

GUIDE
D’EVALUATION DE L’IMPACT CONCURRENTIEL
DES PROJETS DE TEXTES NORMATIFS

Sommaire

Editorial.....	4
Avant-propos.....	6
Introduction	8
I.VADE-MECUM DE L’EVALUATION DE L’IMPACT CONCURRENTIEL D’UN PROJET DE TEXTE NORMATIF.....	9
1.1 L’INTERVENTION D’UNE REGLE DE DROIT NOUVELLE EST-ELLE INDISPENSABLE ? QUELLES SONT LES MESURES ALTERNATIVES ENVISAGEABLES ?.....	10
1.2. QUEL TYPE D’INTERVENTION PUBLIQUE CONVIENT-IL DE PRIVILEGIER POUR MINIMISER LES DISTORSIONS DE CONCURRENCE ET DANS QUELS CAS CE GUIDE PEUT-IL FACILITER L’EVALUATION DE L’IMPACT DE CETTE INTERVENTION ?	11
1.3. CONVIENT-IL DE SAISIR L’AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE ET QUELLES MODALITES FAUT-IL OBSERVER DANS CETTE HYPOTHESE ?	13
1.3.1. DANS QUELS CAS L’ADMINISTRATION EST-ELLE TENUE DE SAISIR L’AUTORITE DE LA CONCURRENCE POUR AVIS ?	13
1.3.2. DANS QUELS AUTRES CAS LA SAISINE DE L’AUTORITE PEUT-ELLE ETRE UTILE ? L’ADMINISTRATION EST-ELLE LA SEULE AUTORISÉE A SAISIR L’AUTORITÉ ?.....	14
1.3.3. DE QUELS TYPES DE QUESTIONS OU TEXTES L’AUTORITE DE LA CONCURRENCE PEUT-ELLE ETRE SAISIE ?.....	17
1.3.4. A QUEL MOMENT CONVIENT-IL DE SAISIR L’AUTORITÉ ?.....	20
1.4.QUELLES QUESTIONS CONVIENT-IL DE SE POSER POUR EVALUER L’IMPACT CONCURRENTIEL D’UN PROJET DE TEXTE NORMATIF ?.....	20
1.4.1. L’INTERVENTION DIRECTE DES POUVOIRS PUBLICS SUR UN MARCHÉ CONCURRENTIEL.....	20
<i>Offre publique de biens ou services, diversification, intégration horizontale ou verticale d’opérateurs historiques, ouverture à la concurrence de nouveaux secteurs</i>	
1.4.2. LA RÉGLEMENTATION DES ACTIVITÉS ÉCONOMIQUES	25
1.4.2.1 Réglementation de l’accès à une activité économique	25
<i>Autorisations administratives, licences, quotas</i>	
1.4.2.2 Réglementation de l’exercice d’une activité économique	27
<i>Nouvelles exigences législatives ou réglementaires, restrictions de publicité, normes techniques et standards de qualité, consultations professionnelles</i>	
1.4.2.3 Réglementation des prix.....	29
II. LA PRATIQUE DE L’AUTORITE EN MATIERE D’ANALYSE CONCURRENTIELLE DES PROJETS DE TEXTES NORMATIFS.....	32
2.1. L’INTERVENTION DIRECTE DES POUVOIRS PUBLICS SUR UN MARCHÉ CONCURRENTIEL	33
2.1.1. L’OFFRE PUBLIQUE DE BIENS OU SERVICES ET LA FOURNITURE DE SERVICES PUBLICS	33
2.1.1.1. Application du droit de la concurrence aux personnes publiques lorsqu’elles exercent des activités économiques	33
2.1.1.2. Conditions de l’intervention des personnes publiques sur un marché concurrentiel.....	36

2.1.1.2.1. Neutralité quant à la forme juridique de l'intervention des pouvoirs publics	36
2.1.1.2.2. Exigence d'une séparation comptable de l'exercice des missions de service public ou sous monopole et des activités sur un marché concurrentiel.....	37
2.1.1.2.3. Exigence d'une séparation complète des activités de régulation et des activités commerciales	39
2.1.2. ATTRIBUTION, EXTENSION, AMENAGEMENT OU MAINTIEN DE DROITS EXCLUSIFS OU SPECIAUX.....	41
2.1.2.1. Conditions de conformité au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne des droits exclusifs ou spéciaux	41
2.1.2.2. Garanties permettant d'éviter que la diversification d'un opérateur historique ou que l'attribution, l'extension, l'aménagement ou le maintien de droits exclusifs ou spéciaux ne conduise nécessairement à un abus de position dominante	43
2.1.2.2.1. Modalités d'attribution des droits exclusifs ou spéciaux.....	44
Publicité	45
Durée des droits exclusifs	47
Capacité du co-contractant à exécuter le service	48
Allotissement dans le cadre d'appels d'offre	48
2.1.2.2.2. Filialisation des activités économiques en dehors du champ des droits exclusifs.....	49
2.1.2.2.3. Accès des concurrents aux marchés connexes ou aval en cas d'intégration horizontale ou verticale de l'opérateur jouissant de droits exclusifs	51
2.1.2.2.4. Régulation ou réglementation de l'accès aux facilités essentielles	53
2.1.2.2.5. Régulation ou réglementation des tarifs pratiqués par les entreprises disposant de droits exclusifs ou spéciaux et par les entreprises conservant une position dominante après une ouverture de la concurrence.....	54
Prix prédateurs.....	56
Subventions croisées	59
Ciseau tarifaire ou "compression des marges"	60
2.1.2.2.6. Prévention de la confusion entre missions protégées par un droit exclusif ou spécial et activités dans le secteur concurrentiel.....	62
2.2. LA REGLEMENTATION DES ACTIVITES ECONOMIQUES	62
2.2.1. LIMITATION DIRECTE OU INDIRECTE DU NOMBRE D'OPERATEURS PAR LA REGLEMENTATION DE L'ACCES A UNE ACTIVITE ECONOMIQUE OU DE SON EXERCICE.....	63
2.2.2. LIMITATION DES INCITATIONS A LA CONCURRENCE PAR L'IMPOSITION DE PRATIQUES OU CONDITIONS DE VENTE UNIFORMES	66
2.2.2.1. Pratiques uniformes en termes de prix.....	66
Décrets pris pour l'application de l'article L. 410-2, deuxième ou troisième alinéa du Code de commerce	67
Dispositions législatives spéciales	69
2.2.2.2. Conditions de vente uniformes	71
Restrictions de publicité.....	72
Reconnaissance officielle d'une norme de qualité ou d'un standard technique.....	74
2.2.3. MESURES SUSCEPTIBLES DE FACILITER LA COORDINATION ET L'ECHANGE D'INFORMATIONS ENTRE CONCURRENTS	75
ANNEXE 1 : Liste thématique des principaux avis de référence	79
ANNEXE 2 : Conformité des prix réglementés au droit de l'Union européenne.....	86
ANNEXE 3 : Concurrence sur le marché et concurrence pour le marché.....	89

Editorial

Par Bruno Lasserre, Président de l'Autorité de la concurrence

L'introduction en droit français du principe de libre concurrence, en 1986, a marqué le passage définitif de la France à une économie de marché, au moment où elle devait notamment relever les défis de l'unification du marché intérieur européen et de l'internationalisation des échanges. A cette même époque, l'administration engageait ses premières réflexions sur l'étude d'impact des projets de textes normatifs, destinée à renforcer la qualité du droit et mieux mesurer le coût de la réglementation.

Au-delà de ce contexte commun, ces deux évolutions ont concouru à renouveler les principes qui guident la formation de la norme nouvelle : plus simple et économe, ses effets doivent être mieux anticipés, de sorte que son application soit égale et prévisible pour tous les opérateurs économiques, quels que soient leurs origines et leurs statuts.

La convergence entre ces deux dynamiques n'a cependant pas été spontanée. L'intégration du droit de la concurrence dans la démarche de l'étude d'impact n'est, aujourd'hui, pas encore pleinement réalisée.

En pratique, la connaissance du droit de la concurrence est en effet très concentrée et ne peut toujours être mobilisée en temps utile par l'administration centrale. Pour le grand nombre, cette matière apparaît comme un corpus de référence d'un maniement complexe, aux confins du droit, de l'économie et des politiques de l'Union européenne. Peu d'agents, parmi ceux qui sont chargés de préparer les projets de textes normatifs et les études d'impact, sont formés au droit de la concurrence. Les administrations spécialisées dont ils relèvent ne sont pas associées suffisamment en amont ou ne participent pas à tous les travaux interministériels relatifs à une intervention des pouvoirs publics sur des marchés concurrentiels ou à la réglementation des activités économiques. L'Autorité de la concurrence n'est, pour sa part, pas nécessairement saisie par l'administration ou le Parlement de toutes ces catégories d'avant-projets de textes. Le Conseil d'Etat se prononce généralement très en aval, sur un projet déjà issu d'un long processus d'arbitrage et de décision au sein du pouvoir exécutif.

Or, le nouveau cadre juridique défini par le Constituant en 2008 confirme la nécessité d'une intégration effective du droit de la concurrence dans l'étude d'impact, bien en amont de ce processus. Elle participe d'une exigence démocratique : le législateur doit être en mesure de vérifier que l'intervention d'une règle de droit nouvelle est justifiée et doit pouvoir disposer de toutes les informations nécessaires pour effectuer la synthèse entre différents motifs d'intérêt général, dont la concurrence fait partie.

Il revient donc à l'Autorité de la concurrence d'assumer le rôle de pédagogie auprès des pouvoirs publics qui lui a été confié dès 1986 et enrichi par la loi de modernisation de l'économie de 2008, en donnant aux administrations les outils nécessaires, c'est-à-dire en mettant à leur disposition un guide pratique facilitant l'évaluation des projets de textes normatifs au regard du droit de la concurrence.

L'objectif de ce guide est de généraliser l'analyse concurrentielle à un stade précoce des travaux préparatoires, afin que l'ensemble des administrations acquièrent le réflexe d'envisager et de hiérarchiser les différentes options offertes pour l'intervention publique avant de rédiger un avant-projet, puis d'identifier les mesures d'accompagnement le cas échéant nécessaires pour minimiser les distorsions de concurrence. Au terme de cette démarche, leurs responsables pourront proposer aux décideurs publics des textes offrant la sécurité juridique et l'efficacité requises, assis sur des études d'impact aussi complètes que possibles.

Ce guide contient des questionnaires qui facilitent l'auto-évaluation par le rédacteur de son projet de texte normatif, un « mode d'emploi » de la saisine de l'Autorité, et une présentation thématique de sa pratique consultative à travers des exemples concrets d'avis dans une grande variété de secteurs économiques.

Je vous en souhaite bonne lecture.

Bruno LASSERRE

Avant-propos

Par Serge Lasvignes, Secrétaire Général du Gouvernement

« A la qualité de la règle de droit s'attachent des enjeux déterminants pour l'attractivité de notre système juridique et pour notre compétitivité économique (...). Chaque projet de norme nouvelle doit ainsi être soumis à un examen de nécessité et de proportionnalité aussi circonstancié que possible, au regard de ses effets prévisibles et des exigences de stabilité des situations juridiques » : c'est en ces termes que débute la circulaire du Premier ministre en date 7 juillet 2011 relative à la qualité du droit¹.

Ainsi consacrée, l'exigence d'évaluation préalable des projets de loi et de règlement s'ancre aujourd'hui dans le travail gouvernemental, en donnant corps à des réflexions de plusieurs années auxquelles le président Bruno Lasserre avait d'ailleurs pris une part éminente.

En juillet 2008, le Constituant a jeté les bases, à l'article 39 de la Constitution, d'une obligation d'évaluation préalable des projets de loi, dont le contenu a été précisé par la loi organique du 15 avril 2009. L'étude à laquelle doit se livrer le Gouvernement et qui est soumise à l'appréciation du Conseil d'Etat et du Parlement, embrasse les incidences tant budgétaires, sociales et environnementales qu'économiques.

Au début de l'année 2011, le Premier ministre a en outre soumis à étude d'impact l'ensemble des textes réglementaires concernant les entreprises et les collectivités territoriales, sous le contrôle du commissaire à la simplification, M. Rémi Bouchez².

Ce dispositif place aujourd'hui la France au nombre des pays où la pratique de l'étude d'impact sur les projets de texte normatif est la plus systématique.

Responsable de l'animation du travail gouvernemental en ce domaine, le secrétariat général du Gouvernement attache la plus grande importance au perfectionnement des méthodes et des pratiques suivies par les ministères. Ainsi que le montrent les exemples étrangers, les progrès en la matière nécessitent durée et ténacité. Ils passent par une forme d'acculturation de l'administration, et plus largement de tous ceux qui préparent la loi et participent à sa délibération.

¹ JORF du 8 juillet 2011, texte n° 2.

² Circulaire du 17 février 2001 relative à la simplification des normes concernant les entreprises et les collectivités territoriales, JORF du 18 février 2011, texte n°1.

Cela suppose de disposer d'une méthodologie robuste, faisant appel à une gamme d'outils qui aident à saisir l'impact de la nouvelle norme dans la diversité de ses dimensions. Faute de ces outils, l'exercice de l'évaluation risque de n'être qu'un exposé des motifs détaillé ou un document promotionnel.

C'est dire à quel point le guide que le lecteur va découvrir est une contribution précieuse. Il donne en effet à l'évaluateur un fil d'Ariane pour entrer sur un terrain, celui de l'impact concurrentiel, qui est à la fois particulièrement sensible et difficile à explorer.

Je me réjouis donc particulièrement de cette initiative et invite les administrations intéressées à en tirer profit.

Serge LASVIGNES

Introduction

1. Le présent guide vise à faciliter l'évaluation par les administrations publiques de l'impact concurrentiel de leurs projets de textes normatifs.
2. La première partie constitue un vade-mecum à l'attention des agents de l'administration afin de les assister, d'une part, dans l'identification des hypothèses dans lesquelles l'Autorité de la concurrence doit ou peut utilement être saisie pour avis, et, d'autre part, dans l'évaluation de l'impact concurrentiel des projets de textes normatifs qu'ils rédigent. La seconde partie présente la pratique consultative de l'Autorité dont sont issus les questionnaires de la première partie et offre ainsi un éventail de méthodes et exemples concrets permettant d'intégrer l'étude de l'impact concurrentiel du projet de texte normatif dans le processus d'élaboration de celui-ci.
3. Dans certains cas, la saisine de l'Autorité de la concurrence est obligatoire (**voir points 17 à 22**).
4. Dans les autres cas, la saisine est facultative. Néanmoins, lorsqu'une réforme d'un secteur structurant pour l'économie est envisagée ou lorsqu'un projet de texte ou une question relative à l'application de la loi a un impact déterminant sur le fonctionnement concurrentiel d'un marché, un avis de l'Autorité contribue utilement à la réflexion de l'administration et à la consultation des autres acteurs concernés. La saisine de l'Autorité est, en outre, de nature à conforter la sécurité juridique des projets de textes normatifs. Elle peut concourir à la prévention de risques de contentieux à l'occasion d'un recours formé par la Commission européenne dans le cadre de procédures engagées en application de l'article 106 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE ») relatif aux droits spéciaux ou exclusifs, d'actions en manquement sur le fondement de l'article 260 TFUE, ou d'un recours en excès de pouvoir ou de plein contentieux porté devant le juge administratif¹.
5. Lorsque l'Autorité n'est pas saisie pour avis, l'évaluation de l'impact concurrentiel des projets de textes normatifs par les rédacteurs de ceux-ci reste nécessaire. Elle permet de

¹ Le Conseil d'Etat inclut les règles de concurrence dans le bloc de légalité (CE, Sect., 8 novembre 1996, Fédération française des sociétés d'assurance, Rec. p. 441 ; CE, Sect., 23 novembre 1997, Million et Marais, n° 169907, Rec. p. 406 ; CE, 1er avril 1998, Union hospitalière privée et Fédération intersyndicale des établissements d'hospitalisation privée, Rec. p. 114 ; CE, 5 octobre 1998, Fédération française des pompes funèbres et association Force ouvrière consommateurs, n°s 193261 et 193359 ; avis du 8 novembre 2000, Sté Jean-Louis Bernard Consultants, n°222208, J.O n° 282 du 6 décembre 2000 page 19380 ; CE, 16 février 2001, Syndicat national de l'industrie pharmaceutique, n° 208205, Rec. p. 624). Il a posé le principe selon lequel tous les actes administratifs doivent prendre « en compte la liberté du commerce et de l'industrie et les règles de la concurrence » (CE, 22 novembre 2000, avis Sté L & P Publicité Sarl, Rec. p. 525). Le contrôle de la juridiction administrative sur ce fondement s'étend aux décrets, aux arrêtés, y inclus les arrêtés portant extension de conventions collectives (CE, sect., 30 avril 2003, Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement, n° 230804 ; CE, 21 juin 2008, Société nouvelle de remorquage du Havre et société de remorquage maritime de Rouen, n°s 291115, 291210 et 291247, Rec. p. 950) ou d'accords en matière de délais de paiement (CE, 14 juin 2010, fédération des entreprises du commerce et de la distribution, n°328474), aux décisions ou actes portant sur l'organisation du service public ou mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique, aux mesures de police administrative (CE, avis Sté L & P Publicité Sarl précité) et aux actes de gestion du domaine public (CE, section, 26 mars 1999, société EDA, n°202260, Rec. p. 96). Voir la **note 41** au sujet des compétences respectives des ordres juridictionnels administratif et judiciaire.

mieux évaluer les différentes options envisageables dans le cadre d'une intervention publique et de hiérarchiser les solutions en fonction de leur impact sur la concurrence, ce qui est facteur, *in fine*, d'une plus grande efficacité économique. En pratique, le présent guide invite les rédacteurs de textes à s'interroger sur les principaux motifs d'intérêt général qui guident l'intervention publique, à peser les effets de cette intervention sur la concurrence, à proportionner, en fonction des différents objectifs visés, le degré et les modalités de cette intervention, et à prévoir, le cas échéant, les mesures d'accompagnement nécessaires.

6. La conduite d'une analyse concurrentielle des projets de loi peut en outre contribuer, le cas échéant, au respect des obligations d'évaluation d'impact définies par la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, telles qu'interprétées par la circulaire du 15 avril 2009 portant sur la mise en œuvre de la révision constitutionnelle².
7. Le présent guide n'analyse ni les aspects relatifs aux aides d'Etat³, qui relèvent, le cas échéant, d'un régime spécifique de notification préalable auprès de la Commission européenne en application du paragraphe 3 de l'article 108 TFUE, ni ceux relatifs aux libertés de circulation et d'établissement des personnes, des marchandises, des services et des capitaux, qui ressortissent à la compétence des juridictions nationales, et, le cas échéant, à celle de la Cour de justice de l'Union européenne.

I. VADE-MECUM DE L'ÉVALUATION DE L'IMPACT CONCURRENTIEL D'UN PROJET DE TEXTE NORMATIF

8. Un marché dont le fonctionnement est concurrentiel alloue de manière optimale les ressources disponibles, maximise le bien-être des consommateurs et stimule la compétitivité du secteur concerné, en favorisant l'innovation, la baisse des prix, la diversification de l'offre, et la hausse de la qualité des biens et des services. La concurrence est un facteur d'efficacité productive et allocative.
9. Néanmoins, la concurrence ne constitue pas une fin en soi ; elle est un outil au service de cette efficacité économique. Les textes normatifs répondent très fréquemment à des préoccupations d'intérêt général plus larges et dessinent une intervention des pouvoirs publics qui ont un impact sur le fonctionnement de l'économie, notamment lorsqu'ils ont

² JORF n°0089 du 16 avril 2009, Texte n°5, NOR: PRMX0908734C

³ Il est conseillé sur cette question de consulter le compendium des textes applicables en la matière, (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/compilation/index_fr.html) ainsi que le vade-mecum des aides d'Etat rédigé par le ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et le ministère du budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat, publié à la Documentation française (édition juillet 2010, référence 9 782 110 081476) et le « Guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État, de "marchés publics" et de "marché intérieur" » (ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6458&langId=fr). .

pour objet de régir la fourniture de services publics, de modifier la répartition de ressources entre différentes catégories de la population, de protéger le consentement des consommateurs, ou de remédier à des imperfections de marchés. Le Gouvernement et le Parlement sont alors conduits, chacun en ce que les concerne, à peser les différents objectifs d'intérêt général en cause, après avoir été précisément informés des effets sur la concurrence de l'intervention publique envisagée, et, le cas échéant, à effectuer une conciliation entre ces objectifs.

10. Il est proposé d'évaluer l'impact concurrentiel de tels textes normatifs selon la méthode exposée ci-après, qui constitue un vade-mecum, qui peut être complété par la consultation de la liste des principaux avis de référence [voir annexe 1] et par la lecture de la présentation thématique de la seconde partie du présent guide.

1.1. L'INTERVENTION D'UNE RÈGLE DE DROIT NOUVELLE EST-ELLE INDISPENSABLE ? QUELLES SONT LES MESURES ALTERNATIVES ENVISAGEABLES ?

11. Ainsi que le rappellent les lignes directrices pour l'élaboration des études d'impact du Secrétariat général du Gouvernement, l'opportunité d'une intervention doit être pesée au cas par cas, après avoir envisagé les alternatives envisageables à l'élaboration d'une règle de droit nouvelle.
12. Il s'agit également de la première étape de l'évaluation de l'impact concurrentiel d'un projet de texte normatif. Celle-ci peut s'appuyer sur le questionnaire suivant, qui a davantage vocation à guider la réflexion qu'à être renseigné de façon exhaustive au même titre qu'une étude d'impact :

Questionnaire n°1 : Alternatives à l'intervention d'une règle de droit nouvelle

Question n°1.1. : *Quelles sont les alternatives à l'intervention d'une règle de droit nouvelle ? Quels sont les avantages et inconvénients de chaque instrument ? Différentes hypothèses sont examinées ci-dessous.*

1.1.1. Est-il envisageable de réorganiser les moyens mis en œuvre pour l'application de la réglementation en vigueur plutôt que de créer une nouvelle règle de droit ? Si la réponse à cette question est positive,

- *Quelles seraient les modalités de cette réorganisation ?*
- *Est-il possible de s'appuyer sur des instruments existants de portée générale, non spécifiques au secteur économique concerné, tels que, par exemple, les documents d'urbanisme, la réglementation environnementale, les pouvoirs de police administrative ?*
- *Des objectifs publics peuvent-ils être fixés en la matière ? Quelles incitations peuvent-elles être mises en place ? Quels partenaires doivent être associés pour assurer l'efficacité de ce projet ?*

1.1.2. La réglementation en vigueur peut-elle être simplifiée ?

1.1.3. Une autorité administrative indépendante serait-elle bien placée pour répondre à la difficulté soulevée ? Si la réponse à cette question est positive,

- Peut-elle être saisie de la difficulté en cause?
 - Dans le cas contraire, a-t-il été envisagé d'adapter ses pouvoirs ?
- 1.1.4. L'auto-régulation par le secteur concerné a-t-elle été envisagée (code de conduite, norme technique, contrat-type n'ayant pour effet d'harmoniser ni les prix ni les caractéristiques essentielles d'un produit ou d'un service donné du point de vue de la concurrence⁴) ?
- 1.1.5. Est-il nécessaire de conduire une campagne d'information à l'attention de certains administrés/usagers ? Une telle campagne suffirait-elle à résoudre ou atténuer la difficulté qui motive l'intervention publique envisagée ?
- Question n°1.2. :** *Quel est l'objectif d'intérêt général visé ? S'agit-il d'un objectif de nature économique ?*
- Dans ce cas, des incitations financières ou fiscales conformes au TFUE permettraient-elles de répondre à l'objectif économique visé et seraient-elles suffisantes ? Un renforcement des obligations d'informations du consommateur (transparence des tarifs, étiquetage, informations pré-contractuelles ou contractuelles) permettraient-elles de répondre à l'objectif économique visé et seraient-elles suffisantes ?
 - Dans le cas contraire, a-t-il été procédé préalablement à un diagnostic objectif du fonctionnement concurrentiel du secteur en cause ?
- Question n°1.3. :** *Si l'objectif d'intérêt général visé n'est pas de nature économique, de quelle autre catégorie d'objectif d'intérêt général le texte relève-t-il ? Le dispositif envisagé est-il proportionné à ce qui est strictement nécessaire pour satisfaire cet objectif ?*

1.2. QUEL TYPE D'INTERVENTION PUBLIQUE CONVIENT-IL DE PRIVILEGIER POUR MINIMISER LES DISTORSIONS DE CONCURRENCE ET DANS QUELS CAS CE GUIDE PEUT-IL FACILITER L'EVALUATION DE L'IMPACT DE CETTE INTERVENTION ?

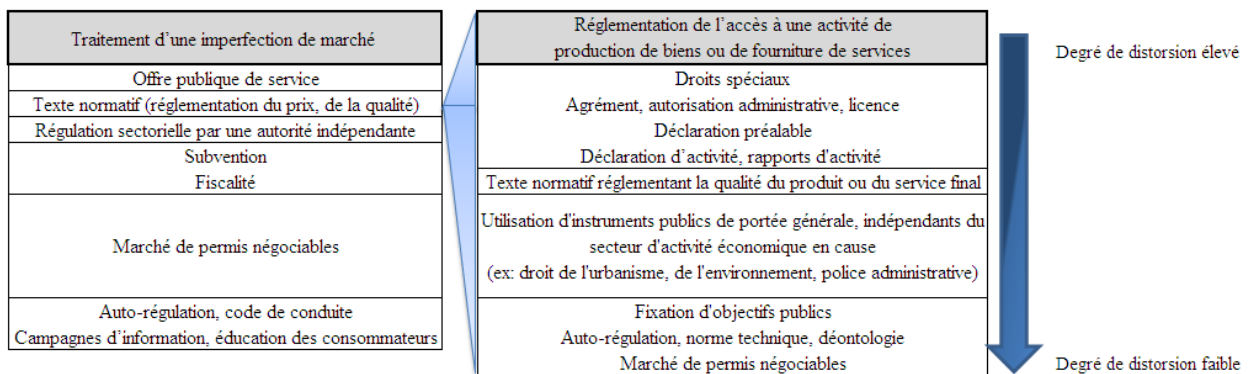
13. Le principe même de l'intervention publique peut être d'ouvrir un nouveau secteur à la concurrence. Suivant les caractéristiques économiques du secteur concerné, deux principaux schémas-type sont envisageables à cet effet. La première forme est généralement désignée sous le nom de concurrence dite « sur le marché », c'est-à-dire entre opérateurs économiques de droit privé fournissant le même bien ou service dans des conditions juridiques identiques. La seconde principale forme d'ouverture à la concurrence dite « pour le marché » consiste à mettre aux enchères le droit de servir seul la demande, pour une durée et sur un territoire donné, par exemple par la voie de délégations de service public, comme cela est largement pratiqué par les collectivités territoriales en matière de transport urbain, de chauffage urbain ou de collecte et traitement des déchets. L'**annexe 3** présente les différents facteurs susceptibles de conduire à opter pour l'une ou l'autre forme d'ouverture à la concurrence. L'intervention directe des pouvoirs publics par l'offre de biens ou services

⁴ Cette auto-régulation doit alors s'inscrire dans le cadre des lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale (Communication de la Commission européenne, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, JOUE n° L 335 du 18 décembre 2010)

ou par le maintien de droits spéciaux ou exclusifs peut en modifier les conditions de fonctionnement. Elle sera abordée aux **parties 1.4.1 et 2.1** du présent guide.

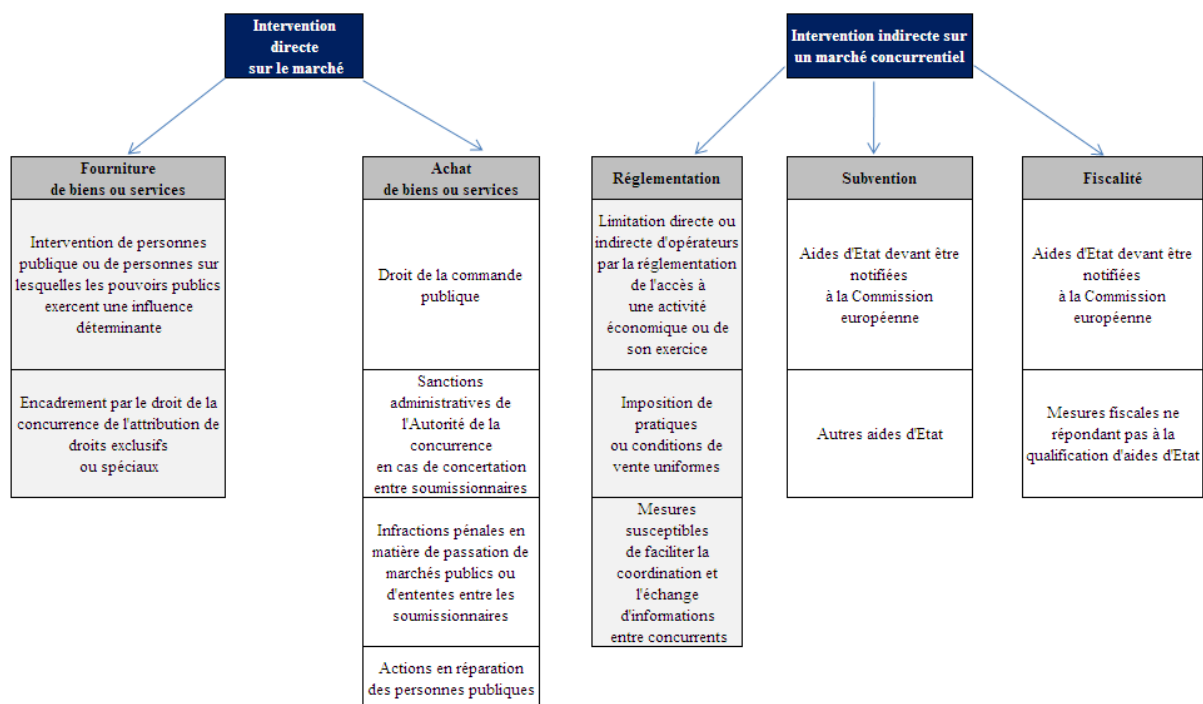
14. Lorsque les principales caractéristiques du fonctionnement d'un marché sont déterminées, les pouvoirs publics peuvent également décider d'intervenir pour un motif d'intérêt général. Dans cette hypothèse, l'évaluation de l'impact concurrentiel des projets de textes normatifs peut être déterminante pour assurer l'efficacité de cette action au regard des objectifs attendus et pour minimiser les distorsions qui peuvent en résulter sur les marchés. Elle constitue un outil d'aide à la décision publique. Le schéma n°1 ci-dessous peut faciliter le choix de l'instrument approprié.

Schéma n°1 : Le choix d'un instrument d'intervention publique en fonction de son effet potentiel sur la concurrence



15. Du point de vue juridique, l'intervention dont l'impact doit être évalué peut se rattacher à diverses catégories, présentées dans le schéma n°2.

Schéma n°2 : les principales catégories d'intervention des pouvoirs publics sur un marché



16. Le présent vade-mecum s'intéresse à l'évaluation de l'impact des projets de textes normatifs relevant des catégories d'interventions de l'Etat signalées dans le schéma n°2 ci-dessus en gris clair, c'est-à-dire, d'une part, les interventions directes des pouvoirs publics dans la fourniture de biens ou services, et, d'autre part, la réglementation des activités économiques. En effet, seules ces catégories d'interventions publiques sont susceptibles d'être analysées par l'Autorité de la concurrence dans le cadre des fonctions consultatives qui lui ont été confiées par le législateur.

1.3. CONVIENT-IL DE SAISIR L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE ET QUELLES MODALITES FAUT-IL OBSERVER DANS CETTE HYPOTHÈSE ?

17. Le législateur a institué une saisine obligatoire de l'Autorité de la concurrence dans quelques hypothèses précisément définies (1.3.1.). En dehors de ces hypothèses, il est facultatif de consulter l'Autorité, mais cette démarche est recommandée pour évaluer l'impact concurrentiel de certains projets de textes normatifs suffisamment en amont et pour assurer la sécurité juridique du dispositif envisagé, étant rappelé que l'administration ne dispose pas de monopole de la saisine pour avis (1.3.2.). L'Autorité peut être saisie de tout projet de texte, mais également de questions de concurrence (1.3.3.). La chronologie de la saisine de l'Autorité doit être adaptée à la nature de la consultation (1.3.4).

1.3.1. Dans quels cas l'administration est-elle tenue de saisir l'Autorité de la concurrence pour avis ?

18. L'Autorité de la concurrence est obligatoirement consultée dans quatre circonstances prévues par le législateur.

19. La première est définie par l'article L. 462-2 du Code de commerce et concerne tout projet de texte réglementaire (projet de décret ou d'ordonnance) qui institue un régime nouveau qui a directement pour effet de soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives, ou d'établir des droits exclusifs dans certaines zones, ou d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente. Le texte édicté en méconnaissance de cette disposition encourt l'annulation⁵.

20. L'administration est, par ailleurs, en application du II de l'article L. 420-4 du Code de commerce, non seulement tenue de consulter l'Autorité, mais également de recueillir son avis conforme avant de soumettre au Premier ministre un décret reconnaissant comme porteurs de progrès économique certaines catégories d'accords ou certains accords qui ont notamment pour objet d'améliorer la gestion des petites ou moyennes entreprises. L'article

⁵ Voir, par exemple, Conseil d'Etat, 10 février 1992, Fédération des syndicats pharmaceutiques de France, n° 99262 ; 28 mars 2007, Société fonds régional d'organisation du marché du poisson, n° 251094 ; 3 mai 2004, Société fonds régional d'organisation du marché du poisson, n°s 260036-260037.

R. 420-2 du Code de commerce prévoit que les projets de décret concernés doivent faire l'objet d'une publication aux fins de recueillir les observations éventuelles des personnes intéressées un mois avant leur transmission à l'Autorité.

21. La troisième hypothèse de consultation obligatoire porte sur les projets de décrets ayant pour objet de réglementer les prix dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison de dispositions législatives ou réglementaires ou de situations de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement. Ces décrets sont, en application du deuxième alinéa de l'article L. 410-2 du Code de commerce, des décrets en Conseil d'Etat pris après consultation de l'Autorité de la concurrence.
22. L'Autorité doit, enfin, être saisie par certaines autorités de régulation sectorielle avant l'adoption de certaines décisions administratives, délibérations ou avis. Ainsi, l'Autorité de régulation des communications et de la poste (ARCEP) est tenue de consulter l'Autorité en application des articles L. 37-1, D. 301 et D. 302 du code des postes et communications électroniques, avant de déterminer la liste des opérateurs réputés exercer une influence significative sur chacun des marchés des communications électroniques. Le I de l'article L. 34-8 du même code exige également une consultation avant l'adoption d'une délibération imposant des modalités d'interconnexion objectives, transparentes et proportionnées. En cas de non-respect de ces obligations, la délibération de l'ARCEP encourt l'annulation⁶. La Commission de régulation de l'énergie (CRE) doit, pour sa part, en application de l'article 25 de la loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité et du I de l'article 8 de la loi n°2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie dans leur version consolidée, saisir l'Autorité de la concurrence pour avis lorsqu'elle examine les règles d'imputation, les périmètres comptables et les principes retenus en matière de comptabilité analytique par les opérateurs énergétiques qui cumulent des fonctions de gestion d'infrastructure et d'exploitation. L'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF) est, dans son domaine de compétence, soumise à une obligation de même nature en application du IV de l'article 15 de la loi n° 2009-503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports.

1.3.2. Dans quels autres cas la saisine de l'Autorité peut-elle être utile ? L'administration est-elle la seule autorisée à saisir l'Autorité ?

23. Hormis les hypothèses précédentes, l'Autorité de la concurrence peut être saisie pour avis de toute question de concurrence ou de tout projet de texte relevant des deux catégories citées au **[point 16]**.
24. La deuxième série de questions ci-dessous peut faciliter l'identification des cas dans lesquelles une saisine de l'Autorité peut être utilement envisagée.

