personne interposée. Cette règle s'applique également aux agents du bureau de la procédure.

Toujours par analogie, compte tenu de leurs responsabilités et de leurs fonctions, le rapporteur général, les rapporteurs généraux adjoints, ainsi que les rapporteurs, sont invités à tenir le président du Conseil informé des intérêts qu'ils détiennent ou viennent d'acquérir.

Toute personne travaillant pour le Conseil, présidents, membres, rapporteur général, rapporteurs généraux adjoints, rapporteurs, agents, stagiaires, rémunérés ou non, est tenue au secret professionnel pour les actes accomplis ou renseignements dont elle a pu avoir connaissance en raison de ses fonctions.

Après qu'une décision ou un avis aura été rendu, les membres non permanents du Conseil de la concurrence et les rapporteurs extérieurs, lorsqu'ils ne disposent pas de moyens de destruction appropriés, transmettront au Conseil les documents qu'ils ont eus en leur possession à l'occasion de l'affaire en cause ou préviendront le Conseil pour que celui-ci puisse organiser leur destruction.

Par ailleurs, l'article L. 465-1 du Code monétaire et financier dispose : *« Est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 500 000 euros dont le montant peut être porté au-delà de ce chiffre, jusqu'au décuple du montant du profit éventuellement réalisé, sans que l'amende puisse être inférieure à ce même profit, le fait, pour les dirigeants d'une société mentionnée à l'article L. 225-109 du Code de commerce, et pour les personnes disposant, à l'occasion de l'exercice de leur profession ou de leurs fonctions, d'informations privilégiées sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de réaliser ou de permettre de réaliser, soit directement, soit par personne interposée, une ou plusieurs opérations avant que le public ait connaissance de ces informations. »*

Est puni d'un an d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende le fait, pour toute personne disposant dans l'exercice de sa profession ou de ses

fonctions d'une information privilégiée sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de la communiquer à un tiers en dehors du cadre normal de sa profession ou de ses fonctions.

Est puni d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 150 000 euros dont le montant peut être porté au-delà de ce chiffre, jusqu'au décuple du montant du profit réalisé, sans que l'amende puisse être inférieure à ce même profit, le fait pour toute personne autre que celles visées aux deux alinéas précédents, possédant en connaissance de cause des informations privilégiées sur la situation ou les perspectives d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de réaliser ou de permettre de réaliser, directement ou indirectement, une opération ou de communiquer à un tiers ces informations, avant que le public en ait connaissance. Lorsque les informations en cause concernent la commission d'un crime ou d'un délit, les peines encourues sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 1 500 000 euros si le montant des profits réalisés est inférieur à ce chiffre. »

Le délit d'initié prévu par ces dispositions s'applique, de manière équivalente, aux agents et aux membres du Conseil.

Il est donc conseillé aux membres et agents du Conseil de ne pas adhérer à un club d'investissement. En revanche, ils peuvent sans risque :

– investir au sein d'organismes de placement collectifs ;
– confier la gestion de leur portefeuille à un tiers professionnel dans le cadre d'un mandat de gestion.

Dans le cas où ces personnes décideraient de gérer directement leur portefeuille, elles devront veiller à ne pas opérer, pour leur propre compte, sur une valeur ou un produit financier, qui à leur connaissance, touche à une affaire soumise à un examen ou instruction de la part du Conseil.

Sans préjudice des poursuites pénales envisageables, le président du Conseil tirera toutes conséquences du non-respect, par les personnes désignées, des règles à caractère obligatoires rappelées par la présente charte.

Composition du Conseil de la concurrence en 2006

Bruno Lasserre	Président	Nommé le 26 juillet 2004
Philippe Nasse	Vice-Président	Nommé le 3 octobre 2001
Françoise Aubert	Vice-Présidente	Nommée le 7 septembre 2004
Anne Perrot	Vice-Présidente	Nommée le 29 septembre 2004
Membres ou anciens membres du Conseil d'État, de la Cour des Comptes, de la Cour de cassation ou des autres juridictions administratives ou judiciaires		
Edmond Honorat	Conseiller d'État	Nommé le 26 juillet 2004
Pierrette Pinot	Conseiller à la Cour de cassation	Nommée le 7 septembre 2004
Bernard Piot	Vice-Président honoraire du tribunal de commerce de Paris	Nommé le 24 mars 1999 et renouvelé le 31 mars 2005
Marie-Madeleine Renard-Payen	Conseiller à la Cour de cassation	Nommée le 30 septembre 2002
X...		
Personnalités choisies en raison de leur compétence en matière économique ou en matière de concurrence et de consommation		
Martine Behar-Touchais	Professeur de droit à l'université Paris V	Nommée le 13 janvier 2003
Emmanuel Combe	Professeur de sciences économiques à l'université Paris XII	Nommé le 14 février 2005
Reine-Claude Mader-Saussaye	Présidente de la Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie	Nommée le 25 juin 1999 et renouvelée le 28 juillet 2005
Personnalités exerçant ou ayant exercé leurs activités dans les secteurs de la production, de la distribution, de l'artisanat, des services ou des professions libérales		
Jean-Pierre Bidaud	Président honoraire de la chambre des métiers de la Haute-Vienne	Nommé le 25 juin 1999 et renouvelé le 28 juillet 2005
Christian Charrière-Bournazel	Avocat au barreau de Paris	Nommé le 26 avril 2001
Bruno Flichy	Ancien président-directeur général du Crédit du Nord	Nommé le 30 septembre 2002
Jacques Ripotot	Président de Francap-distribution	Nommé le 25 juin 1999 et renouvelé le 28 juillet 2005
Carol Xueref	Directeur des affaires juridiques et du développement du groupe Essilor International	Nommée le 20 juillet 2006

Sections du Conseil de la concurrence en 2006

Section I

Philippe Nasse, vice-président, Jean-Pierre Bidaud, Christian Charrière-Bournazel, Emmanuel Combe, Edmond Honorat, Reine-Claude Mader-Saussaye, Pierrette Pinot, Bernard Piot, membres.

