

Pratique de l'Autorité de la concurrence



Avertissement

La présente partie a été rédigée alors que certaines décisions de l'Autorité de la concurrence faisaient l'objet d'un recours toujours pendant devant la cour d'appel de Paris.

Le lecteur trouvera en fin d'ouvrage un tableau listant les décisions de 2012 ayant fait l'objet d'un recours, et indiquant, le cas échéant, la position adoptée par la cour d'appel de Paris.

Par ailleurs, l'analyse qui suit ne prétend pas à l'exhaustivité. Le choix des décisions et le contenu de l'analyse sont faits sous la responsabilité de l'Autorité de la concurrence.

Les utilisateurs sont invités à se reporter aux décisions et arrêts originaux pour apprécier de façon exacte le contexte et la portée des points de droit qui sont présentés. Ces développements ont pour vocation première de mettre en évidence les points de droit nouveaux tranchés par l'Autorité de la concurrence au cours de l'année écoulée. Ils permettent également de faciliter la recherche des confirmations significatives de jurisprudences plus anciennes et, s'agissant des questions qui supposent, dossier par dossier, une pondération par les circonstances propres à l'affaire considérée, de retrouver des précédents utiles pour évaluer une situation donnée, sans qu'il soit pour autant toujours possible d'en déduire de façon certaine la solution résultant d'une application à une nouvelle espèce.

Pratique de l'Autorité de la concurrence

La définition des marchés	151
Le marché pertinent de produits ou de services	152
La substituabilité de la demande	153
La substituabilité de l'offre	160
Le marché géographique	160
Dimension régionale ou locale	161
Dimension nationale	161
Dimension supranationale	162
Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles	163
Applicabilité du droit de la concurrence, prescription et procédure	163
Le champ de compétence de l'Autorité de la concurrence	163
La prescription	170
Le déroulement de la procédure	171
Les ententes	178
Les concours de volontés	178
Les différentes restrictions de concurrence	184
Les exemptions (articles L. 420-4 du Code de commerce et 101, paragraphe 3, TFUE)	201
Pratiques abusives	204
Abus de position dominante	205
Abus de dépendance économique	210
L'imputabilité	211
L'imputabilité du comportement de la filiale à la société mère	211
La modification de la structure, de la situation juridique, de la dénomination ou de l'activité de l'entreprise auteur des pratiques	213
L'imputabilité des pratiques à un organisme collectif	216

Les mesures adoptées _____	216
Les mesures conservatoires _____	216
Les décisions d'engagements _____	216
Les décisions d'infraction _____	224
Le contrôle des concentrations _____	252
La procédure en contrôle des concentrations _____	252
La réalisation d'une opération sans notification _____	252
Notion de concentration _____	254
Contrôlabilité des opérations immobilières _____	255
Compétence territoriale _____	255
Contrôle exclusif négatif _____	256
Capacité de la tête d'un réseau commercial à exercer une influence déterminante sur les membres du réseau _____	256
Les seuils de contrôle _____	258
Analyse concurrentielle _____	259
Les effets horizontaux _____	259
Les concentrations verticales _____	269
Les concentrations congglomérales _____	271
L'exception de l'entreprise défaillante _____	275
Les mesures correctives _____	276
Les autorisations sous réserve de la mise en œuvre d'engagements _____	277
Les autorisations soumises à des mesures correctives imposées par l'Autorité de la concurrence _____	282
Activité consultative _____	284
Avis relatif au fonctionnement concurrentiel du secteur de la distribution alimentaire à Paris (12-A-01 du 11 janvier 2012) _____	286
Le degré élevé de concentration du marché de la distribution à dominante alimentaire à Paris _____	286
Les recommandations permettant l'amélioration de la concurrence dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris _____	288
Avis relatif au cadre d'intervention des collectivités territoriales en matière de déploiement des réseaux à très haut débit (12-A-02 du 17 janvier 2012) _____	289

Avis relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique (12-A-20 du 18 septembre 2012) _____	291
Le commerce électronique, facteur d'animation de la concurrence _____	292
Les limites au développement du commerce électronique _____	293
Avis relatif aux secteurs de la réparation et de l'entretien de véhicules et de la fabrication et de la distribution de pièces de rechange (12-A-21 du 8 octobre 2012) _____	295
La protection des pièces visibles au titre du droit des dessins et modèles et du droit d'auteur _____	296
Les freins à la commercialisation de pièces par les équipementiers _____	298
Les limites à l'accès des opérateurs indépendants aux informations techniques _____	299
Contrats de garantie et d'extension de garantie _____	301
L'utilisation de prix de vente conseillés par l'ensemble des opérateurs de la filière de l'après-vente automobile _____	301
Avis rendus dans le secteur de la santé _____	302
Avis relatif à l'approvisionnement en médicaments à usage humain (12-A-18 du 20 juillet 2012) _____	302
Avis relatif au commerce en ligne de médicaments (12-A-23 du 13 décembre 2012) _____	303

Pratique de l'Autorité de la concurrence

La définition des marchés

La délimitation du marché pertinent est essentielle en droit de la concurrence, car elle permet d'identifier le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre entreprises et d'y apprécier, d'une part, leur pouvoir de marché, c'est-à-dire leur capacité à augmenter leurs prix au-delà du prix concurrentiel sans que la baisse des ventes qui en résulte annule la hausse des profits escomptés et, d'autre part, les effets actuels ou potentiels des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre.

Aux fins des règles de concurrence, le marché pertinent est le lieu où se confrontent l'offre et la demande de produits ou de services qui sont considérés par les acheteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux mais non substituables aux autres biens ou services offerts. Cette substituabilité est définie comme l'interchangeabilité des produits ou services en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés.

La délimitation du marché pertinent se fonde donc sur un examen des caractéristiques objectives du produit ou du service en cause mais aussi des conditions de concurrence et de structure de la demande et de l'offre.

Cette définition peut ainsi varier au fil du temps, ainsi que l'a rappelé l'Autorité dans sa décision **12-D-14**, à mesure que les caractéristiques des produits et des services évoluent et que les possibilités de substitution, du côté de la demande ou de l'offre, se modifient. Dès lors, l'Autorité apprécie le marché dans la situation contemporaine des pratiques. Une dimension prospective peut néanmoins être prise en considération, en particulier dans le cadre de l'appréciation des projets de concentrations.

La délimitation du marché pertinent se fait en deux étapes : dans un premier temps, l'Autorité identifie les biens et services qui s'échangent sur ce marché ; dans un second temps, elle définit la zone géographique concernée.

Lors de la définition du marché pertinent de produit ou de service, l'Autorité de la concurrence tiendra compte, lors de l'évaluation, de la substituabilité de la demande,

de l'identité des demandeurs, de la nature du produit concerné, de ses modalités de distribution, du positionnement commercial des produits, des différences de prix et de l'environnement juridique. Si la substituabilité du point de vue de la demande constitue le critère déterminant pour la délimitation du marché pertinent (12-D-13; 12-D-04), l'Autorité s'appuie parfois aussi sur des indices relatifs à la substituabilité de l'offre, c'est-à-dire les possibilités d'entrée sur le marché.

Lors de la définition du marché géographique, l'Autorité délimite la zone sur laquelle le marché de produits est opérant, soit parce que l'analyse faite du comportement de la demande n'est valable que sur cette zone géographique, soit parce qu'il s'agit de la zone géographique à l'intérieur de laquelle les demandeurs se procurent ou peuvent se procurer le produit ou service en question. Il s'agit de la zone géographique sur laquelle un pouvoir de marché pourrait effectivement être exercé, sans être exposé à la concurrence d'autres offreurs situés dans d'autres zones géographiques ou à celle d'autres biens ou services. En d'autres termes, le marché géographique pertinent comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre et la demande de biens et services en cause et sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes (12-D-10¹; 12-D-04). Il ne comprend pas les zones géographiques voisines dès lors que les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable (12-D-10). Ce marché peut avoir une dimension locale, nationale, européenne ou même mondiale.

Ainsi qu'il ressort de la jurisprudence européenne et interne, et de la pratique décisionnelle de l'Autorité, lorsque les pratiques qui ont fait l'objet de la notification des griefs sont examinées au regard de la prohibition des ententes, il n'est pas nécessaire de définir le marché avec précision dès lors que le secteur a été suffisamment identifié pour permettre de qualifier les pratiques qui y ont été constatées et de les imputer aux opérateurs qui les ont mises en œuvre (12-D-02²; 12-D-08³).

Enfin, il convient de noter que les autorités nationales de concurrence et la Commission européenne préfèrent, lorsque la segmentation d'un marché n'apporterait aucune information supplémentaire sur le pouvoir de marché dont dispose l'entreprise concernée et sur les effets sur la concurrence, laisser la question ouverte (12-D-09⁴).

Le marché pertinent de produits ou de services

La délimitation du marché pertinent se fonde sur un examen des caractéristiques objectives du produit ou du service en cause mais aussi des conditions de concurrence et de structure de la demande et de l'offre.

1. Un recours a été formé contre cette décision.
2. Un recours a été formé contre cette décision.
3. Un recours a été formé contre cette décision.
4. Un recours a été formé contre cette décision.

La substituabilité de la demande

Si la substituabilité de différents biens ou services entre eux s'apprécie, en principe, au regard des élasticités-prix croisées de ces différents biens ou services, la mesure précise de ces élasticités n'est pas disponible pour la plupart des biens ou services. L'Autorité les appréhende donc de manière qualitative en se fondant sur différents indices tels que la nature du bien, l'utilisation qui en est faite, les caractéristiques de l'offre (les stratégies de commercialisation mises en place par les offreurs, comme la différenciation des produits ou celle des modes de distribution), l'environnement juridique, les différences de prix ou les préférences des demandeurs. Tous ces indices permettent d'apprécier quel serait le comportement du demandeur en cas de hausse relative du prix des biens ou services en cause. L'analyse des marchés pertinents est donc souvent complexe et suppose de croiser plusieurs critères d'analyse (faisceau d'indices).

L'identité et les caractéristiques des demandeurs

Les caractéristiques des demandeurs

Les marchés sont analysés en tenant compte de l'identité et du comportement des clients, qui peut différer d'un groupe de demandeurs à l'autre, modifiant ainsi les structures du marché.

Cette appréciation doit être de nature à justifier une spécificité du marché telle que le bien ou service ne saurait être remplacé par un autre. Ainsi, dans sa décision **12-D-02**⁵, l'Autorité a estimé que le simple fait que les prestations d'ingénierie des loisirs de la culture et du tourisme soient réalisées pour des donneurs d'ordre privés ou pour des donneurs d'ordre publics ne saurait suffire à établir l'existence de deux marchés distincts, la commande publique ne présentant pas de spécificité justifiant une délimitation entre les prestations offertes.

À l'inverse, l'Autorité a conclu à l'absence de substituabilité des aliments pour chiens et chats en raison de la spécificité de leurs besoins nutritionnels respectifs, tout en précisant qu'il convient par ailleurs de distinguer entre aliments secs et humides (**12-D-10**⁶).

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des agrégats et des marchés aval à Saint-Pierre-et-Miquelon (**12-D-06**), l'Autorité a réitéré sa pratique antérieure en estimant que la commande publique en matière de marchés de travaux publics, hors construction d'ouvrages, est structurée autour de trois types de chantiers : les travaux de terrassement et de voirie et réseaux divers, le renforcement d'ouvrages maritimes et la fourniture d'enrobés pour la réfection du réseau routier. En effet, les caractéristiques de la demande ont conduit, au cas d'espèce, à identifier, d'une part, un marché spécifique pour les enrochements, qui sont des blocs rocheux massifs de 500 kg à 6 t, utilisés après simple opération de triage pour les travaux de renforcement des ouvrages maritimes, dont ils représentent

5. Un recours a été formé contre cette décision.

6. Un recours a été formé contre cette décision.

l'essentiel des composants, et, d'autre part, les agrégats de plus petite taille (agrégats concassés ou granulats) qui, après opération de concassage, sont destinés à être utilisés, en fonction de leurs propriétés et de leur calibre, soit en l'état comme remblai pour les travaux de terrassement ou de sous-couche d'accrochage pour la préparation des enrobés (pierres concassées 1/100), soit en étant incorporés pour la fourniture d'un produit nécessitant l'association d'autres agrégats (sable, pierres concassées 31/5) ou d'autres composants (ciment ou bitume), comme pour le béton ou les enrobés. Enfin, s'agissant des enrobés, il a déjà été retenu par le passé (voir notamment 01-D-02) l'existence d'un marché spécifique à ces produits.

Sous l'angle du contrôle des concentrations, dans sa décision **12-DCC-92** relative à une opération de concentration dans le secteur du vin, l'Autorité a constaté que, si par le passé l'observation des comportements des consommateurs avait conduit à une nette distinction entre les vins sans indication géographique (SIG ou vins de table) et les vins bénéficiant d'une indication géographique protégée (IGP ou vins de pays), l'évolution de ces comportements et aussi de la nature des produits eux-mêmes ne justifiait plus aujourd'hui qu'ils soient considérés comme appartenant à des marchés distincts.

En effet, l'Autorité a constaté que les consommateurs de vins SIG, et pouvant être considérés comme attachés à ce type de produit (âgés de plus de cinquante ans, ayant une consommation régulière, voire quotidienne de vin, aux revenus relativement modestes et donc particulièrement sensibles aux prix), étaient aujourd'hui marginalisés au sein de l'ensemble des consommateurs de vin. La proportion de consommateurs réguliers a ainsi diminué fortement au profit de consommateurs occasionnels plus jeunes et qui consomment du vin dans des contextes plus festifs. Le fort recul des ventes de vins SIG de marque confirme l'évolution des habitudes de consommation.

S'agissant de la nature des produits en cause, les vins SIG peuvent provenir de diverses origines françaises ou étrangères qui peuvent être mélangées, alors que les vins IGP sont produits à partir de raisins dont au moins 85 % proviennent de la zone géographique considérée et dont la production est limitée à la zone géographique désignée. Néanmoins, ces deux catégories de vins font l'objet d'un processus de fabrication similaire : les vins sont achetés en vrac et font ensuite l'objet d'une préparation, d'un embouteillage et d'un conditionnement dans des conditions très comparables. Elles ne font pas l'objet d'un vieillissement en bouteille, comme cela peut être le cas pour les vins AOP de milieu de gamme, et, depuis le 1^{er} août 2009, les vins SIG peuvent faire figurer le nom du cépage sur les bouteilles, tout comme les vins IGP, les vins SIG avec mention de cépage représentant depuis près du quart des ventes totales des vins SIG.

