

COUR DE CASSATION

Audience publique du **18 mars 2020**

Rejet

M. GUÉRIN, conseiller doyen
faisant fonction de président

Arrêt n° 207 F-D

Pourvoi n° P 18-11.998

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, DU 18 MARS 2020

Le Groupement des installateurs français (GIF), dont le siège est 5 rue maréchal Leclerc, 38130 Échirolles, a formé le pourvoi n° P 18-11.998 contre l'arrêt rendu le 18 janvier 2018 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 7), dans le litige l'opposant :

1^o/ à l'Autorité de la concurrence, dont le siège est 11 rue de l'Echelle, 75001 Paris,

2^o/ au ministre de l'Economie, de l'Industrie et du Numérique, domicilié Télédoc DGCCRF, bâtiment 5, 59 boulevard Vincent Auriol, 75703 Paris cedex 13,

3^o/ au procureur général près la cour d'appel de Paris, domicilié en son parquet général, 34 quai des Orfèvres, 75055 Paris cedex 01,

défendeurs à la cassation.

Le demandeur invoque, à l'appui de son pourvoi, les trois moyens de cassation annexés au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Champalaune, conseiller, les observations de la SCP Célice, Texidor, Périer, avocat du Groupement des installateurs français, de la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat de l'Autorité de la concurrence, après débats en l'audience publique du 28 janvier 2020 où étaient présents M. Guérin, conseiller doyen faisant fonction de président, Mme Champalaune, conseiller rapporteur, Mme Darbois, conseiller, et Mme Lavigne, greffier de chambre,

la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, composée des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Donne acte au Groupement des installateurs français de ce qu'il se désiste de son pourvoi en ce qu'il est dirigé contre le procureur général près la cour d'appel de Paris ;

Sur le premier moyen, pris en ses première, deuxième, troisième et quatrième branches :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 18 janvier 2018), que par une décision du 8 juin 2010, l'Autorité de la concurrence (l'Autorité) s'est saisie d'office de pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la fourniture, de l'installation et de la maintenance d'équipements professionnels de cuisine, buanderie et laverie ; qu'une première notification des griefs a été adressée au Groupement des installateurs français (le GIF) et qu'une séance s'est tenue devant le collège de l'Autorité, qui a décidé du renvoi à l'instruction ; qu'une nouvelle notification des griefs a été adressée au GIF ; qu'après un nouvel examen de l'affaire, l'Autorité a, par décision n° 16-D-26 du 24 novembre 2016, sanctionné le GIF pour avoir enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, lui infligeant une sanction pécuniaire et lui enjoignant de supprimer certaines clauses de son règlement intérieur ; que le GIF a formé un recours en annulation et en réformation contre cette décision ;

Attendu que le GIF fait grief à l'arrêt de rejeter son recours alors, selon le moyen :

1°/ que le renvoi du dossier à l'instruction ordonné par le collège de l'Autorité sur le fondement de l'article R. 463-7 du code de commerce a pour seul objet d'inviter les services de l'instruction à compléter une instruction jugée incomplète, en procédant, si nécessaire, à de nouvelles mesures d'investigation ; qu'une telle procédure ne peut être détournée de sa finalité afin de permettre aux services de l'instruction de purger un vice de procédure consistant dans le fait, pour ceux-ci, d'avoir omis de communiquer

à la partie poursuivie une pièce déterminante ayant motivé la saisine de l'Autorité ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que le collège de l'Autorité avait ordonné le renvoi du dossier à l'instruction pour permettre aux services de l'instruction, qui avaient omis de communiquer au GIF le rapport de la DGCCRF à l'origine de la saisine de l'Autorité, de procéder à cette communication ; qu'elle a constaté à cet égard qu'aucune mesure d'instruction à proprement parler n'avait été prise suite à ce renvoi, les services de l'instruction s'étant contentés de purger le vice qui entachait la procédure ; qu'en jugeant que le collège de l'Autorité pouvait, sur le fondement de l'article R 463-7 du code de commerce, procéder de la sorte, la cour d'appel, qui a entériné un détournement de procédure, a violé l'article R 463-7 du code de commerce, ensemble l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ;

2°/ que le principe d'égalité des armes requiert que chaque partie se voie offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire ; qu'en l'espèce, le GIF faisait observer que suite au renvoi du dossier à l'instruction, les services de l'Autorité lui avaient adressé une seconde notification des griefs tenant compte des observations qu'il avait communiquées en réponse à la première notification irrégulière ; qu'il faisait valoir que les services de l'instruction avaient ainsi pu corriger l'acte d'accusation, déterminant la saisine de l'Autorité, sur la base d'observations communiquées au cours de la phase contradictoire, et qu'un tel procédé portait atteinte au principe d'égalité des armes ; qu'en jugeant qu'aucune atteinte n'avait été portée à ce principe aux motifs que « le renvoi d'une affaire à l'instruction en application de l'article R. 463-7 du code de commerce, n'emporte la disparition rétroactive d'aucune pièce de la procédure » (pt. 73) et que « les observations en réponse produites par ce dernier, sont restées partie intégrante de la procédure, de sorte qu'il était loisible aux services d'instruction, auxquels l'affaire avait été renvoyée par la décision du collège du 14 avril 2016, de s'y référer » (pt. 74), la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ;

3°/ que dans le cadre de l'instruction devant l'Autorité, la notification des griefs est l'acte d'accusation qui cristallise la procédure et qui, en tant que telle, détermine l'étendue de la saisine de l'Autorité ; que cette notification n'a pas la même portée que les observations orales présentées par le rapporteur à l'audience devant le collège de l'Autorité ; qu'en ajoutant, pour écarter toute atteinte au principe d'égalité des armes, qu'en toute hypothèse il était « toujours loisible aux rapporteurs de répondre oralement, lors de la séance devant le collège, aux arguments développés par l'entreprise poursuivie en réponse à la notification des griefs, sous réserve que le collège fasse respecter le principe du contradictoire », de sorte que « la circonstance que, en cas de renvoi à l'instruction, les rapporteurs [aient] déjà

connaissance de la réponse de l'entreprise à la première notification lorsqu'ils notifient les mêmes griefs pour la seconde fois, ne [modifiait] pas la situation de l'entreprise par rapport à ce qu'elle aurait été en l'absence de renvoi à l'instruction », la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ;

4°/ que le GIF faisait valoir que les services de l'instruction pouvaient d'autant moins tenir compte des observations qu'ils avaient formulées en réponse à la première notification des griefs irrégulière pour procéder à une notification des griefs rectifiée que ces écritures avaient été prises dans un cadre procédural lui-même vicié du fait d'une grave méconnaissance des droits de la défense (en l'occurrence l'absence de communication du rapport de la DGCCRF qui avait motivé la saisine de l'Autorité de la concurrence) ; qu'en décidant que les services de l'instruction avaient pu se fonder sur ces observations, au motif que le renvoi d'une affaire à l'instruction n'entraînait la disparition rétroactive d'aucune pièce de la procédure, alors que, tenant compte de la nullité affectant la première phase de la procédure et de la méconnaissance du principe du contradictoire qui l'entachait, les services de l'instruction ne pouvaient ni répondre ni se servir de ces observations pour adresser à l'entreprise poursuivie une notification des griefs rectifiée, la cour d'appel a violé l'article R 463-7 du code de commerce, ensemble l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ;

Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt relève que le collège de l'Autorité a constaté qu'une pièce essentielle de la procédure constituée par un rapport d'enquête de la DGCCRF n'avait pas été communiquée au GIF, privant ce dernier de la possibilité de contester les constatations y figurant, y compris par la production d'éléments de preuve contraires ; qu'il retient que la communication de ce rapport, en ouvrant au GIF la possibilité d'en contester le contenu par la fourniture d'éléments de preuve nouveaux, était de nature à permettre de compléter l'instruction, peu important de savoir si le GIF se soit ou non saisi de cette possibilité et peu important que, de son côté, le rapporteur n'ait mené aucune mesure d'instruction supplémentaire dans le temps qui a séparé la décision de renvoi et la nouvelle notification des griefs ; qu'en l'état de ces appréciations dont elle a déduit que le versement d'une pièce essentielle au dossier, n'aurait-il eu pour objet que de permettre le respect du principe de la contradiction, entre dans le champ d'un complément nécessaire à l'instruction autorisant le collège de l'Autorité à faire usage des prérogatives qu'il tient de l'article R. 463-7 du code de commerce, la cour d'appel a statué à bon droit ;

Attendu, en deuxième lieu, qu'ayant relevé que le GIF avait été en mesure de répondre par écrit à la seconde notification des griefs, c'est sans méconnaître le principe d'égalité des armes et l'article 6 § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qu'abstraction faite des motifs surabondants critiqués par la

troisième branche, la cour d'appel a retenu que la circonstance que, en cas de renvoi à l'instruction, les rapporteurs avaient déjà connaissance de la réponse de l'entreprise à la première notification lorsqu'ils ont notifié le même grief pour la seconde fois, ne modifiait pas sa situation par rapport à ce qu'elle aurait été en l'absence de renvoi à l'instruction ;

Et attendu, en troisième lieu, qu'ayant retenu, par des motifs vainement critiqués par la première branche, que le renvoi à l'instruction sans annulation de la notification des griefs était justifiée, la cour d'appel en a exactement déduit que la première notification des griefs adressée au GIF et les observations en réponse produites par ce dernier sont restées partie intégrante de la procédure, de sorte qu'il était loisible aux services d'instruction, auxquels l'affaire avait été renvoyée, de s'y référer ;

D'où il suit que, pour partie inopérant, le moyen n'est pas fondé pour le surplus ;

Et sur le premier moyen, pris en sa cinquième branche, le deuxième et le troisième moyens :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces moyens, qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne le Groupement des installateurs français aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par le Groupement des installateurs français et le condamne à payer à la présidente de l'Autorité de la concurrence la somme de 3 000 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, prononcé en l'audience publique du dix-huit mars deux mille vingt et signé par Mme Darbois, conseiller qui en a délibéré, en remplacement de M. Guérin empêché.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Célice, Texidor, Périer, avocat aux Conseils, pour le Groupement des installateurs français.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