Section II

Anne Perrot, vice-présidente, Martine Behar-Touchais, Bruno Flichy, Edmond Honorat, Marie-Madeleine Renard-Payen, Carol Xueref [1], membres.

Section III A

Bruno Lasserre, président, Françoise Aubert, Anne Perrot et Philippe Nasse, vice-présidents, Martine Behar-Touchais, Jean-Pierre Bidaud, Bruno Flichy, Marie-Madeleine Renard-Payen, Jacques Ripotot, membres.

Section III B

Bruno Lasserre, président, Françoise Aubert, Anne Perrot et Philippe Nasse, vice-présidents, Christian Charrière-Bournazel, Emmanuel Combe, Edmond Honorat, Reine-Claude Mader-Saussaye, Pierrette Pinot, Bernard Piot, Carol Xueref, membres.

Section IV

Françoise Aubert, vice-présidente, Martine Behar-Touchais, Emmanuel Combe, Bruno Flichy, Reine-Claude Mader-Saussaye, Bernard Piot, Jacques Ripotot, membres.

1. Carol Xueref a été nommée membre du collège le 20 juillet 2006.

Rapporteurs généraux

Thierry Dahan, rapporteur général (arrêté du 19 juillet 2002, renouvelé dans ses fonctions le 22 septembre 2006).

Nadine Mouy, rapporteure générale adjointe (arrêté du 21 février 2001, renouvelée dans ses fonctions par arrêté du 31 janvier 2005).

Irène Luc, rapporteure générale adjointe (arrêté du 13 août 2003).

Jean-Marc Belorgey, rapporteur général adjoint (nommé par arrêté du 10 novembre 2005).

Commissaires du Gouvernement auprès du Conseil de la concurrence

Guillaume Cerutti, directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (arrêté du 22 juin 2004).

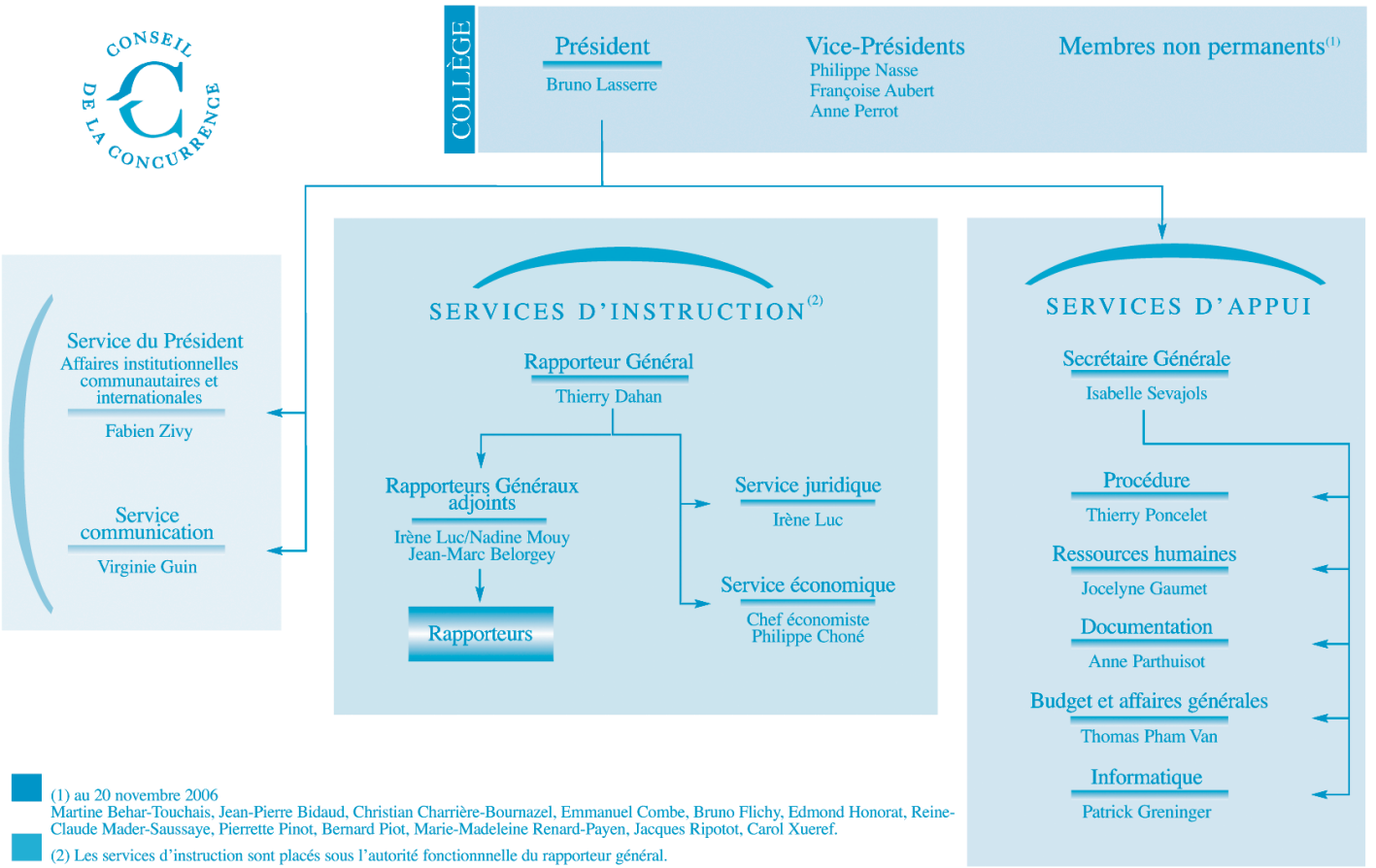
Francis Amand, sous-directeur des services et des réseaux (arrêté du 4 novembre 2004), chargé de la sous-direction de la politique de la concurrence à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

Luc Valade, chef de service à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (arrêté du 22 juin 2004).