Dans cette affaire, la partie notifiante a présenté une étude quantitative réalisée à partir de données fournies par la société Kantar Worldpanel qui analyse les transferts de consommation entre les différentes catégories de vins entre 2010 et 2011 constatées sur des données d'achat en grande surface d'un panel de consommateurs suivi dans le temps. Cette étude montrait un transfert de la consommation de vins SIG vers des vins de gamme supérieure mais l'Autorité a considéré que,

compte tenu des limites méthodologiques de ce type d'étude, aucune conclusion définitive ne pouvait en être tirée.

La distinction entre marché amont et marché aval

L'existence de groupes distincts de demandeurs aux différents stades de la chaîne de valeur est également un indice utile dans la délimitation d'un marché pertinent.

Les appels d'offres et le marché pertinent

S'agissant des pratiques d'entente relevées dans le cadre de réponses à des appels d'offres, chaque consultation est considérée le plus souvent comme un marché pertinent, la demande du donneur d'ordres étant circonscrite dans chacun des cahiers des charges. Par ailleurs, qu'il s'agisse de marchés publics ou privés, chaque marché passé sur appel d'offres constitue un marché pertinent, sur lequel se rencontrent la demande du donneur d'ordres et les propositions des candidats qui soumissionnent à l'appel d'offres.

Cependant, cela n'interdit pas à l'Autorité d'appréhender globalement les pratiques visant ces différents marchés quand elles relèvent d'une stratégie globale. De même, lors de l'appréciation de la dominance d'une entreprise, l'analyse du marché pertinent n'est pas limitée à ces marchés instantanés que constituent les appels d'offres. Au contraire, pour déterminer si une entreprise active dans un secteur qui fonctionne par appel d'offres détient une position dominante, il peut être pertinent de retenir non pas le marché particulier résultant de la rencontre d'un appel d'offres et des soumissions déposées en réponse, mais le marché plus général sur lequel sont actifs l'ensemble des opérateurs susceptibles de répondre à l'appel d'offres concerné.

Ainsi, dans une décision **12-D-06**, en dépit de l'unicité de chaque appel d'offres auquel les entreprises en cause participent, l'Autorité a estimé que les pratiques reposaient sur une ligne d'action commune entre les entreprises membres du GIE et le GIE lui-même, qui se fondait à la fois sur une stratégie durable d'intégration de l'activité de production et de commercialisation des agrégats et sur un mécanisme général de compensation, justifiant ainsi de délimiter le marché sans tenir compte de l'attribution par appel d'offres.

En revanche, certains marchés, s'ils ne font pas l'objet d'un appel d'offres, peuvent être considérés comme tels en raison de leur fonctionnement. Il en va ainsi pour le marché de la cession des dépôts de presse, sur lequel les transactions sont peu nombreuses puisque le dépositaire ne peut céder le fonds de commerce qu'à un candidat dépositaire, un dépositaire existant ou à une société liée à une messagerie (**12-D-16**).

La nature ou la fonction organique d'un produit, ses caractéristiques physiques et matérielles

Les demandeurs peuvent considérer que différents biens ou services sont ou ne sont pas substituables entre eux, eu égard à la nature ou aux caractéristiques des

biens et services concernés. Ces éléments sont en effet essentiels aux yeux des demandeurs.

L'Autorité a ainsi eu l'occasion de préciser sa définition des marchés des services météorologiques dans une décision **12-D-04**. Dans cette décision, l'Autorité a distingué, au sein du marché de l'information météorologique générale, le marché de l'information fournie aux particuliers de celui à destination des professionnels. Si les particuliers demandent des prestations dites « standard », c'est-à-dire des productions finalisées à faible valeur ajoutée unitaire en l'absence d'adaptation selon les demandes des clients, les professionnels exigent des prestations dites « à façon », c'est-à-dire créées sur mesure dans le cadre de réponses à des consultations ou à des appels d'offres de clients en fonction de leurs besoins précis.

Dans une décision **12-D-13**, l'Autorité a défini le marché du contrôle technique des poids lourds comme un marché local puisque l'immobilisation du véhicule affecte le chiffre d'affaires de l'entreprise propriétaire du véhicule qui, face au caractère incompressible de la durée du contrôle, ne peut que faire varier le temps de déplacement jusqu'au centre de contrôle. La préférence pour la proximité du contrôle se trouve renforcée par deux éléments additionnels. Tout d'abord, le contrôle technique présente nécessairement une probabilité de détection d'un ou de plusieurs défauts, ce qui peut se traduire par une immobilisation du véhicule et pousse ainsi les intéressés à réaliser les contrôles techniques en dehors du cadre d'un déplacement commercial. Par ailleurs, pour que le contrôle technique s'effectue dans des conditions satisfaisantes, le poids lourd doit être chargé au moins aux deux tiers de son poids total roulant autorisé. Afin d'atteindre ce poids optimal, les transporteurs chargent les véhicules avec des poids, plus pratiques qu'un chargement commercial. Par conséquent, cet impératif pousse les transporteurs à effectuer le contrôle technique avec un poids lourd se rendant au centre de contrôle chargé de gueuses ou d'un chargement commercial dont le poids est adéquat. Par conséquent, la nature même du service conditionne le caractère local du marché, bien que des facteurs tels que le prix ou la qualité du service influent sur le choix final du centre.

Dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives, l'Autorité a estimé que, s'il existe une substituabilité marginale entre les endives et les salades pour une utilisation crue, ainsi qu'entre les endives et d'autres légumes d'hiver pour une utilisation cuite, le mode de production et de commercialisation ainsi que la formation du prix leur confèrent des spécificités propres telles qu'il convient de considérer qu'elles constituent un marché propre (**12-D-08**⁷).

Dans une autre affaire, l'Autorité a constaté que la farine de blé tendre à consommation humaine, qui ne saurait être substituée par la farine de blé dur ou de maïs au regard de leurs usages respectifs, peut être considérée comme constituant un marché pertinent, notamment dans la mesure où sa production requiert des capacités de production spécialisées (usines d'ensachage) et où sa commercialisation répond à une demande spécifique, celle exprimée par les enseignes de la distribution

7. Un recours a été formé contre cette décision.

(12-D-09⁸). Si le marché comprend trois catégories de produits, tous sont manufacturés par les mêmes offreurs et vendus en grande surface : la farine en sachets dite « classique », les mixtes (préparations sucrées ou salées à base de farine prêtes à l'emploi pour le consommateur) et la farine à pain (intégrant farine et levure pour l'utilisation des machines à pain à domicile), l'Autorité n'a néanmoins pas jugé utile de préciser plus avant la délimitation du marché pertinent, les pratiques constatées touchant indistinctement à ces trois catégories de produits.

Sous l'angle du contrôle des concentrations, dans sa décision **12-DCC-84**, l'Autorité a considéré que la différence de qualité entre eaux de source et eaux minérales était insuffisante pour qu'il soit pertinent de délimiter deux marchés distincts. En effet, dans les deux cas, il s'agit d'eau naturelle d'origine souterraine, dont l'exploitation est soumise à un agrément des autorités compétentes et qui ne font pas l'objet d'un traitement chimique, de désinfection biologique ou d'une quelconque adjonction de produits. Les eaux minérales présentent en sus des caractéristiques définies par la loi (composition physico-chimique stable et qualité). De même, une délimitation entre eaux « entrée de gamme » et eaux « haut de gamme » ne peut s'appuyer sur une différence déterminante de qualité entre les eaux en cause, contrairement à ce qui peut être constaté pour d'autres marchés de produits pour lesquels une segmentation en termes de niveaux de qualité a été effectuée (cosmétiques, habillement).

Dans le secteur de la messagerie, l'Autorité a procédé à une segmentation en fonction du poids des colis sur le marché de la messagerie express domestique de colis BtoB. Dans sa décision **12-DCC-153**, elle a en effet considéré qu'une segmentation entre les colis de plus de 30 kg et les colis de moins de 30 kg était pertinente, la limite de 30 kg se justifiant par le fait qu'au-delà de ce poids il est nécessaire de disposer d'appareils de manutention, les charges supérieures à 30 kg ne pouvant être manutentionnées manuellement. De plus, le tri des colis de moins de 30 kg peut être entièrement automatisé contrairement à celui des colis d'un poids supérieur. Le traitement des envois plus lourds est moins automatisé, les envois étant transportés par le biais de chariots roulants posés au sol, qui sont chargés et déchargés manuellement sur des quais. La prise en charge de colis de tous poids et celle de colis d'un poids limité à 30 kg reposent ainsi sur des modèles opérationnels différents. Certains opérateurs sont ainsi spécialisés sur l'activité des petits colis tandis que d'autres proposent des services express sans limite de poids.

Dans sa décision **12-DCC-179**, l'Autorité a noté que l'exploitation d'une marque était une activité distincte, pouvant être exercée sur un marché situé en amont de celui de la fabrication et de la commercialisation des produits concernés, la marque constituant un des intrants de cette activité. Ainsi, l'acquisition par la société fabriquant sous licence les vêtements de marque Lacoste de la marque elle-même, auparavant détenue par une autre société, a été analysée pour ses éventuels effets verticaux.

8. Un recours a été formé contre cette décision.

Modalités de distribution

Le type de produits vendus est l'un des critères les plus importants pour délimiter les marchés dans le domaine du commerce de détail. La pratique décisionnelle⁹ avait déjà relevé, d'une manière générale, que lorsque plus d'un tiers du chiffre d'affaires d'un magasin provient de produits alimentaires, le commerce est réputé à dominante alimentaire. L'Autorité a précisé cette pratique dans sa décision **12-DCC-112**, en considérant que les magasins Schlecker ne relevaient pas de la catégorie des magasins à dominante alimentaire, compte tenu du fait qu'il s'agissait de drogueries, commercialisant essentiellement des produits non alimentaires (en moyenne, 32% du chiffre d'affaires des magasins Schlecker provient de la vente de produits alimentaires). De plus, ces magasins ne vendent pas de produits frais (fruits, légumes, viande). De surcroît, le code NAF de Schlecker n'est pas celui des commerces de détail en magasins non spécialisés à prédominance alimentaire (47.11) mais celui des autres commerces de détail (47.52A).

Le positionnement commercial des produits et l'image de marque

L'Autorité a considéré que parmi les aliments secs pour chiens et chats, les produits haut de gamme, distincts des produits disponibles en grande surface alimentaire, sont distribués sur les seuls circuits spécialisés au sein desquels les produits de gamme inférieure ne sont pas commercialisés (**12-D-10**¹⁰).

Sur les marchés de la commercialisation de produits alimentaires en GMS, la question d'une segmentation entre les produits vendus sous la marque du distributeur (MDD) et les produits vendus sous la marque des fabricants (MDF) se pose dans la mesure où ce sont des éléments importants à apprécier pour évaluer la substitutabilité du point de vue de la demande entre un produit MDD et un produit MDF.

Sous l'angle du contrôle des concentrations, dans sa décision **12-DCC-84**, l'Autorité a constaté que, comme cela est le cas sur les autres marchés de produits alimentaires, les modalités d'approvisionnement du circuit GMS sont différentes entre les eaux vendues sous MDD et celles vendues sous MDF. En effet, l'eau vendue sous MDD est produite à partir d'un cahier des charges provenant de l'acheteur et détaillant les caractéristiques attendues du produit. Dans ce cadre, le fournisseur n'intervient qu'en application du cahier des charges et n'a aucun rôle dans la définition des stratégies commerciales de ces marques (décisions de lancement de nouveaux produits, politique de communication, etc.), contrairement aux fournisseurs de MDF. L'identité d'un opérateur qui approvisionne une enseigne pour ses MDD n'est ainsi pas connue par le consommateur final. Par ailleurs, les GMS peuvent procéder à leurs achats de MDD par la voie d'appels d'offres, formalisés par la signature de contrats, d'une durée souvent très courte (un an) ou à durée indéterminée avec possibilité d'y mettre un terme à tout moment sous réserve de

9. Voir notamment l'avis 97-A-04 du Conseil de la concurrence du 21 janvier 1997 relatif à diverses questions portant sur la concentration de la distribution ainsi que l'avis 07-A-06 du Conseil de la concurrence du 16 juillet 2007 relatif à l'acquisition par la société Cafom du pôle distribution de la société Fincar dans le secteur de la vente d'équipements de la maison.

10. Un recours a été formé contre cette décision.

préavis. À l'opposé, les achats de MDF font l'objet d'un contrat de référencement dans le cadre de négociations de gré à gré où la marque et les efforts promotionnels liés à celle-ci jouent un rôle important.

Cependant, l'Autorité a relevé conformément à sa pratique antérieure que l'appartenance des MPP/MDD et des MDF à un même marché de produits en amont ou à des marchés distincts dépend également de facteurs autres que le processus d'approvisionnement. Il convient notamment de regarder si, du côté de l'offre, les principaux opérateurs fournissent les deux catégories de produit. De même, si l'analyse de l'opération concerne exclusivement le marché amont de l'approvisionnement, la pression concurrentielle que peuvent éventuellement exercer les uns sur les autres les producteurs de MDF et de MDD/MPP est étroitement influencée par le comportement des consommateurs sur les marchés aval mettant en relation les GMS avec les clients, et donc par la substituabilité, du point de vue des consommateurs, entre les différents produits. Les négociations entre les GMS et leurs fournisseurs prennent donc place dans un contexte concurrentiel différent selon le degré de différenciation des produits en termes de goût, de qualité, de prix ou d'emballage et selon la notoriété des marques de fabricants.

D'une façon générale, un taux de pénétration élevé des MDD peut indiquer que les consommateurs les considèrent comme largement substituables aux MDF.

En l'espèce, sur le segment des eaux plates, le taux de pénétration des MDD était peu élevé par rapport à ce qui peut être constaté pour d'autres produits alimentaires puisqu'il représentait environ 15 % en valeur et 20 % en volume des ventes d'eau embouteillées réalisées auprès de la GMS. L'Autorité a toutefois considéré que ce critère devait être relativisé, car une grande partie des acteurs interrogés a insisté sur le rôle de Cristaline, MDF dont le prix particulièrement bas est égal voire inférieur aux eaux plates vendues sous MDD. Par conséquent, l'Autorité a considéré que cette spécificité était susceptible d'influencer le taux de pénétration des MDD sur le marché de l'eau en bouteille en France.