- sur la régularité de la procédure -

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté les moyens d'annulation de la décision n° 16-D-26 de l'Autorité de la concurrence en date du 24 novembre 2016 pris respectivement, de la violation des droits de la défense, de la violation du principe d'impartialité, de la violation des principes du contradictoire et d'égalité des armes et d'une erreur de qualification juridique de la pratique incriminée, et d'AVOIR rejeté tous autres moyens d'annulation ou de réformation de la décision n° 16-D-26 ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE : « 39. Il convient de rappeler, en premier lieu, que, hors l'hypothèse d'une atteinte aux droits de la défense, la méconnaissance éventuelle du délai raisonnable prescrit par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'est pas sanctionnée par l'annulation ou la réformation de la décision mais par la réparation du préjudice résultant d'un délai jugé excessif. 40. Par ailleurs, c'est à celui qui soutient que la durée excessive de la procédure a fait obstacle concrètement et effectivement à l'exercice normal de ses droits de la défense, d'en rapporter la preuve. 41. En l'espèce, le GIF n'établit pas la réalité de l'atteinte portée à ses droits par la durée de la phase d'enquête. 42. D'une part le GIF se borne à affirmer de manière vague qu'il n'a pas été en mesure de regrouper les éléments à décharge, sans même préciser quels seraient ces éléments ni a fortiori démontrer dans quelle mesure leur disparition serait imputable à la durée de la procédure. 43. À cet égard, ainsi que le souligne l'Autorité, dès le 10 avril 2012, date de son audition par le rapporteur en charge du dossier, le GIF a été informé de l'objet de l'enquête. Par ailleurs, la pratique reprochée trouvant son origine dans des clauses écrites du règlement intérieur du GIF restées inchangées depuis 1994 et jusqu'au jour de la décision attaquée, il est difficile d'imaginer quelle déperdition des preuves découlerait de la durée de la procédure. 44. D'autre part, même à supposer que l'erreur des services d'instruction consistant à omettre de communiquer au GIF le rapport de la DGCCRF lors de la première notification de grief, soit imputable à la durée de la procédure – ce que le GIF ne démontre pas –, elle a été entièrement réparée par la communication intervenue à l'occasion de la seconde notification de grief, de sorte qu'elle n'a entraîné aucune atteinte aux droits de la défense du GIF. 45. En deuxième lieu, s'agissant du fait que la durée de la procédure ne lui aurait pas permis de réformer, à les supposer illicites, les comportements qui lui étaient reprochés, ce qui aurait de graves conséquences sur la durée de

l'infraction et, partant, sur le montant de la sanction, c'est à juste titre que l'Autorité répond qu'il est de la responsabilité de tout opérateur économique de respecter, de son propre chef et indépendamment de toute procédure en cours devant l'Autorité et de toute condamnation par celle-ci, le droit de la concurrence. 46. Au demeurant, en indiquant qu'il s'attendait à se voir seulement notifier une simple injonction de modifier son règlement intérieur, le GIF reconnaît que, dès avant le prononcé de la décision attaquée, il avait pris conscience que les clauses litigieuses de son règlement intérieur étaient contraires aux règles d'une concurrence non faussée, de sorte qu'il est de sa seule responsabilité de ne pas avoir pris l'initiative de les supprimer ou de les modifier sans attendre la fin de la procédure et, ainsi, d'avoir laissé se poursuivre la pratique incriminée. 47. En dernier lieu, est sans fondement l'affirmation du GIF selon laquelle la durée de la procédure aurait fait naître en lui une espérance légitime qu'il ne lui serait notifié qu'une simple injonction de modifier le règlement intérieur. 48. En effet, nul ne peut invoquer une violation du principe de la confiance légitime en l'absence d'assurances précises, inconditionnelles et concordantes, émanant de sources autorisées et fiables, que lui aurait fournies l'administration. 49. Or, le GIF n'invoque aucune déclaration du rapporteur général ou des rapporteurs pendant le cours de l'enquête ni aucune décision de leur part susceptibles d'être interprétées en ce sens. Quant à la durée de la procédure, elle ne pouvait pas à elle seule lui fournir une telle assurance. 50. L'ensemble des moyens soulevés par le GIF sont donc rejetés. 57. L'article R. 463-7 du code de commerce dispose : « Lorsqu'elle estime que l'instruction est incomplète, l'Autorité de la concurrence peut décider de renvoyer l'affaire en tout ou partie à l'instruction. Cette décision n'est pas susceptible de recours. » 58. D'une part, le défaut de communication de pièces essentielles réunies par les rapporteurs et sur lesquelles ils s'appuient pour, notamment, établir la notification des griefs, est de nature à empêcher la partie poursuivie de fournir toutes les explications utiles et tous les éléments de preuve pertinents en sa possession sur la pratique qui lui est reprochée. 59. Or, de tels explications et éléments de preuve sont indispensables pour éclairer pleinement le collège de l'Autorité et leur absence suffit à rendre l'instruction incomplète, au sens de l'article R. 463-7 du code de commerce. 60. En l'espèce, dès lors que le collège de l'Autorité a constaté que le rapport d'enquête de la DGCCRF, pièce dont le GIF souligne lui-même le caractère essentiel, n'avait pas été communiqué à ce dernier, le privant de la possibilité de contester les constatations y figurant, y compris par la production d'éléments de preuve contraires, il ne pouvait que conclure au caractère incomplet de la procédure qui lui était soumise. 61. Dans ces conditions, c'est sans encourir le grief de détournement de procédure, que le collège de l'Autorité, faisant application de l'article R. 463-7 du code de commerce, a renvoyé l'affaire à l'instruction en ce qui concerne le GIF. 62. C'est en vain que celui-ci soutient que la preuve du détournement de procédure allégué ressort du fait qu'aucune mesure d'instruction supplémentaire n'aurait été menée par le rapporteur dans le

temps qui a séparé la décision de renvoi, le 14 avril 2016, et la nouvelle notification de grief, le 18 mai 2016. En effet, la communication, à l'occasion du renvoi à l'instruction, du rapport de la DGCCRF, en ouvrant au GIF la possibilité d'en contester le contenu par la fourniture d'éléments de preuve nouveaux, était de nature à permettre de compléter l'instruction, peu important de savoir si le GIF s'est ou non saisi de cette possibilité. 63. La circonstance que ce renvoi a également permis la poursuite de la procédure dans le respect du principe du contradictoire et des droits de la défense ne saurait évidemment infirmer le constat qui précède, la cour relevant au surplus qu'il est pour le moins surprenant qu'une partie reproche à l'Autorité d'avoir veillé au respect de ces principes à son égard. 64. D'autre part, le fait, pour le collège de l'Autorité, d'exercer le droit que lui reconnaît expressément l'article R. 463-7 du code de commerce de renvoyer à l'instruction une affaire pour laquelle il estime que l'instruction n'est pas complète, ne saurait constituer ni une violation du principe d'impartialité ni une violation du principe de séparation des fonctions d'instruction et de jugement. 65. Au demeurant, quand bien même le souci de purger la procédure d'un vice l'affectant aurait également fait partie des motivations du collège de l'Autorité pour décider du renvoi à l'instruction, une telle circonstance ne pourrait faire naître aucune suspicion quant à son impartialité pour apprécier la réalité et le caractère anticoncurrentiel de la pratique reprochée au GIF. 73. Le renvoi d'une affaire à l'instruction en application de l'article R. 463-7 du code de commerce, n'emporte la disparition rétroactive d'aucune pièce de la procédure. 74. En l'espèce, la première notification de grief adressée au GIF le 5 novembre 2015, et les observations en réponse produites par ce dernier, sont restées partie intégrante de la procédure, de sorte qu'il était loisible aux services d'instruction, auxquels l'affaire avait été renvoyée par la décision du collège du 14 avril 2016, de s'y référer. 75. Il n'en est résulté aucune violation des principes du contradictoire et d'égalité des armes, le GIF ayant été en mesure de répondre par écrit, puis oralement lors de la séance devant le collège de l'Autorité, à la notification de grief du 18 mai 2016. 76. Au demeurant, il est toujours loisible aux rapporteurs de répondre oralement, lors de la séance devant le collège, aux arguments développés par l'entreprise poursuivie en réponse à la notification des griefs, sous réserve que le collège fasse respecter le principe du contradictoire. Partant, la circonstance que, en cas de renvoi à l'instruction, les rapporteurs ont déjà connaissance de la réponse de l'entreprise à la première notification lorsqu'ils notifient les mêmes griefs pour la seconde fois, ne modifie pas la situation de l'entreprise par rapport à ce qu'elle aurait été en l'absence de renvoi à l'instruction » ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE : « 45. Le GIF soutient que, dans la seconde notification de grief, les services d'instruction auraient complété leur argumentation sur la qualification juridique des faits en utilisant les observations du GIF en réponse à la première notification de

grief, alors qu'aux termes de la décision de renvoi à l'instruction, la seconde notification de grief aurait dû compléter la première en se fondant uniquement sur le rapport d'enquête de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) en date du 31 décembre 2009, dont l'absence de communication au GIF lors de la première phase de la procédure avait justifié le renvoi à l'instruction. Ce comportement serait déloyal et contreviendrait au principe du procès équitable résultant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH).

46. Mais l'article R. 463-7 du code de commerce prévoit que « lorsqu'elle estime que l'instruction est incomplète, l'Autorité de la concurrence peut décider de renvoyer l'affaire en tout ou partie à l'instruction. Cette décision n'est pas susceptible de recours ».

47. En l'espèce, la décision n° 16-S-01 du 14 avril 2016 par laquelle le collège a renvoyé l'affaire à l'instruction se borne à indiquer dans son article unique que : « Le dossier enregistré sous le numéro 14/0090 F est renvoyé à l'instruction en ce qui concerne les pratiques du GIF », en constatant, à son point 3, qu'« il est apparu que le dossier n'était pas en état d'être jugé », sans faire état des sujets devant faire l'objet d'une instruction complémentaire et sans limiter cette dernière, comme le soutient à tort le GIF, à la prise en compte du rapport administratif d'enquête. Dans ces conditions, les services d'instruction étaient fondés à produire une nouvelle notification de grief prenant en compte l'ensemble des pièces du dossier et, le cas échéant, les observations du GIF en réponse à la première notification de grief.

49. En tout état de cause, un tel renvoi, qui a simplement permis la poursuite de la procédure contradictoire dans le respect des droits de la défense, n'a pas fait grief à la partie mise en cause. En effet, le GIF a été en mesure de produire de nouvelles observations sur la seconde notification de grief. Ce qu'elle a fait le 21 juillet 2016.

50. Le moyen soulevé par le GIF tiré d'une prétendue violation de l'article 6 de la CEDH n'est pas fondé. Il doit donc être écarté » ;

1) ALORS QUE le renvoi du dossier à l'instruction ordonné par le collège de l'Autorité de la concurrence sur le fondement de l'article R. 463-7 du code de commerce a pour seul objet d'inviter les services de l'instruction à compléter une instruction jugée incomplète, en procédant, si nécessaire, à de nouvelles mesures d'investigation ; qu'une telle procédure ne peut être détournée de sa finalité afin de permettre aux services de l'instruction de purger un vice de procédure consistant dans le fait, pour ceux-ci, d'avoir omis de communiquer à la partie poursuivie une pièce déterminante ayant motivé la saisine de l'Autorité ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a constaté que le collège de l'Autorité avait ordonné le renvoi du dossier à l'instruction pour permettre aux services de l'instruction, qui avaient omis de communiquer au GIF le rapport de la DGCCRF à l'origine de la saisine de l'Autorité, de procéder à cette communication ; qu'elle a constaté à cet égard

qu'aucune mesure d'instruction à proprement parler n'avait été prise suite à ce renvoi, les services de l'instruction s'étant contentés de purger le vice qui entachait la procédure ; qu'en jugeant que le collège de l'Autorité pouvait, sur le fondement de l'article R 463-7 du code de commerce, procéder de la sorte, la Cour d'appel, qui a entériné un détournement de procédure, a violé l'article R 463-7 du code de commerce, ensemble l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ;

2°) ALORS QUE le principe d'égalité des armes requiert que chaque partie se voie offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire ; qu'en l'espèce, le GIF faisait observer que suite au renvoi du dossier à l'instruction, les services de l'Autorité lui avaient adressé une seconde notification des griefs tenant compte des observations qu'il avait communiquées en réponse à la première notification irrégulière ; qu'il faisait valoir que les services de l'instruction avaient ainsi pu corriger l'acte d'accusation, déterminant la saisine de l'Autorité, sur la base d'observations communiquées au cours de la phase contradictoire, et qu'un tel procédé portait atteinte au principe d'égalité des armes ; qu'en jugeant qu'aucune atteinte n'avait été portée à ce principe aux motifs que « le renvoi d'une affaire à l'instruction en application de l'article R. 463-7 du code de commerce, n'emporte la disparition rétroactive d'aucune pièce de la procédure » (pt. 73) et que « les observations en réponse produites par ce dernier, sont restées partie intégrante de la procédure, de sorte qu'il était loisible aux services d'instruction, auxquels l'affaire avait été renvoyée par la décision du collège du 14 avril 2016, de s'y référer » (pt. 74), la Cour d'appel a violé l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ;