Virginie Beaumeunier, sous-directrice de la direction F « services et réseaux » (arrêté du 18 juillet 2006).

Organigramme

Organisation du Conseil de la concurrence



(1) au 20 novembre 2006
Martine Behar-Touchais, Jean-Pierre Bidaud, Christian Charrière-Bournazel, Emmanuel Combe, Bruno Flichy, Edmond Honorat, Reine-Claude Mader-Saussaye, Pierrette Pinot, Bernard Piot, Marie-Madeleine Renard-Payen, Jacques Ripotot, Carol Xueref.

(2) Les services d'instruction sont placés sous l'autorité fonctionnnelle du rapporteur général.

Index

Index

Index par secteur d'activité (codes NAF) 545

Index par entreprise ou organisme 549

Index par secteur d'activité (codes NAF)

01 – Agriculture, chasse, services annexes

Culture de légumes, maraîchage
06-A-09

Culture fruitière
06-A-09

Élevage de bovins
06-A-17

05 – Pêche, aquaculture, services annexes

Pêche
06-A-20

15 – Industries alimentaires

Vinification
06-D-21

Brasserie
06-D-31

20 – Travail du bois et fabrication d'articles en bois

Fabrication de charpentes et de menuiseries
06-D-09

22 – Édition, imprimerie, reproduction

Édition de journaux
06-D-01 ; 06-D-14 ; 06-D-16 ; 06-D-39 ; 06-D-40 ; 06-A-02 ; 06-MC-01

Autres activités d'édition
06-D-23

Édition de livres
06-A-02

Édition de revues et périodiques
06-D-14 ; 06-D-40 ; 06-A-02

24 – Industrie chimique

Fabrication de parfums et de produits pour la toilette
06-D-04

Fabrication d'autres produits chimiques inorganiques de base
06-D-12

Fabrication d'autres produits chimiques organiques de base
06-D-12

Fabrication de peintures et vernis
06-D-12

25 – Industrie du caoutchouc et des plastiques

Fabrication d'éléments en matières plastiques pour la construction
06-D-09

26 – Fabrication d'autres produits minéraux non métalliques

Fabrication de produits minéraux non métalliques
06-D-02

Fabrication d'appareils sanitaires en céramique
06-D-03

Fabrication de mortiers et bétons secs
06-D-17

27 – Métallurgie

Fonderie d'autres métaux non ferreux
06-D-25

28 – Travail des métaux

Fabrication de menuiseries et fermetures métalliques
06-D-09

29 – Fabrication de machines et d'équipements

Fabrication d'articles de robinetterie
06-D-03

31 – Fabrication de machines et appareils électriques

Fabrication de moteurs, génératrices et transformateurs électriques de petite et moyenne puissance
06-D-35

Fabrication de matériel de distribution et de commande électrique pour basse tension
06-A-14

33 – Fabrication d'instruments médicaux, de précision, d'optique et d'horlogerie

Horlogerie
06-D-24

35 – Fabrication d'autres matériels de transport

Fabrication de motocycles
06-D-26

Fabrication de bicyclettes
06-D-37

37 – Récupération

Récupération de matières non métalliques recyclables
06-A-16

40 – Production et distribution d'électricité, de gaz et de chaleur

Production d'électricité
06-A-08

Distribution et commerce d'électricité
06-A-08

Distribution de combustibles gazeux
06-A-12 ; 06-A-15 ; 06-A-23

Production de gaz manufacturé
06-A-23

45 – Construction

Construction de chaussées routières et de sols sportifs
06-D-02 ; 06-D-07 ; 06-D-17

Installation d'équipements thermiques et de climatisation
06-D-03

Installation d'eau et de gaz
06-D-03

Terrassements en grande masse
06-D-07

Construction d'ouvrages d'art
06-D-07 ; 06-D-13

Travaux souterrains
06-D-07

Réalisation de réseaux
06-D-07

Construction de lignes électriques et de télécommunications
06-D-07

Construction de bâtiments divers
06-D-08 ; 06-D-25 ; 06-D-33

Construction de voies ferrées
06-D-15 ; 06-A-19

Travaux d'installation électrique
06-A-14

50 – Commerce et réparation automobiles

Commerce de véhicules automobiles
06-D-11

Commerce de gros d'équipements automobiles
06-D-19 ; 06-D-22

Commerce et réparation de motocycles
06-D-26

Entretien et réparation de véhicules automobiles
06-D-27

51 – Commerce de gros et intermédiaires du commerce

Autres intermédiaires spécialisés du commerce
06-D-01 ; 06-D-16 ; 06-MC-01

Commerce de gros de matériaux de construction et d'appareils sanitaires
06-D-03

Commerce de gros de fournitures pour plomberie et chauffage
06-D-03

Commerce de gros de parfumerie et de produits de beauté
06-D-04

Commerce de gros de bois et de produits dérivés
06-D-09

Commerce de gros d'appareils électroménagers et de radios et télévisions
06-D-10 ; 06-D-28