Concernant la différence de prix des eaux vendues sous MDD et celles vendues sous MDF, l'Autorité a considéré qu'elle devait également être relativisée. En effet, Cristaline est vendue à un prix inférieur à certaines MDD. Les eaux de marque « haut de gamme » plus chères font à l'inverse l'objet de promotions régulières les ramenant fréquemment à un niveau de prix équivalent à celui des marques de distributeurs. L'Autorité a relevé que, dans un contexte de forte baisse du marché en 2007 et sa relative stagnation depuis, les MDF ont intensifié leur politique promotionnelle afin de redynamiser leurs ventes. Ainsi, les distributeurs programment tous les sept à dix jours un catalogue promotionnel au sein duquel la présence des eaux en bouteille est quasi systématique, alternant d'une MDF à l'autre selon les plans marketing de la grande distribution. Ce phénomène conduit à la présence quasi permanente dans les rayons de la grande distribution d'offres d'eau de grande marque à prix réduits qui positionnent en réalité ces marques au même niveau de prix que les MDD.

S'agissant des réseaux de vente, l'Autorité a constaté que les marques d'eau « haut de gamme » étaient commercialisées auprès de toutes les enseignes de distribution,

y compris le *hard discount* pour la plupart, de la même façon que les MDD et les MDF « entrée de gamme ».

L'Autorité a conclu à l'existence d'une réelle pression concurrentielle entre les eaux vendues sous MDD et celles vendues sous MDF, qu'elles soient « entrée de gamme » ou non. Par conséquent, elle a considéré qu'une distinction entre MDD et MDF n'était pas pertinente.

Dans sa décision **12-DCC-92**, l'Autorité a constaté une spécificité des vins premiers prix (MPP), et ce quelle que soit la catégorie de vins (SIG ou IGP), qui, du point de vue du prix et de la qualité, se démarquent fortement de l'ensemble des autres vins vendus sous MDD ou sous MDF.

Les différences de prix

Un écart de prix substantiel et durable entre différents produits peut être un indice de non-substituabilité entre ces derniers et donc de non-appartenance au même marché. *A contrario*, une différence minimale de prix entre produits ou services peut accréditer leur substituabilité et leur coexistence sur un même marché pertinent.

Dans la décision **12-D-07**, l'Autorité a ainsi considéré que la proximité des prix des cagettes en bois, d'une part, avec ceux des plateaux ou caisses en carton ou en plastique, d'autre part, en faisait des produits substituables et pourrait permettre de considérer que les emballages, tous matériaux confondus, de fruits et légumes, au stade de leur première commercialisation à destination des négociants, pourraient constituer un même marché.

L'environnement juridique

Dans une décision **12-D-16**, l'Autorité a eu l'occasion de se prononcer à nouveau sur le secteur de la diffusion de la presse, qui se subdivise, du fait du cadre juridique, en différents niveaux de services qui constituent autant de marchés pertinents. Dans cette décision, l'Autorité a rappelé la distinction entre les deux marchés que sont celui de la distribution de la presse par les messageries (niveau 1) et celui des dépositaires de presse (niveau 2), livrés par les messageries et chargés de la distribution des titres auprès des points de vente qui leur ont été attribués.

La substituabilité de l'offre

L'Autorité s'appuie parfois sur des indices relatifs aux possibilités d'entrée sur le marché, c'est-à-dire à la substituabilité de l'offre, lorsqu'ils confortent l'analyse faite dans un premier temps de la substituabilité de la demande.

Le marché géographique

La délimitation d'un marché de produits s'entend sur une zone géographique définie, soit parce que l'analyse faite du comportement de la demande n'est valable que sur cette zone géographique, soit parce qu'il s'agit de la zone géographique

à l'intérieur de laquelle les demandeurs se procurent ou peuvent se procurer le produit ou service en question. Celle-ci peut être locale, nationale ou supranationale (européenne voire mondiale).

Dimension régionale ou locale

Les particularités d'une zone géographique donnée peuvent également amener à délimiter, à un niveau local, le marché géographique pertinent.

Le marché géographique des cagettes de bois est, par exemple, conditionné par les coûts de transport. Par conséquent, les organisations professionnelles, sauf autres exigences de leur clientèle, privilégient la proximité immédiate du fournisseur, qui réagira directement en fonction des conditions météorologiques. Il s'agit donc d'un marché régional (12-D-07).

Il en va de même pour les marchés du secteur des agrégats à Saint-Pierre-et-Miquelon (12-D-06) qui, à l'exception de certaines catégories d'agrégats faisant l'objet d'importation (la pierre à béton et le sable), constituent un marché géographique limité à l'archipel, notamment en raison des coûts de transport.

Sous l'angle du contrôle des concentrations, conformément à sa pratique antérieure, l'Autorité a, dans ses décisions 12-DCC-41 (marchés du négoce de produits de sanitaires, chauffage et climatisation), 12-DCC-46 (marché du négoce de matériaux électriques) et 12-DCC-107 (marché du négoce de matériaux de toiture), défini des marchés locaux basés sur la provenance effective et réelle des consommateurs à travers les informations collectées par les points de vente sur la localisation de leurs clients. La zone de chalandise réelle d'un point de vente peut ainsi être assimilée à celle qui regroupe les consommateurs représentant un certain pourcentage du chiffre d'affaires de ce point de vente, soit un certain pourcentage de l'ensemble des clients de ce point de vente, étant précisé que le critère retenu dépend des données disponibles. L'application de cette méthode « d'empreinte réelle » permet d'obtenir une photographie précise des clients sur lesquels le magasin exerce une attraction. La pratique décisionnelle de l'Autorité retient généralement que la zone de chalandise du magasin peut être limitée à celle où résident 80 % de ses clients. Le pourcentage de consommateurs non retenu pour l'analyse est assimilé à une clientèle ponctuelle et non significative, parfois très éloignée du point de vente : il peut notamment s'agir de clients « de passage » et non réguliers.

Dimension nationale

La dimension nationale du marché est retenue lorsque l'offre et la demande se présentent de manière uniforme et continue sur l'ensemble du territoire national.

L'Autorité a ainsi déduit de l'organisation de la distribution sur le marché des aliments secs haut de gamme pour chiens et chats que le marché géographique

était national, de tels circuits de distribution spécialisés (magasins spécialisés, éleveurs et vétérinaires) n'existant pas dans les autres États européens (12-D-10¹¹).

Dans la décision 12-D-08¹² relative au secteur de la production et la commercialisation des endives, l'Autorité a détaillé un certain nombre d'éléments susceptibles d'accréditer l'existence d'un marché géographique plus large que le seul marché français, notamment en raison de l'importance des exportations dans l'Union européenne et de la faible pression concurrentielle des producteurs européens. Elle en a déduit que le marché géographique pertinent correspondait au moins au marché français, sans qu'il soit nécessaire de trancher la question dans l'affaire en cause compte tenu de la nature des pratiques relevées.

S'agissant de la dimension géographique du marché de la farine en sachets (12-D-09¹³), l'Autorité a expliqué, de même, qu'elle était à tout le moins nationale. Du point de vue de la demande, les usages et les habitudes en matière de consommation de farines sont les mêmes sur l'ensemble du territoire français. Par ailleurs, les centrales d'achat de la grande et moyenne distribution procèdent généralement à leur approvisionnement par le biais d'appels d'offres sur une base nationale pour couvrir l'ensemble de leurs besoins annuels. Cependant, l'Autorité n'a pas exclu que la délimitation du marché géographique puisse être, si ce n'est européenne, au moins supranationale. En effet, plusieurs éléments pourraient attester l'existence d'un marché plus vaste s'agissant de la farine en sachets. D'une part, des importations conséquentes de farine en sachets sont effectuées en France. D'autre part, des appels d'offres pour la farine en sachets sont lancés annuellement par certaines centrales d'achat, en particulier des enseignes du *hard discount*, sur une base européenne. Les fournisseurs sélectionnés par les enseignes du *hard discount* livrent leurs plates-formes situées dans différents États membres, comme la France, l'Allemagne ou l'Espagne.

Enfin, l'Autorité s'est appuyée sur le caractère national des marchés sur lesquels intervenaient les bénéficiaires du service de fourniture d'informations météorologiques aux professionnels pour déduire la dimension nationale de ce service (12-D-04).

Dimension supranationale

Enfin, pour certains marchés, les offreurs se font concurrence sur une zone qui ne se limite pas aux frontières nationales mais peut s'étendre à l'Europe entière, voire au reste du monde.

Ainsi, l'Autorité a estimé que le marché des serveurs haut de gamme pour entreprises est à tout le moins européen, sans pour autant exclure qu'il puisse être mondial. Quant au marché des systèmes de gestion de bases de données relationnels, elle s'est appuyée sur la pratique décisionnelle de la Commission européenne

11. Un recours a été formé contre cette décision.

12. Un recours a été formé contre cette décision.

13. Un recours a été formé contre cette décision.

pour conclure à l'existence d'un marché géographique de dimension mondiale **(12-D-01)**.

Sous l'angle du contrôle des concentrations, s'agissant du marché du sucre, l'Autorité avait maintenu, dans sa décision 10-DCC-51, une dimension nationale du marché, et ce malgré l'entrée en vigueur de la réforme de l'OCM sucre en 2006, l'intensification des échanges intracommunautaires n'ayant, à ce stade, pas été suffisamment significative. Dans sa décision **12-DCC-06**, elle a considéré que, si la dimension nationale du marché ne devait pas être remise en cause, il y avait lieu de tenir compte de la pression concurrentielle exercée par les producteurs situés aux frontières du nord et de l'est de la France compte tenu, d'une part, d'un accroissement des échanges entre pays excédentaires et pays déficitaires et, d'autre part, qu'il ne pouvait être exclu que les producteurs belges ou allemands, disposant de quotas excédentaires et situés aux frontières de la France, exercent une certaine pression concurrentielle sur le marché français.

Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles

Applicabilité du droit de la concurrence, prescription et procédure

Le champ de compétence de l'Autorité de la concurrence

L'applicabilité de l'article L. 410-1 du Code de commerce

Aux termes de l'article L. 410-1 du Code de commerce, les règles du titre II, relatives aux pratiques anticoncurrentielles, « *s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de délégations de service public* ».

Selon les critères définis par le Tribunal des conflits (T. Confl., 18 octobre 1999, n° 99 03.174, Aéroports de Paris) et par la Cour de cassation (Cass. com., 6 février 2007, n° 05-21.948, Société Les Oliviers), l'Autorité de la concurrence peut sanctionner les personnes publiques, dans la mesure où elles exercent des activités de production, de distribution et de services. En revanche, les décisions par lesquelles ces dernières assurent la mission qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique relèvent de la compétence de la juridiction administrative.

Les marchés publics et les délégations de service public

Dans la décision **12-D-03**, l'Autorité a rappelé que, lorsqu'elles déposent des offres en réponse à un appel d'offres public, les entreprises exercent une activité, qui, parce qu'elle relève du champ défini par l'article L. 410-1 du Code de commerce, peut être qualifiée au regard des règles de concurrence par l'Autorité et les juridictions qui la contrôlent. Elle a précisé que l'Autorité est ainsi compétente dès lors que les actes en cause ne constituent pas des actes administratifs, ne concernent pas

la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique et que leur examen n'implique aucune appréciation de la validité des actes administratifs.

Dans la décision **12-D-13**, l'Autorité a considéré que les décisions par lesquelles le ministre de l'Économie a attribué des lots de centres de contrôle des véhicules lourds à des réseaux agréés qui se sont portés candidats à la suite d'un avis d'appel public à la concurrence ne sont pas des actes détachables de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif, mais, au contraire, des actes administratifs, pour le contrôle desquels le juge administratif s'est déjà expressément reconnu compétent, excluant ainsi la compétence de l'Autorité.

Dans la même décision, l'Autorité a également décliné sa compétence pour connaître de la légalité de l'attribution d'agréments à de nouveaux centres de contrôle, postérieurement à la vente des centres des directions régionales de l'industrie, de la recherche et de l'environnement, s'agissant d'actes administratifs – les agréments des installations des centres de contrôle – délivrés par le préfet du département où est implanté le centre, sur le fondement de l'article R. 323-14 du Code de la route.

Enfin, l'Autorité a considéré qu'elle n'était pas compétente pour se prononcer sur les allégations des entreprises saisissantes relatives au fonctionnement du comité français d'accréditation ou aux modalités d'accréditation des centres de contrôle, s'agissant d'actes réglementaires pris par l'administration dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique dont il appartenait aux parties saisissantes, si elles s'y croyaient fondées, de saisir le juge administratif.

Le secteur de la santé

Dans la décision **12-D-03**, l'Autorité a rappelé que, si l'activité professionnelle libérale de soins médicaux a un caractère spécifique en ce que le choix du patient est dicté par des considérations personnelles où l'aspect financier n'est pas nécessairement prioritaire, elle n'est pas pour autant exclue du champ d'application du droit de la concurrence dès lors qu'elle s'analyse comme une activité de service, permettant la rencontre, moyennant paiement, d'une demande de la part des malades et d'une offre de la part des médecins.

Dans le cas d'espèce, l'activité en cause était relative au traitement de l'insuffisance rénale chronique par dialyse exercée par l'AURAL, établissement de santé relevant du secteur privé associatif. L'Autorité a relevé que cet établissement exerçait une activité de services permettant la rencontre d'une demande de la part des malades souffrant d'insuffisance rénale chronique et de l'offre de soins qu'il propose.

La production et commercialisation de produits agricoles

Dans une décision **12-D-08**¹⁴, l'Autorité a reconnu sa compétence pour apprécier la licéité des pratiques d'entente mises en œuvre dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives au regard des règles de concurrence,

14. Un recours a été formé contre cette décision.

en tenant compte du cadre juridique lié notamment à la réglementation relative à l'organisation commune des marchés (« OCM ») dans le secteur fruits et légumes.