3°) ALORS en outre QUE dans le cadre de l'instruction devant l'Autorité de la concurrence, la notification des griefs est l'acte d'accusation qui cristallise la procédure et qui, en tant que telle, détermine l'étendue de la saisine de l'Autorité ; que cette notification n'a pas la même portée que les observations orales présentées par le rapporteur à l'audience devant le collège de l'Autorité ; qu'en ajoutant, pour écarter toute atteinte au principe d'égalité des armes, qu'en toute hypothèse il était « toujours loisible aux rapporteurs de répondre oralement, lors de la séance devant le collège, aux arguments développés par l'entreprise poursuivie en réponse à la notification des griefs, sous réserve que le collège fasse respecter le principe du contradictoire », de sorte que « la circonstance que, en cas de renvoi à l'instruction, les rapporteurs [aient] déjà connaissance de la réponse de l'entreprise à la première notification lorsqu'ils notifient les mêmes griefs pour la seconde fois, ne [modifiait] pas la situation de l'entreprise par rapport à ce qu'elle aurait été en l'absence de renvoi à l'instruction », la Cour d'appel a violé l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ;

4°) ALORS au surplus QUE le GIF faisait valoir que les services de l'instruction pouvaient d'autant moins tenir compte des observations qu'ils avaient formulées en réponse à la première notification des griefs irrégulière pour procéder à une notification des griefs rectifiée que ces écritures avaient été prises dans un cadre procédural lui-même vicié du fait d'une grave méconnaissance des droits de la défense (en l'occurrence l'absence de communication du rapport de la DGCCRF qui avait motivé la saisine de l'Autorité de la concurrence) ; qu'en décidant que les services de l'instruction avaient pu se fonder sur ces observations, au motif que le renvoi d'une affaire à l'instruction n'entraînait la disparition rétroactive d'aucune pièce de la procédure, alors que, tenant compte de la nullité affectant la première phase de la procédure et de la méconnaissance du principe du contradictoire qui l'entachait, les services de l'instruction ne pouvaient ni répondre ni se servir de ces observations pour adresser à l'entreprise poursuivie une notification des griefs rectifiée, la Cour d'appel a violé l'article R 463-7 du code de commerce, ensemble l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ;

5°) ALORS enfin QUE l'article L 463-3 du code de commerce prévoit que lorsque le rapporteur décide de recourir à la procédure simplifiée, l'affaire doit être examinée par l'Autorité de la concurrence sans établissement préalable d'un rapport ; qu'en permettant au rapporteur de répondre, via une seconde notification des griefs, aux observations formulées par la partie poursuivie en réponse à la première notification des griefs, la Cour d'appel, qui a permis l'établissement d'un rapport, a violé l'article L 463-3 du code de commerce.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION
(subsidaire par rapport au premier moyen)

- sur la nature de l'entente –

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté les moyens d'annulation de la décision n° 16-D-26 du 24 novembre 2016 relative à des pratiques mises en oeuvre par le Groupement des Installateurs Français dans le secteur de la fourniture, l'installation et de la maintenance d'équipements professionnels de cuisine, pris, respectivement, de la violation des droits de la défense, de la violation du principe d'impartialité, de la violation des principes du contradictoire et d'égalité des armes, et d'une erreur de qualification juridique de la pratique incriminée, et d'AVOIR rejeté tous autres moyens d'annulation ou de réformation de la décision n° 16-D-26 ;

AUX MOTIFS QUE : « 85. Même à supposer que l'Autorité ait commis une erreur de qualification de la pratique incriminée, une telle erreur n'empêche aucune conséquence procédurale et peut seulement, le cas échéant, constituer un moyen de légalité interne. 86. Au demeurant, c'est à juste titre

que l'Autorité a retenu que la pratique incriminée, à la supposer établie – ce que la cour vérifiera ci-après –, était constitutive d'une entente horizontale, et non verticale. 87. Il résulte des propres écritures du GIF que celui-ci considère que la pratique incriminée, à la supposer établie, relève de la catégorie des accords verticaux, au sens du règlement n° 330/2019. 88. L'article 1^{er}, point 1), de ce règlement définit l'accord vertical comme « un accord ou une pratique concertée entre deux ou plusieurs entreprises opérant chacune, aux fins de l'accord ou de la pratique concertée, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et relatif aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services ». 89. Le critère essentiel de la distinction entre accords verticaux et horizontaux réside dans le fait que les entreprises parties à l'accord opèrent ou non à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution. 90. Cette analyse est confirmée par les lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale, qui, en leur point 1, précisent qu'« [u]ne coopération est de 'nature horizontale' si elle fait l'objet d'un accord conclu entre des concurrents existants ou potentiels » et, en leur point 12, opposent aux accords horizontaux, les « accords verticaux », définis de nouveau comme « [l]es accords conclus entre des entreprises opérant à des niveaux différents de la chaîne de production ou de distribution ». 91. La même distinction vaut également s'agissant de restrictions de concurrence appréciées, comme dans la présente affaire, au seul regard du droit national. 92. En l'espèce, aux termes de l'article 12 du statut ainsi que des clauses litigieuses du règlement intérieur du GIF, chaque adhérent, du seul fait de son adhésion au GIF, s'engage à ne pas concurrencer les autres adhérents dans leur zone d'exclusivité territoriale et, dans le même temps, bénéficie de l'engagement des autres adhérents de ne pas le concurrencer dans sa propre zone d'exclusivité. 93. Or les adhérents, tout à la fois bénéficiaires et débiteurs des engagements prévus par lesdites clauses du règlement intérieur du GIF, opèrent tous aux mêmes niveaux de la chaîne de production et de distribution. À l'inverse, le GIF, en tant qu'opérateur économique, n'est pas tenu par, ni bénéficiaire de ces engagements. 94. Il est indifférent que l'accord ait pris la forme de clauses figurant dans le règlement intérieur du GIF. En effet, une entente horizontale entre membres d'une association d'entreprise peut prendre la forme d'une décision de cette association (voir, notamment, TUE, arrêt du 10 décembre 2014, ONP e.a./Commission, T-90/11, points 312 à 321). 95. C'est donc à juste titre que, à supposer que la pratique puisse être qualifiée d'entente anticoncurrentielle, l'Autorité a considéré qu'il s'agissait d'une entente horizontale et non verticale. 96. Il est vrai que, dans la mesure où les adhérents du GIF peuvent être amenés à fournir à leur clientèle du matériel de cuisine de la marque FRANSTAL, dont le GIF est titulaire, les clauses litigieuses du règlement intérieur du GIF assurent de fait à chaque adhérent l'exclusivité de fourniture des matériels de cette marque sur son secteur géographique. 97. Mais il ne s'agit que d'un effet secondaire, et non pas de la finalité première de ces clauses, ainsi que le démontre le fait que

l'interdiction de concurrencer un adhérent dans sa zone d'exclusivité territoriale vaut également lorsque le matériel proposé à la clientèle est d'une autre marque que la marque FRANSTAL. D'ailleurs, il ne résulte d'aucune clause du règlement intérieur que le GIF s'interdit de fournir des produits de la marque FRANSTAL pour des contrats exécutés par un adhérent en dehors de sa zone d'exclusivité territoriale, de sorte qu'il convient de répéter qu'il n'est ni tenu par, ni bénéficiaire des clauses litigieuses. 98. La pratique incriminée ne peut donc s'analyser comme une entente verticale ayant pour finalité la restriction des ventes passives de produits FRANSTAL. 99. Enfin, à supposer même la relation entre le GIF et ses associés puisse être qualifiée d'accord vertical, celui-ci n'exclurait pas, mais coexisterait avec l'accord horizontal passé entre les seuls associés. 100. En effet, ainsi qu'il résulte sans équivoque de la pratique tant de la Commission de l'Union européenne que du Conseil de la concurrence, une association d'entreprises peut impliquer l'existence à la fois d'accords horizontaux et d'accords verticaux. 101. C'est ainsi que le point 29 des lignes directrices sur les restrictions verticales précise : « Une association d'entreprises peut impliquer l'existence à la fois d'accords horizontaux et d'accords verticaux. Les accords horizontaux doivent être appréciés en appliquant les principes exposés dans les futures lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 aux coopérations horizontales. Si cette appréciation amène à conclure qu'une coopération entre entreprises en matière d'achats ou de ventes est acceptable, une évaluation complémentaire sera nécessaire pour examiner les accords verticaux conclus par l'association avec ses fournisseurs ou chacun de ses membres. Cette évaluation complémentaire s'effectuera au regard des dispositions du règlement d'exemption par catégorie et des présentes lignes directrices. Ainsi, les accords horizontaux conclus par les membres de l'association ou les décisions adoptées par l'association, telles que les décisions imposant aux membres l'obligation d'acheter à l'association ou concédant des territoires exclusifs aux membres de l'association, devront être appréciés en premier lieu en tant qu'accord horizontal. C'est seulement si la conclusion de cette appréciation est que l'accord est acceptable qu'il sera nécessaire d'examiner les accords verticaux entre l'association et chacun de ses membres ou entre l'association et les fournisseurs. » 102. De même, les points 195 et 196 des lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale prévoient : « 195. Un accord d'achat groupé peut se fonder à la fois sur des accords horizontaux et sur des accords verticaux. Il convient alors de procéder à une analyse en deux étapes. Premièrement, les accords horizontaux entre entreprises pratiquant des achats groupés doivent être appréciés selon les principes exposés dans les présentes lignes directrices. Si cette appréciation conduit à la conclusion que l'accord d'achat groupé ne pose pas de problème de concurrence, un complément d'appréciation sera nécessaire pour examiner les accords verticaux pertinents. Cette seconde appréciation s'effectuera selon les règles énoncées dans le règlement d'exemption par catégorie relatif aux restrictions verticales et dans les lignes directrices sur

les restrictions verticales. 196. Une forme classique d'accord d'achat groupé est l' 'alliance', c'est-à-dire une association d'entreprises constituée par un groupe de détaillants pour l'achat groupé de produits. Dans un premier temps, il convient d'examiner les accords horizontaux conclus entre les membres de l'alliance, ou les décisions adoptées par celle-ci, en tant qu'accord de coopération horizontal au regard des présentes lignes directrices. Ce n'est que si cette appréciation ne fait pas apparaître de problème de concurrence qu'il y a lieu d'apprécier les accords verticaux pertinents entre l'alliance et un de ses membres ou entre l'alliance et des fournisseurs. [...] » 103. Enfin, dans son avis 99-A-18 du 17 novembre 1999 relatif à une demande d'avis de l'Union fédérale des coopératives de commerçants sur la pratique de prix promotionnel unique, le Conseil de la concurrence a également souligné que « [l]es accords passés entre les coopératives de commerçants et leurs adhérents peuvent être condamnés dans le cadre d'ententes verticales mais également en tant qu'ententes horizontales dès lors qu'ils mettent en cause des commerçants situés au même stade du processus économique ». 104. Il convient donc de rejeter le moyen tiré d'une erreur de qualification » ;