Commerce de gros de produits chimiques
06-D-12

Commerce de gros de papeterie
06-A-02

Autres commerces de gros de biens de consommation
06-D-24 ; 06-D-37 ; 06-A-02

Commerce de gros de fruits et légumes
06-A-09

Commerce de gros de poisson, crustacés et mollusques
06-A-20

Commerce de gros de boissons
06-D-31

52 – Commerce de détail et réparation d'articles domestiques

Commerce de détail de livres, journaux et papeterie
06-D-01 ; 06-D-14 ; 06-D-16 ; 06-MC-01 ; 06-A-02 ;

Commerce de détail de quincaillerie
06-D-03

Commerce de détail de bricolage
06-D-03 ; 06-D-09

Commerce de détail de parfumerie et de produits de beauté
06-D-04

Commerce de détail divers en magasin spécialisé
06-D-10

Commerce de détail d'horlogerie et de bijouterie
06-D-24

Commerce de détail d'appareils électroménagers, de radio et de télévision
06-D-28

Commerce de détail d'articles de sport et de loisir
06-D-37

55 – Hôtels et restaurants

Autre hébergement touristique
06-D-06

Cantines et restaurants d'entreprises
06-A-06

Hôtels touristiques avec restaurant
06-A-18

Hôtels touristiques sans restaurant
06-A-18

Autres hôtels
06-A-18

60 – Transports terrestres

Transport de voyageurs par taxis
06-D-30

Transports ferroviaires
06-D-15 ; 06-A-19

Transports routiers de marchandises de proximité
06-D-17

61 – Transports par eau

Transports maritimes
06-MC-03

64 – Postes et télécommunications

Télécommunications (hors transmissions audiovisuelles)
06-D-10 ; 06-A-05 ; 06-A-10 ; 06-A-11 ; 06-A-21

Transmission d'émissions de radio et de télévision
06-A-01

66 – Assurances

Assurance dommages
06-D-34

72 – Activités informatiques

Activités de banques de données
06-D-20

73 – Recherche et développement

Recherche-développement en sciences physiques et naturelles
06-A-03

74 – Services fournis principalement aux entreprises

Métreurs, géomètres
06-D-32

Gestion de supports de publicité
06-D-29

Études de marché et sondages
06-D-40

Enquêtes et sécurité
06-A-04

Organisation de foires et salons
06-A-22

85 – Santé et action sociale

Ambulances
06-D-05

Crèches et garderies d'enfants
06-MC-02

Pratiques médicales
06-D-36

90 – Assainissement, voirie et gestion des déchets

Enlèvement et traitement des ordures ménagères
06-D-38

92 – Activités récréatives, culturelles et sportives

Distribution de bouquets de programmes de radio et de télévision
06-A-13

Édition de chaînes thématiques
06-A-13

Production de films institutionnels et publicitaires
06-D-18

Activités de radio
06-D-29

Le Conseil a rendu deux avis de portée générale, non classés dans cette nomenclature :
– avis 06-A-07 du 22 mars 2006 relatif à l'examen, au regard des règles de concurrence, des modalités de fonctionnement de la filière du commerce équitable en France ;
– avis du 21 septembre 2006 relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles.

Index par entreprise ou organisme

A

AD Net
06-D-27

Adoue Matériaux
06-D-03

Agence Dumez Auvergne
06-D-33

Agora Diffusion Presse
06-MC-01

Alliance pour la formation, l'investissement et la retraite des médecins (AFIRM)
06-D-34

Alpes Imagerie médicale (SELARL)
06-D-36

Alsatia
06-A-02

Alvarez
06-D-37

Ambulances et taxis des quatre villages (AT4V)
06-D-05

AMEC SPIE Rail
06-D-15

Ammann
06-D-03

Anconetti
06-D-03

Anconetti SLARC
06-D-03

Anconetti Star
06-D-03

Angelo Meccoli & Cie
06-D-15

Appia
06-D-02

Armstrong
06-D-03

Artisans du Velay
06-D-03

Association Chauffage Fioul
06-D-03

Association de défense et promotion des dépositaires et maisons de presse (ADPDMP)
06-A-16

Association de transports sanitaires urgents du Doubs (ATSU 25)
06-D-05

Association des transports sanitaires urgents du Jura (ATSU 39)
06-D-05

Association France Action Presse
06-D-16

Association marseillaise des artisans taxis (AMAT)
06-D-30

Association Stella Formation
06-D-30

Asturienne Penamet
06-D-03

Auchan
06-D-37

Audiences études sur la presse magazine (AEPM)
06-D-40

AudiPresse
06-D-40

Auer
06-D-03

Autodistribution
06-D-27

Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP)
06-A-01 ; 06-A-05 ; 06-A-10 ; 06-A-11 ; 06-A-21