⁶ Conseil d'Etat, 19 juin 2009, Association des renseignements pour tous, n° 310453

Questionnaire n°2 : Saisine de l'Autorité à titre facultatif

Question n°2.1 : *La nécessité d'un diagnostic concurrentiel d'un marché avant l'engagement de la préparation d'un projet de texte normatif peut être évaluée à partir des questions suivantes :*

2.1.1. *L'intervention envisagée poursuit-elle des objectifs économiques ?*

2.1.2. *Prévoit-elle l'ouverture à la concurrence d'un nouveau secteur ?*

2.1.3. *Est-il utile d'évaluer les effets d'un texte normatif en vigueur qu'il est envisagé d'amender ?*

2.1.4. *Le secteur économique concerné est-il émergent ? Des pratiques commerciales nouvelles se développent-elles sur ce marché ?*

2.1.5. *L'objectif du texte normatif envisagé est-il de remédier à l'existence de fortes barrières à l'entrée ? à un niveau de prix élevé au regard de celui observé dans d'autres zones géographiques comparables ? à la fermeture possible d'une partie du marché à des concurrents ?*

S'il est répondu positivement à l'une de ces questions, il est conseillé de passer à la question 2.2.

Question n°2.2. : *Le secteur économique dans lequel une intervention publique est envisagée a-t-il une importance particulière pour l'économie nationale ou pour une zone significative ou particulière du territoire national ?*

Si la réponse aux questions n°s 2.1. et 2.2. est positive, une saisine de l'Autorité pour avis est recommandée.

Question n°2.3. : *L'intervention publique envisagée vise-t-elle à corriger les effets d'une pratique individuelle, c'est-à-dire d'un comportement sur le marché d'un opérateur particulier ou d'un accord passé entre deux opérateurs dont le statut relève du droit privé ?*

Si la réponse à la question 2.3. est positive, une saisine pour avis de l'Autorité n'est, en principe, pas recommandée. Toutefois, dans des cas particuliers, par exemple si la pratique en cause est susceptible d'être mise en œuvre par d'autres opérateurs ou s'il s'agit d'une pratique commerciale nouvelle qui pourrait être analysée au regard du droit de la concurrence afin d'apporter davantage de sécurité juridique au profit de l'ensemble du secteur, un avis de l'Autorité peut être utile. Si les comportements en cause sont susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles, il est conseillé de prendre contact avec l'Autorité aux fins d'examiner si une saisine contentieuse sur le fondement de l'article L. 462-5 du Code de commerce est plus adaptée à la résolution de la difficulté qu'un avis.

25. La saisine de l'Autorité à titre facultatif n'est pas réservée à l'administration. Les commissions parlementaires en charge des questions économiques, les organisations professionnelles et les organisations en charge de la protection des consommateurs sont également autorisées à déposer une demande d'avis auprès de l'Autorité sur toute question concernant la concurrence, y compris sur les projets de textes normatifs⁷ et sur les conséquences de ceux-ci⁸.

⁷ Le Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables, l'Institut français des experts-comptables et des commissaires aux comptes, et les Experts-comptables et commissaires aux comptes de France ont ainsi saisi l'Autorité de la concurrence de l'introduction du contreseing d'avocat des actes sous seing privé par lettres en date des 8 janvier et 5 février 2010 en application du second alinéa de l'article L. 462-1 du Code du commerce. L'Autorité s'est fondée,

26. De nombreuses autorités de régulation sectorielle peuvent également, en application des textes qui les instituent⁹, saisir l'Autorité de la concurrence pour avis de toute question relevant de leur compétence.
27. L'Autorité peut, par ailleurs, en application de l'article L. 462-3 du Code de commerce, être saisie pour avis par le Conseil d'Etat lorsqu'il connaît d'un recours en excès de pouvoir formé contre un acte réglementaire ou un arrêté ministériel¹⁰.
28. L'Autorité peut, enfin, prendre l'initiative de donner un avis¹¹ sur le fondement de l'article L. 462-4 du Code de commerce sur toute question de droit de la concurrence. Elle vise, le plus souvent, à analyser en détail un marché afin d'orienter son action future. Ses conclusions peuvent, dans ce cas, déboucher sur un avis général assorti de recommandations donnant des indications aux secteurs concernés sur la conformité de certaines pratiques au regard du droit de la concurrence¹² et/ou sur une décision d'auto-saisine contentieuse, pour les pratiques qui le justifieraient. L'Autorité peut également, à l'occasion de ce type d'avis, appeler l'attention des pouvoirs publics sur certaines difficultés susceptibles de justifier l'intervention d'une règle de droit nouvelle.
29. Les avis de l'Autorité rendus à la demande d'une commission parlementaire ou du Gouvernement sont publiés conformément aux dispositions des articles L. 410-2, L. 462-1, L. 462-2 et R. 462-1 du Code de commerce. En application de l'article R. 462-1 du Code

dans son avis n°10-A-10 du 27 mai 2010, sur le projet de loi de modernisation des professions judiciaires et professions juridiques réglementées qui avait été déposé à l'Assemblée Nationale en mars 2010.

⁸ Le Conseil de la concurrence a répondu dans son avis n°05-A-22 du 2 décembre 2005 à des questions portant sur les conséquences juridiques et économiques de la privatisation des sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroute. Cette saisine était postérieure à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005, mais le Conseil avait émis des recommandations qui ont été en partie prises en compte dans l'élaboration des cahiers des charges et des contrats de concession.

⁹ Voir, par exemple, les articles L. 5-8 et L. 36-10 du code des postes et communications électroniques, en ce qui concerne l'autorité de régulation des communications électroniques et de la poste (ARCEP), les articles 3 et 39 de la loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité modifiée, et l'article 8 de la loi n°2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie modifiée en ce qui concerne la Commission de régulation de l'énergie (CRE), les articles 17, 24 et 41-4 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée pour ce qui concerne le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), l'article 27 de la loi n° 2009-1503 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports, pour ce qui concerne l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF).

¹⁰ Le Conseil d'Etat a saisi le Conseil de la Concurrence de deux dossiers sur ce fondement. Le premier concerne trois arrêtés, datés du 21 mars 1995, du 19 avril 1996 et du 11 août 1998 relatifs aux tarifs pratiqués par l'INSEE dans le cadre de la tenue du répertoire national d'identification des entreprises et de leurs établissements. Le second porte sur deux arrêtés du 29 décembre 2005 et du 28 avril 2006 fixant les tarifs de vente du gaz naturel en distribution publique de Gaz de France.

¹¹ Voir les décisions n° 09-SOA-01 du 18 mai 2009 relative à une saisine d'office pour avis dans le secteur du transport public terrestre de voyageurs, n° 09-SOA-02 du 14 décembre 2009 relative à une saisine d'office pour avis portant sur l'utilisation croisée des bases de clientèle, n° 10-SOA-01 du 25 février 2010 relative à une saisine d'office pour avis portant sur les contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire, n° 10-SOA-02 du 19 mars 2010 relative à une saisine d'office pour avis portant sur les contrats de « management catégoriel » entre les opérateurs de la grande distribution alimentaire et certains de leurs fournisseurs et n° 10-SOA-03 du 15 septembre 2010 relative à une saisine d'office pour avis portant sur le secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.

¹² Voir les avis n° 09-A-55 du 4 novembre 2009 sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs, n° 10-A-13 du 14 juin 2010 relatif à l'utilisation croisée des bases de clientèle, n° 10-A-25 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats de « management catégoriel » entre les opérateurs de la grande distribution à dominante alimentaire et certains de leurs fournisseurs, n° 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire, n°11-A-02 du 20 janvier 2011 relatif au secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.

de commerce, l'Autorité de la concurrence peut publier les avis demandés par d'autres personnes. Ce principe inclut les avis sollicités par des organisations professionnelles ou des organisations de consommateurs agréées sur un projet de texte normatif.

1.3.3. De quels types de questions ou textes l'Autorité de la concurrence peut-elle être saisie ?

30. Les saisines de l'Autorité pour avis portent, le plus fréquemment, sur le contenu d'un avant-projet de loi ou de décret. Dans certaines circonstances, la consultation de l'Autorité revêt un caractère obligatoire **(voir points 17 à 22)**. L'Autorité émet un avis en l'état du dispositif qui lui a été soumis et des effets qui en sont attendus. L'Autorité a ainsi récemment adopté à la demande du Gouvernement des avis sur le projet de loi relatif à la régulation des transports ferroviaires¹³ et sur celui relatif aux activités postales¹⁴. Ces avis peuvent éclairer les travaux interministériels, mais également les travaux de l'Assemblée Nationale et du Sénat. Les commissions parlementaires peuvent également saisir directement l'Autorité d'un projet de loi. La commission de l'Assemblée Nationale en charge de l'économie a sollicité un avis de l'Autorité sur le projet de loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité¹⁵.
31. La consultation pour avis de l'Autorité ne porte néanmoins pas nécessairement sur un projet de texte normatif ; elle peut concerner toute question de concurrence. Il peut ainsi être demandé à l'Autorité d'analyser d'autres types de textes à l'élaboration desquels les pouvoirs publics ont participé ou sur les conditions d'exercice d'une activité économique ou sur une question de principe de nature à améliorer l'application des règles de concurrence.
32. L'Autorité peut également étudier le fonctionnement concurrentiel d'un marché afin, d'une part, d'identifier des préoccupations quant au fonctionnement de la concurrence dans certains secteurs économiques et, d'autre part, de formuler des recommandations. Quatre avis récents illustrent cette catégorie d'avis de l'Autorité : les avis sur la grande distribution et le marché des carburants outre-mer¹⁶, sur la publicité en ligne¹⁷, et sur le fonctionnement de la filière laitière¹⁸, ce dernier ayant été rendu à la demande de la commission permanente du Sénat en charge des questions économiques. L'Autorité est par ailleurs régulièrement conduite à évaluer l'évolution des marchés de télécommunications sur saisine de l'ARCEP en application de la législation sectorielle **(voir point 22)**.
33. Dans ses fonctions consultatives, l'Autorité peut, en outre, contribuer à évaluer l'intérêt d'une intervention publique pour remédier à des problèmes de concurrence, comme ce fut le

¹³ Avis n° 08-A-17 du 3 septembre 2008 sur le projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et collectifs ainsi qu'à la sécurité des transports

¹⁴ Avis 09-A-52 du 29 octobre 2009 concernant un projet de loi relatif à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales

¹⁵ Avis n° 10-A-08 du 17 mai 2010 relatif au projet de loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité

¹⁶ Avis n° 09-A-21 du 24 juin 2009 relatif à la situation de la concurrence sur les marchés des carburants dans les départements d'outre-mer et n° 09-A-45 du 8 septembre 2009 relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer

¹⁷ Avis n° 10-A-29 du 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne

¹⁸ Avis n° 09-A-48 relatif au fonctionnement du secteur laitier

cas dans les avis sur les réseaux de soins agréés par les assurances complémentaires¹⁹, le livre numérique²⁰, les exclusivités d'accès aux contenus audiovisuels²¹, l'assurance emprunteur dans le secteur du crédit immobilier²² et la publicité en ligne²³.

34. En application du second alinéa de l'article L. 462-1 du Code de commerce, la consultation de l'Autorité peut intervenir également *ex post*, afin d'établir le bilan concurrentiel d'une norme en vigueur. Dans ce cadre, il n'appartient pas à l'Autorité de porter une appréciation d'opportunité sur les textes en vigueur. Les attributions de l'Autorité impliquent en revanche qu'elle procède à une évaluation rétrospective de ces textes sur le plan concurrentiel. Partant, elle peut être conduite à suggérer des évolutions de la réglementation en vigueur, tout en tenant compte, le cas échéant, d'autres intérêts publics dans ses recommandations. A ce jour, l'Autorité a évalué les effets sur l'économie de trois lois. Elle a rendu en 2004 un avis²⁴ sur la loi dite « Galland »²⁵ à la suite d'une saisine d'UFC-Que choisir et a adopté en 2007, à la demande du Gouvernement, des recommandations²⁶ sur la loi dite « Raffarin »²⁷. L'Autorité a exercé sa nouvelle faculté d'auto-saisine en 2009 dans un avis sur le transport public terrestre de voyageurs²⁸, notamment pour analyser le cadre normatif européen et national dans ce secteur.
35. En revanche, dans le cadre d'un avis, l'Autorité ne peut se prononcer sur des questions individuelles susceptibles de relever de la procédure de contrôle des concentrations²⁹. L'appréciation éventuelle portée par l'Autorité sur les marchés concernés par les questions de concurrence qui lui sont soumises au titre de l'article L. 462-1 du code de commerce ne saurait préjuger de la détermination des marchés pertinents ou de l'analyse concurrentielle qui seraient faites à l'occasion du contrôle d'une opération de concentration³⁰.
36. L'Autorité ne saurait davantage, dans le cadre d'un avis, procéder à la qualification de pratiques anticoncurrentielles³¹ au regard des articles L. 420-1 ou L. 420-2 du code de

¹⁹ Avis n° 09-A-46 du 9 septembre 2009 relatif aux effets sur la concurrence du développement de réseaux de soins agréés

²⁰ Avis n° 09-A-56 du 18 décembre 2009 relatif à une demande d'avis du ministre de la culture et de la communication portant sur le livre numérique

²¹ Avis n° 09-A-42 du 7 juillet 2009 sur les relations d'exclusivité entre activités d'opérateurs de communications électroniques et activités de distribution de contenus et de services

²² Avis n° 09-A-49 du 7 octobre 2009 relatif aux conditions de concurrence dans le secteur de l'assurance emprunteur pour le crédit immobilier

²³ Avis n° 10-A-29 du 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne

²⁴ Avis n° 04-A-18 du 18 octobre 2004 relatif à une demande d'avis présentée par l'Union Fédérale des Consommateurs (UFC-Que Choisir) relative aux conditions de la concurrence dans le secteur de la grande distribution non spécialisée

²⁵ Loi n°96-588 du 1 juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales

²⁶ Avis n° 07-A-12 du 11 octobre 2007 relatif à la législation relative à l'équipement commercial

²⁷ Loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat

²⁸ Avis n° 09-A-55 du 4 novembre 2009 sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs

²⁹ Avis n° 10-A-10 précité

³⁰ Avis n° 10-A-10 précité

³¹ Voir notamment l'avis n° 88-A-12 du 12 juillet 1988 relatif à des questions posées par le secteur du Tarn de la Chambre syndicale nationale du commerce et de la réparation de l'automobile, la décision n° 01-DA-02 du 13 juin 2001 relative à une question posée par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie concernant une nouvelle formule de commercialisation des places de cinéma, la décision n° 01-DA-03 du 13 juin 2001 relative à une question posée par l'Association française des cinémas d'art et d'essai et par la Société civile des auteurs réalisateurs producteurs, les avis n° 95-A-05 du 28 mars 1995 relatif à une demande de la Fédération des acteurs du développement des techniques de reproduction équine et de l'Association syndicale des étalonniers particuliers, n° 95-A-15 du 19 sept. 1995, relatif à un projet de convention élaboré par la Chambre des métiers de la Haute-Garonne et le Conseil régional de l'Ordre des experts-comptables de Toulouse-Midi-Pyrénées, n° 04-A-13 du 12 juillet 2004, relatif à la mise en place du Service Emploi-Entreprise, n° 05-A-12 du 21 juin 2005 relatif aux conditions de

commerce, et, le cas échéant, si le commerce au sein de l'Union européenne est susceptible d'être affecté de façon sensible, des articles 101 ou 102 TFUE. En effet, seule la mise en œuvre de la procédure prévue par les articles L. 463-1 et suivants du Code de commerce est de nature à conduire à l'appréciation de la licéité d'une pratique individuelle au regard des dispositions prohibant les ententes, les abus de position dominante ou les abus d'état de dépendance économique. L'avis de l'Autorité ne préjuge pas non plus des appréciations qui pourraient être portées dans le cadre de procédures contentieuses au niveau national ou européen.

37. L'Autorité ne peut émettre une opinion sur les solutions jurisprudentielles dégagées par les juridictions ou être conduite à intervenir dans une procédure pendante devant les juridictions administratives ou judiciaires en dehors du cadre défini par l'article L. 462-3 du Code de commerce³².
38. Enfin, dans certaines hypothèses, des dispositions législatives prévoient, à titre temporaire ou permanent, une saisine obligatoire de l'Autorité de la concurrence concernant des décisions individuelles ou des conventions de droit privé. Il peut être substitué à un tel mécanisme une répartition plus efficace des tâches entre l'administration et l'Autorité. Il est ainsi plutôt recommandé de saisir l'Autorité en amont de projets de textes législatifs ou réglementaires ou bien de questions de portée générale sur les conséquences juridiques et économiques de tels textes. L'Autorité est, dans ces conditions, mieux à même de guider, en amont, l'administration et les opérateurs économiques, selon des modalités plus compatibles avec les exigences de la vie économique. L'Autorité a ainsi, dans le secteur des jeux en ligne³³, adopté, de sa propre initiative, un avis permettant de dégager une vue d'ensemble du fonctionnement concurrentiel du secteur. Les orientations dégagées dans un document unique lui sont apparues de nature à mieux servir l'objectif de facilitation par les opérateurs économiques de l'évaluation de leurs projets d'accords que des avis au cas par cas. L'avis a en effet recensé les principales préoccupations possibles en matière de concurrence et a formulé des recommandations aux pouvoirs publics, notamment le régulateur sectoriel chargé de délivrer des agréments, l'Autorité de régulation des jeux en ligne. Une saisine en amont sur des questions de portée générale en substitution à une saisine au cas par cas sur des décisions individuelles ou des conventions de droit privé peut être complétée, le cas échéant, par une saisine en aval, si l'administration ou, le cas échéant, le régulateur sectoriel compétent a observé certains comportements qui paraissent susceptibles de restreindre la concurrence.

commercialisation des contrats de prévoyance funéraire au regard du droit de la concurrence, n° 07-A-04 du 15 juin 2007 relatif à la possibilité de réserver aux producteurs d'une filière de qualité agricole ou alimentaire certains produits intermédiaires, et n°08-A-16 du 30 juillet 2008 relatif à la situation des opérateurs de réseaux mobiles virtuels sur le marché français de la téléphonie mobile

³² Voir notamment les avis n° 89-A-09 du 23 mai 1989 ; n° 89-A-10 du 5 juillet 1989 ; n° 90-A-19, 13 nov. 1990, relatif aux questions posées par le Syndicat national des anesthésiologistes-réanimateurs français concernant les tarifs des honoraires des médecins ; n° 91-A-01 du 22 janvier 1991 relatif à la question posée par l'Association française des banques concernant le marché du traitement du titre interbancaire de paiement ; n° 02-A-08 du 22 mai 2002 relatif à la saisine de l'Association pour la promotion de la distribution de la presse ; n° 04-A-17 du 14 octobre 2004 relatif à une demande d'avis présentée par l'Autorité de Régulation des Télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques

³³ Décision n°10-SOA-03 du 15 septembre 2010 relative à une saisine d'office pour avis portant sur le secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne

1.3.4. A quel moment convient-il de saisir l'Autorité ?

39. Lorsque l'Autorité est saisie par l'administration d'une demande d'avis sur un projet de texte normatif en application d'une obligation légale ou à titre facultatif, il est nécessaire, d'une part, qu'elle soit saisie en temps utile avant que les textes concernés ne soient, le cas échéant, soumis au Conseil d'Etat, et, d'autre part, qu'elle soit pleinement informée des objectifs poursuivis y compris des orientations adoptées ou envisagées lorsque les travaux ont été engagés sur les textes d'application. Le respect de ces conditions de saisine détermine la capacité de l'Autorité à effectuer une juste et concrète analyse des questions qui lui sont posées et à concevoir à l'attention des pouvoirs publics des solutions efficaces et offrant la sécurité juridique attendue.
40. Lorsque la saisine porte sur des questions de concurrence, le moment auquel la saisine est effectuée doit faire l'objet d'une appréciation au cas par cas, qui doit tenir compte du temps nécessaire à l'audition de parties intéressées et au recueil, le cas échéant, de données économiques et statistiques.

1.4. QUELLES QUESTIONS CONVIENT-IL DE SE POSER POUR EVALUER L'IMPACT CONCURRENTIEL D'UN PROJET DE TEXTE NORMATIF ?

41. Les questions guidant l'évaluation de l'impact concurrentiel d'un projet de texte normatif dépendent de la nature de l'intervention publique envisagée : il peut s'agir d'une intervention directe des pouvoirs publics sur un marché concurrentiel (1.4.1.), ou d'une nouvelle réglementation affectant des activités économiques (1.4.2.).

1.4.1. L'intervention directe des pouvoirs publics sur un marché concurrentiel

42. Les pouvoirs publics peuvent intervenir directement sur un marché concurrentiel en organisant une offre publique de biens ou services, en régie ou par l'intermédiaire de personnes sur lesquelles ils exercent une influence déterminante, et qui peuvent disposer, dans certains cas, de droits exclusifs ou spéciaux. Ils peuvent également autoriser des opérateurs disposant de droits exclusifs ou spéciaux à se diversifier et exercer des activités économiques en dehors du champ de ces derniers.
43. Afin d'évaluer la nécessité de mettre en place une offre publique de biens ou de services et d'étudier les modalités de celle-ci en minimisant les risques de distorsions de concurrence, il peut être utile de se référer à la troisième série de questions suivantes. Les **points 85 à 160** peuvent par ailleurs être consultés pour mener une analyse plus détaillée de ces questions prenant exemple sur la pratique consultative de l'Autorité.

Questionnaire n°3 – Offre publique de biens ou services

Question n°3.1. : Les produits ou les services qui ne sont pas offerts sur le marché ou le sont en quantité insuffisante relèvent-ils d'un service public régalién ?

S'il est répondu positivement à cette question, il n'est pas nécessaire d'aller plus avant dans le questionnaire. Dans le cas contraire, il est conseillé de poursuivre sa lecture.

Question n°3.2. : Existe-t-il une carence complète de l'offre privée ? Dans l'affirmative,

3.2.1. Cette situation est-elle temporaire ou peut-elle être durable ? Affecte-t-elle l'ensemble du territoire national ou seulement certaines zones ?

3.2.2. Cette situation est-elle liée à la disponibilité limitée de certaines ressources ou biens publics intermédiaires ? Dans ce cas, un mécanisme peut-il être mis en place par l'Etat ou par une autorité administrative indépendante existante pour répartir de façon efficace, équitable et non-discriminatoire cette ressource ou ces biens ? Dans le cas contraire, une incitation fiscale ou des subventions, faisant le cas échéant l'objet d'une notification à la Commission européenne, peuvent-elles remédier en tout ou partie à cette carence de l'initiative privée ?

Question n° 3.3. : L'initiative privée est-elle insuffisante ? Dans l'affirmative, cette situation est-elle temporaire ou peut-elle être durable ? Affecte-t-elle l'ensemble du territoire national ou seulement certaines zones ? Une intervention alternative à la mise en place d'une offre publique de services a-t-elle été envisagée, telle que :

- des transferts directs à la personne (bons, coupons de réduction...) faisant, le cas échéant, l'objet d'une notification à la Commission européenne ? Ces transferts affectent-ils la liberté des bénéficiaires de se diriger vers l'offre qui leur paraît la plus adaptée à leurs préférences et besoins ?

- la conclusion avec les entreprises du secteur d'accords avec les pouvoirs publics (charte d'objectifs, modification de l'offre au profit de certains publics en contrepartie de l'octroi d'une subvention) ?

- des incitations fiscales ou financières faisant, le cas échéant, l'objet d'une notification à la Commission européenne ?

Question n°3.4. : Si aucune des alternatives envisagées aux questions 3.2. et 3.3. n'est efficace pour remédier à la situation et qu'il est envisagé de mettre en place une offre publique de biens ou de services pour une autre raison d'intérêt public en raison de circonstances particulières de temps ou de lieu, une comptabilité analytique sera-t-elle mise en place ? ~~A-t-il été vérifié quels étaient les tarifs pratiqués par le marché et a-t-il été prévu d'appliquer à l'offre publique des tarifs comparables ? Une comptabilité analytique sera-t-elle mise en place ?~~ Dans le cas visé à la question n°3, l'offre s'adressera-t-elle sans discrimination à toutes les catégories de clients ? En outre, dans le cas spécifique visé par la question n° 3, Les tarifs envisagés, hors prise en compte des subventions, sont-ils supérieurs aux coûts moyens totaux ? L'offre s'adressera-t-elle sans discrimination à toutes les catégories de clients ?

Question n°3.5 : Si aucune des alternatives envisagées aux questions 3.2. et 3.3. n'est efficace pour remédier à la situation et qu'il est envisagé de confier à des opérateurs publics ou privés la charge d'offrir des biens ou de services pour répondre à un intérêt public, a-t-il été tenu compte de l'ensemble des circonstances de droit et de fait, y compris des conditions économiques de l'exploitation ? Est-il envisagé de conférer des droits spéciaux ou exclusifs à un ou plusieurs opérateurs ? Dans cette hypothèse :

3.5.1. Un mécanisme de type « pay or play »³⁴ a-t-il été envisagé ? est-il adapté aux circonstances de l'espèce ?

3.5.2. Les droits seront-ils attribués en procédant à une mise en concurrence, après avoir pris des mesures de publicité appropriée ? Ces droits sont-ils attribués pour une durée limitée ? L'adjudicateur est-il tenu de prévoir plusieurs formules d'allotissement, de sorte que plusieurs candidats soient effectivement capables de soumettre une offre ?

3.5.3. A-t-il été vérifié que l'attributaire des droits sera effectivement capable de fournir les biens ou services concernés ?

Question n°3.6. : S'il est répondu positivement à la question 3.5. et qu'il est envisagé d'accorder à un opérateur des droits spéciaux ou exclusifs pour remédier à la situation étudiée aux questions 3.2. et 3.3, des mesures ont-elles été prévues pour prévenir des effets dommageables sur la concurrence, notamment en :

3.6.1. ne confiant pas à cette personne à la fois des pouvoirs de régulation (accès à une facilité essentielle, édicition de normes techniques) et des tâches de fourniture de biens et/ou de services ?

3.6.2. exigeant une séparation comptable entre, d'une part, les activités de fourniture de biens ou de services dans le secteur soumis à un droit exclusif ou spécial, et, d'autre part, les autres activités de fourniture de biens et services ? Dans l'affirmative, la nécessité d'une séparation fonctionnelle pour encadrer les risques de subvention croisée, assurer davantage d'efficacité à ce contrôle et en réduire les coûts a-t-elle été évaluée ? Quels sont les obstacles éventuels ? Justifient-ils ou non que cette option soit écartée ? Si la séparation juridique a été mise en œuvre, la nécessité d'une séparation patrimoniale a-t-elle été évaluée afin de supprimer tout risque de conflit entre les différentes catégories d'activités menées par l'opérateur et prévenir des pratiques anticoncurrentielles (refus d'accès à des facilités essentielles, subventions croisées, recueil d'informations sur la stratégie commerciale des concurrents) ? Quels sont les obstacles ou inconvénients éventuels ? Justifient-ils ou non que cette option soit écartée ?

3.6.3. imposant à cet opérateur, le cas échéant, de garantir à ses concurrents l'accès non-discriminatoire aux facilités essentielles qu'il détient ou sur lesquelles il exerce un contrôle ? en garantissant la diffusion des informations essentielles qu'il détient selon des modalités équitables pour l'ensemble des opérateurs ?

3.6.4. prévoyant une obligation de mise en concurrence des opérateurs exerçant sur des marchés connexes ou aval, en particulier si l'opérateur jouissant des droits spéciaux ou exclusifs est un opérateur verticalement intégré ?

3.6.5. prévenant toute confusion dans l'esprit des usagers/clients entre, d'une part, les activités de fourniture de biens ou de services dans le secteur soumis à un droit exclusif ou spécial, et, d'autre part, les autres activités de fourniture de biens et services ?

3.6.6. mettant en place des mécanismes assurant un accès non discriminatoire au domaine public de l'ensemble des opérateurs en concurrence, si cet accès est nécessaire à l'exercice des activités économiques en cause ?

³⁴ Un système « play or pay » consiste à imposer à des opérateurs soit de participer à la réalisation de tout ou partie d'un service d'intérêt économique général défini par les pouvoirs publics (play), soit de s'affranchir de cette contrainte en s'acquittant d'une contribution financière (pay) représentative du coût des obligations de fourniture de ce service au profit des opérateurs qui acceptent de fournir ce service.

Question n°3.7. : *S'il est répondu positivement à la question 3.4. et qu'il est envisagé d'accorder à un opérateur des droits spéciaux ou exclusifs pour remédier à la situation étudiée aux questions 3.2. et 3.3, des mesures ont-elles été prévues pour prévenir des pratiques tarifaires dommageables sur la concurrence, notamment en :*

- prévoyant que les tarifs pratiqués sont orientés vers les coûts, et intègrent, si ces activités ne sont pas mises en œuvre par une personne publique, un bénéfice raisonnable ?

- prévoyant que l'opérateur concerné ne pourra s'engager dans des pratiques de prédation ou dans des pratiques de ciseau tarifaire (voir points 135 à 146) ?

- assurant que l'excédent de ressource procuré par une activité soumise à des droits exclusifs ne soit pas utilisé pour subventionner une offre présentée sur un marché concurrentiel ?

44. Certaines des questions évoquées ci-dessus sont également pertinentes dans l'hypothèse où il est envisagé d'autoriser la diversification d'un opérateur historique ou d'ouvrir à la concurrence un segment de marché tout en maintenant des droits exclusifs au profit d'un opérateur. Il peut être utile dans ce cadre de conduire une réflexion sur la base de la quatrième série de questions suivante. Elle permet de vérifier si le maintien de droits exclusifs ou spéciaux au profit d'un opérateur peut perturber le jeu de la concurrence sur le secteur nouvellement ouvert à la concurrence ou un secteur connexe et, dans ce cas, d'envisager des mesures visant à remédier à ces difficultés. Les points **85 à 160** peuvent par ailleurs être consultés pour une analyse plus détaillée de ces questions prenant exemple sur la pratique consultative de l'Autorité.

Questionnaire n°4 : Diversification des opérateurs historiques et ouverture à la concurrence de nouveaux secteurs économiques

Question n°4.1. : *Le projet de texte normatif prévoit-il d'autoriser un opérateur historique à se diversifier, à s'intégrer horizontalement ou verticalement ? Le projet de texte normatif prévoit-il de maintenir des droits exclusifs ou spéciaux au profit d'un opérateur qui peut avoir un intérêt à entrer ou à se maintenir sur le secteur qu'il est envisagé d'ouvrir à la concurrence ?*

S'il est répondu positivement à l'une de ces deux questions, il est conseillé de poursuivre la lecture de ce questionnaire.

Question n°4.2. : *L'opérateur au profit duquel les droits exclusifs sont maintenus peut-il tirer objectivement des avantages de son activité sous monopole sur le secteur ouvert à la concurrence ou sur le secteur dans lequel il se diversifie, notamment par:*

4.2.1. L'exercice de pouvoirs de régulation qu'il détient déjà ou qu'il est prévu de lui confier

4.2.2. La possibilité d'utiliser l'excédent de ressource procuré par l'activité soumise à des droits exclusifs pour subventionner une offre présentée sur le secteur ouvert à la concurrence ou l'existence d'une autre forme d'avantage économique ou financier lié à l'activité soumise à des droits exclusifs

*4.2.3. La détention à son seul profit de facilités (voir définition au **point 127**) ou d'informations qui sont essentielles pour l'exercice d'activités dans le secteur ouvert à la concurrence et ne sont pas reproductibles à des conditions économiques raisonnables par les autres opérateurs présents sur ce dernier secteur ou qui pourraient entrer sur ce secteur*

4.2.4. *La possibilité de pratiquer des ventes couplées entre les produits ou services fournis sous le régime des droits exclusifs et les produits ou services fournis sur le secteur ouvert à la concurrence*

4.2.5. *La possibilité de pratiquer des rabais au profit des clients qui acquièrent à la fois des produits ou services fournis sous le régime des droits exclusifs et des produits ou services fournis sur le secteur ouvert à la concurrence*

4.2.6. *Sa base de clientèle*

4.2.7. *Sa marque, son nom commercial, son enseigne, ou, plus généralement, sa notoriété*

4.2.8. *Son réseau de distribution, si le secteur économique dans lequel il opère est le même que celui des nouveaux entrants*

Question n°4.3. : *S'il est répondu positivement à la question 4.2.1, est-il envisagé de transférer ces pouvoirs de régulation : i) à une entité juridiquement et économiquement indépendante de l'opérateur concerné ?; ii) aux pouvoirs publics ?; iii) à une autorité administrative indépendante ?*

Question n°4.4. : *S'il est répondu positivement uniquement à la question 4.2.2., est-il envisagé de pratiquer au sein de l'opérateur concerné une séparation comptable et fonctionnelle de l'activité soumise à des droits exclusifs et de l'activité exercée sur le marché ouvert à la concurrence ? Cette séparation sera-t-elle soumise au contrôle des pouvoirs publics ? D'une autorité administrative indépendante ?*

Question n°4.5. : *S'il est répondu positivement à la question 4.2.3., des mesures sont-elles prévues afin d'assurer l'accès de façon transparente et non discriminatoire aux facilités et informations essentielles ? Le tarif le cas échéant pratiqué pour accéder à ces facilités est-il orienté vers les coûts totaux ? L'accès aux informations essentielles est-il assuré à titre gracieux lorsque ces informations sont issues de l'activité exercée sous monopole et que leur obtention ou leur retraitement n'entraîne aucun coût supplémentaire pour l'opérateur jouissant de droits exclusifs au titre de son activité sur le secteur concurrentiel ? L'accès aux informations essentielles est-il assuré à titre onéreux en fonction des coûts de retraitement supplémentaires au titre de l'activité du détenteur de droits exclusifs sur le secteur concurrentiel ?*

Question n°4.6. : *S'il est répondu positivement à la question 4.2.4. ou à la question 4.2.5., des mesures sont-elles prévues pour prévenir de telles pratiques ?*

Question n°4.7. : *S'il est répondu positivement à une ou plusieurs questions parmi les questions 4.2.6., 4.2.7. ou 4.2.8 :*

4.7.1. *Est-il envisagé d'opérer une séparation comptable, commerciale et fonctionnelle entre, d'une part, les activités de fourniture de biens ou de services dans le secteur soumis à un droit exclusif ou spécial, et, d'autre part, les autres activités de fourniture de biens et services ? Cette séparation sera-t-elle soumise au contrôle des pouvoirs publics ? D'une autorité administrative indépendante ? L'utilisation d'enseignes, noms commerciaux ou marques différents est-elle prévue ?*

4.7.2. *S'il est répondu par l'affirmative à la question précédente, une séparation juridique est-elle été envisagée afin d'assurer davantage d'efficacité à ce contrôle et d'en réduire les coûts ? Quels sont les obstacles éventuels ? Justifient-ils ou non que cette option soit écartée ?*

4.7.3. *Est-il envisagé d'imposer à l'opérateur jouissant de droits exclusifs d'accorder à des concurrents, moyennant rémunération, et, le cas échéant, sous réserve de respecter certains critères de qualité, d'ouvrir tout ou partie de son réseau de distribution à des concurrents ?*

4.7.4. *Est-il envisagé d'interdire à l'opérateur jouissant de droits exclusifs d'utiliser les informations portant sur sa base de clientèle existante, constituée dans le cadre de ses activités sous monopole, aux fins de démarcher une nouvelle clientèle au titre de ses activités sur le marché ouvert à la concurrence ?*

Question n°4.8. : *Est-il par ailleurs prévu d'encadrer les tarifs de l'opérateur conservant des droits exclusifs conformément aux points traités à la question n°3.7. ?*

Question n°4.9 : *La diversification des activités de l'opérateur jouissant de droits exclusifs, par exemple dans les secteurs de l'audit, du conseil ou de l'ingénierie, lui permettrait-elle de recueillir des informations privilégiées sur ses concurrents ? Dans cette hypothèse, des mesures sont-elles prévues pour prévenir cette situation ?*

1.4.2. La réglementation des activités économiques

45. Ainsi qu'indiqué dans le schéma n°2, les pouvoirs publics peuvent décider de ne pas intervenir directement sur un marché mais d'élaborer une règle de droit nouvelle pour encadrer l'accès à une activité économique (1.7.2.1.) ou son exercice (1.7.2.2.). Les projets de textes qui dérogent au principe de libre détermination des prix par le jeu de la concurrence sont étudiés séparément (1.7.2.3.).