1°) ALORS QUE constitue une entente verticale une pratique concertée entre deux ou plusieurs entreprises opérant chacune, aux fins de l'accord ou de la pratique concertée, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et relative aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services ; que la mise en place d'un maillage territorial au sein d'un réseau de distribution ne constitue pas une entente horizontale de répartition de marché mais caractérise un accord vertical ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a constaté à plusieurs reprises que le GIF était à la tête d'un « réseau » d'adhérents et que « les spécificités de la profession d'installateur de grandes cuisines, et notamment le caractère local de la clientèle et l'obligation pour les installateurs d'intervenir très rapidement au titre de l'activité de maintenance, comme la nécessité, pour un réseau tel que celui formé par le GIF, de pouvoir répondre aux appels d'offres des grands comptes nationaux, imposaient effectivement au GIF de mettre en place un maillage territorial, en agréant une entreprise pour chaque zone géographique prédéfinie » ; qu'elle a également relevé que cette répartition territoriale, mise en place au niveau du GIF, avait « pour justification première le calcul du montant des cotisations dues par les adhérents au groupement », et que c'était au conseil d'administration du GIF qu'il appartenait d'agréer les nouveaux opérateurs, de leur attribuer de nouveaux secteurs d'intervention, et de veiller, le cas échéant, au respect des dispositions statutaires relatives à la mise en place de zones d'intervention ; qu'elle a ajouté que « tant l'introduction dans le règlement intérieur des clauses litigieuses (...) que leur maintien au fil des ans, sont donc imputables au GIF, en tant que personne morale distincte de ses associés » ; qu'en qualifiant toutefois la mise en place de zones d'intervention par le GIF d' « entente horizontale », quand il résultait de ses

propres constatations que le GIF était à la tête d'un réseau verticalement organisé et que c'était dans ce cadre que les zones d'intervention contestées avaient été établies, la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article L 420-1 du code de commerce ;

2°) ALORS QUE dans ses conclusions (v. notamment pp. 4 et s. et pp. 27 et s.), le GIF rappelait que le réseau qu'il avait instauré bénéficiait d'une image de marque sur l'ensemble du territoire national et que c'est dans ce cadre que des zones d'intervention avaient été définies ; qu'il rappelait également qu'il intervenait en qualité de centrale d'achat pour le compte de ses adhérents, qu'il avait mis en place une politique de formation de ses adhérents, une marque de distributeur commune, une politique de communication commune, ainsi que des logiciels de gestion communs, notamment pour le service après-vente ; qu'en s'abstenant de rechercher, au regard de ces éléments, si le GIF n'était pas à la tête d'un réseau d'installateurs verticalement organisé, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

- sur la qualification de pratique anticoncurrentielle « par objet » et l'application de la théorie des restrictions accessoires -

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté les moyens d'annulation de la décision n° 16-D-26 du 24 novembre 2016 relative à des pratiques mises en oeuvre par le Groupement des Installateurs Français dans le secteur de la fourniture, l'installation et de la maintenance d'équipements professionnels de cuisine, pris, respectivement, de la violation des droits de la défense, de la violation du principe d'impartialité, de la violation des principes du contradictoire et d'égalité des armes, et d'une erreur de qualification juridique de la pratique incriminée et d'AVOIR rejeté tous autres moyens d'annulation ou de réformation de la décision n° 16-D-26 ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE : « 2. L'affaire intervient dans le secteur de la fourniture, de l'installation et de la maintenance de matériels dits « de grande cuisine », c'est-à-dire de cuisines industrielles et professionnelles à destination des collectivités publiques, des restaurants d'entreprise et des chaînes de restauration commerciales. 3. Les entreprises actives dans ce secteur – les installateurs de grande cuisine – rendent plusieurs services successifs ou connexes : après avoir étudié le dossier et proposé un projet, ils assurent, généralement, la distribution, la maintenance et le service après-vente des cuisines. 4. En règle générale, le marché de la fourniture et de l'installation des cuisines professionnelles est de dimension locale. Cette caractéristique géographique est encore plus marquée en ce qui concerne le service après-vente : toute panne dans l'un ou l'autre des éléments de la

cuisine professionnelle est susceptible d'interrompre le service, ce qui rend cruciale la maintenance préventive et le dépannage dans les délais les plus brefs. La capacité à offrir un service de proximité est donc essentielle et conduit les professionnels à organiser leur présence sur tout ou partie du territoire national. Ce maillage territorial est obtenu de deux manières, soit par l'implantation nationale d'un groupe intégré, soit par des groupements d'installateurs indépendants organisés en réseau. 5. Les groupements d'installateurs indépendants interviennent en qualité de centrales de référencement ou d'achat, négociant auprès des fournisseurs des conditions d'achat des matériels leur permettant d'offrir à leurs adhérents une baisse de leurs coûts qu'ils ne pourraient obtenir seuls (...) La société coopérative de commerçants détaillants à capital et personnel variables Groupement des Installateurs Français (ci-après le « GIF ») est un groupement d'installateurs indépendants spécialisé dans le domaine de la grande cuisine. Le GIF regroupe aujourd'hui 80 adhérents. En 2016, il revendiquait une part importante du marché français de la fourniture, de l'installation et de la maintenance des grandes cuisines, de l'ordre de 25 %. 7. Créées par la loi n° 72-652 du 11 juillet 1972 relative aux sociétés coopératives de commerçants détaillants, les sociétés coopératives de commerçants détaillants sont désormais régies par les articles L. 124-1 à L. 124-16 et R. 124-1 du code de commerce. 8. Aux termes de l'article L. 124-1 du code de commerce, qui reprend en substance les dispositions de l'article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1972, « [l]es sociétés coopératives de commerçants détaillants ont pour objet d'améliorer par l'effort commun de leurs associés les conditions dans lesquelles ceux-ci exercent leur activité commerciale ». 9. Dans le dossier de présentation du GIF, il est indiqué : « Le souhait du GIF est d'avoir une entreprise à moins d'une heure de n'importe quel client. Chaque adhérent est titulaire d'un secteur géographique délimité qui lui est attribué en exclusivité et pour lequel il paie une cotisation de 150 € plus 0,25 € pour 1000 habitants » (cote 6210). 10. Les secteurs d'intervention des adhérents sont définis de manière très précise, au niveau du département, de l'arrondissement ou même du canton. 11. Par courrier du 5 février 2014, le conseil du GIF a précisé : « C'est donc un maillage national qui a été mis en place de façon empirique, au fur et à mesure de l'histoire du Groupement. Ce maillage territorial permet en outre au GIF, via sa filiale à 100 %, la société SODIGIF, de répondre aux appels d'offres des grands comptes nationaux (chaîne de restauration, maisons de retraites, etc.) qui recherchent un service de proximité » (cote 2133). 12. L'article 12 I des statuts du GIF énonce : « [...] pour être admis dans la société, chaque actionnaire doit : – accepter et respecter le règlement intérieur établi par le conseil d'administration et approuvé par l'assemblée générale, – s'engager à utiliser les services de la société dans le cadre du règlement intérieur. Toute demande d'admission sera soumise à l'agrément du conseil d'administration qui statuera sans avoir à faire connaître les motifs de son refus ; la décision du conseil devra être ratifiée par l'assemblée générale extraordinaire. L'admission ou le rejet sera transmis à l'intéressé par le conseil

d'administration dans la huitaine de la décision. » (Cote 130).13.Aux termes de l'article 28 des statuts du GIF, « [u]n règlement intérieur rédigé par le conseil d'administration et approuvé par l'assemblée générale ordinaire détermine, dans le cadre des statuts, les règles régissant sur les plans technique, financier et commercial les rapports entre la société et ses membres » (Cote 142).14.Le règlement intérieur du GIF a connu plusieurs modifications au fil du temps (1994, 1998,2000, 2001, 2004, 2005, 2007, 2008, 2009, puis 2011).15.Son préambule contient un paragraphe intitulé « But du règlement intérieur », précisant que le but du règlement intérieur « est de fixer les droits, obligations de chaque associé, indispensables au fonctionnement dynamique de la société » (Cote 1547).16.Ce même préambule comporte un paragraphe intitulé « Options et obligations fondamentales et impératives », ainsi libellé : « 1) Le seul fait d'être actionnaire de la société vaut acceptation pure et simple du règlement intérieur. [...] 4) Acceptation par tous les associés, de l'application de la procédure de rémunération, dans le cas d'affaires réalisées en collaboration ».17.Depuis 1994, le règlement intérieur du GIF prévoit une sectorisation de ses adhérents en conférant à chacun d'eux une zone d'activité géographiquement limitée. Cette répartition a pour justification première le calcul du montant des cotisations dues par les adhérents au groupement. Ce montant est proportionnel à la population figurant sur la zone attribuée ,retenue comme indicateur du chiffre d'affaires potentiel.18.L'article 118 du règlement intérieur énonce que chaque associé « [s]'interdit de vendre, directement ou indirectement, sur le secteur d'un autre associé, sans accord préalable, même s'il a des engagements contractuels avec un constructeur ou fournisseur dont il n'a pu se libérer » (Cote 1549).19.L'article 337 du règlement intérieur précise :« Tout associé peut exploiter librement un secteur non occupé par un adhérent jusqu'à la candidature d'une entreprise située sur ce territoire. Si cette candidature est retenue par le conseil d'administration et l'assemblée générale extraordinaire, c'est le nouvel adhérent qui prend en charge les frais afférents à son secteur.[...] » (Cote 1552).20.Aux termes de l'article 441 du règlement intérieur, qui figure dans le paragraphe intitulé« Procédure de rémunération en cas d'affaires traitées en commun » :« L'adhérent s'oblige avant toute intervention sur le secteur géographique d'un autre associé à prendre contact avec celui-ci afin de déterminer un mode d'intervention recevant leur agrément commun qui devra être formalisé par écrit. En l'absence de dispositions ayant reçu l'agrément des deux associés concernés, les règles suivantes s'appliquent :L'adhérent hors secteur doit verser à l'associé dans le secteur duquel le marché se réalise :Pour les matériels de type 'déportés' (Chambres froides, installations frigorifiques, hottes, ventilations, climatisations...) 30% (TRENTE POUR CENT) du chiffre d'affaires total facturé au client, installation incluse, à charge pour l'associé recevant cette somme d'assurer le suivi du chantier, l'installation des matériels, le service après-vente et de consentir une garantie d'une année. Pour les autres matériels à installer 15 % (QUINZE POUR CENT) du chiffre

d'affaires total facturé au client, installation incluse, à charge pour l'associé recevant cette somme d'assurer le suivi du chantier, l'installation des matériels, le service après-vente et de consentir une garantie d'une année. Pour les matériels sans installation 10 % (10 POUR CENT) du chiffre d'affaires total facturé au client, livraison incluse, à charge pour l'associé recevant cette somme d'assurer, le cas échéant, la livraison et le suivi du chantier. En cas de refus de l'associé dans le secteur duquel le marché se réalise de prendre en charge ces prestations, l'adhérent hors secteur doit verser à celui-ci 8 % (HUIT POURCENT) du chiffre d'affaires total, éventuelle installation incluse, facturé au client. L'adhérent hors secteur a l'obligation de communiquer spontanément à l'associé sur le secteur duquel le marché se réalise et dès la demande d'intervention :– Copie des devis et/ou marchés concernés.– Toutes pièces du dossier permettant d'évaluer correctement et en toute connaissance de cause l'étendue des travaux à réaliser (plans, CCTP, conditions particulières de réalisation)– Copie des factures d'achat (permettant également de régler les problèmes d'approvisionnement des pièces détachées sous garantie)– Ainsi que copie de ses factures de vente dès leur émission.[...].L'adhérent sur le secteur duquel le marché se réalise, émettra, dès la fin de l'installation ou dès la livraison, une facture sur l'adhérent hors secteur, basée sur les critères ci-dessus. Cette facture est stipulée payable par l'adhérent hors secteur à 30 jours fin de mois. En cas de contestation, les associés s'engagent à se ranger à la décision arbitrale du conseil d'administration. » (Cote 1552).²¹.Enfin, le dernier paragraphe du règlement intérieur, intitulé « Sanction spéciale », prévoit, depuis 1994 :« Une sanction peut-être prise par le conseil d'administration pour tout manquement d'un associé et notamment pour ce qui concerne les articles [...] 118 [...] et 441.Cette sanction peut être financière ou aller jusqu'à l'exclusion. Les sanctions ci-dessus ne sont nullement limitatives et le conseil d'administration a tous pouvoirs pour décider de toutes mesures disciplinaires qui s'imposent. » (Cote 1553) » ;