Auxial Construction
06-D-08

B

Balitrand
06-D-03

Ballot-Menager-Gorce Forezienne d'entreprise et de terrassement
06-D-33

Batimantes
06-D-03

Baudry
06-D-03

Baxi SA ideal Standard chauffage
06-D-03

Bayart
06-D-03

Beauté Prestige International (BPI)
06-D-04

Beauvais Béton
06-D-17

Bec Construction
06-D-08

Bec Frères
06-D-07

Berkvens-Svedex
06-D-09

Bertelsmann
06-A-02

Béton de Creil
06-D-17

Béton de France
06-D-17

Béton du Valois
06-D-17

Bétons chantiers de Normandie
06-D-17

Biard Roy
06-D-25

Bicicletas de Alava
06-D-37

Bigmat Adoue
06-D-03

Bijourama
06-D-24

Bilfinger-Berger
06-D-07

Blocfer
06-D-09

Bodet
06-D-25

Bodinier Oger
06-D-03

Bose
06-D-28

Botte Fondations
06-D-07

Bouc'Choux (Les)
06-MC-02

Boulay
06-D-03

Bouticycle toulousain
06-D-37

Bouygues Bâtiment IDF
06-D-07

Bouygues SA
06-D-07

Bouygues Télécom
06-D-10

Braun et Baltes
06-D-03

Brenntag SA
06-D-12

Briffault
06-D-03

Brossette
06-D-03

Bureau de recherches géologiques et minières (BRGM)
06-A-03

Bureau national interprofessionnel du cognac (BNIC)
06-D-21

C

Calo
06-A-15

Campenon Bernard Construction
06-D-07

Campenon Bernard Régions
06-D-33

Canal Plus (Groupe)
06-A-13

Canal 9
06-D-29

CanalSatellite
06-A-13

CDM
06-D-03

Centre hospitalier de Chambéry
06-D-36

CGS 2000
06-D-03

Chaffoteaux & Maury
06-D-03

Chambre de commerce et d'industrie Sud Alsace Mulhouse
06-A-18

Chanel
06-D-04

Chante France
06-D-29

Chantiers Modernes
06-D-07

Charpentier
06-D-03

Chauffage Confort Drôme Ardèche
06-D-03

Chausson Matériaux
06-D-03

Circuit A/Screenvision
06-D-18

Citroën
06-D-10 ; 06-D-19 ; 06-D-27

Clarins France
06-D-04

Clemval
06-A-02

Cobatri
06-D-03

Codelfa Preffabricata SPA – Tortona Italie
06-D-13

Colas Est
06-D-02

Colas IDFN
06-D-07

Colas SA
06-D-07

Collard et Fils
06-D-37

Collectivité territoriale de Corse (CTC)
06-MC-03

Comafranc
06-D-03

COMAP France
06-D-03

Comet
06-D-03

Comité de défense de la viticulture charentaise – MODEF (CDVC-MODEF)
06-D-21

Commission de régulation de l'énergie (CRE)
06-A-12 ; 06-A-15 ; 06-A-23

Commission paritaire des publications et agences de presse (CPPAP)
06-D-14

Commune de Bouc-Bel-Air
06-MC-02

Commune de Mijoux
06-D-05

Compagnie générale des Eaux
06-D-07

Compagnie méridionale de navigation (CMN)
06-MC-03

Comptoir des matériaux
06-D-03

Comptoir forestier
06-D-03

Comptoir nouveau de la parfumerie
06-D-04

Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment (CAPEB)
06-D-03

Conseil de la concurrence
06-D-04 ; 06-D-07

Construction Languedoc
06-D-08

Cornille Havard
06-D-25

Corsica Ferries
06-MC-03

Créations Jean Pierre (Les)
06-D-37

CS Frizat
06-D-03

CSM Bessac
06-D-07

Cuynat
06-D-08

Cyclerie Rossé Sport (La)
06-D-37

Cycles Cesbron
06-D-37

Cycles Chauvières
06-D-37

Cycles Chiasson
06-D-37

Cycles et Sports Tilly
06-D-37

Cycles Gauthier
06-D-37

Cycles Leroy
06-D-37

Cycles Pilorget
06-D-37

Cycles Robert
06-D-37

Cycles Vial
06-D-37

Cyclosport Pedegaye
06-D-37

D

2F2G
06-D-37

Dagois
06-D-33

Danfoss
06-D-03

De Dietrich Thermique
06-D-03

De Latour Midel
06-D-03

Debatte
06-D-03

Décathlon
06-D-37

Decelle & Feuilly
06-D-03

Demathieu et Bard
06-D-07

Desbordes
06-D-03

Descours & Cabaud
06-D-03

Devin Le Marchand Environnement
06-D-07

DG Entreprise
06-D-07 ; 06-D-15

Diana de Silva
06-D-04

Distribution sanitaire chauffage
06-D-03

DMH
06-D-03

Douglas
06-D-04

Dumez Lagorsse
06-D-33

Dumez Rhône-Alpes
06-D-33

Dumez Rhône-Alpes Auvergne Bourgogne (Dumez RAAB)
06-D-33

Dumez Sud
06-D-08

E

Économie sanitaire
06-D-03

Éditions Didier Richard
06-D-23

Effiparc IDF
06-D-07

Eiffage
06-D-07

Eiffage Construction
06-D-07

Eiffage Construction Auvergne
06-D-33

Eiffage Construction Languedoc
06-D-08

Eiffage Construction Rhône-Alpes
06-D-33

Eiffage TP
06-D-07

Ekem
06-D-09

Elco
06-D-03

ELCO (Estée Lauder et Clinique)
06-D-04

Électricité de France (EDF)
06-A-14

Électro Thermique
06-D-03

ELM Leblanc
06-D-03

EMAFU
06-D-03

Emulithe
06-D-07

Entreprise Chagnaud
06-D-07

Entreprise Dominique Nicole
06-D-37

Entreprise générale Léon Grosse
06-D-33

Entreprise Lamblin
06-D-15

Équinoxe
06-D-03

Escoula
06-D-03

Établissement Berthault Gerondeau
06-D-03

Établissement Raoul Berthilier
06-D-03

Établissement René Valdenaire
06-D-37

Établissement Stücklin
06-D-03

Eurojauge
06-D-03

Europe Fondations
06-D-07

Européenne de travaux ferroviaires (ETF)
06-D-15

Eurovia
06-D-02

Eutec
06-D-03

Export Press
06-D-01

F

Faral France
06-D-03

Fédération de l'hospitalisation privée du Languedoc-Roussillon
06-D-34

Fédération des industries de la salle de bain (FISB)
06-D-03

Fédération française des négociants en appareils sanitaires, chauffage, climatisation et canalisations (FNAS)
06-D-03