Concernant l'applicabilité de l'article 101 du TFUE, l'Autorité a rappelé que la compétence exclusive confiée à la Commission européenne par l'article 176, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1234/2007 (dit « règlement OCM unique ») pour constater, par voie de décision, quels sont les accords et pratiques « nécessaires à la réalisation des objectifs énoncés à l'article 33 du Traité [devenu article 39 TFUE] », ne remet pas en cause l'obligation pour les autorités nationales d'appliquer l'article 101 du TFUE à des affaires dans lesquelles l'exemption au titre de l'article 2 du règlement n° 1184/2006 – qui peut être invoquée lorsque les accords en cause sont nécessaires à la réalisation des objectifs de la PAC – n'a été ni demandée ni accordée, et ne paraît par ailleurs pas opérante. L'Autorité a précisé que, pour que les accords en cause puissent bénéficier de cette disposition, la jurisprudence de l'Union impose un standard élevé, l'ensemble des objectifs énoncés à l'article 39 du TFUE devant être remplis cumulativement, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

Concernant l'applicabilité des règles internes de droit de la concurrence, l'Autorité a rappelé que sont interdits, y compris dans le cadre des activités agricoles, les accords sur les prix faisant obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché, sous deux réserves : les exemptions prévues par l'article L. 420-4 du Code de commerce, d'une part, et les dispositions applicables aux accords interprofessionnels définissant des contrats-types intégrant des clauses relatives aux modalités de détermination des prix pour lesquels l'Autorité doit être obligatoirement saisie pour avis en vertu de l'article L. 632-4 du Code rural et de la pêche maritime, d'autre part.

L'affectation du commerce intra-Union européenne

Les règles de concurrence de l'Union européenne (articles 101 et 102 du TFUE) sont applicables, parallèlement aux règles prévues par le droit interne (Code de commerce), si le commerce entre États membres est susceptible d'être affecté par les pratiques en cause. Ainsi, s'agissant des ententes, l'article 81 du Traité CE, devenu article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009 du Traité de Lisbonne, dispose que « sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun ». S'agissant des abus de position dominante, l'article 82 du Traité CE, devenu article 102 du TFUE, dispose qu'« est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci ».

Se fondant sur le Traité, la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne et les lignes directrices de la Commission européenne relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du Traité (devenus

101 et 102 TFUE) (JO 2004 C 101, p. 81), l'Autorité de la concurrence appréhende plusieurs éléments pour déterminer si cette condition d'application du droit de l'Union est remplie :

– S'il existe un commerce entre États membres¹⁵.

Sur ce point, l'Autorité rappelle que la notion de commerce englobe non seulement les échanges transfrontaliers traditionnels de produits et de services¹⁶, mais aussi, plus largement, toute activité économique et, en particulier, les cas où les accords et pratiques affectent la structure de la concurrence sur le marché. En particulier, les accords et pratiques qui affectent cette structure à l'intérieur du marché unique en éliminant ou en menaçant d'éliminer un concurrent qui y opère peuvent tomber sous le coup des règles de concurrence européennes¹⁷.

– Si les pratiques reprochées sont susceptibles d'affecter actuellement ou potentiellement, directement ou indirectement, le commerce entre États membres¹⁸.

L'Autorité a rappelé à cet égard que, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice et de la Cour de cassation, les termes « *susceptible d'affecter* » énoncés par les articles 101 et 102 du TFUE supposent que l'accord ou la pratique abusive en cause permette, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres, sans que soit exigée la constatation d'un effet réalisé sur le commerce entre États membres (12-D-08¹⁹, 12-D-24²⁰).

– Si cette possible affectation a un caractère sensible.

Se référant aux lignes directrices de la Commission européenne relatives à la notion d'affectation du commerce (2004/C 101/07) et à la jurisprudence des juridictions de l'Union, l'Autorité a rappelé que des ententes horizontales couvrant l'ensemble d'un État membre sont susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres et qu'il existe une forte présomption que ce type de pratiques soit susceptible de contribuer au cloisonnement des marchés et d'affecter les échanges entre États membres (12-D-08, 12-D-09²¹, 12-D-10²², 12-D-16, 12-D-18²³, 12-D-23²⁴, 12-D-24).

L'Autorité a également rappelé, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice et de la Cour de cassation, que, dans le cas où les pratiques anticoncurrentielles sont commises sur une partie seulement d'un État membre, le caractère sensible de l'affectation résulte d'un ensemble de critères, parmi lesquels les

15. Voir décision 08-D-30 confirmée par CA Paris, 24 novembre 2009.

16. Voir point 19 des lignes directrices.

17. Voir point 20 des lignes directrices.

18. Voir décision 08-D-30 confirmée par CA Paris, 24 novembre 2009.

19. Un recours a été formé contre cette décision.

20. Un recours a été formé contre cette décision.

21. Un recours a été formé contre cette décision.

22. Un recours a été formé contre cette décision.

23. Un recours a été formé contre cette décision.

24. Un recours a été formé contre cette décision.

principaux sont la nature des pratiques, la nature des produits concernés et la position des entreprises en cause. L'examen du volume des ventes global concerné par rapport au volume national ne constitue qu'un élément parmi d'autres pouvant être pris en compte au titre de cette analyse (12-D-08²⁵, 12-D-09²⁶).

En 2012, l'Autorité a fait application du droit de l'Union à de nombreuses reprises, concernant tant des ententes (12-D-08, 12-D-09, 12-D-10²⁷, 12-D-23²⁸) que des abus de position dominante (12-D-01, 12-D-24²⁹, 12-D-25³⁰).

Dans la décision 12-D-01, l'Autorité a considéré que des pratiques reprochées à la société Oracle, initiées aux États-Unis, étaient susceptibles d'affecter sensiblement des produits commercialisés dans l'ensemble des États membres de l'Union européenne. Elle a notamment relevé, d'une part, que tant les serveurs de l'entreprise que les systèmes de bases de données relationnels sont caractérisés par de faibles coûts de transport, ce qui permet de faciliter les flux d'échanges entre États membres et, d'autre part, que la société Oracle est une entreprise multinationale ayant des filiales établies dans de nombreux États membres de l'Union européenne, dont le chiffre d'affaires est important.

Dans la décision 12-D-08, l'Autorité a considéré que le commerce entre États membres était susceptible d'être affecté de manière sensible par des pratiques d'entente d'ampleur nationale mises en œuvre par plusieurs organismes de producteurs et associations dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives. L'Autorité a relevé, en premier lieu, que les volumes d'échange d'endives de France à destination d'autres États membres sont significatifs et attestent l'existence d'échanges entre États membres. Elle a relevé, en deuxième lieu, que les pratiques en cause couvraient plus de 95 % de la production nationale d'endives, et s'étendaient à l'ensemble du territoire français ainsi qu'à certains États membres limitrophes. Elle a considéré, en dernier lieu, que, compte tenu du territoire concerné et des acteurs impliqués, les pratiques en cause étaient de nature à affecter les échanges de manière sensible.

Dans la décision 12-D-09, l'Autorité a considéré qu'une pratique d'entente secrète visant à limiter les importations réciproques de farine en sachets, de tous types et concernant tous canaux de distribution entre la France et l'Allemagne, est, par sa nature et son objectif mêmes, susceptible d'affecter les échanges entre États membres. L'Autorité a souligné que cette affectation était en l'occurrence sensible, dans la mesure où les pratiques concernaient l'ensemble des marchés français et allemand de la farine en sachets et où les entreprises qui y avaient participé représentaient une partie substantielle de l'offre sur chacun d'entre eux.

Dans la même décision, l'Autorité a considéré que des pratiques de fixation des prix de revente, de répartition des clients et des marchés concernant la vente

25. Un recours a été formé contre cette décision.

26. Un recours a été formé contre cette décision.

27. Un recours a été formé contre cette décision.

28. Un recours a été formé contre cette décision.

29. Un recours a été formé contre cette décision.

30. Un recours a été formé contre cette décision.

de farine en sachets s'appuyant sur des entreprises de commercialisation communes qui opèrent sur l'ensemble du territoire français, voire sur certains autres États membres limitrophes, sont susceptibles d'affecter les échanges entre États membres. L'Autorité a souligné que cette affectation était là encore sensible dans la mesure où les entreprises en cause représentaient, à l'époque des faits, une part très substantielle de la production de farine en sachets en France.

Dans la décision **12-D-10**³¹, l'Autorité a conclu que les pratiques en cause, qui consistaient en des accords verticaux conclus dans le cadre de systèmes de distribution exclusive portant notamment sur la liberté tarifaire des distributeurs d'aliments pour chiens et pour chats, et leur capacité à se livrer à des ventes passives, étaient susceptibles d'affecter les échanges entre États membres de manière sensible. Elle a retenu, à cet égard, que les pratiques avaient été mises en œuvre par les principaux opérateurs du secteur et couvraient l'ensemble du territoire national. Afin d'apprécier le caractère sensible de cette affectation, l'Autorité s'est fondée sur la circonstance que les trois fabricants concernés par les pratiques représentaient ensemble, à l'époque des faits, la majeure partie de l'offre d'aliments pour chiens et chats sur le marché français.

Dans la décision **12-D-16**, l'Autorité a accepté les engagements pris par la société Presstalis afin de répondre à des préoccupations de concurrence relatives à l'existence d'une éventuelle situation de dépendance économique des dépositaires de presse à son égard. L'Autorité a considéré que les éventuelles pratiques en cause étaient susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres dans la mesure où Presstalis est susceptible de détenir une position dominante sur le marché de la presse au numéro, de dimension nationale. Elle a précisé que les stipulations contractuelles en cause comportaient certaines ambiguïtés de nature à dissuader les dépositaires indépendants vis-à-vis des messageries sur le marché de la distribution de la presse et les marchés connexes de la cession des dépôts, et qu'il ne pouvait par ailleurs être exclu que Presstalis ait le moyen de favoriser ses propres dépôts, voire d'interdire l'accès au marché des concurrents.

Dans la décision **12-D-18**³², l'Autorité a accepté les engagements pris par la société France Télécom afin de répondre aux préoccupations de concurrence relatives à l'existence d'éventuelles pratiques de ciseau tarifaire dénoncées par un concurrent concernant les prestations d'accès aux abonnés d'Orange dans le cadre des contrats liés avec des PSI. L'Autorité a considéré que ces pratiques étaient susceptibles d'affecter le commerce entre États membres dans la mesure où, d'une part, elles couvraient l'ensemble du territoire français – partie substantielle du marché commun – et, d'autre part, les entreprises susceptibles d'être lésées étaient d'envergure européenne. Quant au caractère sensible de cette affectation, l'Autorité a relevé, en s'appuyant sur le point 96 des lignes directrices de la Commission européenne précitées, qu'une pratique abusive qui rend plus difficile l'entrée sur le marché national, comme en l'espèce, était à considérer comme affectant sensiblement le commerce.

31. Un recours a été formé contre cette décision.

32. Un recours a été formé contre cette décision.

Dans la décision **12-D-23**³³, l'Autorité a conclu que les pratiques en cause – qui consistaient en une interdiction absolue de vente par Internet imposée aux membres du réseau de distribution sélective de matériels hi-fi et home cinema de la société Bang & Olufsen – étaient susceptibles d'affecter les échanges entre États membres de manière sensible. En premier lieu, elle a relevé que plusieurs des distributeurs agréés sont implantés dans des départements frontaliers avec l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne et l'Italie. En deuxième lieu, à la lumière des lignes directrices de 2000 de la Commission européenne sur les restrictions verticales (communication n° 2000/C 291/01) et de la jurisprudence de la cour d'appel de Paris (CA Paris, 16 octobre 2007, Bijourama, n° 2006/17900), l'Autorité a souligné que la pratique en cause concernait la vente par Internet, qui constitue une modalité de commerce par nature propice au commerce transfrontalier. Enfin, cette pratique affectait le commerce de manière sensible eu égard à la position importante qu'occupe l'entreprise sur le secteur concerné.

Dans la décision **12-D-24**³⁴, l'Autorité a conclu que les pratiques en cause, qui consistaient en des pratiques tarifaires abusives (ciseau et différenciation tarifaires) sur le marché de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine, étaient susceptibles d'affecter le commerce entre États membres de manière sensible. Après avoir rappelé que la Commission européenne avait elle-même déjà conclu à une telle affectation sensible dans plusieurs affaires relatives à des pratiques aux effets similaires mises en œuvre par des opérateurs de télécommunications dominants sur le territoire d'un seul État membre (voir le paragraphe 330), l'Autorité a constaté que les services en cause faisaient l'objet d'échanges entre États membres, que les pratiques étaient susceptibles d'entraver l'entrée ou l'expansion d'acteurs sur le marché national qui constituait une partie substantielle du marché commun et enfin que les entreprises susceptibles d'être lésées étaient d'envergure au moins européenne. Elle a, à cet égard, relevé qu'elles avaient été mises en œuvre par deux des plus importants opérateurs de téléphone mobile de détail en France.

Dans la décision **12-D-25**³⁵, l'Autorité a conclu que les pratiques abusives mises en œuvre sur le marché du transport ferroviaire de marchandises par train massif et sur les marchés des cours de marchandises étaient susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. Elle a premièrement relevé l'existence d'échanges entre États membres portant sur les services de fret ferroviaire notamment depuis l'ouverture à la concurrence de ces services en janvier 2006. Elle a également considéré que ces pratiques étaient susceptibles d'affecter les échanges eu égard à leur dimension nationale; le caractère sensible de cette affectation sur le marché du transport ferroviaire de marchandise par train massif résultait notamment de la part de marché très importante détenue par la SNCF au niveau national. En outre, l'Autorité a souligné les effets potentiels de ces pratiques, qui étaient susceptibles de renforcer le cloisonnement du marché français du fret ferroviaire en

33. Un recours a été formé contre cette décision.

34. Un recours a été formé contre cette décision.

35. Un recours a été formé contre cette décision.

empêchant ou entravant l'entrée ou le développement d'entreprises concurrentes, notamment originaires d'autres États membres.

La prescription

Aux termes des dispositions de l'article L. 462-7 du Code de commerce, dans sa rédaction applicable jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 novembre 2004, « *le Conseil ne peut être saisi de faits remontant à plus de trois ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction* ».