ET QUE : « 128.En premier lieu, son statut de société coopérative ne saurait permettre au GIF, ainsi qu'aux entreprises associées en son sein, d'échapper aux règles qui garantissent une concurrence libre et non faussée. 129.Il convient de rappeler que le Tribunal de l'Union européenne (ci-après le « Tribunal ») a déjà rejeté l'argument selon lequel le caractère coopératif d'une société et son objet social ont une incidence sur l'applicabilité de l'article 85, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (ci-après le « traité CE »), devenu article 101, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après le « TFUE »). 130.En effet, dans son arrêt du 2 juillet 1992, Dansk Pelsdyravlerforening/Commission (T-61/89, points 49 à 55), le Tribunal a jugé que la requérante, qui était une société coopérative, n'était fondée ni à soutenir que l'exercice d'une activité économique par une société coopérative serait, par principe, soustraite à l'application des dispositions de

l'article 85, paragraphe 1, du traité CE, ni à faire valoir que les conditions d'applicabilité des règles communautaires de la concurrence au secteur coopératif, en tant que telles, sont, par nature, différentes de celles relatives aux autres formes d'organisation de l'activité économique. 31. Le Tribunal a également rappelé que, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, lorsque le traité CE a entendu soustraire certaines activités à l'application des règles de concurrence, il a prévu une dérogation expresse à cet effet, et a estimé que ces principes, dégagés à l'occasion de l'examen de certains secteurs d'activités, doivent être transposés, par analogie, à certaines formes et modalités d'organisation des entreprises ou de l'activité économique. Or, il est constant, a souligné le Tribunal, qu'aucune disposition du traité CE n'a exclu ou modifié les conditions d'application des règles communautaires de concurrence aux entreprises organisées sous forme coopérative. 132. La cour relève que ce dernier constat reste d'actualité sous l'empire du TFUE. 133. La Cour de justice a jugé, dans le même sens, que, si l'organisation d'une entreprise sous la forme juridique spécifique d'une société coopérative ne constitue pas en soi un comportement anticoncurrentiel, il n'en résulte pas pour autant que les dispositions statutaires qui régissent les rapports entre la société et ses membres, soient automatiquement soustraites à l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, du traité CE, devenu article 101, paragraphe 1, du TFUE (arrêt *Oude Luttikhuis e.a.*, précité, points 12 et 13). 134. En effet, pour y échapper, les restrictions imposées aux membres par les statuts des associations coopératives et destinées à garantir leur fidélité doivent être limitées à ce qui est nécessaire afin d'assurer le bon fonctionnement de la coopérative et en particulier de soutenir sa puissance contractuelle vis-à-vis des producteurs ou de lui garantir une base commerciale suffisamment large et une certaine stabilité de la participation sociale (CJUE, arrêts du 15 décembre 1994, *DLG*, C-250/92, point 35, et *Oude Luttikhuis e.a.*, précité, point 14). 135. Il convient de souligner que cette règle n'est pas propre aux sociétés coopératives, mais se rattache à la théorie dite « des restrictions accessoires », selon laquelle, si une opération ou une activité déterminée ne relève pas du principe d'interdiction prévu à l'article 101, paragraphe 1, CE, en raison de sa neutralité ou de son effet positif sur le plan de la concurrence, une restriction de l'autonomie commerciale d'un ou de plusieurs des participants à cette opération ou à cette activité ne relève pas non plus dudit principe d'interdiction si cette restriction est objectivement nécessaire à la mise en oeuvre de ladite opération ou de ladite activité et proportionnée aux objectifs de l'une ou de l'autre (CJUE, arrêt du 11 septembre 2014, *CB/Commission*, dit « arrêt *Groupement des cartes bancaires* », C-67/13 P, point 89). 136. C'est en vain que le GIF prétend tirer de l'arrêt de la Cour de justice du 8 septembre 2011, *Paint Graphos e.a.*, C-78/08), la preuve de la spécificité du droit coopératif au regard du droit de la concurrence. Si la Cour de justice a jugé, au point 55 de cet arrêt que « les sociétés coopératives [...] obéissent à des principes de fonctionnement particuliers qui les distinguent nettement des autres opérateurs économiques » et que « [t]ant le législateur de l'Union,

en adoptant le règlement [(CE)] n° 1435/2003 [du Conseil du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC)], que la Commission, dans sa communication sur la promotion des sociétés coopératives en Europe, ont mis en évidence ces caractéristiques spécifiques », un tel constat, qui était destiné à vérifier, aux fins de la qualification ou non d'aide d'État d'exonérations fiscales accordées aux seules sociétés coopératives, si ces dernières étaient dans une situation factuelle et juridique comparable aux autres sociétés, n'emporte aucune conséquence quant à l'application du droit de la concurrence aux sociétés coopératives. 137. Ainsi, contrairement aux allégations du GIF le droit de la concurrence de l'Union s'applique pleinement aux sociétés coopératives. 138. Tel est également le cas du droit national de la concurrence. 139. D'une part, aux termes de l'article L. 410-1 du code de commerce, les règles relatives aux pratiques anticoncurrentielles « s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services », sans opérer de distinction selon la forme juridique des opérateurs. D'autre part, aucune disposition légale ou réglementaire de droit national n'exclut ou ne limite l'application de ces règles aux sociétés coopératives. 140. À cet égard, c'est en vain que le GIF prétend tirer de la jurisprudence de la Cour de cassation la preuve que l'organisation des sociétés coopératives constituerait « un droit autonome par rapport au droit de la concurrence » (mémoire récapitulatif, p. 41). 141. En effet, l'arrêt qu'il cite au soutien de cette thèse (Cass. Com., 8 février 2017, pourvoi n° 15-23.050), relatif à l'applicabilité de l'article L. 442-6 I 5 du code de commerce – qui sanctionne la rupture brutale d'une relation commerciale établie – à l'hypothèse d'une exclusion d'un de ses associés par une société coopérative, est étranger au droit des pratiques anticoncurrentielles. 142. À l'inverse, la cour rappelle, sans pour autant méconnaître les spécificités de l'affaire, que la Cour de cassation a déjà fait une application pleine et entière du droit de la concurrence à une société coopérative (Cass. Com., 16 mai 1995, pourvoi n° 93-16.556, Bull. IV, n° 147). 143. Il s'ensuit que les sociétés coopératives, y compris les sociétés coopératives de commerçants détaillants, sont, à l'instar de toute société développant une activité de production, de distribution ou de services pleinement soumises aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce. 144. En deuxième lieu, la Cour de justice a rappelé, aux points 49 à 51 de son arrêt Groupement des cartes bancaires, les principes commandant l'existence d'une restriction par objet : « 49. [...] il ressort de la jurisprudence de la Cour que certains types de coordination entre entreprises révèlent un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour qu'il puisse être considéré que l'examen de leurs effets n'est pas nécessaire (voir en ce sens, notamment, arrêts [du 30 juin 1966], LTM, 56/65, [...] points 359 et 360 ; [du 20 novembre 2008, Beef Industry Development et Barry Brothers, C-209/07,] point 15 ; ainsi que [du 14 mars 2013,] Allianz Hungária Biztosító e.a., C-32/11, [...] point 34 et jurisprudence citée). 50. Cette jurisprudence tient à la circonstance que certaines formes de coordination entre entreprises peuvent être considérées, par leur nature

même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence (voir en ce sens, notamment, arrêt *Allianz Hungária Biztosító e.a.*, [... précité,] point 35 ainsi que jurisprudence citée). 51. Ainsi, il est acquis que certains comportements collusoires, tels que ceux conduisant à la fixation horizontale des prix par des cartels, peuvent être considérés comme étant tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur, en particulier, le prix, la quantité ou la qualité des produits et des services qu'il peut être considéré inutile, aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 1, CE, de démontrer qu'ils ont des effets concrets sur le marché (voir en ce sens, notamment, arrêt [du 30 janvier 1985,] *Clair*, 123/83, [...] point 22). En effet, l'expérience montre que de tels comportements entraînent des réductions de la production et des hausses de prix, aboutissant à une mauvaise répartition des ressources au détriment, en particulier, des consommateurs. » 145. Aux points 57 et 58 du même arrêt, la Cour de justice a rappelé que « la notion de restriction de concurrence 'par objet' ne peut être appliquée qu'à certains types de coordination entre entreprises révélant un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour qu'il puisse être considéré que l'examen de leurs effets n'est pas nécessaire » et elle a précisé que le caractère de nocivité en soi à l'égard de la concurrence de la coordination en cause était le « critère juridique essentiel » pour déterminer que l'examen des effets n'était pas nécessaire. 146. Enfin, elle a indiqué, au point 53 dudit arrêt que, « [s]elon la jurisprudence de la Cour, il convient, afin d'apprécier si un accord entre entreprises ou une décision d'association d'entreprises présente un degré suffisant de nocivité pour être considéré comme une restriction de concurrence par 'objet' au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE de s'attacher à la teneur de ses dispositions, aux objectifs qu'il vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère. Dans le cadre de l'appréciation dudit contexte, il y a lieu également de prendre en considération la nature des biens ou des services affectés ainsi que les conditions réelles du fonctionnement et de la structure du ou des marchés en question (voir, en ce sens, arrêt *Allianz Hungária Biztosító e.a.*, [... précité,] point 36 ainsi que jurisprudence citée) ». 147. Aux points 28 et 29 de son arrêt *Toshiba Corporation/Commission*, précité, dont il convient de souligner qu'il est postérieur à l'arrêt *Groupeement des cartes bancaires*, la Cour de justice a apporté les précisions suivantes : « 28. La Cour a [...] déjà jugé que des accords portant sur la répartition des marchés constituent des violations particulièrement graves de la concurrence (voir, en ce sens, arrêts [du 5 décembre 2013,] *Solvay Solexis/Commission*, C-449/11 P, [...] point 82, et [du 4 septembre 2014,] *YKK e.a./Commission*, C-408/12 P, [...] point 26). La Cour a considéré également que les accords qui visent la répartition des marchés ont un objet restrictif de la concurrence en eux-mêmes et relèvent d'une catégorie d'accords expressément interdite par l'article 101, paragraphe 1, TFUE, un tel objet ne pouvant être justifié au moyen d'une analyse du contexte économique dans lequel le comportement anticoncurrentiel en cause s'inscrit (arrêt [du 19 décembre 2013,] *Siemens*