1.4.2.1. RÉGLEMENTATION DE L'ACCÈS À UNE ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE

46. L'évaluation de l'impact concurrentiel de réglementations relatives à l'accès à une activité économique peut être guidée par la cinquième série de questions suivantes, qui porte en particulier sur les autorisations administratives. Les points **162 à 177** peuvent par ailleurs être consultés pour une analyse plus détaillée de ces questions prenant exemple sur la pratique consultative de l'Autorité.

Questionnaire n°5 : Autorisations administratives, licences, droits spéciaux

Question n° 5.1 : *La réglementation envisagée attribue-t-elle des droits spéciaux à certains opérateurs ? Une raison d'intérêt général de nature non économique justifie-t-elle cette attribution de droits spéciaux ? Dans cette hypothèse, étant observé le nombre de ces opérateurs, leur répartition, leurs activités et leurs compétences, sont-ils susceptibles d'exercer collectivement une position dominante ? Ces droits spéciaux seront-ils périodiquement remis en jeu ou susceptibles d'être élargis, après évaluation de leurs effets ? Est-il envisagé de mettre en place un régime d'autorisation administrative plutôt que d'attribuer des droits spéciaux ?*

Question n°5.2. : *La réglementation envisagée institue-t-elle un régime d'autorisation administrative³⁵ ? Dans cette hypothèse,*

5.2.1. Une raison d'intérêt général de nature non économique justifie-t-elle ce régime ?

5.2.2. Le mécanisme d'attribution de cette autorisation est-il clair, transparent, prévisible et peu coûteux ? Est-il fondé sur des critères objectifs ? Peut-il avoir pour effet de décider certains opérateurs à sortir du marché ? De supprimer l'offre de certains produits ou services ? De décider certains clients à changer d'opérateur ?

5.2.3 L'institution de l'autorisation accroît-elle indirectement le coût de changement d'opérateur pour les clients, par exemple du fait du risque de répercussion à leur charge de frais supplémentaires ou de mise en jeu de clauses de pénalité contractuelle dont le jeu serait renforcé ?

5.2.4. L'accès à l'autorisation est-il plus difficile pour les opérateurs établis dans un autre Etat membre de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen que pour les opérateurs nationaux ? Pour les nouveaux entrants que pour les opérateurs déjà en place ? Pour certaines catégories d'opérateurs plutôt que d'autres ? Des mesures transitoires sont-elles prévues ? Si oui, créent-elles une asymétrie significative entre les opérateurs en place et les nouveaux entrants au détriment de ces derniers ? Les nouveaux entrants bénéficient-ils d'une entrée en vigueur progressive du nouveau dispositif, voire d'une entrée en vigueur du dispositif plus progressive que les opérateurs en place ?

5.2.5. L'obtention de l'autorisation est-elle, en pratique, significativement plus coûteuse pour les opérateurs établis dans un autre Etat que pour les opérateurs nationaux ? Pour les nouveaux entrants que pour les opérateurs déjà en place ? Pour certaines catégories d'opérateurs plutôt que d'autres ? Cette différence de coût repose-t-elle sur une différence de situation objective ou peut-elle être, dans certaines conditions, discriminatoire ?

5.2.6. Les critères d'attribution de l'autorisation excluent-ils toute considération de nature économique ? Sont-ils précis et fixés dans un acte unique susceptible de recours ? Sera-t-il facile d'obtenir à distance des informations sur ce point ?

5.2.7. Les autorités ou organismes en charge de la délivrance des autorisations ont-elles un intérêt quelconque pour l'attribution de celles-ci à certaines catégories d'opérateurs plutôt que d'autres, indépendamment des critères fixés par la loi ou le règlement ?

5.2.8. Si les critères qu'il est envisagé de retenir pour l'obtention de l'autorisation sont fondés uniquement sur des qualifications professionnelles, sont-ils fixés en application des cadres de référence issus du droit de l'Union européenne ? S'appliquent-ils uniquement aux personnes fournissant effectivement le bien ou le service ou à d'autres personnes, par exemple le personnel de direction ou les personnes susceptibles de prendre des participations minoritaires dans une société opérant dans le secteur en cause ? Si ces exigences s'appliquent également à des personnes susceptibles d'investir dans une société

³⁵ Pour mémoire, les régimes d'autorisation administratifs nouveaux doivent également répondre aux conditions posées par les articles 9 à 15 de la directive n° 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur et par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de liberté d'établissement et de liberté de prestation de services

opérant dans le secteur en cause, une raison impérieuse d'intérêt général le justifie-t-il ? Dans ce cas, est-il établi une distinction entre personnes exerçant une influence déterminante ou susceptibles de l'acquérir et d'autres catégories de personnes ? Pour quelle raison ?

5.2.9. Les critères qu'il est envisagé de retenir pour l'obtention de l'autorisation sont-ils susceptibles d'aboutir à la création de fait de monopoles dans certaines zones du territoire national ? Des mesures sont-elles prises pour éviter cette situation ?

5.2.10. Les critères qu'il est envisagé de retenir pour l'obtention de l'autorisation sont-ils plus restrictifs que ceux mis en œuvre dans des secteurs comparables ? Sont-ils tous nécessaires et proportionnés au regard de l'objectif d'intérêt général poursuivi et de l'évaluation du fonctionnement du secteur économique concerné par des organismes de contrôle ou des autorités indépendantes ?

5.2.11. Le régime d'autorisation administrative sera-t-il évalué régulièrement ? Les pouvoirs publics ont-ils mis en place des indicateurs d'activité et de prix précis et rendus régulièrement publics ?

5.2.12. Peut-il être envisagé de substituer au régime d'autorisation préalable un dispositif moins restrictif, tel que :

- un régime de déclaration préalable ?*
- l'obligation de s'inscrire à un registre ou de déclarer son activité postérieurement à son établissement ?*
- une obligation d'information des consommateurs ? une obligation d'information et de rapport aux autorités publiques ?*
- un texte normatif réglementant la qualité du service ou du produit sur le marché en cause assorti de moyens adéquats de contrôle ?*
- la mise en œuvre d'instruments de contrôle public indépendants du secteur en cause ?*
- un marché de droits négociables ?*
- un dispositif d'auto-régulation tel qu'évoqué à la question n° 6.13 ?*

1.4.2.2. RÉGLEMENTATION DE L'EXERCICE D'UNE ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE

47. Le décideur public peut préférer à la réglementation de l'accès à une profession ou à une activité économique, un encadrement de l'exercice de celle-ci. Dans ce cas, la règle de droit nouvelle doit veiller à un équilibre entre les exigences d'intérêt général et les risques d'effet indirect de limitation du nombre d'opérateurs. De tels effets peuvent être liés, par exemple à un relèvement des barrières à l'entrée, et/ou à une réduction des incitations à la concurrence dans le secteur économique concerné. La sixième série de questions suivante peut être utile pour guider l'analyse en la matière. Les points **201 à 226** peuvent par ailleurs être consultés pour une analyse plus détaillée de ces questions prenant exemple sur la pratique consultative de l'Autorité.

Questionnaire n°6 : Réglementation de l'exercice d'une activité économique

Question n°6.1. : La réglementation envisagée élève-t-elle de façon significative les coûts d'entrée ou de sortie sur le marché en cause ? Favorise-t-elle pour cette raison certaines catégories d'opérateurs ou fournisseurs au détriment d'autres ? Les coûts de mise en conformité des opérateurs ou fournisseurs établis dans un autre Etat seront-ils plus élevés que pour les opérateurs nationaux ? Affectent-ils leurs coûts fixes ou leurs coûts variables ?

Question n°6.2. : La réglementation envisagée érige-t-elle des barrières géographiques de fait ? Est-elle défavorable aux produits ou services importés ? Prend-elle en compte les normes applicables dans d'autres Etats ? Sont-elles significativement plus sévères que dans les autres Etats membres ?

Question n°6.3. : La réglementation envisagée est-elle suffisamment claire ? Fournit-elle un cadre stable pour les opérateurs/fournisseurs concernés ?

Question n°6.4. : La réglementation envisagée accroît-elle pour les clients les coûts de changement d'opérateur/fournisseur ?

Question n°6.5. : La réglementation envisagée concerne-t-elle un marché sur lequel les produits ou services offerts sont fortement différenciés ? Dans cette hypothèse, a-t-elle pour effet d'harmoniser certains aspects de l'offre de biens ou de services qui sont déterminants pour le positionnement concurrentiel des opérateurs/fournisseurs ? A-t-elle pour effet de supprimer de fait l'offre de certains produits ou services répondant à une demande de certains consommateurs ?

Question n°6.6. : La réglementation envisagée a-t-elle pour effet de réduire les incitations à l'innovation ?

Question n°6.7. : La réglementation envisagée a-t-elle pour effet de restreindre les canaux de distribution susceptibles d'être utilisés par les opérateurs/fournisseurs ?

Question n°6.8. : La réglementation envisagée a-t-elle pour effet de restreindre les moyens de promotion utilisés par les opérateurs/fournisseurs ? S'applique-t-elle de la même manière pour des produits ou services substituables entre eux ? Se borne-t-elle à encadrer la publicité trompeuse ? la publicité comparative ? Si cette réglementation encadre les moyens de promotion au-delà de ces objectifs, quelle en est la raison ?

Question n°6.9. : La mise en œuvre de la réglementation envisagée nécessitera-t-elle des échanges d'informations entre opérateurs/fournisseurs concurrents ? Dans cette hypothèse,

6.9.1. Le marché sur lequel s'effectueront ces échanges est-il concentré ?

6.9.2. Les barrières à l'entrée sur ce marché sont-elles élevées ?

6.9.3. Les données échangées sont-elles diffusées de façon sélective ou selon des conditions variables aux opérateurs/fournisseurs et aux clients ?

6.9.4. Les données échangées portent-elles sur des paramètres importants de la stratégie commerciale des entreprises, des tarifs envisagés, des tarifs indicatifs, des éléments permettant de reconstituer tout ou partie des coûts des opérateurs ?

6.9.5. Les données échangées sont-elles désagrégées ?

6.9.6. Les données échangées sont-elles nominatives ?

6.9.7. Les données sont-elles échangées à des fréquences rapprochées dans le temps ?

S'il est répondu positivement à une ou plusieurs des questions 6.9.1. à 6.9.7, et en particulier à la question 6.9.4., il est probable que les échanges des données tendent à restreindre la concurrence. Si l'échange de certaines données est indispensable pour la mise en œuvre du dispositif, il est préférable de confier la collecte et l'analyse des données en cause aux pouvoirs publics ou à une autorité administrative indépendante assurant la confidentialité absolue de celles-ci.

Question n° 6.10 : La réglementation envisagée a-t-elle pour effet d'accorder une reconnaissance officielle à une norme technique résultant de l'initiative privée ? Dans cette hypothèse, certaines catégories d'opérateurs ou fournisseurs peuvent-elles être favorisées au détriment d'autres ? Cette norme est-elle l'aboutissement d'un processus d'élaboration ouvert, clair, transparent et non-discriminatoire ? Pose-t-elle difficulté au regard des questions n°s 6.1. à 6.9. ? Confère-t-elle un avantage particulier à un organisme certificateur ? Cet organisme répond-il aux conditions évoquées dans le questionnaire n°4 ?

Question n°6.11. : S'il est répondu positivement à une ou plusieurs des questions n°s 6.1. à 6.10., est-il envisagé de prendre des mesures pour atténuer ou supprimer les effets dommageables sur la concurrence ? Les dispositions en cause sont-elles indispensables pour atteindre l'objectif d'intérêt général visé et sont-elles proportionnées à cet égard ? Des organismes de contrôle ou des autorités indépendantes ont-ils déjà évalué le fonctionnement du secteur économique concerné et ont-ils mis en lumière une difficulté particulière qui justifierait la réglementation envisagée ? Les dispositions de la réglementation envisagée sont-elles plus restrictives que celles en vigueur dans des secteurs comparables ?

Question n°6.12. : Est-il prévu d'évaluer régulièrement les effets de la réglementation envisagée ? Une batterie d'indicateurs agrégés est-elle prévue à cet effet ? La valeur de ces différents indicateurs retenue sera-t-elle régulièrement rendue publique ?

Question n°6.13. : Peut-il être envisagé de substituer au projet de réglementation un dispositif moins restrictif, tel que :

- une norme technique répondant aux conditions évoquées dans la question n° 6.11. ?
- une norme déontologique ?
- un label professionnel résultant de l'initiative privée dont l'usage n'est pas contraignant et qui répond aux conditions évoquées dans la question n°6.11. ?

1.4.2.3 RÉGULATION OU RÉGLEMENTATION DES PRIX

48. L'analyse concurrentielle d'un projet de texte normatif qui déroge au principe de libre détermination des prix par le jeu de la concurrence peut s'appuyer sur le questionnaire suivant. Les points **130 à 157, 182 à 200 et l'annexe 2** peuvent par ailleurs être consultés pour une analyse plus détaillée de ces questions prenant exemple sur la pratique consultative de l'Autorité.

Questionnaire n°7 : Dérogation au principe de libre détermination des prix par le jeu de la concurrence

Question n°7.1. : *La réglementation envisagée répond-elle à l'une des situations suivantes ?*

7.1.1. *La concurrence par les prix est limitée en raison soit de situations de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement.*

7.1.2. *Il est nécessaire de répondre, de manière conjoncturelle, pour une durée maximale de six mois, à des hausses ou baisses excessives de prix dues à des circonstances exceptionnelles ou manifestation anormales.*

7.1.3. *Il est nécessaire, afin d'assurer l'égalité des citoyens devant la loi, de fixer de façon uniforme les tarifs de services d'intérêt général, c'est-à-dire de services fournis sans contrepartie économique.*

7.1.4. *La réglementation des tarifs de services d'intérêt économique général est nécessaire pour des raisons sociales, afin de protéger des catégories de consommateurs individuels ciblées, en raison de leur vulnérabilité particulière.*

La réglementation des tarifs en dehors des hypothèses présentées ci-dessus doit faire l'objet d'une justification particulièrement précise et détaillée.

Question n°7.2. : *Les paramètres de détermination du prix sont-ils objectifs et énoncés de façon claire, complète et précise dans la réglementation envisagée ? Répondent-ils à des objectifs d'intérêt général ? Sont-ils susceptibles d'être délégués, de droit ou de fait, à des opérateurs privés ?*

Question n°7.3. : *Les paramètres de détermination du prix sont-ils fixés relativement à des conditions de marché déterminées en valeur absolue, de façon à maintenir une incitation à la concurrence par les prix, ou en valeur relative, dépendant ainsi des performances économiques moyennes ou médianes du secteur ?*

Question n°7.4. : *La réglementation envisagée consiste-t-elle à fixer un prix minimal ? Dans cette hypothèse,*

7.4.1. *Si l'objectif recherché est de prévenir les pratiques prédatrices potentielles de plus d'un opérateur, pour quelle raison n'est-il pas donné préférence à l'application du droit commun de la concurrence, qui permet à l'Autorité de sanctionner de telles pratiques si elles sont effectivement mises en œuvre ?*

7.4.2. *Si l'objectif recherché est de répondre à des baisses excessives de prix dues à des circonstances exceptionnelles ou manifestation anormales, un mécanisme de sortie du régime de prix réglementés est-il prévu ? A-t-il un caractère automatique ou quasi-automatique ? Les critères de sortie du dispositif sont-ils clairs et précis ? Un soutien public temporaire aux revenus des personnes affectées est-il envisagé à titre alternatif ?*

7.4.3. *Les paramètres de détermination du prix réglementé dépendent-ils du prix moyen pratiqué sur le marché ? Si la réponse est négative, la réglementation est-elle défavorable pour une autre raison à l'écoulement des produits importés ? à la prestation de services fournis par des opérateurs établis dans un autre Etat de l'espace économique européen ?*

Des moyens moins restrictifs de concurrence permettant de répondre à l'objectif d'intérêt général qui motive l'intervention publique ont-ils été envisagés ?

7.4.4. La fixation du prix minimal est-elle susceptible d'avoir des conséquences plus ou moins fortes selon les catégories d'opérateurs en aval et d'introduire ainsi des discriminations indirectes ?

7.4.5. Est-il prévu que le dispositif fasse l'objet d'une évaluation régulière rendue publique ?

Question n°7.5. : *La réglementation envisagée consiste-t-elle à fixer un prix maximal ? Dans cette hypothèse,*

7.5.1. La prestation ou le produit dont le prix pourrait être réglementé joue-t-il un rôle déterminant dans la concurrence dans le secteur économique concerné ?

7.5.2. Le prix maximal est-il supérieur aux coûts mis en œuvre pour la production de la marchandise concernée ou la fourniture du service concerné ?

7.5.3. A quel niveau est-il envisagé de fixer le prix maximal ? A un niveau plutôt élevé ou plutôt bas au regard du prix moyen sur le marché ? du prix médian ? La dispersion des prix est-elle forte au-delà du prix plafond ?

7.5.4. A-t-elle pour effet d'interdire aux opérateurs économiques d'offrir des produits ou services partiellement substituables aux produits ou services dont le prix est réglementé, notamment s'ils présentent un niveau de qualité sensiblement plus élevé ?

7.5.5. Un mécanisme de sortie du régime de prix réglementés est-il prévu ? A-t-il un caractère automatique ou quasi-automatique ? Les critères de sortie du dispositif sont-ils clairs et précis ?

7.5.6. Est-il prévu que le dispositif fasse l'objet d'une évaluation régulière rendue publique afin, notamment, de vérifier si tous les opérateurs n'appliquent pas des prix proches du plafond ou égaux à celui-ci ?

7.5.7. La mise en œuvre des moyens moins restrictifs de concurrence permettant de répondre à l'objectif d'intérêt général qui motive l'intervention publique a-t-elle été envisagée ?

2. LA PRATIQUE DE L'AUTORITE EN MATIERE D'ANALYSE CONCURRENTIELLE DES PROJETS DE TEXTES NORMATIFS

49. Dans ses fonctions consultatives, l'Autorité n'apprécie pas la conformité de pratiques d'opérateurs économiques aux articles L. 420-1 et -2 du Code de commerce et, le cas échéant, lorsque les échanges entre Etats membres sont susceptibles d'être affectés de façon sensible, aux articles 101 et/ou 102 TFUE, comme c'est le cas lorsqu'elle est saisie sur le fondement de l'article L. 462-5 du Code de commerce. Elle examine toutes les questions de concurrence que soulèvent des projets de textes normatifs. L'Autorité tient également compte des stipulations du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui entretiennent un lien direct avec cette attribution, en particulier l'article 106 TFUE, bien que sa mise en œuvre relève de la compétence exclusive de la Commission européenne, sous le contrôle des juridictions de l'Union européenne.
50. En revanche, elle n'analyse, en principe, ni les aspects relatifs aux aides d'Etat, qui relèvent d'un régime spécifique de notification préalable auprès de la Commission européenne en application du paragraphe 3 de l'article 108 TFUE, ni ceux relatifs aux libertés de circulation et d'établissement des personnes, des marchandises, des services et des capitaux, qui ressortissent à la compétence des juridictions nationales, et, le cas échéant, à celle de la Cour de justice de l'Union européenne.
51. L'Autorité examine les dispositions qui lui paraissent non conformes aux dispositions précitées ainsi que celles qui portent une atteinte sensible au jeu concurrentiel ou au bien-être des consommateurs. Ce peut être notamment le cas de dispositions susceptibles d'encourager une hausse des prix, une diminution de la qualité des biens ou prestations ou de l'incitation à l'innovation, de réduire la diversité de l'offre et le choix offert aux consommateurs.
52. L'office de l'Autorité, lorsqu'elle est saisie d'une demande d'avis, consiste donc à identifier les dispositions pouvant porter atteinte à la concurrence, à vérifier si les restrictions identifiées sont nécessaires au regard de l'objectif d'intérêt général invoqué pour les justifier, et si, dans cette hypothèse, elles sont proportionnées à cet objectif. A l'issue de cette analyse, l'Autorité joue un rôle de conseil aux pouvoirs publics. Elle s'attache, à ce titre, à leur proposer des solutions alternatives lorsque les objectifs d'intérêt général qui fondent le projet de texte lui paraissent pouvoir être atteints par des mesures moins dommageables pour la concurrence que celles qui sont envisagées, ou bien des mesures d'accompagnement.

53. L'Autorité de la concurrence n'a en revanche pas pour rôle d'effectuer la synthèse de tous les intérêts publics concernés par le projet de texte normatif et d'apprécier l'opportunité du dispositif envisagé, ces fonctions ressortissant au pouvoir exécutif et au Parlement, chacun en ce que les concerne.
54. Les restrictions de concurrence les plus fréquentes susceptibles de résulter d'un projet de texte normatif peuvent revêtir deux formes principales : l'intervention directe des pouvoirs publics sur un marché concurrentiel (2.1.) ou la réglementation des activités économiques (2.2.).

2.1. L'INTERVENTION DIRECTE DES POUVOIRS PUBLICS SUR UN MARCHÉ CONCURRENTIEL

55. Les pouvoirs publics sont susceptibles d'intervenir directement sur un marché concurrentiel en offrant eux-mêmes des biens ou des services (2.1.1.) ou en attribuant, étendant, maintenant ou aménageant des droits spéciaux ou exclusifs aux fins de fourniture d'un service d'intérêt économique général (2.1.2.).

2.1.1. L'offre publique de biens ou services et la fourniture de services publics

56. Les personnes publiques sont soumises au droit de la concurrence, qui tient compte de l'exercice éventuel de missions de service public (2.1.1.1.). L'Autorité de la concurrence reste neutre quant aux formes juridiques de l'intervention des personnes publiques sur un marché concurrentiel, mais recommande une séparation comptable, et, dans certains cas, une séparation plus poussée entre, d'une part, les missions de service public ou de régulation, et, d'autre part, d'exploitation d'une activité commerciale (2.1.1.2.). Les développements qui suivent ne portent pas sur les règles relatives aux aides d'Etat susceptibles de s'appliquer également dans ce contexte.

2.1.1.1 APPLICATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE AUX PERSONNES PUBLIQUES LORSQU'ELLES EXERCENT DES ACTIVITÉS ÉCONOMIQUES

57. Le droit de la concurrence, qu'il soit de source européenne ou nationale, est neutre à l'égard de la propriété publique ou privée des entreprises.
58. L'article 345 TFUE stipule « *que le présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les Etats membres* ». Les articles 101, 102 et 106 TFUE s'appliquent aux activités des « *entreprises* », telles que définies par la Cour de justice de l'Union européenne, c'est-à-dire à toute entité exerçant une activité économique, consistant à « *offrir des biens ou des services sur un marché donné* »³⁶, indépendamment de son « *statut*

³⁶ Cour de justice des Communautés européennes, 18 juin 1998, Commission c/ Italie, C-35/96, Rec. p. I-3851

juridique et de son mode de financement »³⁷, ainsi que de son but lucratif ou non³⁸, dès lors que cette activité est susceptible d'affecter de façon significative le commerce entre Etats membres.

59. L'article L. 410-1 du code de commerce, qui introduit le livre IV relatif à la liberté des prix et de la concurrence, dispose : « *Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et des services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public.* ». Toutes les personnes exerçant des activités économiques, qu'elles soient de droit public ou de droit privé, sont donc susceptibles d'entrer dans ces prévisions³⁹.
60. L'application du droit de la concurrence tient compte des missions de service public dont sont susceptibles d'être chargées des personnes publiques exerçant des activités économiques.
61. La jurisprudence administrative autorise ainsi l'intervention des pouvoirs publics sur un marché concurrentiel en la conciliant avec les principes de liberté du commerce et de l'industrie et de libre concurrence⁴⁰. Elle a posé trois conditions à cet égard. En premier lieu, l'intervention doit être justifiée par un intérêt public en raison de circonstances particulières de temps ou de lieu, qui peut résulter, notamment, de l'absence ou de l'insuffisance de l'initiative des entreprises détenues majoritairement ou exclusivement par des personnes privées. En deuxième lieu, l'acte juridique de dévolution de l'exécution d'un service public ne doit pas, par lui-même, être susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de

³⁷ Cour de justice des Communautés européennes, 16 juin 1987, Commission c/ Italie, aff. 118/85 ; Rec. p. 2599 ; 13 décembre 1991, Höfner et Elser, C-41/90, Rec. p. I-1979 ; 24 octobre 2002, Aéroports de Paris c/ Commission, C-82/01, Rec. p. I.9297

³⁸ Cour de justice des Communautés européennes, 1er juillet 2008, Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID, dit « Motoe », C-49/07, Rec. p. I-4863. Cependant les activités telles que l'octroi de prestations sociales obligatoires reposant sur le principe de la solidarité nationale (CJCE, 17 février 1993, Poucet et Pistre, aff. 159/91 et 160/91, Rec. p. I- 637 ; 16 novembre 1995, Fédération française des sociétés d'assurance, aff. 244/94, Rec. p. I. 4013 ; 16 mars 2004, AOK Bundesverband, C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355-01, Rec. p. I-2493), l'enseignement scolaire public (CJCE, 27 septembre 1988, État belge c/ Humbel et Edel, aff. 263/86, Rec. p. 5365 ; 7 décembre 1993, Wirth /Landeshauptstadt Hannover, C-109/92, Rec. p. I-6447), l'exercice de prérogatives de puissance publique (CJCE, 18 mars 1997, Diego Calì & Figli, C-343/95, Rec. p. I-1547 ; 19 janvier 1994, SAT Fluggesellschaft c/ Eurocontrol, C-364/92, Rec. p. I-43 ; CJCE, 26 mars 2009, Selex Sistemi Integrati c/ Commission, dit « Eurocontrol II », C-113/07 P, Rec.p. I-2207) ainsi que la recherche-développement ne débouchant pas sur l'offre de biens et services (CJCE, 26 mars 2009, précité) échappent à la qualification d'activité économique au sens des articles 101, 102 et 106 TFUE.

³⁹ Voir par exemple décision n°10-D-23 du 23 juillet 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par la caisse de la mutualité sociale agricole de la Gironde, et relevant de sa compétence, ainsi que l'avait jugé le Conseil d'Etat (CE, 28 mai 2010, Société ENFenCONFIANCE, n° 328731). En revanche, l'Autorité a estimé que la juridiction administrative était compétente en matière de contrôle de la légalité des actes d'organisation du transport médical d'urgence (décision n°09-D-35 du 25 novembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport médical d'urgence) et d'information des collectivités territoriales aux personnes âgées susceptibles de recourir à la télé-assistance afin d'assurer la continuité de l'exécution de la mission de service public lors d'un changement de délégataire (décision n°11-D-16 du 25 novembre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la télé-assistance aux personnes âgées).

⁴⁰ Conseil d'État, section, 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, Rec. p. 583; Conseil d'État, section, 20 novembre 1964, Ville de Nanterre, Rec. p. 563; Tribunal des conflits, 6 juin 1986, Ville de Pamiers, RFDA 1989, p. 465 ; Conseil d'État, section, 3 novembre 1997, Société Million et Marais, Rec. p. 406 ; Conseil d'État, Assemblée, 31 mai 2006, Ordre des avocats au Barreau de Paris, n°275531 ; Conseil d'Etat, 5 juillet 2010, Syndicat national des agences de voyages, n° 308564, à publier au Recueil. La jurisprudence antérieure à 2002 est exposée en détail dans les considérations générales du rapport public du Conseil d'Etat de cette même année, intitulées « Réflexions sur les collectivités publiques et le droit de la concurrence », pp. 215 à 457.

la concurrence sur le marché. En troisième lieu, l'administration ne doit pas placer son co-contractant dans une situation contraire au droit de la concurrence, notamment en le conduisant à exploiter nécessairement de façon abusive sa position dominante (cette dernière condition sera développée plus en détail **aux points 90 à 160**), par exemple en tirant des avantages particuliers de son statut, de sa position particulière ou de ses modalités de fonctionnement ou qui découleraient des ressources et moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public. Ces principes s'appliquent en l'absence de disposition législative particulière.

62. Le contrôle de ces conditions est effectué par le juge administratif⁴¹ dans le cadre de ses fonctions contentieuses, mais l'Autorité peut également en connaître dans le cadre de ses fonctions consultatives. Un syndicat professionnel l'a ainsi saisie pour avis afin qu'elle définisse les conditions et modalités d'intervention des collectivités publiques en matière d'exploitation de salles de projection cinématographiques⁴². L'Autorité a recommandé de clarifier les relations entre les collectivités territoriales et les salles existantes, en prévoyant un cahier des charges détaillé et en assurant l'autonomie juridique et financière de l'exploitant, et a proposé des solutions moins perturbatrices du jeu concurrentiel du marché que la création de nouvelles salles. Elle a ainsi proposé des transferts à la personne, qui évitent le maintien durable de prix déconnectés des coûts, ou la conclusion d'une convention prévoyant une rémunération adéquate avec le ou les cinémas privés existants qui accepteraient de modifier leur programmation dans le sens voulu par la collectivité.
63. Le législateur peut également aménager les conditions d'exercice de missions de service public par une personne publique ou privée. Lorsque l'exercice de telles missions est susceptible d'affecter sensiblement le commerce entre Etats membres, les stipulations de l'article 106, paragraphe 2 TFUE, qui prévoit: « *Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union.* », doivent être respectées.
64. Au regard du droit européen, ce sont les États membres qui sont tenus de définir ce qui relève ou non d'un SIEG. La Commission européenne peut le cas échéant, dans l'exercice

⁴¹ Deux arrêts du Tribunal des conflits, Aéroports de Paris (18 octobre 199, n°3174, Rec. p. 469) et Préfet de la région Ile-de-France, préfet de Paris et société édition Jean-Paul Gisserot c/ Centre des monuments nationaux (4 mai 2009, n°3714, à publier au recueil Lebon) ont déterminé dans quelles hypothèses le juge administratif était compétent pour appliquer les règles de concurrence. Dans le premier arrêt, le Tribunal a jugé que le juge administratif était seul compétent pour connaître des litiges relatifs à l'organisation du service public et aux contrats de droit public passés pour l'exécution de ces services, lorsque les personnes publiques font usage des prérogatives de puissance publique dont elles disposent pour l'accomplissement de leurs missions de service public. Dans le second arrêt, le Tribunal a précisé que « *dans la mesure où elles exercent des activités de production, de distribution et de services, et sauf en ce qui concerne les décisions ou actes portant sur l'organisation du service public ou mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique, ces personnes publiques peuvent être sanctionnées par le Conseil de la concurrence agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire* » ; « *en matière de marchés publics, lesquels ne traduisent pas la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique, la compétence du juge administratif en qualité de juge du contrat [...] ne fait pas obstacle à la compétence du Conseil de la concurrence, sous le contrôle de la Cour d'appel de Paris, pour statuer sur les litiges fondés sur l'invocation des pratiques anticoncurrentielles* ».

⁴² Avis n°08-A-13 précité

de ses fonctions, contester cette qualification, sous le contrôle des juridictions de l'Union européenne⁴³.

65. La jurisprudence européenne a distingué la notion d'intérêt public d'un service de celle de l'intérêt général qui fonde un texte normatif: « *La prestation d'un service d'intérêt économique général doit, par définition, revêtir un intérêt général ou public. À ce titre, les services d'intérêt économique général se distinguent notamment des services servant un intérêt privé, quand bien même ce dernier peut être plus ou moins collectif ou être reconnu par l'État comme étant légitime ou bénéfique. En outre, l'intérêt général ou public ne doit pas se résumer au besoin de soumettre le marché considéré à certaines règles ou l'activité commerciale des opérateurs concernés à une autorisation de l'État. En effet, le seul fait que le législateur national impose, dans l'intérêt général au sens large, certaines règles d'autorisation, de fonctionnement ou de contrôle à l'ensemble des opérateurs d'un secteur n'est, en principe, pas constitutif d'une mission de service d'intérêt économique général.* »⁴⁴.

2.1.1.2 CONDITIONS DE L'INTERVENTION DES PERSONNES PUBLIQUES SUR UN MARCHÉ CONCURRENTIEL

66. Les conditions de l'exercice d'activités économiques par les pouvoirs publics ont été précisées par la jurisprudence européenne ainsi que par la pratique consultative de l'Autorité, indifférentes à la forme juridique de l'intervention publique (2.1.1.2.1.). Quelle que soit la forme retenue pour cette intervention, l'exigence d'une comptabilité analytique peut être requise (2.1.1.2.2.). Une séparation complète des activités de régulation et des activités économiques sur un marché concurrentiel est fortement recommandée en cas de cumul de ces deux fonctions par une personne publique (2.1.1.2.3.).

2.1.1.2.1 Neutralité quant à la forme juridique de l'intervention des pouvoirs publics

67. L'intervention des pouvoirs publics sur un marché concurrentiel est susceptible de revêtir diverses formes: l'autorisation du cumul d'activités de service public et d'activités commerciales par une personne publique ou privée, la création d'un établissement public industriel ou commercial ou l'élargissement de sa spécialité, ou le passage d'une gestion déléguée au secteur privé à une gestion en régie à laquelle a été conférée une autonomie financière et, le cas échéant, une personnalité juridique propre.

68. Si les conditions rappelées aux **points 61 à 65** sont respectées, l'intervention des pouvoirs publics sous cette dernière forme est susceptible de contribuer à l'animation du marché, ou d'apporter un élément de souplesse dans son organisation et de servir de référence lors de la mise en concurrence pour l'attribution de certains éléments de ce service, ainsi que l'a indiqué le Conseil de la concurrence dans deux avis⁴⁵.

⁴³ Tribunal de Première instance des Communautés européennes, 26 juin 2008, SIC / Commission, T-442/03, Rec. p. II-1161 ; 12 février 2008, BUPA et autres c/ Commission, T-289/03, Rec. p. II-81 ; 22 octobre 2008, TV2 Danmark c/ Commission, T-309/04, Rec. p. II-2935 ; 15 juin 2005, Fred Olsen, T-17/02, Rec. p. II-2031.

⁴⁴ Tribunal de première instance des Communautés européennes, 12 février 2008, BUPA, précité

⁴⁵ Avis n° 00-A-30 du 4 décembre 2000 relatif à une demande d'avis de la Fédération nationale des collectivités concédantes et régies sur la convention collective des entreprises des services d'eau et d'assainissement et n° 99-A-11

69. Dans le cadre de ses activités économiques, une personne morale de droit public est également susceptible de se porter candidate à un marché public ou à un contrat de délégation de service public organisé par l'Etat, une collectivité territoriale ou un autre adjudicataire public. Le Conseil d'Etat a précisé, dans cette hypothèse, que les personnes concernées devaient respecter deux conditions : d'une part, le prix proposé doit être déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, d'autre part, la personne publique ne doit pas avoir bénéficié, pour déterminer le prix qu'elle a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public⁴⁶.
70. La Cour de justice de l'Union européenne a, pour sa part, réservé dans les motifs d'un arrêt la possibilité d'exclure un soumissionnaire public au cours d'une procédure de sélection par appel d'offres s'il s'avère que celui-ci bénéficie d'une aide d'Etat incompatible avec le traité et que l'obligation de restituer l'aide illégale est susceptible de mettre en danger sa situation financière, de sorte que ce soumissionnaire peut être considéré comme n'offrant pas les garanties financières ou économiques requises⁴⁷.