L'article L. 462-7, dans sa rédaction issue de l'ordonnance 2004-1173 du 4 novembre 2004, a porté à cinq ans ce délai de prescription, disposant que : « *L'Autorité ne peut être saisie de faits remontant à plus de cinq ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction.* »

L'alinéa 3 du même article dispose que, « *toutefois, la prescription est acquise en toute hypothèse lorsqu'un délai de dix ans à compter de la cessation de la pratique anticoncurrentielle s'est écoulé sans que l'Autorité de la concurrence ait statué sur celle-ci.* »

Les pratiques continues

Dans la décision **12-D-08**³⁶, l'Autorité a rappelé que, dans le cas d'une infraction continue, le délai de prescription ne commence à courir qu'au jour où l'infraction a pris fin.

En l'espèce, l'Autorité a écarté la prescription décennale des faits reprochés, prévue à l'article L. 462-7, alinéa 3 du Code de commerce, dans la mesure où, notamment, certaines des pratiques en cause avaient toujours cours au jour où l'Autorité a été conduite à statuer.

Le régime de prescription applicable au défaut de notification d'une opération de concentration réalisée

Dans la décision **12-D-12**, l'Autorité a considéré qu'en l'absence de dispositions expresses portant sur l'existence d'une prescription spécifiquement applicable aux faits visés par le I de l'article L. 430-8 du Code de commerce, qui ne pouvaient pas pour autant être considérés comme imprescriptibles, il convenait d'appliquer le régime de la prescription quinquennale prévue par le I de l'article L. 462-7 du Code de commerce. L'Autorité est parvenue à cette conclusion en relevant que cette disposition avait été codifiée dans le titre relatif à « *l'Autorité de la concurrence* », et non dans celui propre au seul contrôle des pratiques anticoncurrentielles, et que son libellé ne contenait aucun élément dont il devrait être déduit qu'il se limite aux seuls faits appréhendés au regard des règles relatives aux pratiques anticoncurrentielles. Enfin, l'Autorité a considéré qu'en présence d'un défaut de notification, la prescription commence à courir au jour où se matérialise le changement de contrôle.

36. Un recours a été formé contre cette décision.

Le déroulement de la procédure

La procédure suivie devant l'Autorité

Selon une jurisprudence constante, l'Autorité de la concurrence – qui est saisie *in rem* de l'ensemble des faits et pratiques affectant le fonctionnement d'un marché et n'est pas liée par les demandes et qualifications de la partie saisissante – peut, sans avoir à se saisir d'office, retenir les pratiques révélées par les investigations auxquelles elle a procédé à la suite de sa saisine et qui, quoique non visées expressément dans celle-ci, ont le même objet ou le même effet que celles qui lui ont été dénoncées; elle peut également retenir, parmi ces pratiques, celles qui se sont poursuivies après sa saisine (voir arrêts CA Paris 22 février 2005, société JCDecaux, 30 janvier 2007, Le Foll TP, et 26 janvier 2012, Beauté Prestige International).

Dans la décision **12-D-10**³⁷, l'Autorité a rappelé ces principes pour constater que, contrairement à ce qui était soutenu, elle pouvait examiner des pratiques mises en œuvre par l'une des entreprises mises en cause sur les marchés de la vente d'aliments pour chiens et chats dans les circuits spécialisés, alors même que cette entreprise n'était pas explicitement visée par la saisine, dès lors que ces pratiques figuraient dans la notification des griefs.

L'examen de la recevabilité des mesures conservatoires

L'article R. 464-1 du Code de commerce énonce que « *la demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article L. 464-1 du Code de commerce ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond de l'Autorité de la concurrence. Elle peut être présentée à tout moment de la procédure et doit être motivée* ».

L'instruction

La notification des griefs

Dans la décision **12-D-08**³⁸, l'Autorité a écarté les moyens par lesquels les organisations de producteurs mises en cause soutenaient que le grief qui leur a été notifié était imprécis concernant leur qualité exacte, les décisions qu'elles ont prises à l'origine de l'entente et les réunions auxquelles elles ont participé, ce qui ne leur aurait pas permis de connaître l'étendue exacte de leur participation à l'entente. L'Autorité a également écarté les arguments selon lesquels elle aurait eu recours à la notion d'« *infraction complexe et continue* » dans le seul dessein de masquer l'imprécision du grief. L'Autorité a rappelé que la notification des griefs constitue un document synthétique décrivant les faits reprochés, leur qualification juridique et leur imputabilité aux entreprises destinataires. Elle a considéré, en l'espèce, que la notification des griefs était sans équivoque sur les éléments de preuve établissant l'existence des pratiques en cause, la qualité de leurs auteurs

37. Un recours a été formé contre cette décision.

38. Un recours a été formé contre cette décision.

et la nature des pratiques, et qu'elle était dès lors suffisamment précise pour permettre aux entreprises mises en cause de se défendre, ce qu'elles ont d'ailleurs fait sur chacun des griefs.

La notification du rapport à un liquidateur judiciaire

Dans la décision **12-D-08**³⁹, l'Autorité a rejeté les critiques de l'une des organisations de producteurs mises en cause qui soutenait que son liquidateur judiciaire n'avait pas été destinataire du rapport. L'Autorité a relevé que l'entreprise concernée avait omis de faire part à l'Autorité de sa mise en liquidation, laquelle était intervenue avant que la rapporteure adresse son rapport. Or, les entreprises destinataires des griefs sont tenues, en vertu de l'article L. 463-4 du Code de commerce, sous peine d'irrecevabilité, de signaler sans délai au rapporteur chargé du dossier, à tout moment de la procédure d'investigation, toute modification de leur situation juridique susceptible de modifier les conditions dans lesquelles elles sont représentées ou dans lesquelles les griefs peuvent lui être imputés.

Les droits de la défense

La durée de la procédure

L'Autorité de la concurrence rappelle fréquemment que le caractère raisonnable ou non de la durée d'une procédure doit s'apprécier au regard de l'ampleur et de la complexité de la procédure et que cette appréciation doit être faite en se référant à la durée de l'ensemble de la procédure, qui comprend également la phase non contradictoire pendant laquelle sont mis en œuvre les pouvoirs d'enquête, préalablement à la notification de griefs et donc à l'ouverture de la procédure d'instruction visée à l'article L. 463-1 du Code de commerce (voir Cass. com., 23 novembre 2010, n° 09-72.031, Beauté Prestige International).

Par ailleurs, la sanction qui s'attache à la violation de l'obligation de se prononcer dans un délai raisonnable n'est pas l'annulation de la procédure mais la réparation du préjudice résultant éventuellement du dommage subi, sous réserve toutefois que la conduite de la procédure n'ait pas irrémédiablement privé les entreprises mises en cause des moyens de se défendre, de telles circonstances devant être appréciées *in concreto* (en ce sens, notamment, CA Paris, 29 janvier 2008, Le Goff Confort SAS et CJCE, 21 septembre 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied (NFVG)). Dans son arrêt du 23 novembre 2010 précité, la Cour de cassation a exigé que soit démontrée par les parties une « atteinte personnelle, effective et irrémédiable » à leur droit de se défendre. La charge de la preuve d'une telle atteinte aux droits de la défense repose donc sur les parties en cause.

Dans la décision **12-D-08**, l'Autorité a écarté les allégations par lesquelles certaines des entreprises mises en cause se bornaient à affirmer que la durée de la procédure avait été excessive, sans invoquer de circonstances précises de nature à

39. Un recours a été formé contre cette décision.

montrer concrètement en quoi il aurait été porté une atteinte personnelle, effective et irrémédiable à leurs droits de la défense ou en quoi cette longueur excessive aurait entraîné la déperdition des preuves bien définies qui leur auraient permis de renverser les charges pesant sur elles.

Par ailleurs, l'Autorité a rappelé que, contrairement à ce que soutenaient les mises en cause, la date de début de la procédure à prendre en considération était celle ouvrant la procédure conduite par l'Autorité elle-même et non la phase préliminaire de réunion d'indices, conduite par les agents de la DGCCRF dans le cadre de leur mission de surveillance des marchés. L'Autorité en a déduit que la durée de la procédure, limitée à un peu plus de trois ans, n'apparaissait pas déraisonnable en l'espèce eu égard à l'ensemble des comportements en cause, à leur durée et au nombre d'entreprises et d'associations impliquées dans leur mise en œuvre.

L'Autorité a également rejeté l'argument des mises en cause tiré de l'impossibilité matérielle d'assurer leurs droits de la défense dans des conditions équitables en raison de l'ancienneté des faits. Elle a ainsi rejeté les allégations des requérantes selon lesquelles, d'une part, plusieurs de leurs responsables avaient changé au cours de la période en cause et, d'autre part, elles n'avaient pas conservé tous les éléments de preuve relatifs à la période couverte par l'infraction en cause, les intéressées n'expliquant pas en quoi, concrètement, ces circonstances les empêchaient de se défendre utilement. À cet égard, elle a rappelé la jurisprudence de la cour d'appel de Paris selon laquelle un tel argument n'est pas recevable dès lors que le mis en cause « *ne justifie d'aucune circonstance concrète rendant alors impossible l'audition du personnel ayant quitté l'entreprise; [il] ne donne aucune précision sur la teneur et la portée des propos que ces personnes étaient susceptibles de tenir pour lui permettre d'exercer utilement ses droits de défense* » (voir en ce sens l'arrêt Beauté Prestige International précité).

L'accès au dossier

Sur les pièces soumises au contradictoire

Dans la décision **12-D-08**⁴⁰, l'Autorité a écarté la critique d'une des sociétés mises en cause qui s'était plainte, en séance, de ne pas avoir été destinataire de certaines preuves documentaires évoquées par la rapporteure lors de la séance. L'Autorité a relevé que la société mise en cause avait été destinataire tant de la notification des griefs que du rapport, mais n'avait fait usage de la faculté qui lui était donnée de répondre qu'au stade du rapport. Elle a également constaté que la procédure d'instruction s'était appuyée uniquement sur des pièces figurant au dossier, lesquelles avaient été portées à la connaissance des parties. Celles-ci avaient par conséquent eu l'opportunité de s'exprimer sur ces pièces contradictoirement et de faire valoir leurs droits de la défense. C'est sur le fondement de ces seules pièces que l'Autorité a statué.

⁴⁰. Un recours a été formé contre cette décision.

Sur les modalités de consultation du dossier

Dans une décision **12-D-09**⁴¹, l'Autorité a écarté les allégations des sociétés mises en cause selon lesquelles leurs droits de la défense n'auraient pas été garantis en raison de difficultés particulières relatives à l'accès au dossier. Les entreprises soutenaient, en premier lieu, que l'envoi du dossier, au format CD-Rom annexé à la notification des griefs, était incomplet. Ce n'était qu'à leur demande que l'accès complet à l'ensemble du dossier, par envois successifs, leur aurait été donné. L'Autorité a rappelé qu'il est de jurisprudence constante que le droit d'accès au dossier est respecté dès lors que les parties ont pu user des facultés conférées par l'article L. 463-2 du Code de commerce et que celles-ci ont été mentionnées dans les courriers d'accompagnement de la notification des griefs et du rapport (arrêt CA Paris, 24 janvier 2006, Ordre des avocats du barreau de Marseille). S'agissant plus particulièrement des difficultés d'accès à certaines pièces résultant de la transmission du dossier sous forme de CD-Rom, l'Autorité a précisé que, conformément à la jurisprudence de la cour d'appel de Paris, la transmission du dossier sous forme électronique au stade de la notification des griefs ne constitue qu'une faculté supplémentaire offerte aux entreprises qui conservent la possibilité de venir consulter le dossier dans les locaux de l'Autorité et ne peut ainsi, en tout état de cause, pas caractériser par elle-même une atteinte au droit d'accès au dossier.

Dans la même décision, l'Autorité a rappelé que la seule circonstance de l'abondance de pièces compte tenu du nombre important d'entreprises mises en cause ne constitue pas, en tant que telle, une circonstance exceptionnelle justifiant l'octroi aux parties d'un délai supplémentaire pour consulter le dossier et produire leurs observations.

Sur l'absence de cotation de certaines pièces figurant au dossier

Dans la décision **12-D-09**, l'Autorité a rappelé que, à la différence de l'obligation qui pèse sur le juge pénal, aucune disposition ne lui impose de procéder à une cotation systématique des pièces qui figurent dans le dossier. Elle en a déduit que l'absence de cotation des pièces en cause n'était pas de nature à avoir porté atteinte aux droits de la défense des parties ni à avoir obéré la validité desdites pièces.

Sur la question de la langue employée dans certaines pièces du dossier

Dans la décision **12-D-09**, l'Autorité de la concurrence a sanctionné une entente entre meuniers allemands et français visant à limiter les importations de farine entre la France et l'Allemagne, d'une part, et deux ententes entre meuniers français visant à fixer le prix, à limiter la production et à répartir la clientèle d'acheteurs de farine en sachets, d'autre part. L'Autorité s'est notamment appuyée, pour établir l'existence de la première pratique, sur des pièces saisies par les agents du Bundeskartellamt, lors d'opérations de visites et saisies réalisées en Allemagne.

41. Un recours a été formé contre cette décision.

L'Autorité a rejeté les allégations de certaines des entreprises mises en cause relatives à la violation de leurs droits de la défense résultant de la présence au dossier de pièces en langue allemande, non accompagnées de traductions, versées après l'envoi de la notification des griefs. Il était soutenu que l'absence de traduction ne leur avait pas permis d'exercer leurs droits de la défense, en violation de l'article 6, paragraphe 3, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après la «CESDH») et de l'article 26 du règlement intérieur de l'Autorité.

Concernant les pièces en cause, l'Autorité a souligné qu'il ressort de la jurisprudence de la cour d'appel de Paris qu'il n'est pas exigé que l'ensemble des pièces versées au dossier de l'Autorité soit accompagné d'une traduction tant que les parties y ont accès dans les conditions prévues par la loi. En l'espèce, l'Autorité a considéré qu'il n'avait pas été porté atteinte aux droits de la défense des parties dans la mesure où les seules pièces en allemand figurant au dossier non accompagnées de traductions ou de résumés en français étaient issues de la demande de clémence et ne venaient pas au soutien de la démonstration des griefs par les rapporteurs. Elle a ajouté que les pièces en allemand communiquées par le Bundeskartellamt (procès-verbaux d'auditions de meuniers allemands), qui, elles, venaient en revanche au soutien des analyses avancées dans la notification des griefs ou dans le rapport, étaient accompagnées de résumés en français ou traduites *in extenso* en français.