e.a./Commission, C-239/11 P, C-489/11 P et C-498/11 P, [...] point 218). 29. S'agissant de tels accords, l'analyse du contexte économique et juridique dans lequel la pratique s'insère peut ainsi se limiter à ce qui s'avère strictement nécessaire en vue de conclure à l'existence d'une restriction de la concurrence par objet. » 148. Même si la présente espèce concerne un manquement au seul article L. 420-1 du code de commerce, les principes dégagés par la jurisprudence précitée, dont se prévaut le GIF, doivent être respectés par l'Autorité. 149. C'est à juste titre que l'Autorité a, sans méconnaître ces principes, constaté que la pratique incriminée était constitutive d'une restriction de concurrence par objet. 150. S'agissant d'abord de la teneur des clauses litigieuses du règlement intérieur, l'Autorité a exactement constaté que les articles 118, 337 et 441 visent à attribuer à chaque adhérent une zone géographique d'activité exclusive, souvent limitée à un département, ce constat découlant de la seule lecture de ces articles. 151. C'est en vain que le GIF prétend que les adhérents n'encouraient aucune sanction en cas de non-respect desdites dispositions. 152. En effet, ainsi qu'il a été dit, depuis 1994, le règlement intérieur comporte la règle suivante : « Une sanction peut-être prise par le conseil d'administration pour tout manquement d'un associé et notamment pour ce qui concerne les articles [...] 118 [...] et 441. Cette sanction peut être financière ou aller jusqu'à l'exclusion. Les sanctions ci-dessus ne sont nullement limitatives et le conseil d'administration a tous pouvoirs pour décider de toutes mesures disciplinaires qui s'imposent. » 153. Ainsi tout adhérent du GIF savait qu'en cas de non-respect de l'exclusivité territoriale d'un autre adhérent, il s'exposerait à une sanction pécuniaire ou à toute autre sanction décidée par le conseil d'administration du GIF, pouvant aller jusqu'à l'exclusion. 154. Il est indifférent que les services d'instruction de l'Autorité n'aient pas fourni de preuves d'une sanction prise par le conseil d'administration du GIF sur le fondement de cette clause, celle-ci, dépourvue de toute équivoque, étant suffisante pour dissuader la plupart des adhérents de démarcher des clients dans une zone attribuée à un autre adhérent. 155. Au demeurant, l'Autorité a fourni un exemple de surveillance par le conseil d'administration du respect par les adhérents des zones d'exclusivité territoriale (décision attaquée, § 80) : par un courrier du 17 octobre 2006 le président du conseil d'administration du GIF, après avoir rappelé à la société Fourniture Hôtelière de la Manche que son contrat d'adhésion au groupe au GIF « prévoit que le secteur géographique qui vous est attribué se cantonne au département de la Manche (50) », lui a demandé « de bien vouloir nous préciser la nature de vos activités dans les départements 22, 35 et 61 qui sont à ce jour attribués à d'autres adhérents de notre groupement » (cote 6107). 156. Par ailleurs, le fait, rapporté par l'Autorité (décision attaquée, § 81), que, par un courrier du 6 janvier 2007, intitulé « Respect des secteurs », la société G. Rivoal se soit plainte auprès du GIF d'empiètements sur sa zone d'exclusivité et lui ait demandé « d'appliquer la règle des secteurs en vigueur [...] et de demander que [l'adhérent auteur de ces empiètements] reste sur son secteur » (cote 6103), démontre qu'elle lui attribuait un rôle de contrôle du respect des

engagements souscrits par chaque adhérent lors de son adhésion. Il en va de même du courrier en date du 21 février 2005 adressé par la société Electrofroid au GIF afin de lui demander son avis à l'occasion d'un conflit l'opposant à un autre adhérent intervenant dans sa zone d'exclusivité (Cote 6109). 157. Les clauses litigieuses du règlement intérieur visent bien à organiser un cloisonnement territorial absolu partout où un opérateur économique est agréé par le GIF. 158. Contrairement à la lecture que le GIF fait de la décision attaquée, l'Autorité, en citant, au paragraphe 83 de cette décision, plusieurs exemples d'adhérents répondant à des appels d'offres dans des secteurs attribués à d'autres adhérents, n'a nullement reconnu l'absence d'un tel cloisonnement. 159. D'une part, que certains adhérents aient violé l'obligation de ne pas déployer leurs activités dans les zones d'exclusivité d'autres adhérents n'est pas dans la logique du système mis en place par le règlement intérieur du GIF, mais y contrevient expressément. 160. D'autre part, le fait que les articles 118 et 441 du règlement intérieur envisagent la possibilité qu'un adhérent autorise d'autres adhérents à être actifs dans sa zone d'exclusivité territoriale, le cas échéant moyennant dédommagement, ne remet pas en cause le constat d'un cloisonnement absolu, la circonstance que le développement des activités d'un opérateur soit subordonné à l'autorisation préalable d'un concurrent étant la négation même d'une concurrence libre. 161. Par ailleurs, il est vrai que, conformément à l'article 337 du règlement intérieur, rien n'interdit à un adhérent de développer son activité dans un secteur qui n'a pas encore été attribué, de sorte qu'une concurrence y reste possible entre adhérents du GIF. Mais le développement du réseau constitué par le GIF se traduisant par la disparition progressive de ces secteurs, le système mis en place avait bien vocation et, sans l'intervention de l'Autorité, aurait inéluctablement abouti à un cloisonnement absolu de la totalité du territoire national, supprimant, sauf violation du règlement intérieur faisant courir à son auteur un risque de sanction, toute concurrence libre et non faussée entre adhérents. 162. S'agissant ensuite des objectifs que les clauses litigieuses du règlement intérieur visent à atteindre, il ressort sans équivoque des déclarations de plusieurs adhérents, rappelées par l'Autorité au paragraphe 76 de la décision attaquée, qu'elles avaient pour finalité de réduire la concurrence entre les membres du groupement. 163. Il importe peu que ces déclarations n'émanent pas du conseil d'administration du GIF, l'Autorité n'ayant pas besoin d'obtenir des aveux de l'entreprise poursuivie pour établir la réalité d'une pratique, et pouvant notamment se fonder sur des témoignages émanant d'autres opérateurs. 164. Au surplus, s'agissant de clauses dont le respect s'impose au premier chef aux entreprises associées au sein du GIF, il est particulièrement significatif que ces associés les analysent eux-mêmes comme étant destinées à éviter qu'ils se concurrencent mutuellement. 165. Enfin, ainsi qu'il sera exposé ci-après, dans le cadre de l'appréciation de l'éventuel caractère de restriction accessoire des clauses litigieuses du règlement intérieur, aucune autre finalité que le souci d'empêcher la concurrence entre adhérents ne peut être attribuée à l'instauration des zones

d'exclusivité territoriale. 166.C'est en vain que le GIF soutient que ses adhérents ne seraient pas en concurrence, fût-elle seulement potentielle, au motif que la sectorisation mise en place correspondrait à des zones « naturelles » d'activité de chacun. 167.À cet égard, la cour renvoie aux développements figurants aux paragraphes 79 à 102 de la décision attaquée, qu'elle fait expressément siens, et qui démontrent à la fois l'inanité de la notion de « zone naturelle » et la réalité de la concurrence entre adhérents du GIF dans les zones qui sont attribuées exclusivement à chacun d'eux. 168.Il est sans conséquence que, dans la lettre du Ministre de l'Économie C2006-135 du 22 décembre 2006 dans l'affaire de concentration ITW/ Horis, citée au paragraphe 55 de la décision attaquée, le département ait été considéré comme la zone pertinente où s'exerce la concurrence au niveau local. 169.En effet, ce choix, fait dans le cadre d'une analyse prospective destinée à apprécier si un projet de concentration dans le secteur de l'équipement de cuisines professionnelles risque de porter atteinte à la concurrence, ne permet pas de répondre à la question de savoir si des entreprises actives dans ce secteur sont ou non susceptibles de déployer leur activité dans un département autre que celui où elles sont agréées par le groupement d'entreprises auquel elles appartiennent. 170.Il résulte des considérations qui précèdent que tant la teneur que l'objectif des clauses litigieuses conduisent à constater qu'a été mise en place une répartition géographique du marché national de l'installation de grandes cuisines entre adhérents du GIF. 171.S'agissant enfin du contexte juridique et économique dans lequel la pratique incriminée s'insère, ainsi qu'il a déjà été rappelé ci-dessus, il résulte de la pratique et de la jurisprudence que des accords qui visent à la répartition des marchés constituent des violations particulièrement graves de la concurrence, ont un objet restrictif de la concurrence et relèvent d'une catégorie d'accords expressément interdite par l'article 101, paragraphe 1, du TFUE. 172.Ainsi, l'expérience et la pratique décisionnelle antérieure enseignent que les accords de répartition de marché sont, au regard de leurs conséquences directes sur le libre jeu de la concurrence, d'une particulière nocivité. 173.Dans ces conditions, c'est à juste titre que l'Autorité a considéré qu'elle pouvait limiter son analyse du contexte juridique et économique à ce qui s'avère strictement nécessaire en vue de conclure à l'existence d'une restriction de la concurrence par objet. 174.Au demeurant, elle est allée au-delà de l'analyse ainsi exigée 175.D'une part, l'Autorité a exactement retenu que le statut de société coopérative du GIF n'est pas un obstacle à l'application pleine et entière du droit de la concurrence. 176.D'autre part, elle s'est livrée à une analyse approfondie du contexte économique, notamment aux fins de démontrer la réalité de la situation de concurrence existant entre adhérents du GIF. 177.Ainsi qu'il a été dit ci-dessus, et contrairement à ce que soutient le GIF, ses adhérents étaient bien, réellement ou potentiellement, en situation de concurrence, non seulement dans les secteurs non encore attribués, mais également dans ceux déjà attribués et sur lesquels chaque adhérent bénéficiait, en vertu du règlement intérieur, d'une exclusivité territoriale. 178.Par ailleurs, il est

indifférent, aux fins de l'analyse, qu'il ait existé, à l'époque de la pratique, une vive concurrence entre, d'une part, les adhérents du GIF et, d'autre part, les autres opérateurs économiques actifs sur le marché de la grande cuisine. 179. En effet, retenir la thèse défendue par le GIF aboutirait à considérer qu'une entente entre concurrents n'est interdite et ne doit être sanctionnée que si un nombre significatif des opérateurs présents sur le marché concerné participent à l'entente, ce qui n'a jamais été admis. Le principe d'une concurrence libre et non faussée interdit toute entente ayant pour effet une limitation artificielle de la concurrence, quand bien même cette entente ne fait pas disparaître toute concurrence. 180. De même il est indifférent que, dans la seconde notification de grief, le rapporteur ait relevé que la pratique incriminée avait produit un dommage à l'économie « faible ». 181. À cet égard, il convient de rappeler que sont d'une particulière nocivité, et doivent donc être qualifiées de restrictions par objet, les pratiques dont l'expérience enseigne qu'elles ont des effets anticoncurrentiels, réels ou potentiels. Cette question est donc sans rapport avec celle de la gravité du dommage causé à l'économie, une pratique restrictive par objet pouvant, le cas échéant, ne causer qu'un faible dommage à l'économie. 182. Dans ces conditions, c'est à juste titre que l'Autorité a retenu que les clauses litigieuses du règlement intérieur étaient constitutives d'une restriction de concurrence par objet. 183. En troisième lieu, il convient de rechercher si la répartition territoriale des marchés mise en place par lesdites clauses est constitutive d'une restriction accessoire, objectivement nécessaire pour atteindre les objectifs poursuivis par la création du GIF. 184. Le GIF fait en effet valoir que la mise en place d'une organisation géographique caractérisée par l'attribution de secteurs géographiques d'intervention à chaque associé, était indispensable afin de mettre en oeuvre une politique commerciale commune propre à assurer le développement et l'activité de ses associés, qui est l'objet même de sa création. 185. Selon le GIF, une telle organisation géographique s'appuie sur les raisons techniques et commerciales propres à la profession d'installateur de cuisines professionnelles et traduit la volonté d'apporter un service de qualité. 186. Mais, si les spécificités de la profession d'installateur de grandes cuisines, et notamment le caractère local de la clientèle et l'obligation pour les installateurs d'intervenir très rapidement au titre de l'activité de maintenance, comme la nécessité, pour un réseau tel que celui formé par le GIF, de pouvoir répondre aux appels d'offres des grands comptes nationaux, imposaient effectivement au GIF de mettre en place un maillage territorial, en agréant une entreprise pour chaque zone géographique prédéfinie, tel un département – maillage dont le bien-fondé n'est d'ailleurs pas contesté par l'Autorité –, en revanche, le GIF échoue à démontrer qu'elles le contraignaient à faire de ces zones des zones d'exclusivité, interdites aux autres adhérents. 187. Le fait qu'un adhérent démarque et conquiert des clients dans une zone géographique autre que celle pour laquelle il a été agréé par le GIF constitue un indice important qu'il y met en oeuvre des moyens humains et matériels lui permettant de satisfaire et développer cette clientèle ; il ressort d'ailleurs du dossier que,