2.1.1.2 Exigence d'une séparation comptable de l'exercice des missions de service public ou sous monopole et des activités commerciales sur un marché concurrentiel

71. L'Autorité de la concurrence a recommandé de façon constante aux personnes publiques intervenant sur un marché concurrentiel de produire une comptabilité analytique fiable et transparente⁴⁸.
72. Une obligation en ce sens a été instituée par l'article 2 de l'ordonnance n°2004-503 du 7 juin 2004 portant transposition de la directive n° 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques. Elle s'applique aux entreprises publiques dont les prestations de services sont susceptibles d'affecter sensiblement les échanges au sein de l'Union européenne. Elles doivent tenir des comptes séparés pour, d'une part, leurs activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et, d'autre part, leurs activités de service public pour lesquelles elles reçoivent une compensation.
73. La comptabilité analytique permet de vérifier que ces personnes ne disposent pas d'avantages autres que ceux nécessaires à la réalisation de la mission de service public et proportionnés à cette réalisation⁴⁹. Elle est également nécessaire afin de faciliter le respect

du 9 juin 1999 relatif à une demande d'avis de la Chambre professionnelle des transporteurs routiers de l'Isère sur la situation créée par l'octroi d'une aide financière à une régie départementale de transport par un Conseil général

⁴⁶ Conseil d'Etat, avis du 8 novembre 2000, Société Jean-Louis Bernard Consultants, précité ; Conseil d'Etat, 10 juillet 2009, département de l'Aisne, n° 324156

⁴⁷ CJCE, 7 décembre 2000, Arge, C 94/99, Rec. p. I-11037

⁴⁸ Avis n° 96-A-10 du 25 juin 1996 relatif à une demande d'avis de l'Association française des banques concernant le fonctionnement des services financiers de La Poste au regard du droit de la concurrence ; avis précité n° 99-A-11 ; voir également la décision validant des engagements de mise en place d'une comptabilité analytique et de rapport régulier à l'Autorité de la concurrence (décision n°12-D-04 du 23 janvier 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture d'informations météorologiques aux professionnels)

⁴⁹ Avis n° 08-A-13 du 10 juillet 2008 relatif à une saisine du syndicat professionnel UniCiné portant sur l'intervention des collectivités locales dans le domaine des salles de cinéma

des stipulations du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en matière d'aides d'Etat, telles qu'interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne⁵⁰ et la Commission européenne⁵¹, cette dernière disposant d'une compétence exclusive pour l'examen des régimes et projets qui lui sont notifiés par les Etats membres. Lorsque ces obligations ne sont pas applicables, en raison, par exemple, de l'application des seuils *de minimis*⁵² ou de l'absence d'affectation des échanges au sein de l'Union européenne, le maintien de conditions de concurrence par les mérites avec les entreprises privées est également à rechercher dans le respect des conditions légales d'intervention fixées par la loi. Les articles L. 2224-1 et -2 du Code général des collectivités territoriales imposent à ces collectivités d'équilibrer leurs comptes et les articles L. 2251-4 ou L. 3232-4 encadrent l'octroi des subventions.

74. Par ailleurs, la transparence comptable favorise l'élaboration de propositions tarifaires orientées vers les coûts, susceptibles de protéger une régie contre le risque de pratiquer des prix prédateurs, dans le cas où elle occuperait une position dominante sur un marché pertinent, et/ou de pratiquer des prix abusivement bas, dans les cas où elle entrerait en relation contractuelle directe avec des consommateurs⁵³.
75. De façon plus générale, la comptabilité analytique permet de vérifier que les tarifs pratiqués par les personnes publiques ne perturbent pas le jeu de la concurrence. Ainsi, le Conseil de la concurrence, a estimé, au sujet de la tarification de la cession de droits de reproduction de données publiques officielles, que, s'il était démontré qu'un service public en cause établissait des prix de cession des droits de reproduction des données dans des conditions discriminatoires ou imputait, dans le prix de revient de ses propres ouvrages, un coût correspondant inférieur à la redevance perçue auprès des opérateurs privés avec lesquels il est en concurrence, il pourrait être conclu à l'existence d'une entrave au jeu de la concurrence⁵⁴. Dans un autre avis, le Conseil de la concurrence, saisi par le Conseil d'Etat par une décision avant dire droit, a procédé à un examen des tarifs pratiqués par l'INSEE dans le cadre de la tenue du répertoire national d'identification des entreprises et de leurs

⁵⁰ CJCE, 24 juillet 2003, Altmark Trans GmbH, C-280/00, Rec. p.I-7747

⁵¹ Décisions de la Commission 2005/842/CE du 28 novembre 2005 concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité CE aux aides d'Etat sous forme de compensation de services publics octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général, JOUE L 312 du 29 novembre 2005, article 5, paragraphe 5 et 2012/21/UE du 20 décembre 2011, JOUE L 7 du 11 janvier 2012; **Communication de la Commission européenne**, concernant l'application des dispositions de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'Etat sous forme de compensation de services publics octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général ; **Encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensations de service public** du 28 novembre 2005, 2005/C 297/04, JOUE C297/4, point 19 et **Encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensations de service public** du 20 décembre 2011, 2012/C 8/03, JOUE C8 du 11 janvier 2012 ; voir également le « Guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière » d'aides d'Etat, de "marchés publics" et de "marché intérieur" » (ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6458&langId=fr). .

⁵² Lorsque les aides sont octroyées aux entreprises dont le chiffre d'affaires annuel moyen hors taxes, toutes activités confondues, n'a pas atteint 100 millions d'euros au cours des deux exercices précédant celui de l'octroi du service d'intérêt économique général et dont le montant annuel de compensation pour le service en cause est inférieur à 30 millions d'euros.

⁵³ Conseil d'Etat, Société Jean-Louis Bernard Consultants, précité ; Conseil de la concurrence, avis n°99-A-11 précité

⁵⁴ Avis n° 97-A-10 du 25 février 1997 relatif à une demande d'avis présentée par le Groupement des éditions et de la presse nautiques portant sur des questions de concurrence soulevées par la politique éditoriale du Service hydrographique et océanographique de la Marine

établissements, dit SIRENE⁵⁵ afin de vérifier l'existence d'un effet de ciseau tarifaire⁵⁶. A la suite de cet avis, le Conseil d'Etat a jugé que, par leur caractère excessif, les redevances liées à l'utilisation des données nuisaient à l'activité concurrentielle d'autres opérateurs économiques, pour lesquels ces données constituaient une ressource essentielle pour élaborer un produit ou assurer une prestation qui diffèrent de ceux fournis par l'Etat. Il a annulé, pour ce motif, l'arrêté instituant la redevance⁵⁷.

76. La transparence comptable évite également qu'une subvention ne conditionne la réalisation d'une pratique commerciale qui, sans être prédatrice, entraîne une perturbation durable du marché qui n'aurait pas eu lieu sans elle⁵⁸.

2.1.1.2.3. Exigence d'une séparation complète des activités de régulation et des activités commerciales

77. La tenue d'une comptabilité analytique n'est toutefois, dans certaines circonstances, pas suffisante pour prévenir les atteintes au jeu de la concurrence. Si la diversification des activités des opérateurs historiques disposant de droits exclusifs peut avoir des effets positifs en favorisant des économies d'échelle susceptibles d'être répercutées aux consommateurs, elle peut en effet soulever des difficultés très importantes au regard du droit de la concurrence lorsqu'une personne est autorisée par les pouvoirs publics à cumuler des activités de régulation et des activités commerciales. Ces dernières ne peuvent être résolues que par une séparation plus poussée des activités de service public et des autres activités. La Cour de justice a ainsi jugé contraire à l'article 106 TFUE le fait de « *confier à une entreprise qui commercialise des appareils terminaux la tâche de formaliser des spécifications auxquelles devront répondre les appareils terminaux, de contrôler leur application et d'agrèer ces appareils* », car cela « *revient à lui conférer le pouvoir de déterminer, à son gré, quels sont les appareils terminaux susceptibles d'être raccordés au réseau public et à lui octroyer ainsi un avantage évident sur ses concurrents* »⁵⁹. Elle a confirmé cette jurisprudence relative aux conflits d'intérêts entre les activités d'exploitation commerciale et de régulation à propos d'un mécanisme d'avis conforme d'une personne morale sur les demandes d'autorisation présentées par les concurrents en vue de l'organisation de compétitions de motocycles. Ce mécanisme revient de fait à lui conférer le pouvoir de désigner ses concurrents et à fixer les conditions dans lesquelles les compétitions

⁵⁵ Avis n° 01-A-18 du 28 décembre 2001 relatif à des pratiques de l'INSEE concernant les conditions de commercialisation des informations issues du répertoire SIRENE

⁵⁶ Le Tribunal de Première instance des Communautés européennes a jugé que « *Les pratiques poursuivies désignées par les termes de ciseau tarifaire consistent, pour un opérateur généralement verticalement intégré, fixent à la fois les tarifs de détail sur un marché et le tarif d'une prestation nécessaire pour l'accès au marché de détail, à ne pas laisser entre les deux un espace suffisant pour la couverture des autres coûts encourus pour la fourniture de la prestation de détail* » (Tribunal de Première instance des Communautés européennes, Deutsche Telekom/Commission, T-271/03, Rec. p. II-477). La Cour de justice a confirmé cet arrêt (Cour de justice de l'Union européenne, 15 octobre 2010, C-208/08 P, à publier au recueil).

⁵⁷ Conseil d'Etat, Société Cegedim, 29 juillet 2002, n° 200886, Rec. p. 280

⁵⁸ Décision n°00-D-50 du 5 mars 2001 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Française des Jeux dans les secteurs de la maintenance informatique et du mobilier de comptoir, confirmée par la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation ; avis n° 08-A-13 précité

⁵⁹ Cour de justice des Communautés européennes, 13 décembre 1991, aff. C-18/88, RTT / GB-Inno-BM SA, Rec. p. I-5941

sont organisées⁶⁰. Pour sa part, le Conseil d'Etat vérifie notamment, afin d'apprécier les atteintes éventuelles au principe de libre concurrence, que des activités économiques ne sont pas cumulées avec des fonctions de régulation⁶¹.

78. L'Autorité a appelé à réviser trois projets de textes qui lui étaient soumis lorsque sont cumulées des activités de régulation et d'exploitation commerciale.
79. Dans les secteurs des transports aérien et ferroviaire, l'Autorité a estimé dans deux avis que seule la mise en place d'une autorité de régulation indépendante permettrait de mettre fin aux situations de conflit d'intérêts qui peuvent résulter du cumul par l'Etat des rôles de régulateur et d'actionnaire des opérateurs historiques⁶². Elle a notamment mis en évidence les risques de pratiques anticoncurrentielles pouvant découler du cumul d'activités par la Société nationale des chemins de fer français d'une part, d'exploitation des trains, et, d'autre part, d'attribution des sillons dits « de dernière minute », cette seconde fonction lui étant déléguée par Réseaux ferrés de France⁶³. L'Autorité a relevé que ce cumul était lié à des facteurs historiques, techniques et sociaux, mais a recommandé la mise en place de modes d'organisation alternatifs afin de mettre fin à cette situation. Ces modes d'organisation sont également pertinents en matière de gestion des gares, qui paraissent constituer des infrastructures essentielles (voir définition au **point 127**) dont l'accès détermine notamment l'entrée de nouveaux opérateurs ferroviaires et le développement de prestations de transport intermodales⁶⁴ et n'est pas soumis au contrôle d'une autorité indépendante.
80. Ces situations de cumul d'activités de régulation et d'exploitation commerciale peuvent également survenir dans d'autres secteurs que les industries de réseau. L'Autorité a ainsi émis un avis négatif à l'encontre d'un dispositif envisagé par le ministère de la Culture qui prévoyait de confier au Centre national de la cinématographie et de l'image animée (CNC), un régulateur sectoriel disposant de pouvoirs réglementaires qui est également chargé de collecter des taxes et de distribuer des aides au financement de l'industrie du cinéma, la gestion d'un fonds de mutualisation proposé aux salles cinématographiques en concurrence avec l'offre d'opérateurs privés⁶⁵. L'intervention du CNC sur un marché concurrentiel aurait, de ce fait, été de nature à créer d'importantes distorsions de concurrence, voire à éliminer toute concurrence sur le marché du financement de l'équipement numérique des salles, quelles que soient les précautions prises. Le fonds géré par le CNC aurait conservé en effet un avantage déterminant sur ses concurrents découlant de ses liens avec le régulateur sectoriel et de la garantie de l'État attachée au fonds de mutualisation. En outre, les modalités initialement envisagées de gestion du fonds, en concertation avec l'ensemble de la profession, auraient créé le risque d'imposer à l'ensemble des acteurs un montant de frais de copie virtuelle déconnecté du marché, induisant de ce fait un montant d'aides d'Etat supérieur à ce qui était prévu au moment de la saisine. Sans remettre en cause la légitimité

⁶⁰ Cour de justice des Communautés européennes, 1^{er} juillet 2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) contre Elliniko Dimosio*, précité

⁶¹ CE, 5 juillet 2010, *Syndicat national des agences de voyage*, précité.

⁶² Avis n°10-A-04 précité, dans le secteur aéroportuaire ; avis n° 08-A-17 du 3 septembre 2008 sur le projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et collectifs ainsi qu'à la sécurité des transports

⁶³ Avis n° 08-A-17 du 3 septembre 2008 sur le projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et collectifs ainsi qu'à la sécurité des transports

⁶⁴ Avis n° 09-A-55 du 4 novembre 2009 sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs ; avis n°11-A-15 du 29 septembre 2011 sur un projet de décret relatif aux gares de voyageurs et autres infrastructures de services du réseau ferroviaire

⁶⁵ Avis n° 10-A-02 du 1^{er} février 2010 relatif à l'équipement numérique des salles de cinéma

d'un dispositif assurant un large accès aux solutions de numérisation, l'Autorité a suggéré d'autres solutions introduisant des distorsions moins importantes de la concurrence, s'accordant mieux au mode traditionnel d'intervention du CNC et permettant de préserver le principe de solidarité auquel le CNC est attaché. A la suite de cet avis, un dispositif de contribution au financement des investissements nécessaires à l'installation initiale des équipements de projection numérique a été mis en place par la loi n° 2010-1149 du 30 septembre 2010 relative à l'équipement numérique des établissements de spectacles cinématographiques en remplacement de celui qui était initialement envisagé. Elle prévoit que la contribution due par les salles de spectacles qui ont accès aux films dès la sortie nationale ou qui programment un grand nombre de films nouveaux différents est négociée entre les parties sur la base de critères équitables, transparents et objectifs.

2.1.2 Attribution, extension, aménagement ou maintien de droits exclusifs ou spéciaux

81. Les droits exclusifs ou spéciaux peuvent être attribués à une personne publique ou à une personne privée aux fins de fourniture d'un service d'intérêt économique général. Dans la première hypothèse, les conditions développées ci-dessous se cumulent avec celles exposées à la section 3.1.1.
82. Les droits exclusifs sont « *des droits accordés par un État membre à une entreprise au moyen de tout instrument juridique, réglementaire et administratif, qui lui réserve le droit de fournir un service ou d'exercer une activité sur un territoire donné* ». Les droits spéciaux sont, pour leur part, « *des droits accordés par un État membre à un nombre limité d'entreprises au moyen de tout instrument législatif, réglementaire et administratif qui, sur un territoire donné [...] confère à une ou plusieurs entreprises [...] des avantages légaux ou réglementaires qui affectent substantiellement la capacité de toute autre entreprise de fournir le même service ou de se livrer à la même activité sur le même territoire dans des conditions substantiellement équivalentes* »⁶⁶. Ces définitions sont reprises au III de l'article 2 de l'ordonnance n°2004-503 du 7 juin 2004 portant transposition de la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques.
83. Les droits exclusifs ou spéciaux peuvent porter sur tout ou partie d'un marché, sur une période déterminée, ou sur des territoires géographiques.
84. La conformité de droits exclusifs ou spéciaux au droit de la concurrence est soumise à plusieurs conditions, qui ont été précisées par la jurisprudence européenne et nationale (2.1.2.1.). Les opérateurs jouissant de ces droits ne doivent pas, en particulier, être placés en situation d'abuser de leur position dominante. Cette condition implique que toute attribution ou extension de droits exclusifs ou spéciaux doit prévoir, en amont, des garanties nécessaires à cet effet (2.1.2.2.).

⁶⁶ Directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises, JOUE L 318/17, 17 novembre 2006. Voir les articles 2 sous f) et g).

2.1.2.1 CONDITIONS DE CONFORMITÉ AU TRAITE SUR LE FONCTIONNEMENT DE L'UNION EUROPÉENNE DES DROITS EXCLUSIFS OU SPÉCIAUX

85. L'article 106, paragraphe 1 TFUE prévoit : « *Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus* ».
86. Ainsi que l'a jugé la Cour de justice de l'Union européenne⁶⁷, l'article 106 TFUE n'a pas de portée autonome; il exige que ces mesures soient conformes aux autres règles prévues par les traités, notamment les règles de concurrence, et les libertés de circulation des marchandises, des services et des capitaux.
87. Les droits exclusifs, qui, par nature, éliminent toute concurrence sur le marché concerné⁶⁸, ne sont donc susceptibles d'être autorisés au regard des règles de concurrence que s'ils s'inscrivent dans le cadre d'un service d'intérêt économique général⁶⁹ (SIEG) et qu'ils sont indispensables à l'accomplissement en droit ou en fait de ce service, conformément au paragraphe 2 de l'article 106 TFUE. Il incombe à l'État membre qui invoque le bénéfice de ces stipulations de démontrer l'existence d'un SIEG (**voir points 61 à 65**) défini par les pouvoirs publics, ainsi que la nécessité et la proportionnalité de l'atteinte à la concurrence au regard de l'objectif d'intérêt général poursuivi. La Cour de justice a jugé que : « *En vue de vérifier si la restriction de concurrence est nécessaire pour permettre au titulaire d'un droit exclusif d'accomplir sa mission d'intérêt général dans des conditions économiquement acceptables, il faut partir de la prémisse selon laquelle l'obligation, pour le titulaire de cette mission, d'assurer ses services dans des conditions d'équilibre économique présuppose la possibilité d'une compensation entre les secteurs d'activités rentables et des secteurs moins rentables et justifie, dès lors, une limitation de la concurrence, de la part d'entrepreneurs particuliers, au niveau des secteurs économiquement rentables. Même si l'exclusion de la concurrence ne se justifie pas dans certains cas mettant en jeu des services spécifiques, dissociables du service d'intérêt général en question, dans la mesure où ces services ne mettent pas en cause l'équilibre économique du service d'intérêt économique général assumé par le titulaire du droit exclusif* »⁷⁰. « *Elle n'est, notamment, pas admissible dès lors que sont en cause des services spécifiques, dissociables du service d'intérêt général, qui répondent à des besoins particuliers d'opérateurs économiques et qui exigent certaines prestations supplémentaires [...] et dans la mesure où ces services, de par leur nature et les conditions dans lesquelles ils sont offerts, telles que le secteur géographique dans lequel ils*

⁶⁷ Cour de justice des Communautés européennes, 18 juin 1991, ERT / DEP, C-260/89, Rec. p. I-2925 ; 10 décembre 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova / Siderurgica Gabrielli*, C-179/90, Rec. p. I-5889 ; 5 octobre 1994, *Centre d'insémination de la Crespelle/Coopérative de la Mayenne*, C-323/93, Rec. p. I-5077 ; 30 mars 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, C-451/03, Rec. p. I-2941 ; 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales*, C-295/05, Rec. p. I-2999

⁶⁸ Voir notamment Cour de justice des Communautés européennes, 12 février 1998, *Raso e.a.*, C-163/96, Rec. p. I-533 ; 17 novembre 1992, *Espagne c/ Commission*, C-271/90, 281/90 et 289/90, Rec. p. I-5833

⁶⁹ La Commission européenne a précisé la notion de SIEG dans un document de travail en date du 7 décembre 2010 (SEC(2010)1545 final) intitulé « Guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière » d'aides d'État, de "marchés publics" et de "marché intérieur" » (ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6458&langId=fr).

⁷⁰ Cour de justice des Communautés européennes, 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, C-475/99, Rec. p. I-8089

interviennent, ne mettent pas en cause l'équilibre économique du service d'intérêt économique général assumé par le titulaire du droit exclusif.»⁷¹.

88. Dans le cadre de cette vérification de la nécessité et de la proportionnalité de l'atteinte à la concurrence, il doit être tenu compte «*des conditions économiques dans lesquelles l'entreprise, du fait des contraintes qui pèsent sur elle, se trouve placée, notamment des coûts qu'elle doit supporter et des réglementations, [particulièrement en matière d'environnement], auxquelles elle est soumise.*»⁷².
89. Le Conseil d'Etat a rappelé pour sa part, au sujet de l'union des groupements d'achat publics, que «*l'intérêt général qui s'attache au bon accomplissement des missions de l'UGAP ne saurait, sans méconnaître les exigences de l'égal accès aux marchés publics et le principe de libre concurrence, justifier l'octroi de droits exclusifs à l'UGAP que dans la mesure où l'accomplissement de la mission particulière qui a été impartie à cette dernière ne peut être assuré que par l'octroi de tels droits pour autant que le développement des échanges n'en est pas affecté dans une mesure excessive*»⁷³.

2.1.2.2 GARANTIES PERMETTANT D'ÉVITER QUE LA DIVERSIFICATION D'UN OPÉRATEUR HISTORIQUE OU L'ATTRIBUTION DE DROITS EXCLUSIFS OU SPÉCIAUX, LEUR AMÉNAGEMENT OU LEUR EXTENSION NE CONDUISE NÉCESSAIREMENT A UN ABUS DE POSITION DOMINANTE

90. Les stipulations de l'article 106 TFUE, lues en combinaison avec l'article 102 TFUE relatif aux abus de position dominante, commandent en particulier aux États membres de ne pas placer les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs ou les étendent dans une situation qui les conduirait nécessairement à abuser de leur position dominante et à affecter le développement des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union européenne. Il ne suffit ainsi pas que les entreprises concernées s'abstiennent de pratiques anticoncurrentielles ; il revient aux pouvoirs publics de prévenir celles-ci par des garanties appropriées, dont certaines peuvent revêtir la forme de textes normatifs. Les stipulations précitées s'appliquent également dans l'hypothèse où un opérateur conserve des droits exclusifs ou spéciaux sur le segment d'un marché alors qu'un autre segment est ouvert à la concurrence.
91. En ce qui concerne les droits spéciaux, la condition de conformité à l'article 106 TFUE implique, d'une part, l'absence de détention d'une position dominante collective par les opérateurs concernés, et, d'autre part, l'absence d'abus automatique de celle-ci. La qualification d'une situation de position dominante collective résulte de la jurisprudence européenne⁷⁴ et nationale⁷⁵. L'attribution de droits spéciaux est étudiée plus en détail aux **points 130 à 177 et 202 à 213** portant sur la limitation directe ou indirecte du nombre d'opérateurs sur un marché.

⁷¹ Cour de justice des Communautés européennes, 19 mai 1993, Corbeau, C-320/91, Rec. p. I-2533

⁷² Cour de justice des Communautés européennes, C-393/92, Rec. p. I-1477

⁷³ Conseil d'Etat, 27 juillet 2001, Coopérative de consommation des adhérents de la mutuelle assurance des instituteurs de France, n° 218067

⁷⁴ Cour de justice des Communautés européennes, 10 juillet 2008, Bertelsmann et Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, Rec. p. I-4951; Tribunal de première instance des Communautés européennes, 6 juin 2002, Airtours c/ Commission, aff. T-342/99, Rec. p. II-2585.

⁷⁵ Conseil d'Etat, 31 juillet 2009, Société Fiducial audit et société Fiducial expertise, n° 305903, à publier au Recueil

92. En ce qui concerne les droits exclusifs, si le marché pertinent et le marché couvert par ces droits sont identiques, la condition de position dominante est nécessairement remplie puisqu'un monopole est ainsi accordé à l'opérateur bénéficiaire.
93. La condition d'absence d'abus automatique de position dominante a été interprétée à de nombreuses occasions par l'Autorité de la concurrence. Elle l'a conduite, notamment, à préciser les modalités acceptables d'attribution ou d'extension de droits spéciaux ou exclusifs (2.1.2.2.1.), à recommander de veiller à ce que les concurrents puissent avoir accès aux marchés connexes ou aval en cas d'intégration horizontale ou verticale (2.1.2.2.) et à ce que les activités commerciales hors du champ des droits exclusifs soient gérées par une filiale (2.1.2.2.3.) et à mettre en place une régulation de l'accès aux facilités essentielles éventuellement détenues ou contrôlées (2.1.2.2.4.), voire une régulation des prix pratiqués (2.1.2.2.5.). Il convient également d'éviter, lorsque l'opérateur qui bénéficie de droits spéciaux ou exclusifs exerce également des activités sur un marché concurrentiel, n'entretienne une confusion entre ses deux catégories de missions (2.1.2.2.6.).

2.1.2.1.1 Modalités d'attribution des droits exclusifs ou spéciaux

94. Le Tribunal de l'Union européenne a jugé qu'il « *ne découle ni du libellé de l'article 86, paragraphe 2, CE [désormais article 106, paragraphe 2, TFUE] ni de la jurisprudence relative à cette disposition qu'une mission d'intérêt général ne peut être confiée à un opérateur qu'à l'issue d'une procédure d'appel d'offres* »⁷⁶.
95. Cependant, les pouvoirs publics sont tenus de respecter l'acquis de l'Union européenne, et en particulier les exigences relatives à la passation des marchés publics, les règles définissant les modalités d'attribution des obligations d'exécution du service universel dans certains secteurs ayant fait l'objet d'une harmonisation, ou les obligations de mise en concurrence issues de règles sectorielles, par exemple en matière de transport public.
96. En outre, en dehors du champ d'application des règles européennes ou nationales prescrivant le recours à un appel d'offres, certains principes fondamentaux s'imposent aux pouvoirs publics et ont pour effet de préserver le jeu concurrentiel.
97. D'une part, le Conseil constitutionnel et le juge administratif veillent au respect des exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics⁷⁷.

⁷⁶ Tribunal de Première instance des Communautés européennes, 15 juin 2005, Olsen / Commission, T-17/02, Rec. p. II-2031

⁷⁷ Conseil constitutionnel, décision n°2008-567 DC du 24 juillet 2008, loi relative aux contrats de partenariat ; Conseil constitutionnel, décision n°2003-473 DC du 26 juin 2003, loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit ; Conseil d'Etat, section, 10 février 2010, M. P., n° 329100. Le juge administratif peut, en outre, au cas par cas, censurer une erreur manifeste d'appréciation dans la sélection d'un co-contractant en dehors de procédures régies par le Code de marchés publics (Conseil d'Etat, 1^{er} avril 2009, compagnie urbaine de Bordeaux et société Keolis, n°323585) et veiller à ce que les modalités d'instruction des demandes dont une autorité publique est saisie dans le cadre d'une manifestation d'intérêt pour une délégation de service public n'aient pas pour effet de conduire à empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur un marché, notamment en limitant de façon excessive l'accès à ce marché (Conseil d'Etat, 10 mars 2006, Commune d'Houlgate et Société d'exploitation du casino d'Houlgate, Section, n°s 264098 264123 268524 ; Conseil d'Etat, Section, 30 avril 2003, Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement, Rec. p. 189).

98. D'autre part, les personnes publiques sont tenues de respecter les principes de liberté d'établissement, de liberté de prestation de services et de non-discrimination dès lors que des marchés publics ou des concessions sont susceptibles de présenter un intérêt transfrontalier. Il convient donc de respecter des exigences minimales en matière de publicité, de durée de droits exclusifs et de capacité du co-contractant à exécuter le service attendu (**voir points 101 à 109**).
99. L'Autorité de la concurrence recommande en tout état de cause la mise en œuvre de mécanismes de marchés, en particulier l'organisation d'appels d'offres, lorsqu'ils sont techniquement possibles, afin de faire le meilleur usage possible des deniers publics⁷⁸.
100. Une autre possibilité consiste, lorsqu'il est créé un nouveau SIEG ou un service universel, à mettre en place un système optionnel de type « *pay or play* »⁷⁹, qui permet la participation de davantage d'opérateurs et le maintien d'une concurrence en termes de qualité. Cette dernière solution avait été jugée particulièrement adaptée par l'Autorité dans l'hypothèse de la création d'un service universel bancaire⁸⁰ : « *Cette procédure d'option possède comme avantage principal d'améliorer l'efficacité dans le rendu du service et donc d'en diminuer les coûts. En effet, il devient difficile aux opérateurs en charge du service universel de surestimer les coûts induits dans la mesure où leurs concurrents peuvent choisir de « jouer » eux-mêmes plutôt que de « payer » si la contribution qu'ils doivent verser pour le financement leur semble excessive. Ce mécanisme empêche donc les opérateurs de service universel de surestimer leurs coûts. Elle permet, de plus, à plusieurs opérateurs d'intervenir simultanément sur le marché non rentable et permet, par conséquent, de contourner les problèmes d'attribution et de détermination des zones dans la mesure où toute institution financière peut désormais servir ses zones d'implantation naturelle. Enfin, ce dispositif, fondé sur une participation volontaire des établissements, donne une plus grande garantie que la relation bancaire établie avec les personnes modestes bénéficiaires du service universel sera de qualité. Le respect de leur liberté commerciale permet aussi aux établissements qui le souhaitent de conserver la possibilité de choisir leur clientèle, tout en garantissant que les banques qui acceptent une large clientèle éligible au service universel ne seront pas seules à en supporter le coût, puisqu'elles seront subventionnées par leurs concurrentes. Cependant, le mécanisme de « pay or play » est plus exigeant pour le régulateur car il l'oblige à surveiller plusieurs opérateurs de service universel : le régulateur doit vérifier que le service universel est fourni dans des conditions d'accès et de qualité acceptables par tous les opérateurs. Il nécessite également l'évaluation du coût du service universel. Ainsi, ce dernier mode de gestion du service universel demande, plus que les autres, la désignation d'un régulateur sectoriel.* ».

Publicité

⁷⁸ Avis n° 04-A-12 du 30 juin 2004 relatif à un projet de décret modifiant les missions exercées par l'Institut géographique national. Voir également Conseil d'Etat, 26 janvier 2007, Syndicat professionnel de la géomatique, n° 276928

⁷⁹ Voir définition à **la note 34**

⁸⁰ Avis n° 05-A-08 du 31 mars 2005 relatif à une demande d'avis de la Confédération de la Consommation, du Logement et du Cadre de Vie portant sur les conditions dans lesquelles pourrait être envisagée la mise en place d'un service bancaire de base

101. Des mesures minimales de publicité et de transparence ont été imposées par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne avant l'attribution ou le renouvellement de marchés publics ou concessions lorsqu'une entreprise située dans un État membre autre que celui dans lequel ils sont attribués est susceptible d'être intéressée⁸¹. Le Conseil d'Etat a jugé que les dispositions relatives à l'obligation de mise en concurrence précédant la passation de délégations de service public s'interprètent « à la lumière des règles fondamentales du traité instituant la Communauté européenne, au nombre desquelles figure le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, [et] ne peuvent être réputées satisfaites que lorsqu'est mise en œuvre une procédure de publicité adéquate compte tenu de l'objet, du montant financier et des enjeux économiques de la délégation de service public »⁸².

102. Sans nécessairement impliquer une obligation de procéder à un appel d'offres, ces obligations de transparence imposent à l'autorité adjudicatrice ou délégataire de garantir un degré de publicité adéquat permettant une ouverture à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'attribution⁸³.

103. Deux exceptions, entendues strictement, ont néanmoins été définies par la jurisprudence. La première concerne les prestations dites de « quasi régie » (ou « *in house* »), « *si, tout à la fois, le contrôle exercé sur l'entité concessionnaire par l'autorité publique concédante est analogue à celui que cette dernière exerce sur ses propres services et si cette entité réalise l'essentiel de son activité avec l'autorité qui la détient* »⁸⁴. La seconde a trait à des circonstances objectives qui impliquent une différence de traitement au détriment d'entreprises établies dans un autre Etat membre, liée par exemple, à la nécessité de respecter le principe de sécurité juridique lorsqu'il s'agit d'anciennes concessions, attribuées à une époque où la Cour n'avait pas encore établi sa jurisprudence. Dans le cas de concessions en matière de gaz, la Cour a jugé, tant au regard de la directive n°2003/55/CE que des libertés fondamentales fixées par le traité, qu'un allongement de la période transitoire permettant aux co-contractants de dénouer leurs relations contractuelles dans des conditions acceptables tant du point de vue des exigences du service public que du point de vue économique pouvait être admis⁸⁵. En revanche, indépendamment de telles circonstances objectives, des motifs de nature économique, tels que le fait de garantir aux titulaires d'une concession la continuité, la stabilité financière et un rendement correct des investissements

⁸¹ Cour de justice des Communautés européennes, 7 décembre 2000, Telaustria Verlags GmbH et autres, C-324/98, Rec. p. I-10745 ; 21 juillet 2005, Coname, C-231/03, Rec. p. I-7287 ; 13 septembre 2007, Commission c/ République italienne, C-206/04, Rec. p. I-9777 ; 15 mai 2008, SECAP et Santorso, C-147 et -148/06, Rec. p. I-3565 ; 10 septembre 2009, Eurawasser, C-206/08, non encore publié au recueil ; Cour de justice de l'Union européenne, 13 avril 2010, Wall, C-91/08, non encore publié au Recueil.

⁸² Conseil d'Etat, 1er avril 2009, Communauté urbaine de Bordeaux, n° 323585

⁸³ Cour de justice des Communautés européennes, 13 novembre 2008, Coditel Brabant, C-324/07, Rec. p. I-8457, point 25, et Wall, précité. Voir également la circulaire du 29 décembre 2009 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, NOR: ECEM0928770C, JORF n°0303 du 31 décembre 2009, page 23171

⁸⁴ Cour de justice des Communautés européennes, 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Locahu, C-26/03, Rec. p. I-1 ; 13 octobre 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585 ; 6 avril 2006 ; 6 avril 2006, Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori dit « ANAV », C-410/04, Rec. p. I-3303 ; 19 avril 2007, Asemfo, C-295/05, Rec. p. I-2999 ; 10 septembre 2009, Sea Srl contre Comune di Ponte Nossa, C-573/07, à publier au recueil.

⁸⁵ Cour de justice des Communautés européennes, 17 juillet 2008, ASM Brescia, C-347/06, Rec. p. I-5641

réalisés dans le passé, ne sauraient être admis en tant que raisons impérieuses d'intérêt général de nature à justifier une restriction à des mesures de publicité préalable⁸⁶.

104. La Cour de justice a, par ailleurs, admis des mécanismes d'attribution directe dans le cadre de partenariats public-privé institutionnalisés⁸⁷ « impliquant la réalisation préalable de certains travaux, [...] à une société à capital mixte, public et privé, spécialement créée aux fins de la fourniture de ce service et ayant un objet social unique, dans laquelle l'associé privé est sélectionné sur appel d'offres public, après vérification des conditions financières, techniques, opérationnelles et de gestion se rapportant au service à assurer et des caractéristiques de l'offre au regard des prestations à fournir », mais elle a conditionné ces facilités à ce que « la procédure d'appel d'offres en question soit conforme aux principes de libre concurrence, de transparence et d'égalité de traitement imposés par le traité CE pour les concessions ».

105. L'Autorité de la concurrence a estimé que ces exigences de publicité et de transparence pouvaient utilement s'étendre au-delà de l'attribution de marchés et de délégations de service public, et s'appliquer également à la délivrance d'autorisations domaniales exclusives à des opérateurs économiques afin de préserver le jeu de la concurrence, même en l'absence de texte ou d'obligation tirée du droit de l'Union européenne ou du droit national. Dans deux avis, l'un concernant la mise en place d'un service de transport fluvial sur le bief de Paris⁸⁸, l'autre à l'occupation du domaine public pour la distribution de journaux gratuits⁸⁹, elle a invité les collectivités publiques concernées à organiser des procédures propres à satisfaire ces objectifs.