Fédération nationale des Gîtes de France (FNGDF)
06-D-06

Ferroli France
06-D-03

Festina France
06-D-24

Filloux
06-D-03

Finegee
06-D-31

Finimetal
06-D-03

Focal JM Lab
06-D-28

Fonmarty
06-D-09

Forezienne d'entreprise et de terrassement
06-D-33

Fougerolle et Cie Setrac
06-D-33

Fougerolle et Cie Société Nouvelle Construction de Touraine (SNCT)
06-D-33

Fournier
06-D-03

France Portes SA
06-D-09

France Télécom
06-D-20

France Travaux
06-D-07

Franki Fondation
06-D-07

Frères Piacentini (Les)
06-D-13

Frisquet
06-D-03

G

Gaches Chimie SA
06-D-12

Gaz de Barr
06-A-15

Gaz de Bordeaux
06-A-15

Gaz de France (GDF)
06-A-12

Gaz de Grenoble
06-A-15

Gaz de Strasbourg
06-A-15

Geberit SA
06-D-03

Gedia
06-A-15

Geminox
06-D-03

GFC Construction
06-D-33

Giacomini SA
06-D-03

GIE IRM Savoie
06-D-36

GIE Les Indépendants
06-D-29

Grohe
06-D-03

Groupe des assurances mutuelles médicales
06-D-34

Groupe national de la distribution du chauffage et du sanitaire (GSP)
06-D-03

Groupement Centramat
06-D-03

Groupement des industries de l'équipement électrique, du contrôle commande et des services associés (GIMELEC)
06-A-14

Groupement des taxis TUPP Radio
06-D-30

Groupement sanitaire européen
06-D-03

GTM Construction
06-D-07 ; 06-D-33

Guerlain
06-D-04

Guintoli
06-D-07

Gurtner
06-D-03

Gury Frères
06-D-03

H

HBW
06-D-07

Heineken (Groupe)
06-D-31

Hermès Parfum
06-D-04

Huet
06-D-09

Hutchinson
06-D-37

I

ICSC Colombes
06-D-03

Impression des Pyrénées
06-D-39

Inéo SA
06-D-07

Institut géographique national (IGN)
06-D-23

Intercycles
06-D-37

Intersyndicale des taxis marseillais
06-D-30

Isly 2000
06-D-37

J

JH Industries
06-D-09

Joncoux SA
06-D-03

José Alvarez SAS
06-D-37

K

Kenzo Parfums
06-D-04

Kohler France
06-D-03

L

L'Oréal Produits de luxe France
06-D-04

La Coccinelle
06-D-07

Lafarge
06-D-17

Lamy Moto
06-D-26

Larivière (Groupe)
06-D-03

LCI Cosmetics International France
06-D-04

Le Disque bleu
06-D-03

Le Goff confort
06-D-03

Le Numéro 118 218
06-D-20

Le Penven
06-D-37

Look Cycle International
06-D-37

Lyonnaise des Eaux
06-D-07

M

Mabalade.com
06-D-23

Mafart
06-D-03

Magri
06-D-09

Malerba
06-D-09

Mano
06-D-03

Marine Harvest NV
06-A-20

Marionnaud
06-D-04

Mark BV
06-D-03

Martin Belaysoud
06-D-03

Masonite International Corporation
06-D-09

Mastercycle
06-D-37

MBK
06-D-26

MC2R
06-D-37

Média Communication SAS
06-A-02

Mediapost
06-D-39

Mediavision et Jean Mineur
06-D-18

Merle
06-D-33

Messageries lyonnaises de presse (MLP)
06-MC-01

Metaloterm
06-D-03

MGE UPS Systems
06-D-35

Michelin
06-D-37

Michenon
06-D-37

Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie
06-D-02 ; 06-D-03 ; 06-D-06 ; 06-D-08 ; 06-D-09 ; 06-D-13 ; 06-D-15 ; 06-D-16 ; 06-D-22 ; 06-D-25 ; 06-D-28 ; 06-D-30 ; 06-D-32 ; 06-D-33 ; 06-D-35 ; 06-D-37 ; 06-D-38 ; 06-D-40 ; 06-A-02 ; 06-A-03 ; 06-A-04 ; 06-A-06 ; 06-A-07 ; 06-A-13 ; 06-A-16 ; 06-A-17 ; 06-A-19 ; 06-A-20

Montcocol
06-D-07

Morel
06-D-03

Moto Ouest
06-D-26

Moy sanitaire chauffage
06-D-03

Müller TP
06-D-07

Mutuelle d'assurances du corps de santé français (MACSF)
06-D-34

N

Néthub
06-D-37

NFTP
06-D-07

NGK Spark Plugs France
06-D-22

Nicoll
06-D-03

Nocibé
06-D-04

Nord France eau et environnement
06-D-07

Nord France TP
06-D-07

Nouvelles messageries de la presse parisienne (NMPP)
06-D-01 ; 06-D-16 ; 06-MC-01