L'Autorité a également rejeté les allégations par lesquelles deux des entreprises mises en cause, dont le siège social était situé en Allemagne, soutenaient que leurs droits de la défense avaient été violés dès lors que la notification des griefs leur avait été adressée uniquement en français.

L'Autorité a considéré que, dans la mesure où la décision n'intervenait pas au terme d'une procédure pénale proprement dite et ne visait pas des personnes physiques, mais des personnes morales disposant en règle générale de ressources plus importantes pour assurer leur défense, elle ne méconnaissait pas les exigences de l'article 6, paragraphe 3, alinéa a) de la CESDH dès lors qu'elle s'était assurée que les parties possédaient suffisamment le français pour saisir la portée des accusations formulées contre elles, ce qui était le cas en l'espèce.

L'Autorité a ainsi relevé que toutes les entreprises concernées s'étaient vu adresser une notification des griefs faisant état, de façon détaillée, des reproches que les services d'instruction formulaient à leur encontre au regard des articles L. 420-1 du Code de commerce, ainsi que de l'article 101 du TFUE. Elle a également souligné que toutes les entreprises allemandes en cause avaient répondu à la notification des griefs et au rapport, en formulant parfois des observations très abondantes, témoignant de leur compréhension des reproches émis à leur encontre, sous le timbre d'un conseil qui les avait assistées dans leur rédaction. En outre, l'Autorité a relevé que toutes les entreprises concernées avaient été représentées par un conseil et accompagnées d'interprètes pour certaines d'entre elles, lors de la séance au cours de laquelle elles avaient fait part au collège de leurs observations sur les griefs qui leur avaient été notifiés.

Enfin, l'Autorité a rappelé qu'en l'espèce le délai imparti aux entreprises concernées pour répondre à la notification des griefs avait été prorogé précisément pour leur permettre d'effectuer des travaux de traduction de certaines pièces si elles le jugeaient pertinent.

Sur le versement de nouvelles pièces après la notification des griefs

Dans la décision **12-D-09**⁴², l'Autorité a considéré qu'aucune violation des droits de la défense ne résultait du versement de nouvelles pièces au dossier après la notification des griefs. L'Autorité a rappelé que si la phase contradictoire de la procédure prévue par l'article L. 463-1 du Code de commerce s'ouvre avec l'envoi de la notification des griefs, cela ne préjuge en rien de la possibilité pour les services d'instruction de verser de nouvelles pièces au dossier, postérieurement à cet envoi. S'agissant de pièces soumises par les services d'instruction aux parties postérieurement à une première notification des griefs, la cour d'appel de Paris a également jugé que leur versement au dossier ne contrevient pas aux droits de la défense si toutes les parties intéressées ont été en mesure de consulter le dossier et de présenter leurs observations à ce sujet. En l'espèce, le Bundeskartellamt a transmis à l'Autorité, en vertu de l'article 12, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003, des pièces saisies en Allemagne. L'Autorité a relevé que ces pièces n'incriminaient aucune nouvelle pratique, et ne venaient pas modifier les griefs en eux-mêmes. Par ailleurs ces pièces avaient été portées à la connaissance des parties en temps utile, celles-ci ayant disposé du délai de deux mois pour présenter des observations à leur sujet, conformément aux dispositions de l'article L. 463-2 du Code de commerce.

Sur l'utilisation de pièces transmises par une autre autorité nationale de la concurrence membre du réseau européen

Dans la décision **12-D-09**, l'Autorité a rejeté les allégations selon lesquelles les pièces transmises par le Bundeskartellamt l'avaient été en contravention avec les principes indiqués au point 28 de la communication n° 2004/C 101/03 de la Commission européenne du 27 avril 2004 relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence. L'Autorité a en effet relevé qu'une communication portant sur une question de procédure n'est pas contraignante pour les autorités compétentes des États membres, comme l'a relevé la Cour de justice s'agissant de la communication sur le Réseau (CJUE, 14 septembre 2011, Pfeleiderer/Bundeskartellamt, C-360/09, non encore publié au recueil, point 21). Elle en a déduit que c'est au regard des seules exigences posées par l'article 12 du règlement n° 1/2003 que devait s'apprécier la possibilité pour l'Autorité d'utiliser comme éléments de preuve les pièces communiquées par le Bundeskartellamt. En vertu de cette disposition, l'Autorité est en mesure d'utiliser tout élément de droit ou de fait – y compris des informations confidentielles – communiqué par une autorité de concurrence d'un autre État membre comme élément de preuve, en particulier pour fonder un constat d'infraction. L'Autorité a rappelé que les deux conditions

42. Un recours a été formé contre cette décision.

posées par cette disposition étaient remplies en l'espèce : les règles de concurrence de l'Union (article 101 ou 102 du TFUE) étaient applicables, d'une part, et les éléments de droit ou de fait utilisés par l'Autorité avaient bien le même objet que celui pour lequel ils avaient été collectés par le Bundeskartellamt, d'autre part.

Sur la nécessité pour les services d'instruction d'auditionner les entreprises mises en cause

Dans la décision **12-D-09**⁴³, l'Autorité a rejeté les arguments par lesquels certains des meuniers allemands mis en cause soutenaient que la circonstance qu'ils n'aient pas été entendus dans le cadre d'auditions lors de l'instruction constituait une atteinte à leurs droits de la défense ainsi qu'au principe du contradictoire. L'Autorité a rappelé que le rapporteur n'est pas tenu de procéder à des auditions s'il s'estime suffisamment informé pour déterminer les griefs susceptibles d'être notifiés et que l'absence d'audition d'entreprises mises en cause au cours de l'instruction, avant ou après l'envoi de la notification des griefs, n'entache pas d'irrégularité la procédure devant l'Autorité.

Dans une décision **12-D-11**⁴⁴, l'Autorité a de nouveau rappelé le principe selon lequel l'opportunité de procéder à l'audition de personnes intéressées est laissée à l'appréciation du rapporteur, précisant que ce principe s'applique invariablement, que l'Autorité rende une décision de sanction ou de non-lieu.

Le principe d'impartialité, de loyauté et l'instruction à charge et à décharge

Dans une décision **12-D-11**, l'Autorité a rejeté les critiques de la société saisissante qui alléguait que l'instruction avait été partielle, le rapporteur s'étant abstenu de prendre en compte des éléments à décharge. Elle a rappelé qu'il ressort de la jurisprudence de la cour d'appel de Paris que l'appréciation de la partialité de l'instruction ne saurait résulter de la seule circonstance que le rapporteur n'a pas tenu compte, dans sa notification des griefs, d'éléments qui, selon les parties, viendraient au soutien de leur défense dès lors que les intéressées ont pu, comme en l'espèce, en faire état dans la discussion sur le bien-fondé des griefs en présentant toutes les observations et toutes les pièces qui leur paraissaient utiles à leur défense.

Le secret des affaires

Dans la décision **12-D-09**, l'Autorité a écarté l'argumentation de certaines entreprises mises en cause qui soutenaient que les décisions ordonnant le déclassement de certaines pièces classées en annexes confidentielles étaient irrégulières, ce qui devait entraîner la nullité de la procédure.

L'Autorité a aussi rappelé qu'en tout état de cause la sanction qui s'attache à la divulgation d'informations couvertes par le secret des affaires n'est pas la nullité de la procédure – sauf s'il en résulte une atteinte irrémédiable et concrète aux droits

43. Un recours a été formé contre cette décision.

44. Un recours a été formé contre cette décision.

de la défense, la charge de la preuve appartenant à l'entreprise qui s'en plaint – mais le versement éventuel d'une indemnité réparatrice dans le cas où la communication de tels documents aurait créé un préjudice direct et certain aux entreprises. En l'espèce, l'Autorité a constaté qu'au vu des documents produits, l'absence de déclassement des éléments en cause, par ailleurs couverts par l'engagement de confidentialité toujours en vigueur, aurait conduit à vider le débat contradictoire d'une grande partie de sa substance; ainsi a-t-elle finalement estimé que les décisions de déclassement étaient proportionnées aux nécessités de l'instruction et que, en tout état de cause, les parties n'exposaient nullement en quoi la violation alléguée du secret des affaires aurait porté atteinte à leurs droits de la défense.

Les ententes

Les concours de volontés

Ainsi que l'écrivait la Commission de la concurrence, dans son rapport annuel pour 1980 (p. 223) : « *Toutes les ententes supposent un concours de volonté, quelle que soit la forme de cet accord [...]; la démonstration ou la conviction qu'il y a ou qu'il y a eu un concours de volontés des personnes physiques ou morales juridiquement et économiquement distinctes est une condition absolue de toute incrimination*⁴⁵. »

Deux éléments sont donc nécessaires pour démontrer l'existence d'une entente :

- l'existence de volontés indépendantes est un préalable nécessaire, ce qui recouvre l'indépendance des volontés entre elles et de chaque volonté prise isolément;
- l'existence d'un concours de volontés.

L'existence de volontés indépendantes

- le concours de volontés suppose l'existence d'au moins deux volontés;
- il se noue entre personnes « *juridiquement et économiquement distinctes* »;
- il doit avoir été librement consenti.

Le concours de volontés suppose au moins deux volontés, émanant d'«entreprises»

La nature des sujets du droit de la concurrence n'est pas définie en droit interne. En effet, alors que l'article 101 du TFUE (anciennement article 81 CE) vise expressément les « *accords entre entreprises* », l'article L. 420-1 du Code de commerce ne précise pas entre quelles parties se noue l'action concertée, la convention, l'entente expresse ou tacite ou la coalition.

Le sujet du droit de la concurrence est cependant, en droit interne aussi bien qu'en droit de l'Union, l'entreprise. Cette notion est essentiellement fonctionnelle et économique; elle n'est pas juridique. La Cour de justice de l'Union européenne, dans un arrêt du 23 avril 1991, Höfner et Elser (C-41/90), la définit ainsi : « [...] *toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de*

45. Soulignement ajouté.

cette entreprise et de son mode de financement». Or, « *constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné [...]* » (CJCE, 18 juin 1998, Commission/Italie, C-35/96, Rec. p. I-3851, point 36) ou encore toute « *activité à but lucratif ou non, qui implique des échanges économiques* » (Commission, Coupe du monde de football 1998, n° 2000/12/CE, 20 juillet 1999).

Afin de caractériser la participation à l'entente des organismes et entreprises mis en cause, il a été fait application du standard de preuve déjà rappelé concernant les concertations se déroulant au cours de réunions tenues dans le cadre statutaire d'une organisation professionnelle⁴⁶. La participation à une seule réunion tenue dans un tel cadre est insuffisante pour démontrer l'adhésion d'une entreprise à l'entente, cette adhésion étant en revanche démontrée, notamment, si l'entreprise en cause donne son accord exprès à l'entente de prix, si elle diffuse des consignes arrêtées lors de la réunion ou encore si elle participe à une autre réunion ayant le même objet anticoncurrentiel. Tel était notamment le cas des organisations de production qui avaient participé à au moins deux réunions à caractère anticoncurrentiel des organismes collectifs auxquels elles appartenaient et appliqué les décisions prises au cours de ces réunions.

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

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

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

Par ailleurs, les entreprises faisant partie d'un même groupe (b) ou les entreprises liées par un contrat d'agence ne sont pas économiquement et juridiquement indépendantes⁴⁷. Leurs accords ne sont donc pas issus de la rencontre de volontés indépendantes et ne peuvent relever du droit des ententes.

De même, lorsque les parties sont liées par des relations contractuelles impliquant certains liens de subordination d'une partie par rapport à l'autre, leurs accords ne relèvent pas du droit des ententes.

Le rôle des organisations et associations professionnelles

Certaines actions, en apparence unilatérales, révèlent, en réalité, une entente. Tel est le cas des pratiques commises par les syndicats, les groupements ou les ordres professionnels.

46. Décision 07-D-48, confirmée par CA Paris, 25 février 2009, société Transeuro Desbordes Worldwide Relocations SAS, et Cass. Com., 7 avril 2010, n° C09-13.838.

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

Bien qu'émanant en apparence d'une seule personne morale et revêtant un caractère d'unilatéralité, les pratiques mises en œuvre par des syndicats, des ordres professionnels ou associations sont considérées comme constituant en réalité des concours de volontés entre leurs membres, comme le rappelle l'arrêt de la Cour de cassation du 16 mai 2000 (Ordre national des pharmaciens) : « *un ordre professionnel représente la collectivité de ses membres et [...] une pratique susceptible d'avoir un objet ou un effet anticoncurrentiel mise en œuvre par un tel organisme révèle nécessairement une entente, au sens de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, entre ses membres* ».

En droit de l'Union, ces entités sont qualifiées d'« *associations d'entreprises* » et elles constituent, au côté des « *accords* » et des « *pratiques concertées* », l'une des trois formes que peut revêtir le concours de volontés, selon l'article 81 du Traité CE (article 101 TFUE).

Dès lors qu'ils sortent de leur rôle de défense des intérêts dont ils ont la charge et adoptent un comportement anticoncurrentiel, ces organismes accomplissent des actes d'ententes.

Par exemple, lorsqu'un ordre professionnel, sortant de la mission de service public qui lui est conférée en tant qu'ordre professionnel, adresse à des tiers un courrier ou une note dans lequel il se livre à une interprétation inexacte de la législation applicable à son activité économique, de nature à exclure certains opérateurs du marché concerné, il intervient dans une activité de services entrant dans le champ d'application de l'article L. 410-1 du Code de commerce et se rend responsable d'une entente anticoncurrentielle.

Les accords intragroupes

Aux fins de l'application des règles de la concurrence, la séparation formelle entre deux sociétés, résultant de leur personnalité juridique distincte, n'est pas déterminante. Ce qui importe, c'est l'unité ou non de leur comportement sur le marché. Si deux sociétés ayant des personnalités juridiques distinctes forment ou relèvent d'une seule et même entreprise ou entité économique qui déploie un comportement unique sur le marché, les accords conclus entre elles ne constituent pas des ententes illicites, dès lors qu'elles ne disposent pas d'autonomie commerciale (voir, en ce sens, CJCE, 14 juillet 1972, ICI/Commission, 48/69, Rec. p. 619, point 140).