Durée des droits exclusifs

106. Le Tribunal de l'Union européenne a jugé que les droits exclusifs ou spéciaux ne pouvaient être accordés pour une durée illimitée : « Il ne suffit donc pas que des raisons acceptables aient conduit à l'octroi du droit exclusif pour que celui-ci soit toujours justifié, sauf à rendre impossible toute contestation d'une mesure étatique conférant un droit exclusif à une entreprise, dès lors que l'octroi de ce droit est initialement justifié, et sauf à rendre également impossible l'application des règles du traité régissant les libertés fondamentales à une mesure étatique conférant un droit exclusif à une entreprise, alors même que les entraves causées par ce droit ne seraient plus justifiées par une raison impérieuse d'intérêt général. »⁹⁰. La Cour de justice⁹¹ met à la charge des Etats membres une obligation de réexaminer « périodiquement », « à des périodes rapprochées », « la nécessité » et les « modalités d'intervention » mises en œuvre dans le cadre de l'article 106 TFUE pour exécuter un SIEG. La durée des droits exclusifs ne doit en effet pas excéder les

⁸⁶ Cour de justice des Communautés européennes, 13 septembre 2007, Commission c/ Italie, C-260/04, Rec. p. I-7083

⁸⁷ Cour de justice des Communautés européennes, 15 octobre 2009, Acoset Spa, C-196/08, non encore publié au Recueil

⁸⁸ Avis n° 09-A-44 du 29 juillet 2009 relatif au projet de mise en œuvre d'un service régulier de transport de personnes par navettes fluviales sur le bief de Paris

⁸⁹ Avis n°04 A-19 du 21 octobre 2004 relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution de journaux gratuits

⁹⁰ Tribunal de Première instance des Communautés européennes, 8 juillet 1999, Vlaamse Televisie Maatschappij c/ Commission, T-266/97, Rec. p. II-2329

⁹¹ Cour de justice de l'Union européenne, 20 avril 2010, Federutility, C-265/08, non encore publié au Recueil

nécessités de l'exécution du SIEG: « *la durée de la concession doit être fixée de manière à ne pas restreindre la libre concurrence au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'amortissement des investissements et une rémunération raisonnable des capitaux investis* »⁹².

107. L'Autorité de la concurrence a fait état de préoccupations analogues à l'occasion de l'examen d'un projet de décret⁹³.

Capacité du co-contractant à exécuter le service

108. En l'absence d'appel d'offres, il importe de vérifier, afin de prévenir une pratique abusive contraire à l'article 106 TFUE, que l'entreprise à laquelle est attribué un droit exclusif ou dont le droit exclusif est étendu est en mesure de satisfaire la demande que présente le marché pour le service d'intérêt économique général⁹⁴.

109. L'Autorité a ainsi émis un avis défavorable sur un projet de décret précité car cette condition n'était pas satisfaite⁹⁵.

Allotissement dans le cadre d'appels d'offre

110. Dans les hypothèses où un appel d'offres est organisé, du fait d'une obligation juridique ou d'une décision de l'autorité concernée, il convient de prêter une attention particulière à l'allotissement afin d'assurer une réelle mise en concurrence⁹⁶. Les maîtres d'ouvrage doivent notamment veiller à rédiger leur offre de façon à ce qu'elle n'avantage pas certaines

⁹² Cour de justice des Communautés européennes, 17 mai 1984, Denkvit Nederland, aff. 15/83, Rec. p. 2171

⁹³ Avis n° 03-A-21 du 31 décembre 2003 relatif à la position de la Mutualité Fonction Publique sur le marché des prestations sociales au profit des agents publics

⁹⁴ Cour de justice des Communautés européennes, 13 décembre 1991, Höfner et Elser/Macroton, précité ; 11 décembre 1997, Job Centre, C-55/96, Rec. p I-7119 ; 12 septembre 2000, Pavlov e.a., C-180/98 à C-184/98, Rec. p. I-6451 ; 8 juin 2000, Carra e.a., C-258/98, Rec. p. I-4217

⁹⁵ Avis n° 03-A-21 précité

⁹⁶ Dans sa décision n° 08-D-29 du 3 décembre 2008 relative à des pratiques relevées dans le secteur des marchés publics d'entretien de menuiserie métallerie serrurerie, le Conseil avait ainsi souligné que l'allotissement prévu par l'article 10 du code des marchés publics invitait à introduire une plus large concurrence lorsque l'importance des travaux à réaliser risquait de dépasser les capacités techniques ou financières d'une seule entreprise, chaque lot, d'importance moindre, pouvant être exécuté par des entreprises petites ou moyennes. Dans cette affaire, le Conseil a également noté qu'il en était de même dans le cas où une seule entreprise ne peut tenir des délais d'exécution extrêmement courts qu'en adoptant un rythme de travail nécessitant des dépenses supplémentaires qui grèvent d'autant le coût des prestations : pour ces marchés, l'acheteur public peut interdire aux candidats de soumissionner à plusieurs lots ou accepter une soumission pour l'ensemble des lots, leur imposant alors de proposer un ordre de priorité, ou encore limiter l'attribution à un lot.

entreprises, notamment par le choix de spécifications techniques⁹⁷ ou par l'imprécision du cahier des charges⁹⁸.

111. L'Autorité de la concurrence, dans le cadre de ses fonctions contentieuses, a ainsi examiné le caractère abusif de pratiques d'un délégataire de service public en position dominante⁹⁹. Sa décision a été confirmée par la Cour d'appel de Paris¹⁰⁰ : « *en l'espèce, la SNCM, délégataire sortant, savait qu'il était sinon impossible, du moins beaucoup plus difficile aux autres compagnies de soumissionner sur une offre globale et qu'elle avait de fortes chances d'être la seule à le faire, [...] dès lors, en ne donnant pas à l'OTC les moyens de vérifier dès l'ouverture des plis sa compétitivité ligne par ligne, elle l'incitait à privilégier son offre globale, favorisant ainsi l'éviction des opérateurs dont les offres se limitaient à certaines des lignes ; [...] ce faisant elle portait atteinte à la concurrence par les prix et les mérites en profitant de sa qualité d'opérateur sortant en position dominante ; [...] en effet les chiffres donnés par le Conseil de la concurrence [...] montrent bien que le niveau de prix de l'offre de la SNCM d'août 2006 était supra-concurrentiel, ne reflétant pas les gains d'efficacité attendus d'une offre globale* ».
112. En revanche, l'attribution de tous les lots à un seul opérateur n'est pas, en soi, une pratique qui doit être prohibée a priori au regard du droit de la concurrence¹⁰¹. Saisi d'un projet de décret prévoyant d'accorder l'exclusivité des droits de retransmission des événements sportifs aux ligues professionnelles, qui imposait aux ligues de rejeter les propositions d'offres globales ou couplées, mais qui autorisait implicitement l'acquisition des lots par un seul opérateur, dès lors qu'il aurait été le mieux disant, le Conseil de la concurrence n'a ainsi pas émis d'objections. Il n'a pas estimé « *opportun d'ajouter dans le décret une disposition qui préjugerait du résultat final de l'appel d'offres en exigeant, par exemple, que les lots soient attribués à au moins deux opérateurs. Une telle obligation, qui aurait pour effet d'instaurer un élément de prévisibilité des résultats de la vente pourrait avoir des effets négatifs pour la concurrence et la valorisation des lots. Sous réserve d'une appréciation in concreto du déroulement loyal de l'appel d'offres dans le cadre d'une saisine contentieuse, l'attribution de tous les lots à un seul opérateur mieux disant sur chacun d'eux, ne saurait donc constituer, à elle seule, une pratique prohibée. Au total, même si l'on ne peut exclure que l'attribution de tous les lots à un opérateur qui serait en position dominante, puisse avoir des effets sur certains marchés de services audiovisuels, le Conseil estime que la limitation de la durée des contrats à 3 ans, est propre à atténuer les risques d'élimination d'entreprises dont l'équilibre économique dépendrait de l'acquisition d'au moins une partie de ces droits audiovisuels sportifs. En toute hypothèse, il appartient à ces entreprises d'apprécier l'ensemble des risques économiques attachés au gain ou à la perte de chaque lot pour établir leurs propositions, comme il appartient aux ligues professionnelles de prévoir éventuellement, dans le cadre général posé par le décret, des dispositifs qui seraient de*

⁹⁷ Voir par exemple la décision du Conseil de la concurrence n°92-D-62 du 18 novembre 1992 relative à une saisine de la société Biwater et les arrêts des juridictions de contrôle relatifs à cette affaire (Cour d'appel de Paris, 7 mai 1997, et Cour de cassation, 18 mai 1999).

⁹⁸ Voir par exemple la décision n°03-MC-01 du 23 janvier 2003 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société TPS.

⁹⁹ Décision n° 09-D-10 du 27 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent. La Cour de cassation a confirmé la compétence du Conseil de la concurrence pour sanctionner les pratiques (Cour de cassation, chambre commerciale, 21 juin 2011, SNCM, no F 10-15.754, no 634 F-D)

¹⁰⁰ Cour d'appel de Paris, 9 mars 2010, n° 2009/07930.

¹⁰¹ Avis n° 04-A-09 du 28 mai 2004 relatif à un projet de décret sur la commercialisation par les ligues professionnelles des droits d'exploitation audiovisuelle des compétitions ou manifestations sportives

nature à éviter l'attribution de tous les lots à un seul opérateur sans remettre en cause la maximisation de leurs recettes. ».

113. L'Autorité de la concurrence a mené une réflexion spécifique sur l'allotissement dans le secteur du transport urbain de voyageurs¹⁰² et l'influence des pratiques des autorités organisatrices de transport en matière d'organisation des appels d'offres et d'évaluation des offres sur le développement d'un marché de prestations intermodales.

2.1.2.2.2. Filialisation des activités économiques en dehors du champ des droits exclusifs ou spéciaux

114. Les opérateurs auxquels sont accordés des droits exclusifs ou spéciaux sont susceptibles de diversifier leurs activités. Cette diversification peut, sous certaines conditions, avoir des effets positifs en favorisant des économies d'échelle susceptibles d'être répercutés aux consommateurs et en stimulant la concurrence. Mais les opérateurs concernés peuvent également prendre appui sur leurs droits exclusifs ou spéciaux pour rendre plus attractives leurs offres sur les marchés concurrentiels et de développer ainsi des pratiques constitutives d'un abus de position dominante. Si certaines résultent des politiques commerciales individuelles des opérateurs concernés, d'autres types de pratiques sont susceptibles de découler nécessairement de leur structure institutionnelle et de textes normatifs.
115. Dans les industries de réseau, l'Autorité a estimé à plusieurs occasions qu'une séparation juridique et fonctionnelle était nécessaire dès lors qu'une entreprise disposant d'un monopole exerce par ailleurs des activités commerciales dans un marché concurrentiel¹⁰³. Une telle mesure est en effet de nature à supprimer tout risque de conflit entre les différentes activités de l'opérateur, qui peut se traduire par le refus d'accès à des facilités essentielles, des subventions croisées de nature à perturber le jeu de la concurrence, ou le recueil d'informations stratégiques sur les concurrents. Elle réduit également les coûts de contrôle. Trois exemples sont significatifs à cet égard dans la pratique consultative de l'Autorité.
116. L'Autorité a souligné¹⁰⁴ le risque qu'EDF, en tant que seul fournisseur d'électricité, puisse être tenté de procéder à des ventes liées, par exemple en offrant à une collectivité territoriale des prestations en matière d'environnement (enterrement de lignes électriques ou de postes de moyenne tension) pour le réseau de distribution électrique traditionnel, à condition qu'elle souscrive un contrat dans une nouvelle activité d'éclairage public. Elle précisait que ces ventes liées pouvaient aussi consister en conditions tarifaires exceptionnelles (aides commerciales au branchement, exemption de pénalités) pour les équipements publics en contrepartie de la signature de contrats multiservices.

¹⁰² Avis n° 09-A-55 du 4 novembre 2009 sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs

¹⁰³ Avis n° 10-A-04 précité ; avis n° 09-A-55 précité ; avis n° 97-A-07 du 27 mai 1997 relatif à une demande d'avis de l'Association française des opérateurs privés de télécommunications sur les questions soulevées au regard du droit de la concurrence par la coexistence à France Télécom, au sein d'une même structure juridique et commerciale, d'activités de télécommunications exercées en situation concurrentielle et sous monopole ; avis n° 98-A-05 du 28 avril 1998 relatif à une demande d'avis sur les principes à respecter ou les dispositions à prévoir pour assurer le fonctionnement concurrentiel du marché électrique dans le cadre tracé par la directive européenne 96/92/CE, avis n°96-A-10 précité ; avis n° 95-A-18 du 17 octobre 1995 relatif à une demande d'avis sur les problèmes soulevés par les activités de messagerie de la Société nationale des chemins de fer français (S.N.C.F.) au regard de la concurrence

¹⁰⁴ Avis n° 94-A-15 du 10 mai 1994 relatif à une demande d'avis sur les problèmes soulevés par la diversification des activités d'E.D.F et de G.D.F. au regard de la concurrence

117. Dans le domaine des transports ferroviaires de passagers, l'Autorité a préconisé la filialisation des activités d'ingénierie de la régie autonome des transports parisiens et de la SNCF¹⁰⁵.
118. En dehors du champ des industries de réseau, dans le secteur hippique, l'Autorité a identifié des préoccupations de concurrence relatives aux risques de subventions croisées entre activités maintenues sous monopole légal et celles exercées dans un cadre concurrentiel, des risques d'utilisation croisée de bases de clientèle, et d'octroi d'un avantage concurrentiel significatif au Pari Mutuel Urbain sur la partie du marché ouverte à la concurrence compte tenu de l'attractivité des offres de paris complexes mutuels qui offrent des gains absolus élevés et ne sont pas autorisés à ses concurrents. L'Autorité a donc invité l'opérateur concerné à assurer une séparation juridique et fonctionnelle des activités sous monopole et des autres activités¹⁰⁶. La mise en place d'un mécanisme d'abondement des gains entre courses lui est en outre apparu nécessaire pour permettre aux autres opérateurs de concurrencer effectivement le pari dit « Quinté plus ». L'Autorité a recommandé par ailleurs aux opérateurs du secteur des jeux en ligne qui conservent des droits exclusifs en matière de collecte de paris dans les réseaux physiques, c'est-à-dire la Française des Jeux et le Pari mutuel urbain, d'utiliser des enseignes et noms commerciaux différents pour leurs activités en ligne afin d'éviter une distorsion de concurrence au détriment des nouveaux entrants.
119. Le Conseil d'Etat a préconisé, dans les considérations générales d'un de ses rapports publics, la mise en place d'une filialisation en cas de diversification des activités des opérateurs historiques¹⁰⁷.

2.1.2.2.3 Accès des concurrents aux marchés connexes ou aval en cas d'intégration horizontale ou verticale de l'opérateur jouissant de droits exclusifs ou spéciaux

120. L'Autorité de la concurrence n'est pas compétente pour apprécier la régularité des procédures administratives mises en œuvre par les collectivités publiques ou les entreprises dont l'actionariat est majoritairement public en tant qu'adjudicateurs au sens de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004¹⁰⁸, transposée en droit interne par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005¹⁰⁹ relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics et par le décret n°2005-1308 relatif aux marchés passés par les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 de l'ordonnance n° 2005-649. L'Autorité n'est donc pas juge des modalités de sélection d'un opérateur à qui serait confiée l'exploitation d'un service public.

¹⁰⁵ Avis n° 10-A-20 du 29 septembre 2010 relatif aux effets sur les règles de concurrence de certaines dispositions concernant le projet de réalisation du réseau de transport public du Grand Paris

¹⁰⁶ Avis n°11-A-02 précité

¹⁰⁷ Conseil d'Etat, Rapport public, 2002, Considérations générales, précitées, pp. 277-279

¹⁰⁸ Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, JOUE, L 134/1, 30 avril 2004

¹⁰⁹ Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, JORF du 7 juin 2005

121. Toutefois, le respect de ces obligations est nécessaire au bon fonctionnement concurrentiel des marchés¹¹⁰ et peut contribuer à réduire les risques de contentieux fondés sur l'article 106 TFUE, afin d'éviter de placer l'opérateur dominant jouissant de droits exclusifs, notamment lorsqu'il est majoritairement détenu par les pouvoirs publics, en situation d'abuser de sa position dominante. L'Autorité de la concurrence peut donc être conduite à en rappeler le contenu dans le cadre de ses fonctions consultatives et à recommander la mise en œuvre de mesures complémentaires. L'opérateur concerné doit ainsi observer des obligations de publicité préalable et de mise en concurrence lorsqu'il fait appel à des prestataires de services ou sous-traitants qui peuvent être ses concurrents sur les marchés aval ou connexes.
122. Dans son avis sur la future mise en place d'un service de navette fluviale à Paris¹¹¹, rendu à la demande du Syndicat des transports d'Île-de-France, l'Autorité s'est intéressée à l'hypothèse d'un monopole de fait. Elle a noté que l'application à ce service de la tarification francilienne du transport public revenait à lui conférer un monopole dès lors que cette tarification est telle qu'aucune entreprise non subventionnée ne pourrait proposer un service identique compétitif en termes de prix. L'Autorité a également recommandé de prévoir un accès aux embarcadères et un mécanisme de délivrance des autorisations de navigation dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires au bénéfice des opérateurs privés.
123. Dans son avis relatif au réseau de transport public du Grand Paris¹¹², rendu à la demande d'une association professionnelle, l'Autorité a recommandé d'interpréter strictement deux dérogations au droit commun des marchés publics qui affectent les conditions de la concurrence sur le marché de l'ingénierie ferroviaire prévues par les articles 17 et 18 de la loi n°2010-597 du 3 juin 2010 relative au Grand Paris.
124. La concurrence sur les marchés connexes et aval est également susceptible d'être faussée lorsque l'accès privilégié à des données exhaustives et précises est réservé à l'opérateur jouissant de droits exclusifs au détriment d'autres opérateurs. Ainsi, l'Autorité¹¹³ a souligné le risque lié au rapprochement ou à la fusion entre l'Office national des forêts et l'Inventaire forestier national compte tenu de la mise à disposition au profit exclusif de l'Office de données relatives à l'évaluation de la ressource forestière, aux disponibilités forestières, à l'écologie ou encore à la gestion de la biomasse, qui ne seraient pas à la disposition de l'ensemble des opérateurs actifs dans la vente de bois, notamment au niveau infrarégional, et qui lui permettrait d'obtenir une connaissance privilégiée des demandes de ses clients potentiels ou de ses concurrents, et donc de leurs besoins ou de leurs intentions. L'Autorité a donc déconseillé la fusion, ou recommandé, à défaut, de garantir que l'Office s'adresse à l'Inventaire dans les mêmes conditions que celles d'un opérateur privé.
125. La préoccupation de l'Autorité de la concurrence en matière de prévention d'abus de position dominante par éviction de concurrents sur les marchés connexes ou aval peut s'étendre aux opérateurs détenant des droits exclusifs sur lesquels les pouvoirs publics exercent une influence déterminante mais dont les actionnaires sont ou sont susceptibles de devenir majoritairement privés. Aussi l'Autorité a-t-elle proposé d'étendre les procédures de

¹¹⁰ Avis n°09-A-44 du 29 juillet 2009 relatif au projet de mise en œuvre d'un service régulier de transport de personnes par navettes fluviales sur le bief de Paris

¹¹¹ Avis n°09-A-44 précité

¹¹² Avis n° 10-A-20 précité

¹¹³ Avis n° 09-A-33 du 29 septembre 2009 relatif aux modalités de la vente de bois par l'Office national des forêts

mise en concurrence au-delà des obligations légales pour éviter l'éviction d'opérateurs concurrents d'entreprise jouissant de droits exclusifs dans le secteur des autoroutes et dans celui des aéroports. Dans le premier cas, le dispositif envisagé par les pouvoirs publics faisait perdre aux sociétés autoroutières leur caractère d'entités adjudicatrices¹¹⁴. L'avis du Conseil de la concurrence a mis en évidence le risque d'une éviction des entreprises de travaux au profit des entreprises verticalement intégrées exploitant des concessions d'autoroute et actives dans le secteur des travaux publics, ce qui pouvait avoir pour conséquence une majoration des coûts d'entretien, en particulier si le concessionnaire tire parti de l'asymétrie d'information à son profit et peut se constituer une rente, si les tarifs ne sont pas suffisamment régulés. Dans le second cas, l'Autorité a observé que, dans l'hypothèse d'une privatisation des aéroports, des sociétés détenues majoritairement par l'Etat pourraient perdre ce statut¹¹⁵, et que certaines exceptions aux obligations légales de mise en concurrence soulevaient des difficultés au regard du risque d'abus de position dominante en lien avec l'attribution des droits exclusifs¹¹⁶. Des risques d'éviction d'opérateurs concurrents ont été identifiés sur les marchés amont, c'est-à-dire la construction et l'entretien des infrastructures présentes sur les plates-formes aéroportuaires ainsi que la fourniture d'équipements situés sur le domaine public concédé aux aéroports, et sur les marchés aval de services aux compagnies aériennes et à leur clientèle sur les sites aéroportuaires.

2.1.2.2.4 Régulation ou réglementation de l'accès aux facilités essentielles

126. Lorsqu'une entreprise jouissant d'un droit exclusif détient ou contrôle par surcroît une facilité essentielle ou lorsque ce droit exclusif porte sur le contrôle d'une telle facilité, il convient, afin d'éviter qu'elle n'abuse nécessairement de sa position dominante, de veiller à ce que l'entreprise donne aux opérateurs concurrents un accès à cette facilité.
127. La qualification de facilité essentielle repose sur quatre critères définis par la jurisprudence européenne¹¹⁷ et la pratique consultative et décisionnelle nationale¹¹⁸. En premier lieu, le

¹¹⁴ Avis n° 05-A-22 précité

¹¹⁵ Avis n° 10-A-04 du 22 février 2010 relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur les réseaux et infrastructures (AMCRI) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des aéroports français

¹¹⁶ Avis n°10-A-04 précité

¹¹⁷ Cour de justice des Communautés européennes, 6 avril 1995, RTE et ITP c/ Commission (dit « Magill »), C-241/91 P et C-242/91 P, Rec. p. I-00743 ; Cour de justice des Communautés européennes, 11 novembre 1997, Commission et France c/ Ladbroke Racing, C-359/95 P et C-379/95, Rec. p. I-6265 ; Tribunal de Première instance des Communautés européennes, 15 septembre 1998, European Night Services, T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, Rec. p. II-3141 ; Cour de justice des Communautés européennes, 26 novembre 1998, Oscar Bronner c/ Mediaprint, C-7/97, Rec. p. I-7791 ; Cour de justice des Communautés européennes, 29 avril 2004, IMS Health GmbH c/ NDC Health GmbH, aff. C-418/01, Rec. p. I-5039 ; Tribunal de Première instance des Communautés européennes, 17 septembre 2007, Microsoft corporation, aff. T-201/04, Rec. p. II-3601 (sur le grief de refus de fourniture des informations nécessaires à l'interopérabilité des systèmes d'exploitation pour clients et pour serveurs de groupe de travail) ; Tribunal de Première instance des Communautés européennes, 9 septembre 2009, Clearstream, T-301/04, à publier au recueil.

¹¹⁸ Décision n° 96-D-51 du 3 septembre 1996 relative à des pratiques de la Sarl Héli-Inter Assistance ; Décision n°98-D-60 du 29 septembre 1998 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de la commercialisation des listes d'abonnés au téléphone ; Avis n° 02-A-08 du 22 mai 2002 relatif à la saisine de l'Association pour la promotion de la distribution de la presse ; Décision n°04-D-54 du 9 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Apple Computer, Inc. dans les secteurs du téléchargement de musique sur Internet et des baladeurs numériques ; décision n°05-D-59 du 15 novembre 2005 du 7 nov. 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'Internet haut débit ; Avis n° 10-A-22 du 19

bien ou le service doit être indispensable à l'activité d'autres entreprises, ou, pour ce qui concerne les droits de propriété intellectuelle, au développement technique d'un produit ou d'un service nouveau, pour lequel existe une demande potentielle sur un marché voisin ou aval. En deuxième lieu, aucun substitut réel ou potentiel ne doit permettre aux entreprises précitées de mener à bien leurs activités et elles ne doivent pas être en mesure de répliquer elles-mêmes la facilité dans des conditions économiques raisonnables. En troisième lieu, aucune justification objective ne doit empêcher la fourniture de la facilité essentielle aux entreprises qui le demandent. En quatrième lieu, l'absence d'accès à la facilité essentielle doit être de nature à éliminer toute concurrence effective. Ces critères ont été repris par la pratique décisionnelle et la jurisprudence françaises¹¹⁹.

128. Selon cette jurisprudence, il incombe au détenteur d'une facilité essentielle, qu'il s'agisse d'une entreprise détenant un droit exclusif ou non, de respecter deux principes¹²⁰. D'une part, il est privé de la liberté de refuser de contracter ; il est tenu d'offrir un accès à ses concurrents, en amont ou en aval, à la facilité qu'il détient ou qu'il contrôle. D'autre part, cet accès doit répondre à des conditions équitables et non discriminatoires, le cas échéant, en respectant des tarifs régulés ou réglementés (**voir points 130 à 157**).

129. Dans le cadre d'avis, l'Autorité de la concurrence ne peut procéder à la constatation d'une violation des règles de concurrence au même titre que dans le cadre d'une procédure contentieuse contradictoire. Elle peut néanmoins formuler des recommandations dans le sens de la jurisprudence européenne et nationale rappelée ci-dessus ou prolongeant sa pratique décisionnelle lorsque des facilités ou informations essentielles lui paraissent susceptibles de répondre aux critères rappelés au **point 127**. Ce fut le cas, dans le domaine des télécommunications, de la paire de cuivre de la boucle locale¹²¹, des infrastructures de génie civil¹²² et des informations relatives à l'éligibilité des lignes à l'ADSL¹²³, dans le domaine des services postaux, des données commerciales liées aux annuaires¹²⁴, de l'accès aux boîtes aux lettres, au répertoire des codes postaux, aux codes CEDEX, et aux informations sur les changements d'adresse¹²⁵, dans le domaine des services de transport de voyageurs par voie ferroviaire, des gares et des informations permettant de proposer des

novembre 2010 relatif au projet de lancement par la Communauté Urbaine de Bordeaux d'un marché de rames de tramway dans le cadre de l'extension de son réseau

¹¹⁹ Cass. Com, 4 décembre 2001, France Télécom, n° 99-16.642 ; Avis n° 02-A-08 du 22 mai 2002 relatif à la saisine de l'Association pour la promotion de la distribution de la presse ; Cass. com., 12 juillet 2005, SARL NMPP c/ MLP, n° 04-12.388 ; Décision n° 09-D-06 du 5 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en ligne

¹²⁰ Voir par exemple avis n° 03-A-06 du 16 mai 2003 relatif au projet de loi sur la transposition de la directive 97/67/CE concernant les règles communes de développement du marché intérieur des services postaux de la communauté et l'amélioration de la qualité de service, modifiée par la directive 2002/39/CE du 10 juin 2002, modifiant le code des postes et télécommunications et portant création d'une autorité de régulation pour le secteur postal

¹²¹ Avis n° 04-A-01 du 8 janvier 2004 relatif à une demande d'avis de l'Association française des réseaux et services de télécommunications (AFORS) sur les principes généraux des relations contractuelles entre les utilisateurs et les différents acteurs du dégroupage

¹²² Avis n° 06-A-10 du 12 mai 2006 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des Postes en application de l'article L. 37-1 du code des postes et des communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de gros et de détail des liaisons louées

¹²³ Décision n°07-D-33 du 15 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit

¹²⁴ Décision n° 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

¹²⁵ Avis n° 09-A-52 précité pour l'ensemble des données et facilités précitées en matière postale

prestations intermodales¹²⁶, ainsi que, dans le domaine des paris sportifs hippiques, des données nécessaires à l'organisation de ceux-ci¹²⁷. L'Autorité a plus particulièrement rappelé les critères permettant de guider la fixation d'un tarif réglementé en matière d'accès à une infrastructure essentielle dans le cadre de son avis sur les gares de voyageurs¹²⁸.

2.1.2.2.5 Réglementation des tarifs pratiqués par les entreprises disposant de droits exclusifs ou spéciaux et par les entreprises conservant une position dominante après une ouverture de la concurrence

130. En l'absence d'une régulation ou d'une réglementation des prix, une entreprise disposant de droits exclusifs peut être considérée comme susceptible d'abuser automatiquement de sa position dominante. Par le simple exercice de son monopole, elle se trouve en effet en mesure de fausser à son profit l'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques agissant sur le marché de référence et elle peut être amenée à abuser de son monopole en imposant à ses concurrents des prix excessifs¹²⁹. Elle est susceptible, par exemple, « *d'exiger le paiement de services non demandés, facturer des prix disproportionnés, refuser de recourir à la technologie moderne, accorder des réductions de prix à certains utilisateurs avec compensation concomitante de ces réductions par une augmentation des prix facturés à d'autres utilisateurs* »¹³⁰.
131. Le droit européen a, pour cette raison, imposé la mise en place de régulateurs sectoriels dans les grandes industries de réseaux, dans lesquelles les opérateurs historiques ont disposé de droits exclusifs ou disposent de droits exclusifs de fait, en raison de barrières techniques ou économiques, sur des infrastructures essentielles ou nécessaires à des activités économiques en aval, ou encore en raison des activités de service universel qui leur sont imposées ou attribuées. Il les a dotés de compétences en matière de régulation des tarifs au titre de la situation concurrentielle sur le marché¹³¹, afin qu'elles s'assurent qu'ils soient transparents, non discriminatoires, et orientés vers les coûts. Le présent guide n'a pas vocation à exposer dans le détail l'ensemble de cet acquis européen ainsi que des textes

¹²⁶ Avis n° 08-A-17, 09-A-55, et 11-A-15 précités

¹²⁷ Avis n°11-A-02 précité

¹²⁸ Avis n°11-A-15 précité

¹²⁹ Cour de justice des Communautés européennes, procédure pénale contre Raso e.a, C-163/96, Rec. p. I-533

¹³⁰ Cour de justice des Communautés européennes, 10 décembre 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova/Siderurgica Gabrielli*, C-179/90, Rec. p. I-5889

¹³¹ En matière de télécommunications : directive n° 2002/19/CE du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, modifiée par la directive n° 2009/140/CE du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques; en matière d'énergie : directive n° 2003/54 du 26 juin 2003 fixant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, abrogée et remplacée depuis lors par la directive n° 2009/72/CE en date du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, directive n°2003/55, du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE, abrogée et remplacée depuis lors par la directive n°2009/73/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel ; en matière de transport ferroviaire : directive n° 2001/14/CE du 26 février 2001 concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité, modifiée par les directives n°s 2004/49/CE et 2007/58/CE ; en matière de transport aérien : directive n°2009/12/CE du 11 mars 2009 sur les redevances aéroportuaires.

législatifs et réglementaires qui le transpose, mais rappelle les principes qui guident l'analyse concurrentielle des tarifs.

132. L'Autorité est, sauf disposition législative contraire, obligatoirement consultée préalablement à la fixation du niveau et des modalités de calcul de tarifs réglementés en application de l'article L. 410-2 du Code de commerce, qui prévoit : « *Dans les secteurs où la concurrence par les prix est limitée en raison de la situation de monopole, les prix pourront être réglementés par décret en Conseil d'État après consultation du Conseil de la concurrence* ». Le niveau et la structure des tarifs des entreprises publiques dans le contexte de l'ouverture des marchés à la concurrence ou de la diversification de leurs activités ont donc donné lieu à de très nombreux avis¹³².
133. L'Autorité de la concurrence est, en outre, compétente en matière contentieuse pour constater et sanctionner les pratiques de prix prédateurs et de ciseau tarifaire. Il convient de rappeler à cet égard que le respect d'un encadrement tarifaire fixé par une autorité sectorielle de régulation ou une approbation préalable de ces tarifs ne peut exonérer une entreprise des règles de concurrence européennes si cette dernière conserve une marge suffisante pour éliminer ou réduire l'effet de ciseau¹³³.
134. L'analyse concurrentielle des propositions de tarifs réglementés sur les marchés dans lesquels un opérateur jouit de droits exclusifs ou spéciaux ou sur lesquels une ouverture à la concurrence ne remet pas en cause à court terme la position dominante d'un opérateur qui jouissait de droits exclusifs se concentre sur trois thèmes principaux : les prix prédateurs, les subventions croisées et les effets de ciseau tarifaire. Il est renvoyé, pour ce qui concerne les marchés sur lesquels aucun opérateur ne détient de droits exclusifs, aux développements relatifs à l'imposition de pratiques uniformes en termes de prix, aux points **182 à 200 et à l'annexe 2**].

Prix prédateurs

135. La qualification de prix prédateurs est, selon la jurisprudence de la Cour de justice¹³⁴ et la pratique décisionnelle de l'Autorité¹³⁵, retenue dans deux circonstances pour une entreprise

¹³² En matière de télécommunications : offres sur mesure de France Télécom (avis n° 98-A-24), option tarifaire «abonnement modéré» de France Télécom (avis n° 99-A-01), tarification par France Télécom des communications téléphoniques au départ des réseaux tiers (avis n° 01-A-01) ; en matière d'énergie : principes devant guider et encadrer la politique tarifaire d'EDF (avis n° 98-A-22), tarifs d'EDF aux clients non éligibles (avis n° 00-A-20 et 03-A-10), tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité (avis n° 00-A-21, 02-A-05 et 05-a-25), coûts évités pour l'évolution des charges imputables aux missions de service public assignées aux producteurs d'électricité (avis n° 01-A-16), tarif spécial de l'électricité dit « produit de première nécessité » (avis n° 02-A-13), conditions spécifiques de prix d'achat de l'électricité réservées aux industries électro-intensives (avis n° 05-A-23), règles tarifaires pour les réseaux publics de transport et de distribution de gaz (avis n° 04-a-05, 04-a-22 et 05-a-04), tarifs de vente du gaz naturel en distribution publique de Gaz de France, sur demande avant dire droit du Conseil d'Etat (avis n° 07-A-08), tarif spécial de solidarité pour la fourniture de gaz naturel (avis n° 08-a-04), tarif réglementé de vente du gaz naturel (avis n° 08-a-14), tarifs réglementés de vente de l'électricité (avis n° 09-a-43) ; en matière de transports : modification du décret n°807-538 du 16 juillet 1987 relatif aux tarifs des transports publics urbains de voyageurs hors de la région Ile-de-France (avis n°00-a-14)

¹³³ Cour de justice de l'Union européenne, *Deutsche Telekom/Commission*, 15 octobre 2010, C-208/08 P, à publier au Recueil.

¹³⁴ Cour de justice des Communautés européennes, *Akzo contre Commission*, 3 juillet 1991, C-62/86, Rec. p. I-3359 ; *Tetra Pak c/ Commission*, 14 novembre 1996, aff. C-333/94, Rec. p. I-5951 ;

en position dominante: soit elle applique des prix de vente inférieurs à la moyenne de ses coûts variables et ne peut apporter de justification de ce comportement, c'est-à-dire des preuves compatibles avec les faits de l'espèce et étayées par une explication convaincante, soit l'entreprise fixe des prix compris entre ses coûts totaux moyens et ses coûts variables moyens et inscrit cette pratique dans le cadre d'une stratégie d'éviction, c'est-à-dire une stratégie visant le découragement des concurrents et la récupération ultérieure des pertes initialement subies.

136. La Cour de justice a jugé qu'une « *entreprise dominante n'a [...] aucun intérêt à pratiquer de tels prix, si ce n'est celui d'éliminer ses concurrents pour pouvoir, ensuite, relever ses prix en tirant profit de sa situation monopolistique, puisque chaque vente entraîne pour elle une perte, à savoir la totalité des coûts fixes (c'est-à-dire de ceux qui restent constants, quelles que soient les quantités produites), et une partie, au moins, des coûts variables afférents à l'unité produite. Un prix inférieur au coût marginal, s'il fait baisser le profit, peut en effet accroître les ventes et les recettes de l'entreprise* ». L'entreprise subit ainsi provisoirement des pertes ou renonce à des profits à court terme dans le but d'évincer ou de discipliner un ou plusieurs concurrents, ou encore de rendre plus difficile l'entrée de futurs compétiteurs sur le marché. La probabilité significative d'être en mesure de recouvrer ses investissements initiaux constitue un indice pertinent d'appréciation des pratiques, mais il n'est pas nécessaire de la démontrer pour qualifier des pratiques de prix prédateurs¹³⁶.

137. Lors de l'attribution ou de l'extension de droits exclusifs, qui confèrent une position dominante à leur bénéficiaire, les risques de développement de telles pratiques doivent être analysés¹³⁷.

138. Il en va de même dans le contexte d'une ouverture à la concurrence ne remettant pas en cause à court terme la position dominante d'un opérateur qui jouissait de droits exclusifs ou de l'octroi de droits spéciaux susceptibles de conférer une position dominante aux bénéficiaires.