Novatrix
06-D-03

O

Office des transports de la Corse (OTC)
06-MC-03

Oras
06-D-03

Origny Holcin
06-D-17

Orsa Bétons Nord
06-D-17

Orvif
06-D-03

Outremer Télécom
06-A-11

Oventrop
06-D-03

P

Paccard
06-D-25

Pacific Création Parfums (Lolita Lempicka)
06-D-04

PagesJaunes
06-D-20

Pan Fish ASA
06-A-20

Parenge
06-D-07

Parfums Christian Dior
06-D-04

Parfums Givenchy
06-D-04

Parfums Loris Azzaro
06-D-04

Parfums Rochas et Sisley
06-D-04

Pastor
06-D-03

Person
06-D-03

Pettinaroli
06-D-03

Peugeot
06-D-11 ; 06-D-19

Philamy
06-D-37

Planche et Reolon
06-D-33

Point P
06-D-03

Polydex
06-D-09

Polynorm
06-D-09

Pompes Grundfos Distribution
06-D-03

Pompes Salmson
06-D-03

Pool Presse
06-D-14

Premdor (Groupe)
06-D-09

Procter & Gamble France
06-D-04

Prothermic
06-D-03

Prothermie
06-D-03

PUIG Prestige et Beauté
06-D-04

R

R. Vecchietti
06-D-15

Rabot Dutilleul Entreprises
06-D-07

Radio-taxi Plus Marseillais
06-D-30

Razel
06-D-07

RB Engineering division MJ Béton
06-D-17

Ready Mixed Concrete (RMC)
06-D-17

Reims Champagne congrès expos
06-A-22

Renault
06-D-11 ; 06-D-19

Réseaux ferrés de France
06-A-19

Revaxion
06-D-37

Richardson
06-D-03

Righini
06-D-09

Roca
06-D-03

Rouquette (Groupe)
06-D-31

Rousselot CSM
06-D-03

Roussin Erem
06-D-03

Royal Vélo France
06-D-37

Ryder France
06-D-37

S

SACER Paris Nord Est
06-D-07

SADE CGTH
06-D-07

Saint-Martin & Saint-Barthélémy Tel Cell
06-A-11

Salmson Wilo
06-D-03

Sanibat
06-D-03

Santini France
06-D-37

SAS Partidis
06-D-03

SATEC Cassou Bordas (SCB)
06-D-33

SATELEC
06-D-07

Saunier Duval eau chaude et chauffage (SDECC)
06-D-03

Schiochet
06-D-33

Schmitt Ney chauffage
06-D-03

Schneider Electric SA
06-D-07

SCM Imagerie médicale du Nivolet
06-D-36

SCO
06-D-03

SCREG Est
06-D-02

SCREG IDF Normandie
06-D-07

Section marseillaise du syndicat des taxis CFTC
06-D-30

SEFI-INTRAFOR
06-D-07

Selkirk manufacturing France
06-D-03

SEP
06-D-18

Sephora France
06-D-04

SESCO 22
06-D-03

SESCO 35
06-D-03

SFCP
06-D-03

Shimano France
06-D-37

Shiseido France
06-D-04

Sidi Sport
06-D-37

Siemens SAS
06-D-03

Sintema
06-D-37

SITA-Suez (Groupe)
06-D-38

SIVOM de Huningue
06-A-15

SNCF
06-A-19

SOBEA Auvergne
06-D-33

SOCAE Auvergne
06-D-33

Société auxiliaire pour l'exploitation des messageries transport presse (SAEM-TP)
06-MC-01

Société française des boissons douces
06-D-31

Société lyonnaise de génie civil et Cie (SOLGEC)
06-D-33

Société marseillaise des taximètres électroniques (SMTE)
06-D-30

Société nationale maritime Corse Méditerranée (SNCM)
06-MC-03

SODIATEC
06-D-03

SODRAC
06-D-03

SOFRETIN
06-D-37

SOGEA Auvergne
06-D-33

SOGEA construction
06-D-07

SOGEA Sud
06-D-08

Soletanche Bachy
06-D-07

Sorégies
06-A-15

Sou médical (Le)
06-D-34

SPIE Batignolles TPCI
06-D-07

SPIE Batignolles travaux publics (SBTP)
06-D-07

SPIE Fondations
06-D-07

SPIE Trindel
06-D-07

SPM
06-D-07

Sport
06-D-40

Sports cyclistes
06-D-37

Sports médias & stratégies
06-D-40

SPTP et TP
06-D-07

Stock-Com
06-D-10

STPV
06-D-15

Syndicat des taximètres marseillais et de Provence (STM)
06-D-30

Syndicat indépendant des artisans taxis (SIAT)
06-D-30

Syndicat marseillais des artisans taxis (SMAT)
06-D-30

T

Taxi Radio Marseille (TRM)
06-D-30

Technibois
06-D-03

Technic publicité
06-D-18

Testo
06-D-03

Therm'Essonne
06-D-03

Thermic Anjou
06-D-03

Thierry Mugler Parfums
06-D-04

Time Sport International
06-D-37

TNC Distribution
06-D-19

Toinet (SARL)
06-D-37

Tôlerie émaillerie nantaise
06-D-03

Torch'VTT
06-D-37

Total Infrastructures Gaz France (TIGF)
06-A-23

TPI
06-D-07

TPLC
06-D-03

TPS
06-A-13

Transport Location Béton (TLB)
06-D-17

Travaux du Midi
06-D-08

Triangle Industries
06-D-28

Tribunal de grande instance de Metz
06-A-08

Tribunal de grande instance de Reims
06-A-22

Trojani BTP
06-D-13

TSO
06-D-15

Tubest
06-D-03

Turbo Europe
06-D-11

Two Lambs
06-D-37

U

Union climatique de France (UCF)
06-D-03

Union des associations des ambulanciers du Doubs (UAAD)
06-D-05

Union des chirurgiens de France (UCF)
06-D-34

Union des expéditeurs et exportateurs en fruits et légumes du Finistère (UEEFL)
06-A-09

Union nationale des chambres syndicales de couverture et de plomberie (UNCP)
06-D-03