des adhérents de départements limitrophes de ceux pour lesquels aucun adhérent n'avait été agréé, y ont développé leurs activités. À tout le moins, plutôt qu'une interdiction de principe, le GIF aurait pu se borner à exiger que tout adhérent développant son activité en dehors de la zone pour laquelle il a été agréé justifie préalablement disposer des moyens suffisants pour proposer, dans la zone dans laquelle il entreprend de conquérir une nouvelle clientèle, des services d'une qualité conforme aux standards du réseau. 188. De même, le fait qu'un adhérent soit concurrencé par d'autres adhérents dans la zone pour laquelle il a été agréé n'a pas d'incidence sur les moyens qui sont les siens pour répondre aux besoins de la clientèle locale et ne peut que l'inciter à améliorer la qualité de ses services et/ou le niveau de ses prix. Quant à l'argument selon lequel les secteurs géographiques attribués aux adhérents ont été définis de telle manière que la clientèle du secteur considéré permette à l'adhérent de développer son activité et d'assurer sa rentabilité, il revient à reconnaître que l'attribution de zones d'exclusivité vise à permettre aux adhérents du GIF d'échapper à la concurrence en leur garantissant une clientèle captive, et n'est donc pas recevable. Au niveau du réseau, le fait qu'un adhérent économiquement plus efficace emporte des parts de marché au détriment de l'adhérent initialement agréé dans le secteur géographique, voire évince ce dernier, est indifférent, dès lors que le réseau lui-même continue d'être représenté, mieux, l'est par une entreprise plus efficace et plus à même de satisfaire et fidéliser la clientèle locale, ce qui est l'objectif premier de l'instauration d'une concurrence non faussée. 189. Par ailleurs, la concurrence éventuelle entre ses adhérents est sans effet sur l'aptitude du GIF à répondre, via sa filiale Sodigif, aux appels d'offres de dimension nationale. Au contraire, il ne peut être exclu que la présence de plusieurs adhérents dans un même secteur soit ponctuellement de nature à lui permettre de répondre de façon plus appropriée à ces appels d'offres. 190. Enfin, il est parfaitement indifférent que les statuts et le règlement intérieur du GIF comportent, s'agissant des approvisionnements ou de la faculté de quitter le GIF, des règles respectueuses de la liberté commerciale et de la liberté d'installation des adhérents. En effet, d'une part, aucun reproche n'a été adressé au GIF à ce sujet ; d'autre part, ces règles n'empêchent pas que la mise en place de zones géographiques d'exclusivité restreigne, quant à elle, la liberté commerciale des adhérents en leur interdisant de développer librement leur activité en dehors de la zone qui leur a été attribuée. 191. Ainsi, les clauses litigieuses du règlement intérieur du GIF ne peuvent être qualifiées de restrictions accessoires » ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE : « En l'espèce, il convient donc d'une part, de déterminer l'existence d'une exclusivité territoriale établissant une restriction et, d'autre part, d'examiner les rapports de concurrence existants entre les adhérents du GIF pour déterminer s'ils sont des concurrents au moins potentiels. Sur l'existence d'une exclusivité territoriale établissant une restriction

74. Les éléments exposés aux paragraphes 31 à 43 ci-dessus montrent que, depuis 1994, le règlement intérieur du GIF comporte des dispositions qui attribuent à chaque adhérent du groupement une zone géographique d'activité exclusive, souvent limitée à un département, qu'ils sont tenus de respecter sous peine d'être sanctionnés.

75. Les conséquences commerciales de cette règle sont claires du point de vue des adhérents du GIF, comme cela ressort par exemple d'un courrier du 14 février 2005, dans laquelle la société Froid 77 indique à la société Electrofroid : « Dans le cadre de nos relations, au travers de notre groupement « le GIF », nous avons élaboré (...) un certain nombre de règles de bonnes conduites commerciales entre nous. Ces règles sont les suivantes : pas de démarche commerciale hors secteur, interdiction de s'intéresser aux appels d'offres hors secteurs (...) » (cote 6110).

76. L'objectif général recherché par les dispositions du règlement intérieur en cause est donc bien de réduire la concurrence entre les membres du groupement, comme l'a d'ailleurs déclaré le président de la société Pichon, membre du GIF, au cours de son audition : « La concurrence étant déjà vive dans le secteur, il me semble que notre intérêt n'est pas de se faire la guerre entre Gifistes » (cote 6210).

77. Il existe donc une exclusivité territoriale établissant une restriction. Sur l'existence d'une concurrence au moins potentielle entre les adhérents du GIF

78. Contrairement à ce que soutient le GIF, la sectorisation organisée par le groupement ne correspond pas à des zones « naturelles » d'activité des adhérents. En effet, cette affirmation est contredite par la pratique des adhérents du GIF ainsi que par le caractère contradictoire des critères utilisés pour définir la zone d'activité naturelle de ses membres.

(i) La pratique des adhérents

◆ Les interventions hors zones

79. Plusieurs exemples tirés des éléments du dossier démontrent, tout d'abord, qu'un certain nombre d'adhérents interviennent en dehors du secteur qui leur a été accordé, tant sur des zones libres, que sur des zones attribuées à d'autres adhérents.

80. C'est ainsi le cas de la société Fourniture Hôtelière de la Manche, dont le secteur d'activité est limité par le GIF au département de la Manche mais qui intervient dans des départements limitrophes, comme le montre le courrier du 17 octobre 2006 dans lequel le GIF lui fait un rappel à l'ordre : « (...) Nous constatons à la lecture de votre dernier papier à entête que votre société semble avoir une activité sur les départements 22, 35, 50, 53 et 61. De plus, vous indiquez avoir une agence dans la ville de Rennes (département 35). Nous vous rappelons que votre contrat d'adhésion au GIF prévoit que le secteur géographique qui vous est attribué se cantonne au département de la Manche (50) » (cote 6107).

81. De même, dans un courrier du 6 janvier 2007 adressé au GIF, la société Rivoal se plaint de la présence de la société Lanester sur son secteur dans le Morbihan : « Je suis confrontée à une nouvelle affaire traitée par Lanester

sur le secteur de Vannes. (...). Je vous demande d'appliquer la règle des secteurs en vigueur pour cette affaire et de demander que Lanester reste sur son secteur » (cote 6103).

82. Par courrier du 14 février 2005, la société Froid 77 se plaint également des « agressions commerciales » de la société Electrofroid sur son secteur qui se caractériseraient par « la présence permanente d'un commercial sur notre secteur, des démarches auprès des représentants des collectivités locales, des réponses systématiques à tous les appels d'offres publics sur notre secteur, avec des affaires importantes gagnées et ce notamment en raison des prix que vous pratiquez » (6010). Ce à quoi la société Electrofroid répond, le 21 février 2005, que « depuis des années, les différents adhérents de la région Ile de France, dont vous faites partie, effectuent des démarches commerciales et traitent des affaires au-delà de leur secteur d'attribution » (cote 6109).

83. En outre, dans ses écritures, le GIF reconnaît lui-même que « quand cela leur est possible techniquement », les adhérents « répondent à des marchés situés sur des secteurs attribués à d'autres adhérents ». Ainsi, il indique que la société Provence Froid, adhérente du GIF sur le secteur de Manosque (département des Alpes de Haute Provence) a répondu en 2014 à deux marchés privés situés à Valence et à Clermont-Ferrand. De même, le GIF mentionne que la société Labruquere, adhérente du groupement pour les Pyrénées Atlantiques a été sollicitée pour réaliser une brasserie à Cabriès (13480).

◆ Les demandes d'extension de secteur

84. L'article 337 du règlement intérieur relatif aux secteurs non attribués révèle dans sa rédaction même que la sectorisation ne repose sur aucune logique de zone naturelle d'intervention des adhérents puisqu'il prévoit précisément que « tout associé peut exploiter un secteur non occupé par un adhérent jusqu'à la candidature d'une entreprise située sur ce territoire ».

85. Ainsi, un adhérent est libre d'exercer son activité sur une zone géographique non encore attribuée, ce qui montre que le marché local sur lequel il peut intervenir avec profit est plus large que la zone d'activité concédée par le GIF. Les secteurs d'intervention exclusifs prévus par le règlement intérieur ne reflètent donc pas, de manière systématique, des zones économiques « naturelles ».

86. Les éléments du dossier révèlent d'ailleurs que cette disposition trouve des applications pratiques, notamment parce que les adhérents du GIF font régulièrement des demandes auprès des organes dirigeants du groupement pour étendre leur secteur d'intervention initial à d'autres zones géographiques non encore attribuées.

87. Ainsi, lors du conseil d'administration du GIF des 3 et 4 juin 2009 (cote 2216), le groupement a accepté de concéder le secteur des Ardennes (08) à la société Serec, adhérente du GIF, déjà présente sur le département de la Marne (51), notamment en raison du fait que cette société réalisait déjà une importante partie de son chiffre d'affaires sur ce département.

88. Lors du même conseil d'administration, le GIF a également donné son accord pour que la zone attribuée à la société Euromat, limitée au département du Cher, soit étendue au département de la Nièvre sans que le caractère plus ou moins « naturel » de cette extension ne soit discuté.

89. Dans un autre cas, le GIF a refusé d'octroyer une extension de secteur sur la moitié du département de la Charente Maritime à la société le Froid Vendéen qui en avait fait la demande, au motif que le conseil d'administration « estime qu'il n'est pas souhaitable de scinder le département de la Charente Maritime qui devrait être exploité dans son intégralité et en cohérence avec le département de la Charente, secteur également non attribué ». Dans la même zone, le GIF a refusé en novembre 2007 la demande de la société Arnault, active sur le département de la Haute-Vienne, d'étendre son activité sur le département de la Charente au motif que : « le GIF souhaite recruter prochainement un adhérent sur ce département » (cote 8756).

90. Les raisons pour lesquelles ces demandes d'extension sont refusées tiennent donc à des considérations de politique commerciale du groupement qui, si elles ne sont pas critiquables en tant que telles, démontrent bien que les choix opérés ne sont pas fondés sur la notion de marché « naturel ».

◆ La consultation des adhérents voisins en cas de nouvelle candidature

91. Les pièces de l'instruction indiquent également que, lors de l'examen d'une nouvelle demande d'adhésion ou d'extension de secteur formulée auprès du GIF, le conseil d'administration du groupement consulte systématiquement les adhérents voisins de la zone en discussion pour recueillir leur avis sur la question. Une telle démarche démontre que les adhérents du GIF sont susceptibles de vouloir développer leur activité en dehors de leur zone géographique initiale et voient l'arrivée d'un nouvel adhérent comme une réduction potentielle de leur propre activité.