¹³⁵ Décision n° 94-D-30 du 24 mai 1994 concernant la situation de la concurrence sur le marché du béton prêt à l'emploi dans le Tarn ; Avis n° 98-A-24 du 16 décembre 1998 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications concernant les conditions des offres sur mesure de France Télécom ; Décision n° 00-D-50 précitée ; décision n° 04-D-10 du 1^{er} avril 2004 relative à des pratiques de la société UGC Ciné-Cité mises en œuvre dans le secteur de l'exploitation des salles de cinéma ; décision n° 07-D-39 du 23 novembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de personnes sur la route Paris-Londres ; décision n° 10-D-31 du 12 novembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des services de capacité.

¹³⁶ Cour de justice des Communautés européennes, 2 avril 2009, France Télécom c/ Commission, C-202/07 P, à publier au Recueil ; Autorité de la concurrence, décision n° 09-D-33 du 10 novembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Chep France dans le secteur de la location-gestion de bacs plastiques et de palettes

¹³⁷ L'interdiction des prix abusivement bas prévue par l'article L. 420-5 du Code de commerce, qui porte sur les prix finaux aux consommateurs indépendamment de l'exercice d'un pouvoir de marché, n'est pas étudiée dans le présent guide. Cette pratique, susceptible d'être sanctionnée par l'Autorité de la concurrence sous certaines conditions rappelées dans la pratique décisionnelle (décision n° 06-D-23 du 21 juillet 2006 relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de l'édition cartographique et de l'information touristique ; décision n° 08-D-01 du 18 janvier 2008 relative à une saisine présentée par la société Segard), n'est en effet pas constitutive d'un abus de position dominante. Or, cette section s'intéresse aux conditions à respecter lors de l'attribution ou le maintien de droits exclusifs afin de ne pas mettre l'opérateur qui en bénéficie en situation d'abuser automatiquement de sa position dominante.

139. En matière consultative, lors de l'analyse d'une proposition de tarif d'une prestation liée à l'exercice de droits exclusifs liés à l'exécution d'un service d'intérêt économique général, le standard exposé au [point 135] nécessite deux aménagements.
140. Il convient, en premier lieu, de vérifier non l'existence d'un plan permettant d'éliminer la concurrence à moyen terme, critère qui n'est pertinent qu'en matière contentieuse, mais l'intérêt que pourrait avoir l'opérateur à adopter un tel plan en appliquant le tarif soumis à l'examen, compte tenu notamment de ses ressources et garanties financières et de celles, le cas échéant, des concurrents, dans la situation décrite [au point 135]. Il importe en effet dans un tel cadre, d'éviter que l'application d'un tarif ne conduise à évincer des concurrents aussi efficaces que l'opérateur jouissant de droits exclusifs de fait, en raison de barrières techniques ou économiques, ou de droit, plutôt que de rassembler un faisceau de preuves aux fins d'établir si des pratiques commerciales sont anticoncurrentielles ou non.
141. Il faut, en second lieu, prendre en compte l'objectif d'intérêt public poursuivi par l'entreprise à laquelle ont été attribués les droits exclusifs et les modalités d'accomplissement de cet objectif pour déterminer le test de coût adéquat, ainsi que l'a relevé le Conseil de la concurrence dans un avis concernant les services postaux¹³⁸ et dans une étude thématique¹³⁹ au sein de son rapport annuel pour l'année 2003.
142. Le Conseil de la concurrence a ainsi adopté la méthode des coûts incrémentaux dans le cadre d'un contentieux concernant les annuaires¹⁴⁰ pour déterminer la façon dont l'opérateur historique devait orienter ses tarifs vers les coûts. Il a établi que France Télécom ne pouvait fonctionner pour les besoins de son activité propre sans établir un fichier commercial de ses abonnés et que, par conséquent, les coûts communs à l'activité de gestionnaire de l'annuaire et à ses activités commerciales n'avaient pas à être supportés par ses concurrents sur le marché des annuaires et des renseignements. Le Conseil de la concurrence a, dans un autre secteur, confirmé cette analyse, approuvée par la Cour de cassation¹⁴¹, en décidant¹⁴² que dans l'hypothèse où une personne publique en position dominante exerce en monopole une mission de service public et poursuit des activités concurrentielles sur un marché ouvert à la concurrence en utilisant les mêmes ressources pour ces deux activités, il convient de ne prendre en compte que les coûts incrémentaux liés à cette seconde activité, en excluant les coûts fixes communs aux deux activités.

¹³⁸ Avis n° 96-A-10 précité, pp. 21-22

¹³⁹ Rapport annuel 2003, étude thématique, « Les monopoles publics dans le jeu concurrentiel », pp. 79-111, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/rapport2003-etudes.pdf>

¹⁴⁰ Décision n° 03-D-43 du 12 septembre 2003, relative au respect des injonctions prononcées à l'encontre de la société France Télécom par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 1999 ; Décision n° 02-D-41 du 26 juin 2002 relative au respect de l'injonction prononcée à l'encontre de France Télécom par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 1999 ; Décision n° 98-D-60 du 29 septembre 1998, relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de la commercialisation des listes d'abonnés au téléphone ; Cour d'appel de Paris, 6 avril 2004 et 29 juin 1999.

¹⁴¹ Cour de cassation, 17 juin 2008 et 13 juillet 2010, Vedette inter-îles vendéenne, n°X 05-17.566 et n° Q 09-67.439. La Cour de cassation a renvoyé à la Cour d'appel le soin d'examiner des questions de fait relatives au caractère indispensable de la vedette pour l'accomplissement de la mission de service public et à l'adéquation des moyens utilisés par la régie départementale des passages d'eau de la Vendée pour l'accomplissement de ses missions de service public.

¹⁴² Décision n°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

143. Il se dégage ainsi de la pratique consultative et décisionnelle de l’Autorité trois critères principaux afin d’apprécier le caractère éventuellement prédateur de tarifs s’appliquant à un opérateur doté de droits exclusifs en raison de l’accomplissement de missions de service public. En premier lieu, une juste compensation doit être versée à l’opérateur au titre des activités de service public répondant à la qualification de SIEG. En deuxième lieu, le tarif envisagé doit respecter le test pertinent de coût ; le tarif doit être, si possible, égal ou supérieur à l’ensemble des coûts moyens totaux de long terme, et, en tout état de cause, supérieur à la moyenne des coûts variables. En troisième lieu, l’ensemble des éléments concourant à la fixation du tarif ainsi que les catégories de bénéficiaires doivent figurer de façon transparente et précise dans un acte unique susceptible de recours. L’examen concret de ces critères nécessite que l’opérateur concerné tienne une comptabilité analytique, permettant de pondérer, le cas échéant, les coûts historiques, actuels et prévisionnels, et de ventiler les coûts par nature, fixe ou variable, et par activité, en particulier entre activités concurrentielles et activités réservées à raison des obligations de service public, afin que des retraitements puissent le cas échéant être opérés. Ces coûts devraient être estimés selon une méthode homogène et, si possible, par une instance indépendante.
144. Le Conseil de la concurrence a mené une analyse sur le fondement du deuxième critère exposé au [point 143] dans un avis de 2007 sur les tarifs réglementés du gaz¹⁴³. Il a établi que les prix de vente correspondant aux tarifs réglementés étaient supérieurs aux coûts variables, mais qu’ils étaient, en moyenne, inférieurs aux coûts totaux puisque l’ensemble des ventes aux tarifs réglementés occasionnait des pertes, même si, occasionnellement sur la période étudiée, certains de ces tarifs, comme l’a montré l’analyse par client type, dégageaient des profits. Il n’a pas conclu, au regard des circonstances de l’espèce, que GDF avait un intérêt ou pouvait mener une stratégie de prédation, mais il a relevé que l’application des tarifs réglementés au marché libre, et non seulement au marché réglementé (clients non éligibles) constituait une barrière à l’entrée de concurrents sur ce marché.
145. Dans le domaine de l’électricité, le Conseil d’Etat a jugé¹⁴⁴, sur le fondement de la législation sectorielle applicable, c’est-à-dire de l’article 4 de la loi du 10 février 2000 et de l’article 2 du décret du 29 juillet 1988, que les ministres chargés de l’économie et de l’énergie, compétents pour prendre les décisions relatives aux tarifs réglementés, sont tenus, *« à la date à laquelle ils prennent leur décision, pour chaque tarif, premièrement, de permettre au moins la couverture des coûts moyens complets des opérateurs afférents à la fourniture de l’électricité à ce tarif, tels qu’ils peuvent être évalués à cette date, deuxièmement, de prendre en compte une estimation de l’évolution de ces coûts sur l’année à venir, en fonction des éléments dont ils disposent à cette même date, et troisièmement, d’ajuster le tarif s’ils constatent qu’un écart significatif s’est produit entre tarif et coûts, du fait d’une sous-évaluation du tarif, au moins au cours de l’année écoulée. »*.
146. Les développements précédents ne s’appliquent pas dans un marché ouvert à la concurrence dans lequel les droits exclusifs ont été supprimés. Sur un tel marché, l’Autorité de la concurrence a déconseillé l’application de tarifs réglementés de prix de vente afin de prévenir des pratiques prédatrices : elle *« n’apparaît ni la seule façon, ni la plus efficace, de*

¹⁴³ Avis n° 07-A-08 du 27 juillet 2007 relatif à une demande du Conseil d’Etat à propos des tarifs de vente du gaz naturel en distribution publique de Gaz de France

¹⁴⁴ Conseil d’Etat, Poweo, 1er Juillet 2010 n°321595

veiller à ce que l'opérateur historique ne renforce pas ou n'exploite pas son pouvoir de marché »¹⁴⁵. Le contrôle contentieux *ex post* suffit à cet effet.

Subventions croisées

147. L'Autorité de la concurrence a considéré de façon constante qu'était susceptible de constituer un abus, le fait, pour une entreprise disposant d'un monopole légal, c'est-à-dire d'un monopole dont l'acquisition n'a supposé aucune dépense et est insusceptible d'être contesté, d'utiliser tout ou partie de l'excédent de ressources que lui procure son activité sous monopole pour subventionner une offre présentée sur un marché concurrentiel lorsque la subvention est utilisée pour pratiquer des prix prédateurs ou lorsqu'elle a conditionné une pratique commerciale, qui sans être prédatrice, a entraîné une perturbation durable du marché qui n'aurait pas eu lieu sans elle¹⁴⁶.
148. Par elle-même et indépendamment de telles pratiques, une subvention croisée, par sa durée, sa pérennité et son importance, peut avoir un effet potentiellement négatif sur la concurrence, car la mise à disposition de moyens tirés de l'activité de monopole pour le développement d'activités relevant du champ concurrentiel sans contreparties financières est équivalente à l'octroi de subventions¹⁴⁷ susceptibles d'être qualifiées d'aides d'Etat, voire de pratiques anticoncurrentielles, en ce qu'elles peuvent aboutir, à long terme, à éliminer du marché tous les concurrents ne disposant pas d'avantages analogues. Le Conseil de la concurrence a donc exigé l'élaboration d'une comptabilité analytique reflétant de façon satisfaisante la vérité des coûts afin de permettre un contrôle a posteriori, ce qui rejoint l'analyse déjà développée aux [points 71 à 76].
149. Les subventions croisées peuvent avoir lieu entre une activité sur un marché concurrentiel et une activité sous monopole, mais elles sont également susceptibles de revêtir une dimension territoriale ou commerciale, entre territoires ou segments « *captifs* » ou « *en concurrence* », comme l'a relevé l'Autorité dans l'avis portant sur le projet de loi relatif à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales¹⁴⁸.

Ciseau tarifaire ou « compression des marges »

150. Lors de l'examen d'un projet de tarif réglementé s'appliquant à un opérateur verticalement intégré jouissant de droits exclusifs ou spéciaux, l'Autorité peut être conduite à énoncer des recommandations en vue de prévenir les effets de ciseau tarifaire (ou de « compression des marges ») qui auraient pour conséquence d'éliminer la concurrence sur le marché aval. Le risque d'émergence de phénomènes de ciseau tarifaire n'est, pour autant, pas propre à cette

¹⁴⁵ Avis n° 05-A-03 du 31 janvier 2005 relatif à une demande d'avis présentée par l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques

¹⁴⁶ Décision n° 00-D-47 du 22 novembre 2000 relative aux pratiques mises en œuvre par EDF et sa filiale Citelum sur le marché de l'éclairage public ; Avis n°03-A-12 du 15 juillet 2003 relatif à une demande d'avis du tribunal de commerce de Versailles concernant une plainte déposée par la SA Usines Merger à l'encontre des sociétés Giat Industries, Gitech SA, Foc Transmissions et CMD ; avis n° 04-A-13 du 12 juillet 2004, relatif à la mise en place du Service Emploi-Entreprise

¹⁴⁷ Avis n°94-A-15 précité ; décision n°00-D-47 précitée ; décision n°00-D-50 précitée

¹⁴⁸ Avis n° 09-A-52 précité, points 27 à 45

catégorie d'opérateurs. Il peut également concerner des opérateurs qui ne jouissent pas de droits exclusifs mais qui détiennent ou contrôlent une facilité essentielle ou qui jouissent d'une position dominante sur un marché de biens ou services qui ne sont pas destinés au consommateur final et sont indispensables à l'activité de concurrents actifs en aval.

151. L'Autorité de la concurrence a consacré une étude aux phénomènes de ciseau tarifaire, au sein de son rapport annuel 2008¹⁴⁹, largement reprise dans le cadre d'une contribution de la France à l'Organisation de coopération et de développement économique¹⁵⁰ (OCDE).
152. En matière contentieuse, les pratiques tarifaires répondent aux conditions du ciseau tarifaire si six conditions, fixées par la jurisprudence européenne et française¹⁵¹, sont réunies. Premièrement, l'entreprise concernée doit disposer d'une position dominante sur le marché amont. Deuxièmement, le bien ou service intermédiaire doit être objectivement indispensable aux opérateurs concurrents sur le marché aval. Troisièmement, l'entreprise dominante doit être intégrée verticalement. Quatrièmement, l'écart entre les prix de gros du bien ou du service indispensable aux concurrents est soit négatif, soit insuffisant pour couvrir les coûts spécifiques de production de ce bien ou de fourniture de cette prestation intermédiaire lorsque l'entreprise en position dominante sert les clients finaux, de sorte que cet écart rend plus difficile à un concurrent aussi efficace que cette entreprise d'exercer ses activités en aval¹⁵². Cinquièmement, lorsque les marchés sont soumis à régulation, l'entreprise mise en cause doit jouir d'un certain degré d'autonomie dans sa politique tarifaire. Sixièmement, l'entreprise mise en cause n'a pas avancé d'éléments permettant de justifier objectivement la pratique et de démontrer qu'elle bénéficie aux consommateurs.
153. La Cour de justice de l'Union européenne a précisé ultérieurement¹⁵³ que dans certaines hypothèses il convient d'analyser non seulement les coûts de l'entreprise qui propose les biens ou services indispensables, mais également les coûts et les prix des concurrents, notamment lorsque la prestation fournie aux concurrents consiste en la simple exploitation d'une infrastructure dont le coût de production a déjà été amorti¹⁵⁴.
154. En matière consultative, lorsqu'il convient d'apprécier *ex ante* une proposition de tarif applicable à un opérateur jouissant de droits exclusifs, ou, le cas échéant, une labellisation fondée sur un tarif¹⁵⁵, qui est ainsi en position dominante, il convient d'écarter les premier, quatrième et cinquième critères, et de se concentrer sur les deuxième et troisième.
155. Une étude au sein du rapport annuel de 2002 du Conseil de la concurrence¹⁵⁶ prescrit deux méthodes différentes pour remédier à l'effet de ciseau : soit agir sur les deux branches du

¹⁴⁹ Autorité de la concurrence, rapport annuel, étude thématique, « les pratiques de ciseau tarifaire », pp. 145-178 (http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/etudes_ra08.pdf)

¹⁵⁰ OCDE, Groupe de travail n° 2 sur la concurrence et la réglementation, Note de la France, 19 octobre 2009, « les pratiques de ciseau tarifaire », http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ocde_wp2_09_2009.pdf

¹⁵¹ Cour de justice des Communautés européennes, Deutsche Telekom, affaire précitée ; Cass. Com, 3 mars 2009, Société française de radiotéléphonie, affaire précitée ; Cour d'appel de Paris, 27 janvier 2011, n° 2010/08945

¹⁵² Cette seconde hypothèse résulte d'un arrêt récent de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, Konkursverket contre TeliaSonera Sverige AB, 17 février 2011, précité C-52/09, non encore publié au Recueil)

¹⁵³ Cour de justice de l'Union européenne, Konkursverket contre TeliaSonera Sverige AB, 17 février 2011, précité.

¹⁵⁴ Cour de justice de l'Union européenne, Konkursverket contre TeliaSonera Sverige AB, 17 février 2011, précité

¹⁵⁵ Avis n°11-A-10 du 29 juin 2011 portant sur la mise en place d'un tarif social permettant l'accès des personnes aux revenus modestes aux services Internet haut débit

¹⁵⁶ Rapport annuel du Conseil de la concurrence, 2002, étude thématique « L'orientation des prix vers les coûts », pp. 67-88, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ra2002-p2.pdf>

ciseau, par l'application d'une condition sur l'écart des prix (règle de la marge)¹⁵⁷, soit sur l'une des branches du ciseau, par la régulation directe du tarif amont (orientation vers les coûts). Une appréciation au cas par cas est nécessaire pour évaluer les avantages et inconvénients des deux méthodes.

156. Lorsque cette seconde méthode est choisie, il convient plus particulièrement de prendre en compte les risques de découragement des investissements ou des efforts de recherche et développement¹⁵⁸. Afin de prévenir ces risques, le régime tarifaire peut être adapté. Des mesures d'accompagnement mises en œuvre par le régulateur sectoriel sont également envisageables.

157. Le Conseil constitutionnel¹⁵⁹ et le Conseil d'Etat¹⁶⁰ ont identifié des risques de découragements d'investissements futurs de l'opérateur dont les tarifs de gros sont réglementés à l'occasion de l'examen de redevances pour service rendu. Le Conseil constitutionnel a admis qu'une redevance tienne compte de « *la rémunération des capitaux investis, ainsi que des dépenses, y compris futures, liées à la construction d'infrastructures ou d'installations nouvelles avant leur mise en service* » et le Conseil d'Etat de « *la valeur économique de la prestation pour son bénéficiaire* ».

2.1.2.2.6. Prévention de la confusion entre missions protégées par un droit exclusif ou spécial et activités dans le secteur concurrentiel

158. Dans le cadre d'un droit exclusif ou spécial, il convient enfin de prévenir toute confusion entre les missions de service public et les activités dans le secteur concurrentiel de son attributaire.

159. En matière contentieuse, l'Autorité a condamné à plusieurs reprises des opérateurs de pompes funèbres¹⁶¹ qui avaient entretenu dans l'esprit de leurs clients une confusion entre leurs activités au titre de la « chambre funéraire »¹⁶² et la vente de services additionnels et accessoires qui n'avaient pas de lien avec leurs activités de services public, tels que la vente

¹⁵⁷ Voir pp. 72-73 de l'étude thématique précitée

¹⁵⁸ Voir notamment l'avis n°02-A-08 précité

¹⁵⁹ Conseil constitutionnel, décision n° 2005-513 DC du 14 avril 2005, loi relative aux aéroports

¹⁶⁰ Conseil d'Etat, Ass., 16 juillet 2007, Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital et Syndicat national de chirurgie plastique reconstructrice et esthétique, n°293229, mentionné au Recueil

¹⁶¹ Décisions n°03-D-15 du 17 mars 2003 relative à la situation de la concurrence dans le secteur des pompes funèbres de Vitré et des communes limitrophes, n° 04-D-21 du 17 juin 2004 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des pompes funèbres de la région grenobloise, et n° 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. Ces décisions ont été confirmées par la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation

¹⁶² Implantées en France dans les années soixante, les chambres funéraires ont pour objet de recevoir, avant l'inhumation ou la crémation, le corps des personnes décédées (article L. 2223-38 du code général des collectivités territoriales). Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 8 janvier 1993, les chambres funéraires n'ont plus le statut de service public communal mis à disposition d'une population mais font partie du service extérieur des pompes funèbres (article L. 2223-19 du code général des collectivités territoriales). Elles peuvent en conséquence, être gérées concurremment par toute régie, entreprise ou association régulièrement habilitée. La gestion et l'utilisation des chambres funéraires sont autorisées par arrêté préfectoral après avis du conseil municipal (ancien article L. 361-19 du code des communes).

de fleurs, d'annonces dans les chroniques nécrologiques, de marbrerie, ou de services d'entretien de monuments funéraires.

160. En matière consultative, l'Autorité veille également à prévenir les risques de confusion. Dans son avis précité relatif à la mutualité de la fonction publique¹⁶³, le Conseil de la concurrence a observé que le décret confiant un droit exclusif à cette dernière sur le marché de la protection sociale complémentaire renforçait sa notoriété en la faisant apparaître comme le partenaire de l'Etat en matière d'action sociale et conduisait les agents publics et les administrations concernées à s'adresser à elle pour le service des prestations étatiques dont elle a la gestion. Cette situation est de nature à susciter une confusion entre les prestations versées pour le compte de l'Etat et celles versées au titre d'une activité concurrentielle et à conférer à la MFP sur le marché concurrentiel un avantage dont ne bénéficient pas ses concurrents.

2.2. LA REGLEMENTATION DES ACTIVITES ECONOMIQUES

161. La réglementation des activités économiques est susceptible d'affecter les conditions de la concurrence dans trois hypothèses principales : lorsqu'elle limite directement ou indirectement le nombre d'opérateurs sur un marché (3.2.1.), lorsqu'elle réduit les incitations à la concurrence par l'imposition de conditions de vente ou de pratiques uniformes (3.2.2.), ou lorsqu'elle facilite la coordination entre concurrents (3.2.3.).

2.2.1 Limitation directe ou indirecte du nombre d'opérateurs par la réglementation de l'accès à une activité économique ou de son exercice

162. Un projet de texte normatif réglementant l'accès à une activité économique ou son exercice limite de façon directe ou indirecte le nombre d'opérateurs sur le marché pertinent. Il est ainsi susceptible de restreindre la concurrence.
163. La limitation directe du nombre d'opérateurs concurrents sur un marché peut résulter d'un mécanisme d'autorisation administrative, de quotas, d'exigences de qualifications professionnelles ou de restrictions quantitatives. Elle érige des barrières à l'entrée, peut empêcher les opérateurs plus efficaces que ceux qui disposent d'autorisations ou se conforment au texte de développer leurs services, et/ou réduire les opportunités d'économies d'échelle et le choix offert aux consommateurs.
164. Les limitations indirectes portent, en général, sur les modalités d'exercice d'une activité économique, par exemple sur la publicité, la concurrence entre opérateurs, ou la structure des entreprises. Certaines de ces limitations peuvent aboutir à prohiber certaines offres de services. D'autres, sans les prohiber, peuvent aboutir indirectement à réduire la quantité d'offre sur le marché ainsi que la variété de biens et de services.
165. Dans l'exercice de ses fonctions consultatives, l'Autorité détermine si les limitations directes ou indirectes du nombre d'opérateurs résultant d'un projet de texte normatif ont un

¹⁶³ Avis n°03-A-21 précité

effet sensible sur le marché¹⁶⁴. Dans cette hypothèse, elle vérifie que si ces limitations sont, d'une part, justifiées par un objectif d'intérêt général, et, d'autre part, qu'elles sont nécessaires, adaptées et proportionnées à cet objectif, et qu'il n'existe pas de méthode moins restrictive de concurrence. Elle propose, le cas échéant, des mesures moins restrictives de la concurrence que celles qui sont envisagées, par exemple un régime de déclaration préalable plutôt que d'autorisation administrative, ou la réglementation du bien ou du service final plutôt que de l'accès à l'activité économique. Elle n'a pas encore à ce jour proposé d'avoir recours à des mécanismes de permis négociables, dont l'usage a été testé dans le domaine de l'environnement, mais qui pourraient se révéler adaptés à d'autres objectifs ou secteurs économiques.

166. L'Autorité s'inspire¹⁶⁵ de l'analyse développée par les juridictions de l'Union européenne, le Tribunal¹⁶⁶ et la Cour de justice¹⁶⁷, lorsqu'elles vérifient la compatibilité de règles édictées par un ordre professionnel avec les règles de concurrence à l'occasion d'un recours formé contre une décision de la Commission européenne ou d'un pourvoi. Cette analyse rejoint également celle du Conseil d'Etat, qui vérifie en tant que juge de l'excès de pouvoir que les textes réglementaires ne portent que des atteintes au principe de liberté du commerce et de l'industrie justifiées par des motifs d'intérêt général, limitées et proportionnées, et que ces textes prévoient des règles de fond et de procédure claires et prévisibles¹⁶⁸.

167. Cet office de l'Autorité au titre de ses attributions consultatives rejoint également l'examen, au titre de ses attributions contentieuses, sur le fondement du 2° du I de l'article L. 420-4 du Code de commerce ou du paragraphe 3 de l'article 101 TFUE, de la contribution au progrès économique. Les entreprises concernées doivent démontrer dans ce cadre que leurs pratiques répondent à quatre conditions. Premièrement, elles doivent réserver aux utilisateurs une part équitable du profit qui en résulte. Deuxièmement, les pratiques ne doivent pas offrir à leurs participants la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Troisièmement, la restriction de concurrence résultant des pratiques doit être nécessaire à la réalisation de ce progrès économique. Quatrièmement, le progrès économique invoqué doit résulter directement des pratiques en cause¹⁶⁹.

168. Dans le secteur des professions libérales, par exemple, l'Autorité tient compte des effets pro-concurrentiels potentiels des réglementations propres à ce secteur, qui ont été

¹⁶⁴ Avis n° 00-A-05 du 8 mars 2000 concernant un projet de décret relatif à l'enseignement de la conduite des véhicules terrestres à moteur et de la sécurité routière et modifiant le code de la route prévu aux articles 2 et 4 de la loi n° 99 505 du 18 juin 1999 portant diverses mesures relatives à la sécurité routière

¹⁶⁵ Voir notamment les avis n° 08-A-18 du 29 juillet 2008 relatif au projet de décret portant code de déontologie des masseurs kinésithérapeutes, n°07-A-02 du 16 mars 2007 relatif au projet de décret portant modification du décret n° 98-246 du 2 avril 1998 relatif à la qualification professionnelle exigée pour l'exercice d'activités prévues à l'article 16 de la loi n° 96-603 du 16 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat, en ce qui concerne l'activité de modelage esthétique de confort sans finalité médicale

¹⁶⁶ Tribunal de première instance des Communautés européennes, 28 mars 2001, Institut des mandataires agréés auprès de l'Office européen des brevets, T-144/99, Rec. p. II-1087

¹⁶⁷ Cour de justice des Communautés européennes, 19 février 2002, Wouters, aff. C-309/99, Rec. p.I-1654

¹⁶⁸ Voir notamment Conseil d'Etat, Ass., 13 mai 2003, Fédération des employés et cadres (CGT-FO) et autres, Rec. p. 111

¹⁶⁹ Voir le 2° du I de l'article L. 420-4 du Code de commerce, appliqué par exemple par la décision du Conseil de la concurrence n° 92-D-56 du 13 octobre 1992 relative aux conditions de commercialisation du supercarburant sans plomb et par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 10 décembre 1992, SPAD de Sogédra, ainsi que la communication de la Commission européenne concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, n° 2004/C 101/08, JOUE n° C/101 87 du 27 avril 2004.

notamment cités par la Commission européenne dans sa communication de 2004¹⁷⁰. Elles peuvent contribuer à assurer une qualité minimale des services afin de protéger les consommateurs, qui ne peuvent toujours juger de celle-ci par eux-mêmes en raison de la technicité des prestations concernées, et d'assurer la sécurité publique, juridique ou financière des clients, voire de tiers, dont la situation peut être affectée par les prestations concernées.

169. En suivant la méthode d'analyse rappelée ci-dessus, l'Autorité a émis un avis négatif sur plusieurs dispositions qui limitaient de façon directe ou indirecte le nombre d'opérateurs sans être justifiées par un motif d'intérêt général.
170. Ainsi, elle a estimé que l'exigence de trois ans de pratique de l'enseignement de la conduite pour l'établissement d'une nouvelle auto-école, qui interdit à un entrepreneur de créer une auto-école s'il n'a pas été enseignant de conduite, n'était justifiée ni par l'amélioration de la sécurité routière, puisque des directeurs pédagogiques qualifiés pourraient assister l'exploitant, ni par la protection des consommateurs, dans la mesure où le fait d'avoir enseigné la conduite ne prépare pas nécessairement à la gestion d'une entreprise. Elle a conseillé de distinguer entre les conditions nécessaires pour créer et exploiter une entreprise d'enseignement de la conduite et celles qu'il convient de remplir pour en assurer la direction pédagogique, afin d'éviter de constituer une barrière disproportionnée à l'entrée sur le marché¹⁷¹. L'Autorité a donc suggéré d'autres techniques de protection du consommateur, telle l'exigence d'une caution bancaire.
171. L'Autorité a suivi un raisonnement analogue en ce qui concerne les géomètres-experts¹⁷². Elle a recommandé de prendre en compte les qualifications de certains topographes, ayant suivi un cursus universitaire identique à celui des géomètres experts.
172. Plus récemment, l'Autorité a émis un avis défavorable sur quelques dispositions envisagées dans le domaine des laboratoires d'analyse médicale¹⁷³. Elle a notamment estimé que des monopoles territoriaux aboutissant à l'interdiction, pour une holding, de détenir un réseau de laboratoires d'analyse médicale couvrant, le cas échéant, l'ensemble du territoire national n'étaient justifiés par aucun objectif de santé publique.
173. L'Autorité vérifie également que les motifs d'intérêt général invoqués ne puissent pas servir des objectifs de nature économique. L'Autorité propose dans ce cas des solutions alternatives pour réduire ces risques de perturbation du marché.
174. S'agissant des autorisations d'équipement commercial, l'Autorité a, dans un avis de 2007¹⁷⁴, dressé un bilan de la législation existante, qui n'avait pas permis d'atteindre les objectifs espérés, mais elle a également dégagé des pistes de réflexion pour l'avenir. Elle a suggéré de supprimer les autorisations et de n'examiner les projets d'équipement

¹⁷⁰ Communication de la Commission européenne, Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales, COM(2004)83 final/2, 17 février 2004

¹⁷¹ Avis n° 00-A-05 précité

¹⁷² Avis n° 00-A-15 du 13 juin 2000 relatif à une demande d'avis de la Chambre syndicale des géomètres topographes portant sur la restriction d'exercice de leur activité professionnelle dans le domaine des études topographiques et des documents cadastraux

¹⁷³ Avis n° 10-A-01 du 5 janvier 2010 relatif à un projet d'ordonnance portant organisation de la biologie médicale

¹⁷⁴ Avis n° 07-A-12 précité

commercial que lors de la délivrance des permis de construire, dans le respect des objectifs d'aménagement du territoire, d'urbanisme, d'environnement, et de transport fixés par les plans locaux d'urbanisme et les schémas de cohérence territoriale. A défaut, l'Autorité a recommandé de supprimer les critères économiques des paramètres pertinents pour délivrer les autorisations et de rehausser de façon très significative le seuil d'autorisation fixé en fonction de la surface de vente.

175. S'agissant de l'organisation de la profession de masseur-kinésithérapeute¹⁷⁵, l'Autorité a observé que certaines dispositions du projet d'ordonnance restreignaient la concurrence au-delà de ce qui pouvait être exigé au regard de la déontologie des professionnels du soin. Elle s'est référée aux clauses en vigueur pour d'autres types de professions fournissant des soins de longue durée.
176. S'agissant des laboratoires d'analyse médicale¹⁷⁶, l'Autorité a estimé nécessaire d'encadrer les dispositions du projet d'ordonnance permettant de restreindre l'ouverture d'un laboratoire ou d'un site d'un laboratoire afin qu'elles servent exclusivement des objectifs de santé publique.
177. Lorsqu'une régulation quantitative est nécessaire, comme dans le cas des taxis, pour réguler l'accès au domaine public, l'Autorité suggère d'en adapter les modalités afin d'en minimiser les effets sur la concurrence¹⁷⁷. Elle a souligné qu'il convenait d'utiliser de façon cohérente les instruments à la disposition des pouvoirs publics et de surveiller l'évolution de l'offre et la demande. Elle a proposé d'organiser la régulation sur des zones économiquement plus pertinentes et plus larges que les communes, de prendre en compte, pour mesurer l'adéquation entre offre et demande, le prix des licences sur le marché secondaire, seul prix de marché disponible dans le secteur, et de construire des indicateurs d'activités, fondés notamment sur le prix des licences sur le marché secondaire.

2.2.2 Limitation des incitations à la concurrence par l'imposition de pratiques ou conditions de vente uniformes

178. Une réglementation peut avoir pour effet de limiter les incitations des opérateurs économiques à se concurrencer si elle réglemente les prix sur un marché dans lequel aucun opérateur ne jouit de droits exclusifs (2.2.2.1) ou si elle institue des pratiques uniformes en matière de conditions de vente (2.2.2.2).
179. La première de ces limitations supprime ou réduit la concurrence en termes de prix et la concentre sur la concurrence en quantités, en termes de différenciation des produits et en

¹⁷⁵ Avis n° 08-A-15 du 29 juillet 2008 relatif au projet de décret portant code de déontologie des masseurs kinésithérapeutes

¹⁷⁶ Avis n° 10-A-01 précité

¹⁷⁷ Avis n°04-A-04 du 29 janvier 2004 relatif à une demande de la Fédération nationale des taxis indépendants concernant la réglementation de l'activité des taxis ; n° 05-A-02 du 24 janvier 2005 relatif au projet de décret modifiant le décret n°87-238 du 6 avril 1987 réglementant les tarifs de courses de taxis ; n°09-A-51 du 21 octobre 2009 relatif au projet de décret modifiant le décret n°87-238 du 6 avril 1987 réglementant les tarifs des courses de taxis

qualité. La seconde homogénéise l'offre supprime ou réduit la concurrence en termes de qualité. Ces restrictions portent donc atteinte au bien-être du consommateur.

180. L'article L. 462-2 du Code de commerce prévoit que l'Autorité de la concurrence est obligatoirement consultée sur tout projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau ayant directement pour objet d'imposer des pratiques uniformes en termes de prix ou de conditions de vente.
181. L'Autorité analyse ces restrictions au regard des règles de concurrence suivant la méthode exposée aux [points 165 à 167], vérifie l'existence d'un intérêt général susceptible de les justifier et peut proposer, le cas échéant, des mesures alternatives moins dommageables pour la concurrence.

2.2.2.1 PRATIQUES UNIFORMES EN TERME DE PRIX

182. L'ordonnance n°86-1243 du 1er décembre 1986 a posé le principe de la libre détermination des prix par le jeu de la concurrence. Ce principe, qui s'impose au pouvoir réglementaire, est désormais codifié à l'article L. 410-2, premier alinéa du Code de commerce.
183. Toutefois, en application des deuxième et troisième alinéas de cet article, un décret en Conseil d'Etat peut être pris pour réglementer les prix 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 pour répondre, de manière conjoncturelle, pour une durée maximale de six mois, à des hausses ou baisses excessives de prix dues à des circonstances exceptionnelles ou manifestation anormales.
184. Par ailleurs, une régulation des prix de gros peut être nécessaire sur les marchés intermédiaires pour éviter le développement de pratiques prédatrices ou de ciseau tarifaire par des entreprises en position dominante, notamment lorsqu'elles jouissent de droits exclusifs, ou par des entreprises détenant ou contrôlant des facilités essentielles. Il est renvoyé sur cette question aux points [134 à 157].
185. A la date du [31 juillet 2010], le ministère de l'économie de l'emploi et de l'industrie recensait une cinquantaine de régimes de prix de détail réglementés¹⁷⁸, dans le domaine de l'énergie, des transports (dont les courses de taxi et les péages autoroutiers), des soins de santé (dont les médicaments), du secteur médico-social, des frais de procédure judiciaire, du logement, de la restauration scolaire et des frais de fourrière pour automobiles.
186. La réglementation des prix peut revêtir diverses formes : la fixation d'un prix minimum ou d'un prix maximal ou la réglementation de certaines composantes ou modalités de fixation du prix. Les formes et modalités de détermination de ces prix réglementés déterminent leur conformité au droit de l'Union européenne (voir annexe 2) ainsi que leur incidence sur le jeu concurrentiel.
187. Les pratiques uniformes en termes de prix peuvent être imposées par des décrets pris pour application de l'article L. 410-2, deuxième ou troisième alinéa du Code de commerce ou par

¹⁷⁸ <http://www.minefi.gouv.fr/DGCCRF/documentation/panorama/themes/prixreglementes.htm>

une disposition législative spéciale¹⁷⁹ en raison, notamment, du risque d'abus de position dominante automatique attaché à des droits exclusifs (**voir points 126 à 157**).