L'entente ne pourra exister qu'entre entreprises autonomes au sens du droit de la concurrence. Les accords intragroupes entre une maison mère et sa filiale ne relèveront donc du droit des ententes que si la filiale est autonome.

Toutefois, ce principe d'immunité des accords intragroupes connaît, comme le rappelle une jurisprudence bien établie, une exception dans le domaine des marchés publics.

En effet, comme l'a expliqué le Conseil de la concurrence dans sa décision 06-D-26 du 15 septembre 2006 relative à la saisine des sociétés Lamy Moto et Moto Ouest à l'encontre des sociétés Yamaha Motor France et MBK, les mécanismes de concurrence à l'œuvre dans les procédures d'appel d'offres public ne sont pas les mêmes

que ceux d'un marché classique de biens de consommation : « [...] lors des procédures d'appel d'offres public, le mécanisme de formation des prix recherché et les règles de choix de l'acheteur public supposent en eux-mêmes, à l'égard de la prestation particulière qui est demandée, l'indépendance des offreurs qui formulent des offres distinctes et l'incertitude quant aux offres qui seront déposées. Dans ce contexte, sauf à ce que deux entreprises du même groupe constituent officiellement vis-à-vis du donneur d'ordres un groupement ou annoncent une sous-traitance entre elles, la formulation d'offres distinctes par de telles entreprises exige l'indépendance totale de l'élaboration de leurs offres, faute de quoi le mécanisme de formation du prix, ainsi que l'application de ces règles de choix sont nécessairement perturbés, que le donneur d'ordres ait été ou non informé de l'absence d'indépendance des offres en cause. Il y a alors coordination d'offres qui ont vocation à être élaborées de manière indépendante spécifiquement pour répondre à la demande particulière préalablement exprimée. La concurrence est faussée. En revanche, dans le cas d'un marché classique d'un bien de consommation, la coordination d'offres distinctes d'entreprises appartenant au même groupe et l'absence éventuelle de connaissance, par l'acheteur, de cette coordination ne perturbent normalement pas le mécanisme de formation des prix et le libre choix de l'acheteur entre des offres existant préalablement à la manifestation de son propre besoin. Les prix et le choix résultent alors simplement du degré de compétition sur le marché, de la capacité des produits offerts à satisfaire les acheteurs et donc de la confrontation au jour le jour de l'offre et de la demande. Dans ce cadre, le consommateur arbitre en comparant les produits substituables et s'il ne choisit pas le moins cher, c'est qu'il valorise d'autres caractéristiques, comme l'image de marque. Un groupe mènera ainsi une politique de deux marques concurrentes tant qu'elle lui permettra de maximiser son profit, c'est-à-dire tant que des consommateurs en nombre suffisant seront prêts à acheter des produits de l'une des deux marques, plutôt que de se reporter sur d'autres. Le fait que l'acheteur ne sache pas que deux marques relèvent d'un même groupe d'entreprises ne fausse pas la concurrence dans ces circonstances. Pour ces raisons, l'obligation qui pèse sur des entreprises d'élaborer de manière indépendante des offres distinctes dans le cas d'un appel d'offres public, sauf à annoncer la constitution d'un groupement ou d'une sous-traitance pour l'occasion, ne s'impose pas sur un marché classique de biens de consommation ».

Le Conseil de la concurrence a clarifié à plusieurs reprises les conditions dans lesquelles des entreprises appartenant à un même groupe peuvent soumissionner à un appel d'offres.

Selon une jurisprudence constante, les dispositions prohibant les ententes illicites ne s'appliquent pas aux accords intragroupes, dès lors que les filiales ne disposent pas d'une autonomie commerciale.

Le Conseil et, à sa suite, l'Autorité, en ont tiré trois conséquences :

- il est possible pour des entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers, mais disposant d'une autonomie commerciale, de présenter des offres distinctes et concurrentes, à la condition de ne pas se concerter avant le dépôt des offres ;
- il est possible pour des entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers, mais disposant d'une autonomie commerciale, de renoncer, généralement

ou ponctuellement, à cette autonomie commerciale à l'occasion d'une mise en concurrence et de se concerter, pour décider quelle sera l'entreprise qui déposera une offre ou pour établir cette offre, à la condition de ne déposer qu'une seule offre ;

- en revanche, si de telles entreprises déposent plusieurs offres, la pluralité de ces offres manifeste l'autonomie commerciale des entreprises qui les présentent et l'indépendance de ces offres. Mais si ces offres multiples ont été établies en concertation, ou après que les entreprises ont communiqué entre elles, ces offres ne sont plus indépendantes. Dès lors, les présenter comme telles trompe le responsable du marché sur la nature, la portée, l'étendue ou l'intensité de la concurrence et cette pratique a, en conséquence, un objet ou, potentiellement, un effet anticoncurrentiel. Il est, par ailleurs, sans incidence sur la qualification de cette pratique que le responsable du marché ait connu les liens juridiques unissant les sociétés concernées, dès lors que l'existence de tels liens n'implique pas nécessairement la concertation ou l'échange d'informations.

Le concours de volontés doit avoir été librement consenti

En droit de l'Union comme en droit interne, sont seuls visés les comportements anticoncurrentiels qui ont été adoptés par les entreprises de leur propre initiative⁴⁸. Dans un arrêt du 18 décembre 2001, Bajus, la cour d'appel de Paris a rappelé qu'« une pratique ne peut être qualifiée d'entente anticoncurrentielle que si les entreprises en cause ont librement et volontairement participé à l'action concertée, en sachant quel en était l'objet ou l'effet ».

Si un comportement anticoncurrentiel est imposé aux entreprises par une législation nationale ou si celle-ci crée un cadre juridique qui, lui-même, élimine toute possibilité de comportement concurrentiel de leur part, les articles 101 et 102 du TFUE ne leur sont pas applicables. Dans une telle situation, la restriction de concurrence ne trouve en effet pas sa cause dans les comportements autonomes des entreprises (voir TPICE, 11 décembre 2003, Transbordeurs grecs, Strintzis Line Shipping SA, T-65/99, point 119, Rec. II-5433). En revanche, ces dispositions restent applicables s'il s'avère que la législation nationale laisse subsister la possibilité d'une concurrence susceptible d'être empêchée, restreinte ou faussée par les comportements autonomes des entreprises⁴⁹. En droit interne, l'article L. 420-4, 1^{er} alinéa du Code de commerce constitue le pendant de cette jurisprudence. Il dispose : « ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 : 1) les pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire [...] ».

Les entreprises peuvent donc invoquer, dans des cas de figure strictement délimités, « l'exception tirée de l'action étatique » ou « l'autorisation de la loi », lorsqu'elles sont conduites à enfreindre le droit de la concurrence par la législation nationale

48. CJCE, 20 mars 1985, Italie/Commission, 41/83, Rec. p. 873, points 18 à 20 ; CJCE, 19 mars 1991, France/Commission, C-202/88, Rec. p. I-1223, point 55.

49. CJCE, 29 octobre 1980, Van Landewyck e. a./Commission, 209/78 à 215/78 et 218/78, Rec. p. 3125, point 126.

elle-même (voir « Les pratiques résultant d'un texte »). En pratique, cette exception est toutefois peu retenue, en droit de l'Union, comme en droit interne⁵⁰.

En revanche, une prétendue incitation, un encouragement ou encore une facilitation par la loi ou un texte réglementaire ne constituent pas des causes d'exonération des pratiques d'entente.

La forme du concours de volontés

L'entente naît de la libre expression d'une volonté commune de se comporter d'une manière déterminée sur le marché, peu importe la forme d'expression de ces volontés.

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

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

En présence d'une pratique concertée ou concertation ou entente tacite en droit interne, l'objet du concours de volontés peut se limiter à la mise en commun d'informations, sans aller jusqu'à l'adoption d'un plan.

L'accord de volontés dans le cadre d'une entreprise commune de commercialisation

Dans la décision **12-D-09**⁵¹ concernant le secteur des farines alimentaires, l'Autorité a rappelé que, pour déterminer s'il existe un accord de volontés pour des pratiques mises en œuvre par l'entremise d'une entreprise commune de commercialisation, il faut rapporter la preuve de l'adhésion des entreprises en cause aux modalités d'organisation et de fonctionnement de l'entreprise commune.

Au cas d'espèce, l'Autorité a relevé que la conjonction, pour chaque entreprise en cause, du statut d'actionnaire et de commettant de France Farine permettait de considérer qu'elle adhérait aux modalités d'organisation et de fonctionnement de France Farine, en ce qui concernait toute opération touchant à sa politique commerciale et à la manière dont elle fonctionnait sur le marché. Cette conclusion a concerné l'ensemble des actionnaires de France Farine qui se sont succédé depuis 1965, non pas en cette qualité en tant que telle, mais en raison du rôle que chacun a été amené à jouer, *via* les contrats de commission, dans la détermination de la stratégie de France Farine sur le marché conformément à ses statuts.

L'Autorité a également constaté que l'exploitation des marques « Francine » et affiliées, propriétés de France Farine, reposait depuis 1984 sur des contrats de licence de marque au profit des commettants de France Farine, qui ont le droit de sous-llicencier l'exploitation de ces marques à leurs filiales s'ils le jugent opportun. Ces

50. CJCE, 10 décembre 1985, Stichting Sigarettenindustrie e. a./Commission, 240/82 à 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 et 269/82, Rec. p. 3831, points 27 à 29.

51. Un recours a été formé contre cette décision.

contrats de licence organisent, entre autres, l'exploitation territoriale des marques en fonction de zones géographiques exclusives ou partagées (dans la limite de deux commettants), annexées à chaque contrat de licence de marque. L'adhésion au système de répartition géographique visant à exploiter les marques de France Farine résultait de la signature du contrat de licence de marque, ou du contrat de sous-licence associé.

À la différence des autres entreprises visées, Grands Moulins de Strasbourg n'était pas actionnaire de France Farine, ni liée à elle par un contrat de commission. L'Autorité a donc considéré que l'adhésion de Grands Moulins de Strasbourg à l'accord n'était susceptible d'être caractérisée que dans la mesure où des indices, autres que la qualité d'actionnaire combinée à celle de commettant, permettaient d'en rapporter la preuve.

En l'espèce, l'Autorité a relevé que la société mère de Grands Moulins de Strasbourg détenait 12,5 % du capital de France Farine. Or, c'est en s'appuyant sur cet élément que Grands Moulins de Strasbourg – qui est active dans le secteur de la farine en sachets contrairement à sa société mère – s'était, en pratique, présentée comme jouissant d'une situation analogue à celle d'un actionnaire commettant, notamment auprès des autres actionnaires commettants de France Farine. De son côté, France Farine considérait elle-même que Grands Moulins de Strasbourg était le titulaire du contrat de commission qui la liait au groupe GMS. Ensuite, la personne physique représentant le groupe GMS au sein des structures de contrôle ou d'organisation de France Farine était explicitement identifiée comme étant le représentant de l'entreprise Grands Moulins de Strasbourg. Enfin, Grands Moulins de Strasbourg était le titulaire en propre d'un contrat de sous-licence lui permettant d'exploiter les marques de France Farine.

L'Autorité en a conclu que l'ensemble de ces éléments constituait un faisceau d'indices démontrant que, sans être formellement actionnaire ou commettant de France Farine, Grands Moulins de Strasbourg avait participé directement au fonctionnement de France Farine.

Les différentes restrictions de concurrence

Le 1^o de l'article 101 TFUE réprime « *tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à :*

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction ;*
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements ;*
- c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ;*
- d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;*

e) *subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats*».

L'article L. 420-1 du Code de commerce prohibe de façon analogue le fait : « *même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :*

- 1° *limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises;*
- 2° *faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse;*
- 3° *limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique;*
- 4° *répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement*».

Selon qu'elles sont nouées ou non entre des entreprises situées au même niveau de la chaîne commerciale, les ententes revêtent la qualité d'ententes horizontales ou verticales, et sont sanctionnées sauf à être couvertes par la règle dite « *de minimis* ».

La règle de *minimis*

Conformément aux dispositions du TFUE et à la jurisprudence de l'Union, les restrictions qui n'affectent le marché que de façon insignifiante, compte tenu de la faible position qu'y occupent les entreprises, ne relèvent pas de l'interdiction posée au paragraphe 1 de l'article 101 TFUE. La communication de la Commission européenne concernant les accords d'importance mineure (*de minimis*)⁵² définit des seuils en deçà desquels les atteintes à la concurrence sont considérées comme insignifiantes et que la Commission européenne s'engage pour ce motif à ne pas poursuivre. Ce texte de « *soft law* » peut constituer un guide d'analyse utile pour les autorités nationales de concurrence, bien qu'il ne les lie pas, chacune d'entre elles pouvant avoir sa propre politique de poursuite. Sont considérés comme étant dépourvus de caractère sensible les accords conclus par des entreprises dont la part de marché ne dépasse pas 10 % (entre concurrents) ou 15 % (entre non-concurrents) sur aucun des marchés affectés par l'accord. Ces exonérations ne s'appliquent pas aux restrictions flagrantes (clauses noires), c'est-à-dire celles qui ont pour objet : « *la fixation des prix pour la vente des produits aux tiers, la limitation de la production ou des ventes, la répartition des marchés ou des clients* ».

En droit interne, l'article L. 464-6-1 du Code de commerce, inspiré du droit de l'Union, donne à l'Autorité la faculté de prononcer un non-lieu :

- lorsqu'un seuil de 10 % n'est pas dépassé, s'agissant d'un accord entre entreprises concurrentes sur un même marché,

52. Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81 du Traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*), JOCE, 22 décembre 2001, n° C 368/13.

– lorsqu'un seuil de 15 % n'est pas dépassé, s'agissant d'un accord entre entreprises qui ne sont pas concurrentes sur un même marché, et ce sauf restrictions flagrantes énumérées à l'article L. 464-6-2 du Code de commerce (identiques aux restrictions flagrantes au sein de l'Union).

Le non-dépassement de ces seuils n'exclut pas la possibilité pour l'Autorité de constater l'existence d'une infraction au regard du droit tant interne que de l'Union, si d'autres éléments de nature notamment qualitative attestent le caractère sensible des pratiques en cause.