Union syndicale des petits propriétaires (TUPP)
06-D-30

Urbaine de Travaux
06-D-07

Usine d'électricité de Metz
06-A-08

V

Valentin
06-D-07

Valentin SAS
06-D-03

Vélo Plus
06-D-37

Vélocité
06-D-37

Vendasi
06-D-13

Verney
06-D-03

VF Confort
06-D-03

Vialet & Cie
06-D-33

Vialis
06-A-15

Villaurdière
06-D-03

Villeroy & Boch
06-D-03

Vinci
06-D-07

Vinci Construction
06-D-07

Vivendi (Groupe)
06-D-38

Vivendi Universal
06-A-13

Vossloh Infrastructure Service
06-D-15

W

Watts Eurotherm
06-D-03

Willier
06-D-37

Wilo France
06-D-03

Y

Yamaha Motor France
06-D-26

Yonnelec
06-D-03

Yves Saint Laurent Parfums
06-D-04

Z

Zehnder
06-D-03

ZGS Acova
06-D-03

Recours devant la cour d'appel de Paris

Recours devant la cour d'appel de Paris

Décisions 2006 ayant fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris (mise à jour le 30 mai 2007)

Décisions (au fond)		Arrêts cour d'appel
06-D-03 du 9 mars 2006	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie, climatisation	Affaire pendante
06-D-04 du 13 mars 2006	relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe	Affaire pendante
06-D-06 du 17 mars 2006	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'hébergement touristique en gîtes ruraux et en chambres d'hôtes	Ordonnance du 15/05/2006 Désistement
06-D-07 du 21 mars 2006	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux publics dans la région Île-de-France	Affaire pendante
06-D-08 du 24 mars 2006	relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés publics de construction de trois collèges dans le département de l'Hérault	Affaire pendante
06-D-09 du 11 avril 2006	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication des portes	Arrêt du 24/04/2007 Confirmation
06-D-12 du 6 juin 2006	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de commodités chimiques	Arrêt du 13/03/2007 Annulation – renvoi au Conseil
06-D-13 du 6 juin 2006	relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre d'un marché public de travaux pour la reconstruction du stade Armand-Cesari à Furiani	Affaire pendante
06-D-15 du 14 juin 2006	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la pose et de l'entretien des voies de chemin de fer	Affaire pendante
06-D-17 du 22 juin 2006	relative à des pratiques relevées dans le secteur du transport du béton prêt à l'emploi dans l'Oise	Arrêt du 15/05/2007 Confirmation
06-D-24 du 24 juillet 2006	relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France	Affaire pendante
06-D-29 du 6 octobre 2006	relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE Les Indépendants dans le secteur de la publicité radiophonique	Affaire pendante
06-D-37 du 7 décembre 2006	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des cycles et produits pour cyclistes	Affaire pendante
Décisions (sur des demandes de mesures conservatoires)		**Arrêts cour d'appel**
06-MC-01 du 23 février 2006	relative à une demande de mesures conservatoires présentée par les sociétés Messageries lyonnaises de presse et Agora Diffusion Presse	Arrêt du 9/05/2006 Confirmation
06-MC-03 du 11 décembre 2006	relative à des demandes de mesures conservatoires dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent	Arrêt du 6/02/2007 Irrecevabilité

Décisions 2005 ayant fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris (mise à jour le 30 mai 2007)

	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 15/11/2005 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 15/11/2005 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 13/12/2005 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 13/12/2005 Confirmation
05-D-26 du 9 juin 2005	relative aux marchés de travaux publics réalisés dans le département de la Meuse	Arrêt du 25/04/2006 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	Arrêt du 23/05/2006 Désistement
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 04/04/2006 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 21/02/2006 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 24/01/2006 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 07/02/2006 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 21/03/2006 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 07/03/2006 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 25/04/2006 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)	Arrêt du 23/05/2006 Annulation
05-D-58 du 3 novembre 2005	relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'eau potable en Île-de-France	Arrêt du 26/09/2006 Confirmation pour l'essentiel (extension de la condamnation à un grief supplémentaire mais maintien des sanctions)
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	Arrêt du 4/07/2006 Confirmation
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'État et la commune de Cannes	Arrêt du 4/07/2006 Confirmation
05-D-64 du 25 novembre 2005	relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces parisiens	Arrêt du 26/09/2006 Confirmation
05-D-65 du 30 novembre 2005	relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile	Arrêt du 12/12/2006 Confirmation
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	Arrêt du 4/07/2006 Confirmation pour l'essentiel (acquisition de la prescription pour la société Unidoc ; autres sanctions confirmées)
05-D-68 du 12 décembre 2005	relative à des pratiques du Centre national d'enseignement à distance	Arrêt du 7/11/2006 Confirmation
05-D-69 du 15 décembre 2005	relative à des pratiques anticoncurrentielles relevées dans le secteur des travaux routiers en Seine-Maritime	Arrêt du 30/01/2007 Confirmation
05-D-70 du 19 décembre 2005	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des vidéocassettes préenregistrées	Arrêt du 29/05/2007 Confirmation
05-D-71 du 19 décembre 2005	relative à une saisine de la société Toffolutti	Arrêt du 12/12/2006 Annulation – renvoi au Conseil (à rapprocher de la décision 06-D-08 ; l'arrêt confirme le bien-fondé du changement de position du Conseil arrêté dans la décision 06-D-08 « Collèges de l'Hérault » concernant l'application de la prescription quinquennale)
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	Arrêt du 23/01/2007 Confirmation
05-D-75 du 22 décembre 2005	relative à des pratiques mises en œuvre par la Monnaie de Paris	Arrêt du 12/12/2006 Confirmation pour l'essentiel (maintien de la sanction ; révision des injonctions de publication et de diffusion)

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	17/05/2005 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	13/09/2005 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	13/09/2005 Désistement

04-D-76 du 22 décembre 2004	relative à une saisine de la société Digitechnic	24/05/2005 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	24/05/2005 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)	28/06/2005 Rejet
Décisions (sur des demandes de mesures conservatoires)		**Arrêts cour d'appel**
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)