Décrets pris pour application de l'article L. 410-2, deuxième ou troisième alinéa du Code de commerce

188. Ces dernières dispositions ont vocation à protéger le consommateur de niveaux de prix abusifs liés à une situation de monopole ou à des circonstances exceptionnelles. Elles n'autorisent donc pas la fixation de prix minima. En cas de circonstances exceptionnelles conduisant à des prix anormalement bas, un dispositif de soutien public temporaire conforme à l'article 106 TFUE est, en principe, préférable à une modification des prix de marché. A fortiori, l'article L. 410-2, deuxième et troisième alinéas du Code de commerce n'autorise pas de mesures pérennes de fixation de prix minima.

189. Les dispositions précitées peuvent en revanche servir de support à la fixation de prix imposés ou de prix plafonds, sous réserve du respect du principe de liberté de circulation des marchandises et des services (**voir annexe 2**).

190. L'Autorité veille à ce que ces dispositions soient interprétées strictement et demande d'accompagner toute saisine pour avis de données relatives à l'offre, à la demande et aux prix pratiqués dans le secteur concerné. Elle vérifie que le dispositif envisagé entre bien dans les prévisions¹⁸⁰ de l'article L. 410-2, deuxième et troisième alinéas car les prix imposés suppriment toute concurrence en termes de prix. Quant aux prix maxima, ils ne sont pas neutres du point de vue de la concurrence, même s'ils laissent une certaine liberté tarifaire. D'une part, ils limitent la liberté commerciale des offreurs dans des conditions dont il n'est pas certain que les consommateurs bénéficient. Un prix plus élevé que le maximum imposé pourrait par exemple permettre d'offrir un meilleur service, ou de donner à l'entreprise des ressources l'autorisant à proposer un autre produit à un prix plus bas ou de meilleure qualité¹⁸¹. D'autre part, à moyen-long terme, les prix maxima tendent à devenir des prix imposés, comme cela a notamment été observé dans le secteur des taxis¹⁸² et dans celui des carburants outre-mer¹⁸³, et donc à supprimer toute concurrence en termes de prix.

191. La probabilité d'un alignement des prix de marché sur les prix *maxima* est d'autant plus forte que le niveau du plafond est bas. Elle est d'autant plus faible que la dispersion des prix

¹⁷⁹ Voir, par exemple, l'article 4 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, telle que modifiée par la loi n°2006-1537 du 7 décembre 2006, l'article 7 de la loi n°2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie et l'article 70 de la loi n°2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale.

¹⁸⁰ Voir par exemple l'avis n°95-A-02 du 31 janvier 1995 relatif à un projet de décret modifiant le décret n° 67-18 du 5 janvier 1967 fixant le tarif des huissiers de justice en matière civile et commerciale, dans lequel l'Autorité a conclu que le projet de décret n'entraîne pas dans les prévisions de l'article L. 410-2, deuxième alinéa, et l'avis n° 02-A-09 du 25 juin 2002 relatif à un projet de décret réglementant les prix des carburants dans les départements de la Guadeloupe et de la Martinique, qui conclut à l'inverse.

¹⁸¹ Voir, par exemple, l'avis n°01-A-13 du 19 juin 2001 relatif à une demande d'avis de l'Union fédérale des consommateurs sur les conditions d'une concentration entre les associations de consommateurs et la profession bancaire

¹⁸² Avis n°04-A-04 précité

¹⁸³ Avis n°09-A-21 du 24 juin 2009 relatif à la situation de la concurrence sur les marchés des carburants dans les départements d'outre-mer

dans le secteur concerné est forte et que le niveau des prix, sans qu'il soit entièrement justifié par des différences en termes d'efficacité ou de qualité, est élevé.

192. Dans l'avis relatif aux carburants outre-mer¹⁸⁴, l'Autorité a relevé que les prix plafonds fixés par les préfets ont supprimé toute incitation aux détaillants à pratiquer un prix inférieur. L'impossibilité pour chaque détaillant d'adapter ses prix de détail à ses contraintes économiques propres a conduit à demander périodiquement des revalorisations générales qui ont profité à tous les exploitants. Ce système a ainsi créé des rentes au profit des points de vente les mieux placés et les plus rémunérateurs, une partie de ces profits étant reversée aux compagnies pétrolières propriétaires des fonds de commerce mis en gérance. L'Autorité a donc suggéré de réserver les mécanismes de plafonnement des prix de détail par le préfet, à l'issue d'une période transitoire, aux seules circonstances de fonctionnement anormal du marché. Cette mesure permettrait aux plus petites stations-services de moduler leur prix sans entraîner une hausse générale des marges. Le maintien de la régulation des prix amont lui est néanmoins apparu nécessaire en raison des difficultés d'approvisionnement propres aux collectivités d'outre-mer et à la détention par une entité économique unique de facilités essentielles de stockage de carburants. L'Autorité a relevé que, dans l'attente de la mise en place de mécanismes permettant d'élargir l'accès à ces facilités, le maintien d'une réglementation des prix pour les produits importés pouvait être envisagé, à condition que celle-ci soit, claire, prévisible et incitative, en se référant par exemple à une marge en valeur absolue plutôt qu'en valeur relative¹⁸⁵. L'Autorité a également recommandé d'encadrer davantage les contrats d'exclusivité entre les compagnies pétrolières et les exploitants indépendants de station-service.

193. Dans certaines hypothèses, le bilan concurrentiel de dispositifs envisagés de prix plafonds n'est pas négatif. L'Autorité a estimé¹⁸⁶ que le risque d'atteinte à la concurrence du fait d'un plafonnement des frais d'incident bancaire institué en application de la loi n°2007-290 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale était limité en raison de l'absence de rôle déterminant de ces tarifs dans la concurrence bancaire, du niveau proposé pour le prix plafond, qui était inférieur à la majorité des tarifs qui étaient pratiqués par les banques mais restait bien supérieur aux coûts de traitement des incidents liés aux moyens de paiement autres que les chèques¹⁸⁷, et de son effet à la baisse sur le niveau des tarifs, au profit des consommateurs.

Dispositions législatives spéciales

¹⁸⁴ Avis n° 09-A-21 précité

¹⁸⁵ Avis n° 10-A-16 du 28 juillet 2010 relatif à deux projets de décret réglementant les prix des produits pétroliers et du gaz de pétrole liquéfié dans les départements d'Outre-mer

¹⁸⁶ Avis n° 07-A-13 du 19 octobre 2007 relatif à un projet de décret relatif au plafonnement des frais bancaires applicables aux incidents de paiement

¹⁸⁷ Les données relatives au coût de traitement du rejet d'un chèque sans provision faisaient défaut. La fixation d'un plafond inférieur au coût moyen de traitement du rejet d'un chèque sans provision n'est pas en soi problématique au regard des conditions d'exercice de la concurrence. Les banques ne sont en effet pas en mesure d'imputer à chaque client les coûts directs et indirects qu'elles subissent, certaines prestations n'étant notamment pas facturées, comme le temps passé au guichet. Etant donné ces contraintes inhérentes à leur activité, il est naturel que certains services induisent des pertes et d'autres une marge relativement élevée, sans que la concurrence en soit nécessairement affectée.

194. Lorsque l’Autorité est saisie de dispositifs imposant des pratiques uniformes en termes de prix sur d’autres fondements que l’article L. 410-2 du Code de commerce, elle vérifie qu’ils répondent effectivement à un objectif d’intérêt général avant d’analyser leur effet sur la concurrence. L’Autorité a procédé à une telle vérification dans trois avis récents.
195. L’Autorité s’est déclarée défavorable à l’interdiction des ristournes consenties par les laboratoires d’analyse médicale au bénéfice des établissements de santé et d’assurance-maladie¹⁸⁸. En l’espèce, aucun motif d’intérêt général, et en particulier aucun objectif de protection de la santé publique, ne justifiait de revenir sur une liberté tarifaire qui avait pu s’exercer pendant de nombreuses années sans qu’aucun inconvénient pour la santé publique n’ait pu en découler. Bien au contraire, les remises obtenues par les établissements de santé avaient pu être très substantielles, pouvant aller de 20 % jusqu’à 50 %, au bénéfice des patients et de la santé publique. En outre, aucune asymétrie d’information ne peut avoir lieu dans le cadre de relations entre professionnels qui sont parfaitement à même d’évaluer la qualité de la prestation du laboratoire, en l’occurrence entre les laboratoires et les établissements de santé publics ou privés. L’Autorité a souligné que le ministère de la santé, autorité de tutelle des hôpitaux publics, pouvait légitimement estimer que l’internalisation de ces prestations pourrait être souhaitable du point de vue de la santé publique, mais qu’il disposait de nombreux moyens alternatifs pour parvenir à cet objectif, sans qu’il soit nécessaire pour ce faire d’éliminer toute concurrence par les prix sur le marché.
196. Dans son avis sur le livre numérique¹⁸⁹, l’Autorité de la concurrence a relevé que la fixation d’un prix unique pour ce type de livre, à la différence du régime applicable au livre imprimé, ne serait pas adaptée aux objectifs d’intérêt général que la saisine indiquait rechercher. L’objectif de maintenir un réseau dense de librairies sur l’ensemble du territoire national *« ne peut être recherché en tant que tel à l’ère numérique, dans la mesure où les contenus ont vocation à être vendus en ligne. Il peut certes exister un risque de cannibalisation de la vente de livres « papier » en librairie par la vente en ligne de livres numériques, mais il n’est pas certain, compte tenu des inconnues sur les usages, que le prix soit un facteur déterminant d’arbitrage entre les deux. D’autres facteurs, tel que l’ergonomie des tablettes de lecture, sont de nature à accélérer, ou au contraire à ralentir, la migration de la consommation du papier vers le numérique indépendamment des prix pratiqués. En outre, il n’est pas à exclure que le numérique permette un accès facilité à des références de livres, ce qui pourrait accroître la demande de livres « papier ». En définitive, tant les produits (livre numérique et livre « papier ») que les modes de commercialisation (en ligne et « en dur ») pourraient n’être que partiellement substituables et présenter un degré non négligeable de complémentarité. »*. Par ailleurs, l’Autorité a émis des doutes sur l’efficacité du dispositif à servir l’objectif de *« préservation de la diversité de l’offre des œuvres proposées aux lecteurs en se fondant sur un système de péréquation entre les différents titres pour les éditeurs »*, voire contre-productif, compte tenu des mécanismes de fonctionnement du secteur de l’édition en ligne.
197. L’Autorité examine également la proportionnalité des mesures envisagées au regard des objectifs recherchés et peut proposer des solutions alternatives afin de mieux les satisfaire.
198. Saisie d’une demande d’avis sur un dispositif uniformisant la répercussion des coûts de sûreté du fret aérien, l’Autorité a ainsi suggéré des instruments économiquement plus

¹⁸⁸ Avis n°10-A-01 précité

¹⁸⁹ Avis n°09-A-56 précité

efficaces¹⁹⁰. Il lui était demandé si une convention était susceptible de remplir les critères de progrès économique au titre de l'article L. 420-4 du Code de commerce, mais son analyse concurrentielle aurait été identique si elle avait été saisie d'un projet d'arrêté d'extension administrative ou d'homologation. Après avoir relevé que la convention était issue d'une concertation horizontale et verticale entre opérateurs économiques concurrents, et donc susceptible de constituer une pratique anticoncurrentielle, l'Autorité a démontré que cette mesure ne serait en tout état de cause pas adaptée et proportionnée à l'objectif recherché, pour trois raisons principales. En premier lieu, « *l'application d'un supplément de prix uniforme ne garantit en rien que les opérations de sécurisation* », dont le coût varie en fonction des circuits commerciaux des entreprises et des marchandises concernés ainsi que des aéroports d'embarquement, ont été correctement effectuées, « *cette garantie ne pouvant résulter que de la mise en œuvre d'une réglementation, d'engagements contractuels des opérateurs et de la mise en place d'un contrôle* ». En deuxième lieu, « *l'application uniforme d'un prix standard de sécurité affiché (ou d'un prix plancher), dès lors que rien ne permet d'être assuré que les dépenses correspondantes, qui peuvent être inférieures ou supérieures à ce prix, ont été effectivement engagées, pourrait conduire à une dilution des responsabilités et, dans certains cas même, inciter les entreprises à relâcher leur vigilance et, par conséquent, constituer une garantie trompeuse* ». En troisième lieu, « *l'interdiction de négocier, à la baisse, le prix de la sécurité est sans incidence sur la mise en œuvre effective des mesures de sécurité, dès lors que l'offreur peut être conduit à accepter une négociation à la baisse du prix global de sa ou de ses prestations -qui seul importe au demandeur- en maintenant inchangé le prix apparent de la sécurité tout en réduisant ses propres dépenses de sécurité pour atteindre ses objectifs de prix global.* ». L'Autorité a par ailleurs relevé que la fixation d'un prix uniforme avait eu pour effet pervers de dissuader l'application de tarifs préférentiels au bénéfice de clients connus qui présentent moins de risques pour la sécurité, et de surpris au détriment des clients inconnus. Elle a donc recommandé d'utiliser les moyens de police administrative, tels que le retrait des agréments délivrés aux expéditeurs connus ou l'instauration de sanctions à l'encontre des compagnies aériennes et transitaires qui ne respecteraient pas les obligations de sûreté que la loi leur impose.

199. Dans un autre avis relatif au partage des recettes entre producteurs et distributeurs de films cinématographiques¹⁹¹, l'Autorité ne s'est pas opposée par principe à la fixation d'une rémunération minimale des distributeurs, dès lors qu'elle reste une prérogative exclusivement publique et pour autant que les motifs d'intérêt général soient suffisamment établis, par exemple, la nécessité de préserver la distribution indépendante pour assurer la diversité de l'offre. Elle a néanmoins noté que le dispositif envisagé au cas d'espèce était davantage fondé sur des critères propres à certains opérateurs de la profession, qui recherchent des modalités de partage des recettes à long terme, que sur des « *critères d'intérêt public ou général* », et que la relation de cause à effet entre les politiques tarifaires conduites par les exploitants et l'affaiblissement des distributeurs n'était pas suffisamment établie. La fragilité des distributeurs tient en effet davantage à l'évolution de la fréquentation, qui se concentre sur un nombre de films de plus en plus réduits exposés sur une période de plus en plus courte, à la structure des coûts, qui est défavorable aux distributeurs, qui engagent leurs dépenses avant la sortie en salle et doivent faire face à des

¹⁹⁰ Avis n° 01-A-07 du 28 mars 2001 relatif à une demande d'avis présentée par la Fédération des entreprises de transport et logistique de France et le Syndicat national des agents et groupeurs de fret aérien

¹⁹¹ Avis n° 09-A-50 du 8 octobre 2009 relatif à un projet d'ordonnance modifiant certaines dispositions du code du cinéma et de l'image animée

coûts de promotion accrus, qu'à une tarification agressive des exploitants, que les données disponibles ne confirment pas en tout état de cause à un niveau national. L'Autorité a donc conseillé, afin de préserver la diversité culturelle sans entamer la liberté commerciale de l'exploitant et sans introduire de dissociation durable entre la rémunération du distributeur et les recettes liées aux entrées en salle, de n'envisager une rémunération minimale pour les distributeurs qu'en tant que clause de sauvegarde, susceptible de dissuader localement les politiques tarifaires agressives. A défaut, l'effet inflationniste sur le prix des places de cinéma serait, en outre, important. Un dispositif général pourrait en revanche encourager des modalités différentes de rémunération des distributeurs, dans le cadre de négociations décentralisées entre chaque distributeur et chaque exploitant, se fondant sur un montant fixe et un montant proportionnel aux recettes d'entrée au-delà d'un certain seuil, ainsi que sur le taux de location et le prix par place.

200. L'Autorité peut enfin suggérer des mesures d'accompagnement lors de l'introduction de nouvelles dispositions interdisant des pratiques uniformes en matière de prix qui sont globalement favorables aux consommateurs et à la structure de la concurrence mais qui sont susceptibles d'être à l'origine, à court terme, de transferts de bien-être entre différentes catégories de consommateurs, comme dans son avis relatif aux services de paiement¹⁹².

2.2.2.2 CONDITIONS DE VENTE UNIFORMES

201. Les projets de textes normatifs qui imposent des conditions de vente uniformes sont susceptibles d'avoir divers objets, par exemple les restrictions de publicité (2.3.2.2.2.1.), la reconnaissance officielle d'une norme de qualité, d'un standard technique de production de bien ou de service (2.3.2.2.2.2.).

202. Une « mesure étatique » est susceptible d'être contraire aux règles européennes de concurrence et au principe de coopération loyale posé par l'article 4, paragraphe 3 du traité sur l'Union européenne lorsqu'elle favorise ou étend un accord entre opérateurs économiques concurrents ou lorsqu'elle délègue à une organisation professionnelle une intervention dans le domaine économique sans imposer des critères d'intérêt général¹⁹³. Ces considérations s'appliquent notamment à des décrets ou arrêtés homologuant des accords ou codes professionnels¹⁹⁴, sauf s'ils sont établis par des organisations qui sont composées d'une majorité de représentants des pouvoirs publics¹⁹⁵, qui exercent leurs missions dans le respect de critères d'intérêt général précisément et préalablement définis et qui appliquent

¹⁹² Avis n°09-A-35 du 26 juin 2009 portant sur le projet d'ordonnance relatif aux conditions régissant la fourniture de services de paiement et portant création des établissements de paiement

¹⁹³ Voir en particulier : Cour de justice des communautés européennes, 21 septembre 1988, Van Eycke, aff. 267/86, Rec. p. 4769 ; 17 novembre 1993, Procédure pénale contre Meng, C-2/91, Rec.p. I-5751 ; 17 novembre 1993, Bundesanstalt für den Güterfernverkehr / Reiff, C-185/91, Rec.p. I-5801 ; 17 novembre 1993, Procédure pénale contre Ohra Schadeverzekeringen, C-245/91, Rec.p. I-5851 ; 9 juin 1994, Allemagne / Delta Schiffs- und Speditionsgesellschaft, C-153/93, Rec.p.I-2517 ; 5 octobre 1995, Centro Servizi Spediporto c/Spedizioni Marittima del golfo, C-96/94, Rec. p. I-2883 ; 17 octobre 1995, DIP e.a., C-140/94 à C-142/94, Rec. p. I-3257 ; 17 juin 1997, Sodemare e.a., C-70/95, rec. p. I-3395 ; 18 juin 1998, Corsica Ferries France, C-266/96, Rec. p. I-3949 ; 21 septembre 1999, Albany, C-67/96, Rec. p. I-5751.

¹⁹⁴ Voir notamment Cour de justice des Communautés européennes, 3 décembre 1987, Bureau national interprofessionnel du cognac contre Yves Aubert, aff. 136/86, Rec. p. 4789

¹⁹⁵ Cour de justice des Communautés européennes, 5 octobre 1995, Centro Servizi Spediporto, précité

des réglementations nécessaires au bon exercice de la profession et proportionnées à cette fin¹⁹⁶.

Restrictions de publicité

203. Les réglementations relatives à la publicité limitent la concurrence en ce que la possibilité de procéder à des comparaisons objectives entre deux ou plusieurs produits ou services en termes de qualité et de prix est de nature à favoriser le développement de produits ou services les mieux adaptés à la demande et à faciliter l'entrée sur le marché de nouveaux produits ou services ou de nouveaux opérateurs, sous réserve que soit interdite la publicité trompeuse ou mensongère.
204. L'Autorité analyse les obligations d'information du consommateur, qui ne doivent pas introduire de distorsions entre produits ou services substituables, ainsi que la réglementation des moyens de promotion et de publicité, qui ne doit pas entraîner de distorsion de concurrence en fonction du support publicitaire utilisé ou du circuit de distribution au sein duquel les publicités sont diffusées. Elle a noté de telles distorsions de concurrence au détriment des officines pour des produits qui ne ressortissent pas au monopole pharmaceutiques dans un projet de décret¹⁹⁷.
205. L'Autorité veille également à ce que les dispositifs relatifs à l'information sur les prix des produits ou des services ne permettent pas de reconstituer des prix de revient qui jouent un rôle important dans l'animation de la concurrence sur le marché de référence, en particulier si ce marché est concentré et si son accès est rendu difficile du fait de barrières à l'entrée élevées, car la diffusion de ces informations modifierait artificiellement les conditions de concurrence, diminuerait le coût de collecte des informations sur les coûts des concurrents, réduirait l'incertitude sur le fonctionnement du marché et la stratégie des concurrents et serait susceptible de servir de référence pour la fixation des prix de vente aux consommateurs¹⁹⁸.
206. Les interdictions totales ou partielles de la publicité doivent, pour leur part, être analysées au regard de la raison d'intérêt général qui la fonde, notamment la protection de la santé publique ou le bon exercice d'une profession, afin de vérifier si elles sont adaptées et proportionnées à cet objectif, suivant la méthode déjà décrite aux points **[165 à 167]**.
207. L'Autorité de la concurrence a noté à plusieurs occasions¹⁹⁹ que l'interdiction de la publicité imposée aux groupements ou réseaux d'officines devait être limitée aux seuls médicaments relevant du monopole pharmaceutique, afin de ne pas limiter la liberté des pharmaciens de faire connaître au public les orientations qu'ils ont choisi de donner à leur exercice professionnel et de permettre au public de choisir en toute connaissance de cause l'officine dans laquelle il souhaite se rendre.

¹⁹⁶ Cour de justice des Communautés européennes, Wouters, précité

¹⁹⁷ Avis n° 95-A-10 du 20 juin 1995 relatif à un projet de décret concernant la publicité pour les médicaments et certains produits à usage humain et modifiant le code de la santé publique

¹⁹⁸ Voir note de la France sur les échanges d'informations entre concurrents au regard du droit de la concurrence, OCDE, DAF/COMP/WD(2010)105, 6 octobre 2010 ; avis n° 03-A-09 du 6 juin 2003 relatif à un indice d'évolution du coût de la réparation automobile, et Tribunal de Première instance des Communautés européennes, 12 juillet 2001, Tate & Lyle et autres, aff. jointes T-202/98, T-204/98 et T-207/98, Rec. p. II-2035

¹⁹⁹ Avis n° 95-A-10 précité, n°95-A-04 du 21 février 1995 relatif à une question posée par l'Association de défense des pharmaciens de Paris, n° 94-A-08 du 15 janvier 1994, et n° 90-A-08 du 27 mars 1990

208. Au regard de l'objectif de bon exercice d'une profession réglementée, il convient, ainsi que l'a recommandé la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt *Wouters* précité, de tenir compte de l'organisation générale de la profession en termes d'exigences de qualifications professionnelles, de déontologie, et de responsabilité, qui contribuent déjà à satisfaire cet objectif et participent à la protection des consommateurs. Les mesures les moins restrictives²⁰⁰, telles que l'autorisation de la publicité sous réserve de respecter la dignité de la profession, de faire preuve de discrétion dans la présentation de l'information publicitaire et la dimension du support, de se borner à un message à caractère informatif, de ne pas procéder au démarchage à domicile ou par téléphone et de ne pas communiquer les noms des clients, sont donc recommandées. L'encadrement de la publicité comparative peut également être admis au regard des autres obligations déontologiques pesant sur la profession, en particulier s'il vise à interdire le dénigrement d'un confrère.
209. Les réglementations en matière de publicité doivent en tout état de cause s'appliquer à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et affecter de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits ou services nationaux et ceux en provenance d'autres États membres²⁰¹.

Reconnaissance officielle d'une norme de qualité ou d'un standard technique

210. L'élaboration de normes de qualités ou de standards techniques revient, en principe, à l'initiative d'opérateurs économiques privés. Les pouvoirs publics sont néanmoins susceptibles d'accorder une reconnaissance officielle à une norme ou un standard, sous la forme d'un acte réglementaire, d'une décision accordant une subvention ou de mesures de publicité, pour des raisons liées à la sécurité, à la santé publique, à l'environnement, la bonne information des consommateurs. Les effets positifs de tels actes doivent être pesés au regard de deux considérations liées au droit de la concurrence, qui s'applique en la matière. En effet, lorsqu'un Etat membre impose ou favorise l'adoption d'accords, de décisions d'associations d'entreprises ou de pratiques concertées qui sont contraires à l'article 101 TFUE ou lorsqu'un Etat membre renforce les effets d'une telle entente, la mesure concernée enfreint les règles de concurrence de l'Union européenne²⁰².
211. Le premier risque consiste dans l'appropriation de cette norme ou de ce standard par un ou plusieurs détenteurs de droits de propriété intellectuelle qui pourraient imposer des

²⁰⁰ Voir, notamment, la communication de la Commission européenne « Services professionnels – Poursuivre la réforme », COM(2005) 405 final, 5 septembre 2005 et Organisation de coopération et de développement économique, Restrictions de concurrence dans les professions juridiques, 28 janvier 2008, DAF/COMP(2007)39, [http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocument/?cote=DAF/COMP\(2007\)39&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocument/?cote=DAF/COMP(2007)39&docLanguage=En)

²⁰¹ Voir notamment, en matière de publicité portant sur des marchandises, Cour de justice des Communautés européennes, 15 décembre 1993, *Ruth Hünermund et autres contre Landesapothekerkammer Baden-Württemberg*, C-292/92, Rec. p. I-06787.

²⁰² Voir en particulier : Cour de justice des communautés européennes, 21 septembre 1988, *Van Eycke*, aff. 267/86, rec. p. 4769 ; 9 juin 1994, *Allemagne / Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft* ; 5 octobre 1995, *Centro Servizi Spediporto*, précité ; 17 octobre 1995, *DIP e.a.*, C-140/94 à C-142/94, Rec. p. I-3257 ; 17 juin 1997, *Sodemare e.a.*, C-70/95, rec. p. I-3395 ; 18 juin 1998, *Corsica Ferries France*, C-266/96, Rec. p. I-3949 ; 21 septembre 1999, *Albany*, C-67/96, Rec. p. I-5751.

conditions de licence déraisonnables aux utilisateurs ou restreindre la capacité d'autres acteurs intéressés à les mettre en œuvre. Ces considérations, qui ont été consacrées dans les lignes directrices de la Commission européenne relatives aux accords horizontaux entre entreprises²⁰³, valent également en cas de reconnaissance officielle d'une norme, comme indiqué au [point 210]. Afin de prévenir ce risque de constitution de barrière à l'entrée, il convient de mettre à la charge des détenteurs de droit l'obligation d'accorder des licences d'exploitation à l'ensemble des tiers dans des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires. Lorsque cette licence est accordée à titre onéreux, l'acte devrait prévoir des méthodes objectives de fixation du tarif de la redevance.

212. Le second risque tient à ce que la reconnaissance officielle de la norme ou d'un standard est susceptible de donner un avantage concurrentiel à certains opérateurs qui ne sont pas nécessairement les plus performants, voire un organisme certificateur particulier, qui pourrait ainsi devenir incontournable²⁰⁴ et se voir conférer un droit exclusif de fait. Cet organisme doit, dans cette hypothèse répondre à l'ensemble des conditions exposées aux points [126 à 157].

213. Afin de contribuer à prévenir les difficultés évoquées ci-dessus, il est préférable que la norme officiellement reconnue soit issue d'un processus d'élaboration transparent associant tous les opérateurs qui le souhaitent, qu'elle repose sur des critères objectifs et clairs, qu'elle ne se prête pas à une application discriminatoire, permettant d'évincer des concurrents par des moyens autres que la concurrence par les mérites, et qu'elle ne contienne pas de mesures de prix imposés ou de restrictions territoriales²⁰⁵ ou de restrictions quantitatives qui ne seraient pas indispensables pour se conformer à un objectif précis de qualité de produits ou services offerts aux consommateurs et qu'elle n'aboutisse pas à une uniformisation des produits ou services concernés²⁰⁶.

2.2.3 Mesures susceptibles de faciliter la coordination et l'échange d'informations entre concurrents

214. Une réglementation peut avoir pour effet de faciliter la coordination et l'échange d'informations entre concurrents. Elle risque ainsi de favoriser un équilibre collusif entre concurrents, que ce soit en termes d'alignement de prix ou de stabilisation de leurs parts de marché. Le droit de la concurrence est applicable à une telle réglementation compte tenu de la jurisprudence rappelée au point [210].

215. Le Conseil de la concurrence a ainsi émis un avis défavorable sur un projet d'amendement à l'article 27 du code de l'industrie cinématographique portant sur les cartes de cinéma à

²⁰³ Communication de la Commission européenne, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, JOUE n° L 335 du 18 décembre 2010, points 263 à 335

²⁰⁴ Avis n°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

²⁰⁵ Voir la communication précitée portant lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, points 252 à ainsi que l'avis n°06-A-07 précité

²⁰⁶ Sur cette question de la qualité, voir le point 111 de l'avis n°06-A-07 précité ainsi que l'avis n°81-A-14 relatif au vin de Cahors et les décisions n°94-D-41 du 5 juillet 1994 relative au secteur des volailles sous label et n°95-D-15 du 14 février 1995 relative au secteur de la pomme de terre de conservation.

accès illimité²⁰⁷ qui imposait aux émetteurs et aux distributeurs de cartes de se réunir tous les deux ans afin de s'accorder sur un prix de référence par place et sur un taux de location dans l'objectif, notamment, de permettre aux petits exploitants de salle de participer au mécanisme et d'assurer ainsi davantage de diversité culturelle. Elle a montré qu'une telle concertation n'était pas nécessaire pour le bon fonctionnement de la carte, compte tenu de l'ancienneté du système des cartes d'accès illimité, qui occupe 8 à 10 % du marché, et de l'absence de bouleversement du système de rémunération des parties prenantes à la production, distribution et exploitation des films depuis sa mise en place, puisqu'une valeur économique a progressivement été attribuée aux places gratuites. Il a également relevé que l'amendement aboutirait à supprimer toute concurrence entre les différents réseaux, au détriment du consommateur, et que le dispositif envisagé ne protégerait pas les opérateurs concernés d'éventuelles poursuites pour pratiques anticoncurrentielles, notamment s'ils échangent des informations au-delà de ce qui est nécessaire pour fixer le prix de référence. Le Conseil a donc suggéré, en substitution de l'amendement envisagé, de confier au régulateur sectoriel disposant du pouvoir d'agrément, le Centre national de la cinématographie, le soin de recueillir les prix de référence proposés par les émetteurs afin de s'assurer que la valeur du prix moyen notionnel, c'est-à-dire la recette globale des abonnements divisée par la consommation annuelle de tous les titulaires de cartes, n'est pas éloignée de façon très significative du pivot.

216. Un texte de niveau législatif dérogeant aux dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce n'offre aucune protection aux opérateurs contre d'éventuelles poursuites pour pratiques anticoncurrentielles sur le fondement de l'article 101 TFUE si leurs pratiques de coordination ou d'échanges d'informations affectent de façon significative le commerce entre Etats membres.
217. L'Autorité a estimé, à l'occasion de l'examen du projet d'ordonnance modifiant certaines dispositions du code du cinéma et de l'image animée²⁰⁸, qu'une « *coordination périodique des distributeurs à l'initiative de leurs organisations professionnelles, visant à établir un calendrier prévisionnel des plans de sorties, s'analyse en droit de la concurrence comme une entente destinée à une répartition du marché dans le temps* ». Elle a observé que « *la prise en compte simultanée de la pénétration des films européens en France et des films français dans les pays européens partiellement francophones (Belgique et Luxembourg) est de nature à présumer une affectation du commerce entre Etats membres* », et par conséquent l'application du droit européen de la concurrence, qui prime le droit national.
218. L'Autorité a établi un constat analogue au sujet de l'article 632-14 du Code rural, dont elle n'avait pas été saisie, dans un avis concernant la filière laitière²⁰⁹ postérieur à l'adoption de cette disposition. Elle a rappelé les conditions d'application du droit de l'Union européenne en vigueur et constaté que les exemptions prévues par le paragraphe 3 de l'article 101 TFUE ne seraient pas susceptibles d'être remplies dans l'hypothèse où les éleveurs et les transformateurs diffuseraient, sur le fondement des dispositions précitées du Code rural, des indices correspondant en fait à des prix recommandés.

²⁰⁷ Avis n° 08-A-12 du 30 juin 2008 relatif à un projet d'amendement à l'article 27 du code de l'industrie cinématographique portant sur les cartes de cinéma à accès illimité

²⁰⁸ Avis n° 09-A-50 précité

²⁰⁹ Avis n° 09-A-48 précité

219. En matière d'échanges d'informations, la pratique décisionnelle et consultative de l'Autorité²¹⁰ évalue au cas par cas les pratiques au regard d'un faisceau de critères. Elle vérifie si le marché sur lequel s'effectuent les échanges est concentré, si les barrières à l'entrée sur ce marché sont élevées, et apprécie la nature de ces données. Le risque de non-conformité au regard du droit de la concurrence est d'autant plus élevé que ces données sont désagrégées et peuvent être assimilées à des barèmes de prix ou permettent de reconstituer tout ou partie des coûts des opérateurs dont la maîtrise joue un rôle important dans l'animation du marché. Les effets de ces échanges peuvent s'apprécier au regard de leur fréquence, de leur degré de publicité et de diffusion à l'égard de tous les opérateurs et clients concernés.
220. La pratique de l'Autorité, exposée en détail dans deux publications²¹¹, rejoint celle de la Commission européenne²¹² ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes²¹³.
221. Les critères cités aux [points 219 et 220] sont applicables à des textes normatifs qui autorisent des échanges d'information entre concurrents afin de mettre en œuvre une réglementation ou de favoriser l'adaptation de l'offre à la demande.
222. Lorsqu'elle est saisie pour avis de tels projets de textes, l'Autorité peut être conduite à analyser le caractère nécessaire des échanges d'informations au regard des objectifs invoqués, et à émettre des recommandations pour modifier, le cas échéant, la nature des données et les modalités des échanges autorisés en fonction du marché concerné.
223. Des textes autorisant certains échanges d'information ne sont pas nécessairement contraires au droit de la concurrence en ce qu'ils sont porteurs de progrès économique au sens du 2° du I de l'article L. 420-4 du Code de commerce et, le cas échéant, du paragraphe 3 de l'article 101 TFUE. Si les échanges entre Etats membres sont susceptibles d'être affectés de façon sensible, l'Autorité vérifie que les quatre conditions d'application de ce dernier article, mentionnées au point [167], sont remplies.

²¹⁰ Voir notamment : Avis n° 10-A-25 relatif aux contrats de « management catégoriel » entre les opérateurs de la grande distribution à dominante alimentaire et certains de leurs fournisseurs ; avis n° 10-A-11 du 7 juin 2010 relatif au conseil interprofessionnel de l'optique, avis n°10-D-05 du 23 février 2010 relatif à la réalisation d'enquêtes statistiques par la Chambre syndicale des améliorants organiques et supports de culture, ; avis n° 08-A-07 du 7 mai 2008 relatif à l'organisation économique de la filière fruits et légumes, avis n° 06-A-18 du 5 octobre 2006 relatif à un projet d'indicateur d'occupation des hôtels de la région de Mulhouse, décision n°05-D-65 du Conseil de la concurrence du 30 novembre 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile (le raisonnement au fond dans cette décision a été confirmé par la Cour de cassation par un arrêt du 7 avril 2010, mais elle a renvoyé à la Cour d'appel le soin d'apprécier certaines données factuelles), décision n° 05-D-64 du 25 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces parisiens, avis n° 03-A-09 du 6 juin 2003 relatif à un indice d'évolution du coût de la réparation automobile.