92. Ainsi, par courrier du 2 octobre 2008, le GIF informe deux de ses adhérents, implantés respectivement dans les départements de la Côte d'Or et des Vosges, de la candidature de la société Audebert sur le département du Haut-Rhin ainsi que de la demande d'extension de la société Install'Nord (Franche-Comté) au Territoire de Belfort et sollicite l'avis des adhérents concernés sur ces demandes (cotes 6126 et 6127).

93. De même, le 2 mai 2005, le GIF a adressé aux sociétés Huron, Tecnocest, Ratti et Gifec, le courrier suivant : « Comme je vous en ai informé, la société Bessette de Chartres est candidate à entrer au GIF. À la suite du courrier que je vous ai adressé, le secteur souhaité par [la société Bessette] semble poser quelques problèmes. (...) Je vous propose une réunion. (...) Je propose que cette réunion se tienne à 11h00, qu'après déjeuner, en début d'après-midi, nous recevions M. X... de la société Bessette pour lui faire part des propositions de secteurs que nous aurons décidé ensemble ».

94. Si le groupement reste libre, pour des raisons qui lui sont propres, d'accepter ou refuser un nouvel adhérent, force de constater que le secteur susceptible de lui être attribué est défini par le GIF après en avoir « décidé »

avec les entreprises potentiellement impactées et non pas en constatant l'existence d'une zone « naturelle » d'activité.

(ii) Sur la définition de la zone naturelle par le GIF

95. Dans sa communication, le GIF développe un argument commercial sur la présence d'un adhérent à moins d'une heure de route sur toute la France. Le président du groupement considère que cette caractéristique est cohérente avec la définition des zones exclusives attribuées aux adhérents : « Il y a environ autant de zones que de départements avec zone de chalandise d'une heure de route » (cote 120).

96. Cet argument est détaillé dans les écritures du GIF en réponse à la notification de grief, de la manière suivante : « d'un point de vue économique et financier, les marchés sur lesquels interviennent les associés-adhérents (qui supposent le démarchage commercial, l'installation, le service après-vente et ensuite la maintenance), ne peuvent être assurés de manière rationnelle et rentable que si la clientèle se trouve dans un rayon géographique d'une centaine de kilomètres au plus (1 heure de voiture) du siège de l'associé-adhérent » (cote 2132).

97. Mais cet argument manque en fait car les différents critères utilisés par le GIF pour définir une zone d'activité « naturelle » sont incohérents.

98. En effet, une zone géographique définie par un rayon d'une centaine de kilomètres ne recouvre pas nécessairement à une zone isochrone correspondant à un trajet d'une heure de route. Selon la nature du réseau routier, la topographie, la taille des agglomérations traversées et les conditions habituelles de circulation, la zone isochrone peut être plus petite ou plus étendue que la zone géométrique. Cela est d'autant plus vrai qu'une zone isochrone n'est généralement pas circulaire mais, au contraire, sensiblement déformée au voisinage des axes de circulation.

99. Par ailleurs, le GIF recourt à des découpages administratifs existants, principalement le département, pour déterminer les zones attribuées à ses adhérents et fixer le montant de leurs cotisations mais ces territoires administratifs ne correspondent ni à des zones isochrones d'une heure de route, ni à des zones géographiques de 100 km de rayon.

100. En outre, dans l'hypothèse où deux adhérents sont installés au centre de deux départements voisins, leurs marchés pertinents, qu'ils soient définis par le critère isochrone (une heure de route) ou par le critère du rayon de 100 km, se recouvrent nécessairement de manière très importante dans toute la zone située entre les deux villes d'implantation des adhérents considérés. Le département ne peut-plus alors être une zone « naturelle ».

101. Enfin, aucun argument économique n'est produit pour expliquer en quoi un marché exigeant un déplacement de 110 km ou 1h10 mn de temps de trajet perdrait nécessairement toute rentabilité pour un installateur alors qu'un marché n'exigeant qu'un déplacement de 90 km ou 50 mn de temps de trajet serait nécessairement rentable. Le comportement des professionnels montre au contraire une absence de délimitation claire et uniforme entre les zones d'activité suffisamment rentables et celles qui ne le sont pas.

102. Pour l'ensemble de ces raisons, les arguments avancés par le GIF pour démontrer, à partir de critères objectifs, que les zones réservées à ses adhérents correspondent à des marchés locaux « naturels » ne sont pas opérants.

(iii) Conclusion

103. Il résulte de ce qui précède que, contrairement à ce que soutient le GIF, l'organisation de son maillage territorial n'épouse pas des prétendues zones naturelles d'intervention de ses membres. Au contraire, il apparaît que les zones de chalandise des associés-adhérent du GIF se recoupent largement, notamment lorsqu'elles sont limitées à un département.

104. Ainsi, les associés-adhérents du GIF sont sur ces zones géographiques en concurrence réelle ou au moins potentielle, concurrence qui se trouve restreinte lorsqu'ils respectent l'exclusivité imposée par le groupement.

105. Les dispositions du règlement intérieur du GIF organisent donc une sectorisation exclusive de l'activité de ses membres et les dissuadent de fournir des services sur une zone déjà attribuée sous peine de devoir partager leur chiffre d'affaires avec l'adhérent en place. Elles affaiblissent ainsi la concurrence entre eux en les empêchant d'opérer librement sur les zones sur lesquelles ils s'estiment compétitifs et pourraient souhaiter développer leur activité.

106. Il résulte de ce qui précède qu'en vertu de la jurisprudence exposée aux paragraphes 70 à 72, les pratiques mises en oeuvre par le GIF, appréciées dans le contexte juridique et économique qui vient d'être décrit sont anticoncurrentielles par objet et contreviennent aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce » ;

1°) ALORS QUE la notion de restriction de la concurrence « par objet » doit être interprétée de manière stricte et ne peut être appliquée qu'à certains types de coordinations entre entreprises révélant, par leur nature même, un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour qu'il puisse être considéré que l'examen de leurs effets n'est pas nécessaire ; que pour apprécier l'existence d'une restriction de concurrence par objet, il convient de s'attacher à la teneur des dispositions de l'accord considéré, aux objectifs qu'il vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère ; que dans le cadre de l'examen de ce contexte, il y a lieu également de prendre en considération la nature des biens ou des services affectés ainsi que les conditions réelles du fonctionnement et de la structure du ou des marchés en question ; qu'en jugeant que les clauses du règlement intérieur du GIF présentaient un degré suffisant de nocivité pour être qualifiées de restriction de concurrence par objet, et que dès lors l'Autorité était dispensée d'en rechercher les effets anticoncurrentiels réels ou potentiels, tout en constatant que le marché en cause était local, que les clauses du règlement intérieur visaient à attribuer à chaque adhérent une zone géographique d'activité exclusive souvent limitée à un département, et que la restriction n'était sensible sur les marchés locaux que pour la fraction de l'activité correspondant aux zones sur lesquelles plusieurs adhérents

pouvaient être actifs de manière économiquement efficace, la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et violé l'article L 420-1 du code de commerce ;

2°) ALORS également QUE pour contester le degré de nocivité attribué aux clauses contenues dans son règlement intérieur, le GIF faisait valoir que ces clauses n'avaient pas pour effet de mettre en place un cloisonnement absolu du marché puisqu'elles organisaient également la mise en place d'accords de coopération permettant à un coopérateur d'intervenir sur la zone d'activité d'un autre adhérent ; que le GIF soulignait également que dans ce cadre certains coopérateurs étaient intervenus dans des zones d'activité attribuées à d'autres adhérents ; qu'en affirmant que ces circonstances ne remettaient pas en cause le constat d'un « cloisonnement absolu » et donc la particulière nocivité du règlement intérieur contesté quand elles étaient au contraire de nature à atténuer la nocivité attribuée aux accords contestés, la Cour d'appel a violé l'article L 420-1 du code de commerce ;

3°) ALORS, encore, QUE pour contester le degré de nocivité attribué aux clauses contenues dans son règlement intérieur, le GIF faisait valoir que son règlement intérieur prévoyait une possibilité de sanction, restant à la discrétion du conseil d'administration, et que l'Autorité n'avait jamais fait la preuve du prononcé, par son Conseil d'administration, d'une quelconque sanction au titre du non-respect des zones d'intervention définies au sein de la coopérative, alors que le GIF existait depuis 1967 ; que le GIF faisait valoir que ces circonstances démontraient qu'au regard de son contenu et du contexte économique et juridique dans lequel il s'inscrivait, le règlement intérieur ne présentait pas un degré de nocivité tel que l'examen de ses effets aurait été superflu ; qu'en se bornant sur ce point à relever que la seule existence du règlement intérieur était de nature à dissuader les adhérents de démarcher des clients dans une zone attribuée à un autre adhérent, la Cour d'appel, qui s'est fondée sur de simples conjectures, quand la notion de restriction par objet était d'interprétation stricte, a violé l'article L 420-1 du code de commerce ;

4°) ALORS, de même, QU'EN relevant que l'Autorité avait établi l'existence de deux courriers par lesquels des adhérents s'étaient plaints d'un empiétement et que l'Autorité avait relevé l'existence d'un courrier du 17 octobre 2006 par lequel le président du conseil d'administration du GIF, après avoir rappelé à la société Fourniture Hôtelière de la Manche que son contrat d'adhésion au GIF « prévo[yait] que le secteur géographique qui [lui était] attribué se cantonn[ait] au département de la Manche », lui avait demandé « de bien vouloir (...) préciser la nature de [ses] activités dans les départements 22, 35 et 61 (...) attribués à d'autres adhérents [du] groupement », la Cour d'appel, qui a statué par des motifs impropres à établir la mise en place, par le Conseil d'administration du GIF, d'une police appliquée aux zones d'intervention définies par le règlement intérieur, a privé

sa décision de base légale au regard de l'article L 420-1 du code de commerce ;

5°) ALORS, en toute hypothèse, QUE selon la théorie dite des restrictions accessoires, si une opération ou une activité déterminée ne relève pas du principe d'interdiction prévu à l'article L 420-1 du code de commerce, en raison de sa neutralité ou de son effet positif sur le plan de la concurrence, une restriction à l'autonomie commerciale d'un ou de plusieurs des participants à cette opération ou à cette activité ne relève pas non plus dudit principe d'interdiction si cette restriction est objectivement nécessaire à la mise en oeuvre de ladite opération ou de ladite activité et proportionnée aux objectifs de l'une ou de l'autre ; que la théorie des restrictions accessoires a pour objet, par hypothèse, de valider une pratique jugée anticoncurrentielle ; qu'en l'espèce, le GIF faisait notamment valoir que la mise en place de prétendues zones d'exclusivité dans les zones d'intervention de ses adhérents devait en toute hypothèse permettre à ses adhérents de maintenir leur activité et apparaissait objectivement nécessaire à la réalisation de son objet statutaire et légal qui consistait dans « la mise en oeuvre d'une politique commerciale commune propre à assurer le développement et l'activité de ses associés » ; qu'en jugeant que l'argument selon lequel les secteurs géographiques attribués aux adhérents avaient été définis de telle manière que la clientèle du secteur considéré devait permettre aux adhérents de développer leur activité et d'assurer leurs rentabilité était « irrecevable » dès lors qu'il revenait à reconnaître que l'attribution de zones d'exclusivité visait à permettre aux adhérents du GIF d'échapper à la concurrence en leur garantissant une clientèle captive, la Cour d'appel, qui a statué par un motif inopérant dès lors que la théorie des restrictions accessoires a précisément pour objet de valider une pratique jugée en soi anticoncurrentielle, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 420-1 du code de commerce.