²¹¹ OCDE, Groupe de travail n° 2 sur la concurrence et la réglementation, Note de la France, « *Communication et échanges d'informations sur les marchés oligopolistiques : analyse économique et jurisprudence récente du Conseil de la concurrence* », 2 octobre 2007, DAF/COMP/WD(2007)105 http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ocde_cp_10_2007.pdf ; Rapport annuel de l'Autorité de la concurrence, 2009, étude thématique, « Les échanges d'informations », pp. 105-147, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/3_etudes_thematiques_ra09.pdf.

²¹² Communication de la Commission européenne, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, JOUE n°C 11 du 14 janvier 2011, points 55 à 110

²¹³ Voir notamment Cour de justice des Communautés européennes, 28 mai 1998, John Deere contre Commission, C-7/95 P, Rec. p. I-3111 ; 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands BV et autres, C-8/08, Rec. p. I-4529

224. Dans le secteur des assurances, un règlement de la Commission européenne²¹⁴ accorde, sous certaines conditions, aux entreprises de ce secteur une présomption de conformité au droit de la concurrence lorsqu'elles conduisent en commun des études sur les fréquences des risques, échangent des données actuarielles (coût historique moyen de couverture des risques) ou constituent des syndicats en vue de la couverture d'un risque ne pouvant être assumé par un seul assureur en raison des efficiences liées à ces pratiques ; en leur absence certains risques ne pourraient être assurés.
225. Dans le secteur des fruits et légumes²¹⁵, l'Autorité, après avoir analysé le marché concerné ainsi que la réglementation sectorielle en vigueur, a admis que des échanges d'information puissent avoir des effets pro-concurrentiels, à condition que « *les informations données en matière de prix* » n'aient pas pour effet « *de détourner les entreprises d'une appréhension directe de leurs propres coûts, ce qui leur permet de fixer leurs prix, individuellement, ou collectivement lorsqu'elles agissent au travers d'une coopérative, d'une société les réunissant en tant qu'entité économique unique ou d'une association agissant sous mandat* » ou ne donnent pas lieu à la diffusion de barèmes de prix.
226. Dans son avis sur le projet de loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité²¹⁶, l'Autorité s'est prononcée sur la mise en œuvre du mécanisme d'attribution annuelle de l'électricité régulée et a suggéré de l'adapter. Le mécanisme proposé pouvait donner lieu à des échanges d'information entre l'opérateur historique et chaque fournisseur ayant soumis une demande, ce qui constituait un risque important de concertation entre les entreprises sur leurs stratégies commerciales voire leurs politiques de prix sur ce marché concentré et caractérisé par de fortes barrières à l'entrée. L'Autorité a donc recommandé que les contrats d'accès régulé à la base annuels mentionnent les informations quantitatives nécessaires à leur réalisation sous la forme la plus agrégée et la plus anonyme possible et d'exclure la communication à EDF des courbes de consommation de clients ou de catégories de clients du fournisseur alternatif.

²¹⁴ Règlement n° 267/2010 de la Commission du 24 mars 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le secteur des assurances, JOUE n° L. 83 du 30 mars 2010

²¹⁵ Avis n° 08-A-07 du 7 mai 2008 relatif à l'organisation économique de la filière fruits et légumes

²¹⁶ Avis n°10-A-08 précité

ANNEXE 1: Liste thématique des principaux avis de référence

I. MONOPOLES, DROITS EXCLUSIFS, INTERVENTION DES POUVOIRS PUBLICS

Accès au domaine public

- Avis n°04-A-04 du 29 janvier 2004 relatif à une demande de la Fédération nationale des taxis indépendants concernant la réglementation de l'activité des taxis
- Avis n°04 A-19 du 21 octobre 2004 relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution de journaux gratuits
- Avis n°09-A-44 du 29 juillet 2009 relatif au projet de mise en œuvre d'un service régulier de transport de personnes par navettes fluviales sur le bief de Paris

Exigence d'une comptabilité analytique fiable et transparente

- Avis n° 96-A-10 du 25 juin 1996 relatif à une demande d'avis de l'Association française des banques concernant le fonctionnement des services financiers de La Poste au regard du droit de la concurrence
- Avis n° 97-A-10 du 25 février 1997 relatif à une demande d'avis présentée par le Groupement des éditions et de la presse nautiques portant sur des questions de concurrence soulevées par la politique éditoriale du Service hydrographique et océanographique de la Marine
- Avis n° 99-A-11 du 9 juin 1999 relatif à une demande d'avis de la Chambre professionnelle des transporteurs routiers de l'Isère sur la situation créée par l'octroi d'une aide financière à une régie départementale de transport par un Conseil général
- Avis n° 01-A-18 du 28 décembre 2001 relatif à des pratiques de l'INSEE concernant les conditions de commercialisation des informations issues du répertoire SIRENE
- Avis n° 08-A-13 du 10 juillet 2008 relatif à une saisine du syndicat professionnel UniCiné portant sur l'intervention des collectivités locales dans le domaine des salles de cinéma

Filialisation des activités économiques sur un marché concurrentiel

- Avis n° 95-A-18 du 17 octobre 1995 relatif à une demande d'avis sur les problèmes soulevés par les activités de messagerie de la Société nationale des chemins de fer français (S.N.C.F.) au regard de la concurrence

- Avis n° 96-A-10 du 25 juin 1996 relatif à une demande d'avis de l'Association française des banques concernant le fonctionnement des services financiers de La Poste au regard du droit de la concurrence
- Avis n° 97-A-07 du 27 mai 1997 relatif à une demande d'avis de l'Association française des opérateurs privés de télécommunications sur les questions soulevées au regard du droit de la concurrence par la coexistence à France Télécom, au sein d'une même structure juridique et commerciale, d'activités de télécommunications exercées en situation concurrentielle et sous monopole
- Avis n° 98-A-05 du 28 avril 1998 relatif à une demande d'avis sur les principes à respecter ou les dispositions à prévoir pour assurer le fonctionnement concurrentiel du marché électrique dans le cadre tracé par la directive européenne 96/92/CE
- Avis n° 09-A-55 du 4 novembre 2009 sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs
- Avis n° 10-A-04 du 22 février 2010 relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur les réseaux et infrastructures (AMCRI) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des aéroports français
- Avis n° 10-A-20 du 29 septembre 2010 relatif aux effets sur les règles de concurrence de certaines dispositions concernant le projet de réalisation du réseau de transport public du Grand Paris
- Avis n° 11-A-02 du 20 janvier 2011 relatif au secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne
- Avis n° 11-A-15 du 29 septembre 2011 sur un projet de décret relatif aux gares de voyageurs et autres infrastructures de services du réseau ferroviaire

Informations essentielles

- Décision n° 07-D-03 du 15 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès Internet à haut débit
- Avis n° 09-A-33 du 29 septembre 2009 relatif aux modalités de la vente de bois par l'Office national des forêts
- Avis n° 09-A-55 du 4 novembre 2009 sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs
- Avis n° 10-A-13 du 14 juin 2010 relatif à l'utilisation croisée des bases de clientèle
- Avis n° 11-A-02 du 20 janvier 2011 relatif au secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne
- Avis n° 11-A-15 du 29 septembre 2011 sur un projet de décret relatif aux gares de voyageurs et autres infrastructures de services du réseau ferroviaire

Facilités essentielles

- Avis n° 02-A-08 du 22 mai 2002 relatif à la saisine de l'Association pour la promotion de la distribution de la presse
- Avis n° 04-A-01 du 8 janvier 2004 relatif à une demande d'avis de l'Association française des réseaux et services de télécommunications (AFORS) sur les principes généraux des relations contractuelles entre les utilisateurs et les différents acteurs du dégroupage
- Décision n°05-D-59 du 15 novembre 2005 du 7 nov. 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'Internet haut débit
- Avis n° 06-A-10 du 12 mai 2006 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des Postes en application de l'article L. 37-1 du code des postes et des communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de gros et de détail des liaisons louées
- Avis 09-A-52 du 29 octobre 2009 concernant un projet de loi relatif à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales
- Avis n° 09-A-55 du 4 novembre 2009 sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs
- Avis n°11-A-15 du 29 septembre 2011 sur un projet de décret relatif aux gares de voyageurs et autres infrastructures de services du réseau ferroviaire

Non-cumul des fonctions de régulation et d'activités économiques

- Avis n° 08-A-17 du 3 septembre 2008 sur le projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et collectifs ainsi qu'à la sécurité des transports
- Avis n°09-A-55 du 4 novembre 2009 sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs
- Avis n° 10-A-02 du 1er février 2010 relatif à l'équipement numérique des salles de cinéma
- Avis n°10-A-04 du 22 février 2010 relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur les réseaux et infrastructures (AMCRI) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des aéroports français
- Avis n°11-A-15 du 29 septembre 2011 sur un projet de décret relatif aux gares de voyageurs et autres infrastructures de services du réseau ferroviaire

Pratiques tarifaires

- Décision n° 94-D-30 du 24 mai 1994 concernant la situation de la concurrence sur le marché du béton prêt à l'emploi dans le Tarn
- Avis n°94-A-15 du 10 mai 1994 relatif à une demande d'avis sur les problèmes soulevés par la diversification des activités d'E.D.F et de G.D.F. au regard de la concurrence

- Avis n° 96-A-10 du 25 juin 1996 relatif à une demande d'avis de l'Association française des banques concernant le fonctionnement des services financiers de La Poste au regard du droit de la concurrence
- Avis n° 97-A-10 du 25 février 1997 relatif à une demande d'avis présentée par le Groupement des éditions et de la presse nautiques portant sur des questions de concurrence soulevées par la politique éditoriale du Service hydrographique et océanographique de la Marine
- Décision n° 98-D-60 du 29 septembre 1998, relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de la commercialisation des listes d'abonnés au téléphone
- Avis n° 98-A-24 du 16 décembre 1998 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications concernant les conditions des offres sur mesure de France Télécom
- Avis n°99-A-11 du 9 juin 1999 relatif à une demande d'avis de la Chambre professionnelle des transporteurs routiers de l'Isère sur la situation créée par l'octroi d'une aide financière à une régie départementale de transport par un Conseil général
- Décision n° 00-D-47 du 22 novembre 2000 relative aux pratiques mises en oeuvre par EDF et sa filiale Citelum sur le marché de l'éclairage public
- Décision n° 00-D-50 du 5 mars 2001 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Française des Jeux dans les secteurs de la maintenance informatique et du mobilier de comptoir
- Décision n° 02-D-41 du 26 juin 2002 relative au respect de l'injonction prononcée à l'encontre de France Télécom par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 1999
- Décision n° 03-D-43 du 12 septembre 2003, relative au respect des injonctions prononcées à l'encontre de la société France Télécom par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 1999
- Décision n° 04-D-10 du 1er avril 2004 relative à des pratiques de la société UGC Ciné-Cité mises en oeuvre dans le secteur de l'exploitation des salles de cinéma
- Avis n° 04-A-13 du 12 juillet 2004, relatif à la mise en place du Service Emploi-Entreprise
- Avis n° 07-A-08 du 27 juillet 2007 relatif à une demande du Conseil d'Etat à propos des tarifs de vente du gaz naturel en distribution publique de Gaz de France
- Décision n° 07-D-43 du 10 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par Electricité de France
- Décision n° 07-D-39 du 23 novembre 2007 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur du transport ferroviaire de personnes sur la route Paris-Londres
- Avis n°09-A-52 du 29 octobre 2009 concernant un projet de loi relatif à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales
- Avis n°10-A-08 du 17 mai 2010 relatif au projet de loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité
- Décision n° 10-D-31 du 12 novembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des services de capacité

- Avis n°11-A-10 du 29 juin 2011 portant sur la mise en place d'un tarif social permettant l'accès des personnes aux revenus modestes aux services Internet haut débit

II. BARRIERES A L'ENTREE

- Avis n° 00-A-05 du 8 mars 2000 concernant un projet de décret relatif à l'enseignement de la conduite des véhicules terrestres à moteur et de la sécurité routière et modifiant le code de la route prévu aux articles 2 et 4 de la loi n° 99 505 du 18 juin 1999 portant diverses mesures relatives à la sécurité routière
- Avis n° 00-A-15 du 13 juin 2000 relatif à une demande d'avis de la Chambre syndicale des géomètres topographes portant sur la restriction d'exercice de leur activité professionnelle dans le domaine des études topographiques et des documents cadastraux
- Décision n°03-D-43 du 12 septembre 2003 relative au respect des injonctions prononcées à l'encontre de la société France Télécom par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 1999
- Avis n°04-A-04 du 29 janvier 2004 relatif à une demande de la Fédération nationale des taxis indépendants concernant la réglementation de l'activité des taxis
- Avis n°07-A-12 du 11 octobre 2007 relatif à la législation relative à l'équipement commercial
- Décision n° 07-D-43 du 10 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par Electricité de France
- Avis n°08-A-15 du 29 juillet 2008 relatif au projet de décret portant code de déontologie des masseurs kinésithérapeutes
- Avis n° 09-A-21 du 24 juin 2009 relatif à la situation de la concurrence sur les marchés des carburants dans les départements d'outre-mer
- Avis n° 09-A-42 du 7 juillet 2009 sur les relations d'exclusivité entre activités d'opérateurs de communications électroniques et activités de distribution de contenus et de services
- Avis n° 09-A-49 du 7 octobre 2009 relatif aux conditions de concurrence dans le secteur de l'assurance emprunteur pour le crédit immobilier
- Avis n° 10-A-01 du 5 janvier 2010 relatif à un projet d'ordonnance portant organisation de la biologie médicale
- Avis n°10-A-08 du 17 mai 2010 relatif au projet de loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité

III. TARIFS REGLEMENTES

- Avis n° 90-A-19 du 13 novembre 1990, relatif aux questions posées par le Syndicat national des anesthésiologistes-réanimateurs français concernant les tarifs des honoraires des médecins
- Avis n° 91-A-01 du 22 janvier 1991 relatif à la question posée par l'Association française des banques concernant le marché du traitement du titre interbancaire de paiement
- Avis n°95-A-02 du 31 janvier 1995 relatif à un projet de décret modifiant le décret n° 67-18 du 5 janvier 1967 fixant le tarif des huissiers de justice en matière civile et commerciale
- Avis n° 01-A-07 du 28 mars 2001 relatif à une demande d'avis présentée par la Fédération des entreprises de transport et logistique de France et le Syndicat national des agents et groupeurs de fret aérien
- Avis n° 02-A-08 du 22 mai 2002 relatif à la saisine de l'Association pour la promotion de la distribution de la presse
- Avis n° 02-A-09 du 25 juin 2002 relatif à un projet de décret réglementant les prix des carburants dans les départements de la Guadeloupe et de la Martinique
- Avis n° 04-A-13 du 12 juillet 2004, relatif à la mise en place du Service Emploi-Entreprise
- Avis n°04-A-04 relatif à une demande de la Fédération nationale des taxis indépendants concernant la réglementation de l'activité des taxis
- Avis n° 04-A-17 du 14 octobre 2004 relatif à une demande d'avis présentée par l'Autorité de Régulation des Télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques
- Avis n° 05-A-02 du 24 janvier 2005 relatif au projet de décret modifiant le décret n°87-238 du 6 avril 1987 réglementant les tarifs de courses de taxis
- Avis n° 07-A-08 du 27 juillet 2007 relatif à une demande du Conseil d'Etat à propos des tarifs de vente du gaz naturel en distribution publique de Gaz de France
- Avis n° 07-A-13 du 19 octobre 2007 relatif à un projet de décret relatif au plafonnement des frais bancaires applicables aux incidents de paiement
- Avis n°09-A-21 du 24 juin 2009 relatif à la situation de la concurrence sur les marchés des carburants dans les départements d'outre-mer
- Avis n°09-A-50 du 8 octobre 2009 relatif à un projet d'ordonnance modifiant certaines dispositions du code du cinéma et de l'image animée
- Avis n°09-A-51 du 21 octobre 2009 relatif au projet de décret modifiant le décret n°87-238 du 6 avril 1987 réglementant les tarifs des courses de taxis
- Avis n°09-A-56 du 18 décembre 2009 relatif à une demande d'avis du ministre de la culture et de la communication portant sur le livre numérique
- Avis n°10-A-01 du 5 janvier 2010 relatif à un projet d'ordonnance portant organisation de la biologie médicale

- Avis n° 10-A-02 du 1er février 2010 relatif à l'équipement numérique des salles de cinéma
- Avis n°10-A-08 du 17 mai 2010 relatif au projet de loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité
- Avis n° 10-A-16 du 28 juillet 2010 relatif à deux projets de décret réglementant les prix des produits pétroliers et du gaz de pétrole liquéfié dans les départements d'Outre-mer
- Avis n°11-A-10 du 29 juin 2011 portant sur la mise en place d'un tarif social permettant l'accès des personnes aux revenus modestes aux services Internet haut débit

IV. ECHANGES D'INFORMATIONS

- Avis n° 03-A-09 du 6 juin 2003 relatif à un indice d'évolution du coût de la réparation automobile
- Décision n° 05-D-64 du 25 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces parisiens
- Décision n°05-D-65 du Conseil de la concurrence du 30 novembre 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile (le raisonnement au fond dans cette décision a été confirmé par la Cour de cassation par un arrêt du 7 avril 2010, mais elle a renvoyé à la Cour d'appel le soin d'apprécier certaines données factuelles),
- Avis n° 06-A-18 du 5 octobre 2006 relatif à un projet d'indicateur d'occupation des hôtels de la région de Mulhouse
- Avis n° 08-A-07 du 7 mai 2008 relatif à l'organisation économique de la filière fruits et légumes
- Avis n° 08-A-12 du 30 juin 2008 relatif à un projet d'amendement à l'article 27 du code de l'industrie cinématographique portant sur les cartes de cinéma à accès illimité
- Avis n°09-A-50 du 8 octobre 2009 relatif à un projet d'ordonnance modifiant certaines dispositions du code du cinéma et de l'image animée
- avis n°10-D-05 du 23 février 2010 relatif à la réalisation d'enquêtes statistiques par la Chambre syndicale des améliorants organiques et supports de culture
- Avis n°10-A-08 du 17 mai 2010 relatif au projet de loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité
- Avis n° 10-A-11 du 7 juin 2010 relatif au conseil interprofessionnel de l'optique
- Avis n° 10-A-25 relatif aux contrats de « management catégoriel » entre les opérateurs de la grande distribution à dominante alimentaire et certains de leurs fournisseurs

ANNEXE 2 : Conformité des prix réglementés au droit de l'Union européenne

En l'absence de prescriptions contraires contenues dans les mesures d'harmonisation ou de coordination d'un acte législatif de l'Union européenne²¹⁷, les Etats membres demeurent compétents pour réglementer les prix, à la double condition, lorsque cette réglementation est susceptible d'affecter le commerce entre les Etats membres, de respecter, d'une part, les règles de concurrence et le principe de coopération loyale²¹⁸, et d'autre part, les principes de libre circulation des marchandises et des services.

Les règles de concurrence s'intéressent pour leur part essentiellement aux modalités de fixation des prix. La jurisprudence européenne rappelle de façon constante que, si les règles de concurrence concernent le comportement des entreprises et non pas des mesures législatives ou réglementaires des États membres, ceux-ci sont néanmoins tenus, en vertu du principe de coopération loyale, de ne pas porter préjudice par leur législation nationale à l'application pleine et uniforme du droit de l'Union européenne et de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures, même de nature législative ou réglementaire, susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises²¹⁹.

Une mesure étatique est susceptible d'éliminer cet effet utile dans trois hypothèses alternatives²²⁰ : premièrement, lorsqu'un Etat membre impose ou favorise l'adoption d'accords, de décisions d'associations d'entreprises ou de pratiques concertées qui sont contraires à l'article 101 TFUE, en l'occurrence de concertation ou de fixation en commun de prix, deuxièmement, lorsqu'un Etat membre renforce les effets d'une telle entente, ou, troisièmement, lorsqu'un Etat membre retire à sa propre réglementation son caractère étatique en déléguant, en fait ou en droit, à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention en matière économique. Ce faisant, la Cour de justice contrôle donc que la détermination des tarifs réglementés s'effectue en fonction de critères d'intérêt général et qu'elle ne satisfait pas uniquement aux intérêts des opérateurs du secteur.

²¹⁷ Voir, a contrario, au sujet des prix minimaux de vente au détail des cigarettes: Cour de justice de l'Union européenne, 21 juin 1983, Commission c/France, aff. 90/82, Rec. p. 2011 ; Conseil d'Etat, Ass., 28 févr. 1992, SA Rothmans International France et SA Philip Morris France, n^{os} 56776 et 56777, Rec. p. 78 ; 4 mars 2010, Commission c/ France, Commission c/ Autriche et Commission c/ Irlande, C-197/08, C-198/08, C-221/08, non encore publié au recueil

²¹⁸ Article 4, paragraphe 3 du traité sur l'Union européenne

²¹⁹ Cour de justice des Communautés européennes, 10 janvier 1985, Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc et autres contre SARL "Au blé vert" et autres, aff. 229/83, Rec. p.1 ; 29 janvier 1985, Cullet / Leclerc, aff. 231/83, Rec. p.305 ; 30 avril 1986, Ministère public / Asjes, aff. 209 à 213/84, Rec. p.1425 ; 17 novembre 1993, Meng, précité ; Reiff, précité ; 17 novembre 1993, Ohra Schadeverzekeringen, précité ; 9 juin 1994, Allemagne / Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, précité 19 février 2002, Arduino, C-35/99, Rec. p. I-1529.

²²⁰ Voir en particulier : Cour de justice des communautés européennes, 21 septembre 1988, Van Eycke, aff. 267/86, rec. p. 4769 ; Meng, précité ; Bundesanstalt für den Güterfernverkehr / Reiff, précité ; 17 novembre 1993, Procédure pénale contre Ohra Schadeverzekeringen, précité ; 9 juin 1994, Allemagne / Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft ; 5 octobre 1995, Centro Servizi Spediporto, C-96/94, rec. p. I-2883 ; 17 octobre 1995, DIP e.a., C-140/94 à C-142/94, Rec. p. I-3257 ; 17 juin 1997, Sodemare e.a., C-70/95, rec. p. I-3395 ; 18 juin 1998, Corsica Ferries France, C-266/96, Rec. p. I-3949 ; 21 septembre 1999, Albany, C-67/96, Rec. p. I-5751.

La Cour de justice a ainsi jugé contraire aux règles de concurrence et au principe de coopération loyale le fait pour un État membre d'imposer aux agents de voyages de respecter les prix et les tarifs des voyages fixés par des tour-opérateurs, d'interdire aux mêmes agents de partager les commissions perçues pour la vente de ces voyages avec les clients ou d'accorder à ceux-ci des ristournes ainsi que de considérer de tels agissements comme constituant un acte de concurrence déloyale car cette interdiction a pour objet ou pour effet de renforcer les effets d'ententes contraires à l'article 85 CE²²¹ (aujourd'hui article 101 TFUE).

Le principe de libre circulation des marchandises s'oppose en outre à la fixation de certains niveaux de prix ou à certaines modalités de détermination des prix. Une mesure contraire à ce principe aura également des effets de distorsion de concurrence.

Une mesure étatique imposant un prix minimal²²² qui produit des effets préjudiciables à l'écoulement des seuls produits importés dans la mesure où il empêche qu'un prix de revient inférieur ne se répercute sur le prix de vente aux consommateurs n'est ainsi pas conforme à l'article 34 TFUE. Tel est notamment le cas lorsqu'un prix minimal est déterminé par référence au prix moyen pratiqué sur le marché, car il est ainsi susceptible d'avoir pour effet de supprimer les écarts entre les produits concurrents importés et de faire converger ces prix vers le prix du produit le plus cher.

Les modalités de fixation d'un prix maximal peuvent, dans certaines circonstances, produire les mêmes effets. Tel est le cas lorsqu'un prix maximal ou un plafond de marge bénéficiaire est déterminé en fonction des prix de revient sur le territoire national, car il peut neutraliser l'avantage concurrentiel d'opérateurs établis dans un autre État membre ou dans l'espace économique européen²²³, ou lorsqu'un prix maximal est fixé à un niveau si bas que, compte tenu de la situation générale des produits importés comparée à celle des produits nationaux, les opérateurs désirant importer le produit dont le prix est réglementé ne pourraient le faire qu'à perte²²⁴, ou que l'écoulement des produits importés devient soit impossible soit plus difficile que pour les produits nationaux²²⁵.

²²¹ Cour de justice des Communautés européennes, 1er octobre 1987, VVR / Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten, aff. 311/85, Rec. p. 3801

²²² Cour de justice des Communautés européennes, 24 janvier 1978, Van Tinggele, aff. 82/77, Rec. p. 25; Cullet c/ Leclerc, précité; Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc et autres contre SARL "Au blé vert" et autres, précité; 30 avril 2009, Fachverband der Buch und Medienwirtschaft contre LIBRO Handelsgesellschaft mbH, C-531/07, Rec. p. I-3717

²²³ Cour de justice des Communautés européennes, Cullet c/ Leclerc, précité; 25 septembre 1985, Procureur de la République c/ Gratiot, aff. 11/84, Rec. p. 2907; 25 septembre 1985, Procureur de la République c/ Chabaud et Rémy, aff. 79 et 80/84, Rec. p. 02953; 25 septembre 1985, Piszko c/ Leclerc et Carrefour Supermarché, aff. 114 et 115/84, Rec. p. 2961; 25 septembre 1985, Procureur de la République c/ Binet, aff. 149/84, Rec. p. 2969; 25 septembre 1985, Procureur de la République c/ Gontier, aff. 201/84, Rec. p. 2977; 25 septembre 1985, Procureur de la République c/ Girault, aff. 202/84, Rec. p. 2985; 25 septembre 1985, Procureur de la République c/ Héricotte, aff. 215/84, Rec. p. 2993; 6 février 1986, Procureur de la République c/ Chiron, aff. 271 à 274/84, 6 et 7/85, Rec. p. 529).

²²⁴ Cour de justice des Communautés européennes, 26 février 1976, Tasca, aff. 65/75, Rec. p. 291; 7 juin 1983, Commission c/ Italie, aff. 78/82, Rec. p. 1955

²²⁵ Cour de justice des Communautés européennes, Roussel, aff. 181/82, Rec. p. 3849

En revanche, la Cour de justice a admis la conventionalité de l'obligation imposée aux éditeurs et aux importateurs d'appliquer un prix unique de vente des livres au public sur un territoire national moyennant des variations de zéro à cinq pour cent, sous réserve de la liberté laissée à l'importateur de fixer le niveau du prix qu'il souhaite en fonction des caractéristiques du marché d'importation, le cas échéant, à un niveau inférieur à celui recommandé par l'éditeur situé dans un autre Etat membre de l'Union européenne ou de l'espace économique européen, afin de pouvoir répercuter à son profit un avantage obtenu dans cet Etat pour l'acquisition de livres²²⁶.

S'agissant du principe de libre circulation des services, il peut s'opposer à une réglementation fixant des prix *minima* si celle-ci n'est pas proportionnée au regard de la raison impérieuse d'intérêt général qui la fonde. Elle sera également dans ce cas constitutive d'une distorsion de concurrence.

La Cour de justice²²⁷, en réponse à une question préjudicielle, a ainsi invité la juridiction de renvoi à vérifier si l'interdiction absolue de déroger, par convention, à des honoraires minimaux applicables à des prestations de conseil juridique réservées aux avocats répond véritablement, au regard de ses modalités concrètes d'application, aux objectifs de protection des consommateurs et de bonne administration de la justice et si les restrictions qu'elle impose ne sont pas disproportionnées au regard de ces objectifs. La Cour note en effet que ces tarifs *minima* sont, en pratique, défavorables aux avocats établis dans un autre Etat membre qui ne disposent pas de clientèle stable. Si elle reconnaît que des tarifs *minima* peuvent dissuader, dans un contexte tel que celui du marché italien, caractérisé par la présence d'un nombre extrêmement élevé d'avocats, l'offre de services de qualité médiocre à des clients qui ne peuvent juger eux-mêmes de la qualité des prestations, la Cour demande à la Cour d'appel de Turin et au Tribunal de Rome de vérifier que les règles d'organisation, de qualification, de déontologie de contrôle et de mise en jeu de la responsabilité civile de la profession d'avocat ne sont en elles-mêmes pas suffisantes pour atteindre les objectifs allégués d'intérêt général.

²²⁶ Cour de justice des Communautés européennes, Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc et autres contre SARL "Au blé vert" et autres, précité; 14 janvier 1988, Syndicat des libraires de Normandie contre L'Aigle distribution, aff. 254/87, Rec. p. 4457; 3 octobre 2000, Échirrolles Distribution SA et Association du Dauphiné e.a, C-9/99, Rec. p. I-8207 ; 30 avril 2009, Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft contre LIBRO Handelsgesellschaft mbH, C-531/07, Rec. p. I-3717

²²⁷ Cour de justice des Communautés européennes, 5 décembre 2006, Cipolla, C-94/04 et C-202/04, Rec. p. I-11421

ANNEXE 3 : Concurrence « sur le marché » et concurrence « pour le marché »

La distinction entre concurrence dite « sur le marché » et « pour le marché » est issue de la littérature économique, et plus particulièrement des travaux de Chadwick²²⁸ et de Demsetz²²⁹.

La concurrence « sur le marché » correspond aux formes classiques de la concurrence, c'est-à-dire entre opérateurs économiques de droit privé fournissant le même bien ou service dans des conditions juridiques identiques.

Cependant, certains secteurs économiques ne se prêtent pas à cette forme de concurrence. C'est le cas en particulier de secteurs dans lesquels les coûts fixes supportés par les opérateurs économiques sont importants, voire dans lesquels la position de monopole naturel demeure la seule viable. Le recours à la concurrence « pour le marché », définie comme la mise aux enchères du droit de servir seul la demande pour une durée et sur un territoire donné, apparaît alors comme un substitut satisfaisant. Il permet d'introduire des mécanismes de marché et garantit en théorie que les prix pratiqués *ex post* sont proches de ceux pratiqués en situation de concurrence « sur le marché ». Il assure ainsi la redistribution de la rente monopolistique aux consommateurs et soumet les monopoleurs à des pressions concurrentielles, bénéfiques aux consommateurs ou usagers en termes de prix et de qualité du service, ou encore en termes d'adaptation de l'offre à la demande et à l'information disponible. Certaines précautions doivent être observées à cet effet par le rédacteur d'un projet de texte normatif **(voir question n°3.5. dans la première partie du guide et points 95 à 114).**

D'autres facteurs, tenant, non aux structures de l'offre, mais aux caractéristiques de la demande, peuvent en revanche conduire à opter en faveur de la concurrence « sur le marché » ; ce sera le cas par exemple, si les consommateurs ou les usagers accordent une importance particulière à la disponibilité d'offres variées, notamment en termes de qualité ou de prix.

Les développements récents de la théorie des enchères²³⁰ et des théories des contrats²³¹, et plus particulièrement de la théorie des coûts de transaction²³² mettent en outre en lumière la nécessité d'une organisation spécifique des techniques de mise en concurrence et d'appels d'offres afin de tirer pleinement partie des bénéfices théoriques de la concurrence « pour le marché ».

La première condition tient à une mise effective en concurrence des opérateurs en assurant la participation d'un nombre suffisant de candidats crédibles et efficaces, et à la prévention des comportements collusifs, voire des ententes entre les participants. A cet effet, l'adjudicateur doit notamment être en mesure de caractériser de façon précise le service qu'il souhaite voir réaliser et d'établir des critères objectifs d'attribution. Comme l'a indiqué l'Autorité dans une décision de

²²⁸ E. Chadwick, « Results of Different Principles of Legislation and Administration in Europe of Competition for the Field, as compared with Competition within the Field of Service », *Journal of the Royal Statistical Society*, 22(A), 1959, pp. 381-420.

²²⁹ H. Demsetz, « Why Regulate Utilities? », *Journal of Law and Economics*, 11, 1968, pp. 55-66.

²³⁰ P. Klemperer, *Bidding Markets*, UK Competition Commission, 2005; P. Milgrom, *Putting Auction Theory to Work*, Cambridge University Press, 2004; M. Janssen, *Auctioning Public Assets*, Cambridge University Press, 2004.

²³¹ Voir en particulier J.-J. Laffont et J. Tirole, *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, MIT Press, 1993.

²³² Voir notamment K. J. Crocker et S. E. Masten, « Regulation and Administered Contracts Revisited: Lessons from Transaction-Cost Economics for Public Utility Regulation », *Journal of Regulatory Economics*, 9, 1996, pp. 5-39; P. Bajari, S. Houghton et S. Tadelis, « Bidding for Incomplete Contracts: An Empirical Analysis », *NBER Working Paper No. 12051*, 2006; P. Bajari, R. McMillan et S. Tadelis, « Auctions versus Negotiations in Procurement: An Empirical Analysis », *Journal of Law, Economics and Organization*, 25(2), 2009, pp.372-399.

concentration²³³, « *une plus grande professionnalisation des AOT²³⁴, en ce qu'elle peut conduire à l'amélioration de l'information mise à disposition des répondants aux appels d'offres (notamment par le biais de cahiers des charges plus clairs et plus sophistiqués), peut effectivement avoir un impact positif en stimulant le nombre de candidats* ».

En deuxième lieu, l'autorité organisant la mise en concurrence ou l'appel d'offre doit s'efforcer de réduire les barrières administratives à l'entrée de nouveaux opérateurs. Dans ses décisions et avis relatifs à l'organisation de la concurrence pour le marché de la desserte maritime de la Corse²³⁵, l'Autorité a par exemple relevé que « *le délai très court entre la décision de lancer la consultation et la date limite de dépôt des plis a réduit la possibilité pratique d'attirer de nouveaux candidats* ». De même, l'obligation faite au candidat vainqueur de l'appel d'offres de modifier le pavillon de ses navires et les contrats de travail de son personnel, tout comme la clause imposant aux participants à l'appel d'offres de formuler des projets de développement de l'île et de disposer d'un réseau de distribution déjà en place et dont le personnel parle français ont fortement découragé la participation à cet appel d'offres.

Enfin, l'autorité publique concernée peut veiller à renforcer l'effectivité de la mise en concurrence ou de l'appel d'offres en réduisant les avantages conférés à l'entreprise sortante. L'introduction dans les contrats de clauses d'audit et d'inventaires des actifs en début et fin de contrat et de dédommagement du sortant²³⁶ peut être envisagée si elle est compatible avec l'équilibre économique de la relation contractuelle. Lorsque la durée du contrat est inférieure à la durée de vie des actifs et que l'amortissement des investissements est par conséquent plus risqué, la parité entre offreurs, au stade de renouvellement du contrat, peut être rétablie s'il est possible de transférer facilement le capital utilisé par le premier contractant, c'est-à-dire s'il est possible d'évaluer ce capital et de le céder à d'autres enchérisseurs. Lorsque cela est possible, il est également recommandé de soutenir la création d'un marché de la location des actifs spécifiques utilisés par les exploitants. C'est par exemple l'option qui a été adoptée au Royaume-Uni pour accroître la contestabilité du marché de l'exploitation ferroviaire. Les contrats peuvent par ailleurs inclure des clauses de transfert de la propriété intellectuelle et des logiciels informatiques. Dans cette perspective, le développement par l'autorité organisatrice de compétences lui permettant de contrôler les performances des délégataires en place et les caractéristiques des investissements qu'ils ont consentis est indispensable. Il s'agit par exemple d'éviter que le cahier des charges des nouveaux contrats soit calqué sur les résultats et caractéristiques du sortant et le rende par conséquent incontournable.

237

²³³ Décision 10-DCC-198 du 30 décembre 2010 relative à la création d'une entreprise commune par Veolia Environnement et la Caisse des Dépôts et Consignations.

²³⁴ Autorités Organisatrices de Transport.

²³⁵ Décisions 06-MC-03 du 11 décembre 2006, 09-D-10 du 27 février 2009.

²³⁶ C'est notamment ce qu'a suggéré S. C. Littlechild lors de la conception de l'appel d'offres pour le contrat d'exploitation du métro de Londres (S.C. Littlechild, « Competitive Bidding for a Long-Term Electricity Distribution Contract », *Review of Network Economics*, 1(1), 2002, pp. 1-38).

237