En 2012, l'Autorité n'a pas eu à faire application de cette règle.

Les ententes horizontales

Les ententes horizontales peuvent revêtir des formes très diverses, telles que, par exemple, des ententes de prix ou de marges entre entreprises concurrentes, des fixations de barèmes de prix par des organismes professionnels, des échanges d'informations avant le dépôt d'offres dans le cadre d'appel à la concurrence, des concertations entre entreprises dans le but d'entraver l'accès au marché de nouveaux concurrents.

Les concertations ou ententes à l'occasion d'appels d'offres publics

Le Conseil et à sa suite l'Autorité ont rappelé à plusieurs reprises leur pratique décisionnelle en la matière.

« À de multiples reprises le Conseil de la concurrence a rappelé, en matière de marchés publics sur appels d'offres, qu'il est établi que des entreprises ont conclu une entente anti-concurrentielle dès lors que la preuve est rapportée, soit qu'elles sont convenues de coordonner leurs offres, soit qu'elles ont échangé des informations antérieurement à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être (voir notamment les décisions 03-D-10 du 20 février 2003 relative à des pratiques constatées lors d'un appel d'offres lancé par le Port autonome de Marseille et 03-D-19 du 15 avril 2003 relative à des pratiques relevées sur le marché des granulats dans le département de l'Ardèche). Ces pratiques peuvent avoir pour objet de fixer les niveaux de prix auxquels seront faites les soumissions, voire même de désigner à l'avance le futur titulaire du marché, en le faisant apparaître comme le moins-disant. Mais de simples échanges d'informations portant sur l'existence de compétiteurs, leur nom, leur importance, leur disponibilité en personnel ou en matériel, leur intérêt ou leur absence d'intérêt pour le marché considéré, ou les prix qu'ils envisagent de proposer, altèrent également le libre jeu de la concurrence en limitant l'indépendance des offres. Alors que les maîtres d'ouvrage organisent un appel d'offres afin d'obtenir, par le jeu de la concurrence, la meilleure offre, conformément aux prescriptions du Code des marchés publics lorsqu'il s'agit d'acheteurs publics, ces pratiques ont pour effet d'élever artificiellement les prix des prestations concernées. »

« La preuve de l'existence de telles pratiques, qui sont de nature à limiter l'indépendance des offres, condition normale du jeu de la concurrence, peut résulter en particulier d'un faisceau d'indices constitué par le rapprochement de diverses pièces recueillies au cours de l'instruction, même si chacune des pièces prise isolément n'a pas un caractère

suffisamment probant (voir notamment les décisions 01-D-17 du 25 avril 2001 relative à des pratiques anticoncurrentielles dans les marchés d'électrification de la région du Havre et 01-D-20 du 4 mai 2001 relative à des pratiques relevées concernant plusieurs marchés de travaux de peinture et d'étanchéité dans le département de l'Indre-et-Loire).»

« Par ailleurs, un document régulièrement saisi, quel que soit le lieu où il l'a été, est opposable à l'entreprise qui l'a rédigé, à celle qui l'a reçu et à celles qui y sont mentionnées et peut être utilisé comme preuve d'une concertation ou d'un échange d'informations entre entreprises, le cas échéant par le rapprochement avec d'autres indices concordants (CA Paris, 18 décembre 2001, SA Bajus Transport ; Cass. com., 12 janvier 1993, société Sogea, n° 91-11.623). La preuve de l'antériorité de la concertation par rapport au dépôt de l'offre peut être déduite, à défaut de date certaine apposée sur un document, de l'analyse de son contenu et du rapprochement de celui-ci avec des éléments extrinsèques, et notamment avec le résultat des appels d'offres (CA Paris, 2 avril 1996, société Pro Gec SA).»

Ces ententes peuvent revêtir différentes formes, comme celles rappelées ci-après.

L'offre de couverture

Il s'agit du dépôt, par une entreprise soumissionnaire, d'une offre d'un montant volontairement plus élevé que l'offre de l'entreprise avec laquelle elle s'est entendue et dont l'offre devra apparaître comme la moins-disante, pour être déclarée attributaire du marché.

Sauf exception (les offres de principe), aucune entreprise soumissionnaire n'a, *a priori*, intérêt à se voir évincer d'un marché particulier et donc à accepter d'y présenter une offre de couverture. Dans les secteurs où un nombre restreint de groupes ou d'entreprises sont appelés à se retrouver fréquemment en situation de concurrence pour l'attribution de marchés publics (de même nature ou concernant des prestations connexes), le comportement de l'entreprise déposant une offre de couverture peut s'expliquer par les compensations qu'elle espère pouvoir obtenir pour des marchés ultérieurs et qui pourront prendre la forme d'offres de couverture en sa faveur.

Ainsi, le dépôt d'offres de couverture sur un marché particulier a deux effets. D'une part, il fausse le jeu de la concurrence sur le marché considéré et est, par là même, prohibé par les dispositions sur les ententes restrictives de concurrence ; d'autre part, il porte en germe une altération du jeu de la concurrence lors d'autres appels d'offres. Il est certes possible que les contreparties espérées ne se matérialisent pas ou qu'elles ne puissent pas être établies par une instruction devant l'Autorité parce que le marché sur lequel elles pourront se manifester n'est pas immédiatement déterminé ou parce qu'il ne fait pas partie du champ de la saisine. Il n'en reste pas moins que le dépôt d'une offre de couverture a, en tout état de cause, un objet et un effet anticoncurrentiels immédiats sur le fonctionnement du marché sur lequel il est observé.

Cette analyse a été confirmée par la cour d'appel qui, dans un arrêt du 27 février 1998, SA S. C. R., a jugé que « *la pratique des offres de couverture en matière de soumission à des marchés publics [...] est en soi, anticoncurrentielle par son objet* ».

Les accords de partage de marchés

Dans la décision **12-D-06** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des agrégats et des marchés aval à Saint-Pierre-et-Miquelon, l'Autorité a condamné le GIE « Exploitation des carrières » et ses membres ainsi que la société SSPT, pour avoir convenu d'une répartition de chiffres d'affaires s'agissant de la fourniture d'agrégats transformés au GIE et des travaux effectués en sous-traitance du GIE.

Les réponses en groupements

Le Conseil puis l'Autorité ont rappelé à de multiples reprises que la constitution, par des entreprises indépendantes et concurrentes, de groupements, en vue de répondre à un appel d'offres, n'est pas illicite en soi. De tels groupements peuvent avoir un effet proconcurrentiel s'ils permettent à des entreprises, ainsi regroupées, de concourir, alors qu'elles n'auraient pas été en état de le faire isolément, ou de concourir sur la base d'une offre plus compétitive. Ils peuvent, à l'inverse, avoir un effet anticoncurrentiel s'ils provoquent une diminution artificielle du nombre d'entreprises candidates ou dissimulent une entente anticoncurrentielle de prix ou de répartition des marchés. Si l'absence de nécessité technique et économique de nature à justifier ces groupements peut faire présumer leur caractère anticoncurrentiel, elle ne suffit pas à apporter la preuve d'un tel caractère.

Dans la décision **12-D-06**, l'Autorité a condamné le GIE « Exploitation des carrières » et ses membres pour avoir convenu de présenter systématiquement la candidature unique du GIE sur les marchés publics d'enrobés et de travaux routiers. L'Autorité a relevé que le recours au GIE comme candidat unique ne trouvait pas sa justification dans l'importance des marchés concernés, leur technicité ou la recherche de l'optimisation des coûts mais reposait uniquement sur le choix qui avait été fait initialement de localiser l'investissement principal (la centrale à enrobés) au niveau du GIE. Dès lors, le recours au GIE comme candidat unique aux appels d'offres organisés pour attribuer les marchés publics relatifs à la fourniture d'enrobés avait pour objet d'éliminer toute concurrence par les prix entre les parties mais également de limiter le volume total des produits.

Les ententes et échanges d'informations sur les prix et marges

Dans la décision **12-D-02**⁵³, l'Autorité a sanctionné une pratique de consigne de prix mise en œuvre par le syndicat professionnel du secteur de l'ingénierie des loisirs, de la culture et du tourisme, le Géfil, et dix cabinets de conseil du secteur. Entre 2002 et 2010, cet organisme et ses membres ont élaboré et diffusé auprès des membres de la profession une fiche dénommée *Juste prix*, qui servait de référence aux propositions tarifaires déposées par les cabinets de conseil lors des appels à la concurrence lancés par les clients. L'Autorité a en outre constaté que le Géfil avait mis en place une police des prix consistant en des contrôles sur les tarifs pratiqués par ses adhérents lors des procédures d'appels d'offres, et exercé

53. Un recours a été formé contre cette décision.

des pressions ou proféré des menaces de sanctions vis-à-vis de ceux qui refusaient de s'aligner sur cette consigne de prix.

Dans la décision **12-D-06** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des agrégats et des marchés aval à Saint-Pierre-et-Miquelon, l'Autorité a condamné le GIE « Exploitation des carrières » et ses membres pour avoir fixé de façon concertée un barème commun de prix pour l'ensemble des agrégats revendus au GIE.

En effet, l'Autorité a relevé que le prix de vente des agrégats au GIE pratiqué par certains de ses membres était identique sur une longue période et se caractérisait par une parfaite stabilité entre 2003 et 2009, et que l'application de ce tarif unique concernait l'ensemble de la gamme des agrégats vendus au GIE.

L'Autorité a ainsi considéré que la fixation d'un barème commun de prix des agrégats revendus au GIE a eu pour objet d'éliminer toute concurrence par les prix entre les sociétés membres du GIE au stade de la fourniture d'agrégats transformés. Cette pratique était de nature à conduire à une rigidité et à un alignement des tarifs des prestations réalisées pour le compte du GIE par ces mêmes sociétés en aval, dans le cadre de l'exécution des marchés de travaux publics. Elle a aussi été de nature à éliminer la concurrence pour une partie substantielle de la production d'agrégats dans l'archipel.

Dans la décision **12-D-08**⁵⁴, l'Autorité a sanctionné des pratiques mises en œuvre pendant plus de quatorze ans par des producteurs d'endives ayant pour objet la fixation d'un prix minimal de vente à la production des endives. Elle a estimé que les différentes pratiques reprochées pouvaient être qualifiées d'infraction unique et continue, en ce qu'elles avaient un objectif anticoncurrentiel unique.

L'Autorité a constaté que l'ensemble des dispositifs mis en place, qui consistaient notamment en la fixation de prix *minima*, l'encadrement des offres promotionnelles, la destruction d'endives avant leur conditionnement et la mise en place d'un système d'échange d'informations sensibles, devaient être considérés, en raison de leur objectif identique, comme faisant partie d'un plan global, visant à réduire l'intensité concurrentielle sur le marché de l'endive au stade de la production et de la commercialisation.

L'Autorité a ensuite analysé chacune des composantes relevant des pratiques reprochées pour caractériser leur objet anticoncurrentiel. Pour apprécier leur licéité, elle a également vérifié si les décisions des producteurs d'endives entraient dans le champ des activités spécifiquement autorisées par la réglementation de l'Union européenne relative à l'organisation commune de marché (OCM) fruits et légumes et les dispositions de droit interne.

S'agissant de la fixation collective de prix *minima*, l'Autorité a rappelé qu'une telle pratique constitue, aux termes d'une jurisprudence constante, une restriction patente de concurrence. Si le règlement « OCM unique » autorise les organismes professionnels à « régulariser les prix à la production », l'Autorité a rappelé que, « [s] i l'objectif de régularisation des prix doit pouvoir justifier la diffusion de

54. Un recours a été formé contre cette décision.

mercuriales rendant compte de l'évolution du marché, la diffusion de prix recommandés, voire obligatoires, est une pratique dont les effets anticoncurrentiels sont incontestables» (avis 08-A-07). Elle a également rappelé que «*les associations d'organisations de producteurs dites "de gouvernance", qui n'ont pas vocation à commercialiser la production, ne doivent pas constituer des lieux de concertation sur les prix*» (avis 10-A-28). L'Autorité en a déduit que les organisations professionnelles d'endiviers et leurs membres étaient sortis des limites de leur mission pour mettre en œuvre des pratiques de fixation de prix minimal ne figurant pas parmi les pratiques autorisées au regard de la réglementation OCM et du Code rural et de la pêche maritime. S'agissant des concertations portant sur les quantités d'endives, l'Autorité a relevé que les pratiques de destruction d'endives mises en œuvre par les producteurs ne correspondaient pas à la définition des pratiques de retrait du marché autorisées et encadrées par la réglementation européenne. Le retrait, qui consiste à ne pas mettre en vente certaines quantités de produits, à certaines périodes, ne doit en effet pas servir de débouché de substitution au marché ni fausser les règles de concurrence⁵⁵. Au cas d'espèce, les producteurs avaient détruit des endives avant leur mise en vente dans le but de limiter le volume d'endives sur le marché afin d'éviter une chute des cours et de soutenir le prix minimal à la production.

Enfin, s'agissant des échanges d'informations relatives aux prix, l'Autorité a rappelé qu'il était «*uniquement admis qu'un organisme professionnel puisse diffuser des informations en matière de coûts ou de prix sous formes de mercuriales ou d'indices, c'est-à-dire des données passées, anonymes et suffisamment agrégées pour exclure l'identification d'un opérateur*» (avis 11-A-14). En l'espèce, les informations échangées par les producteurs d'endives portaient sur des prix échangés en temps réel, la confidentialité et l'anonymat des données échangées par le biais de l'outil Infocl@r n'étant par ailleurs pas assurés. L'Autorité a estimé que cet outil avait été détourné de son objectif, en étant utilisé pour mettre en place une police des prix.

Dans la décision **12-D-27** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la billetterie de spectacles, l'Autorité a sanctionné trois distributeurs de billetterie, les sociétés FNAC, Réseau France Billet et Ticketnet, pour s'être entendus entre février 2004 et décembre 2008 sur la fixation du montant des commissions versées par les organisateurs de spectacles musicaux se déroulant sur l'ensemble du territoire national.

Elle a constaté l'existence d'échanges réguliers, non contestés par les parties, entre les responsables nationaux et locaux des entreprises mises en cause, dont l'objectif était de faire obstacle à la libre concurrence par les prix, en augmentant artificiellement le montant des commissions versées par les producteurs. En outre, l'Autorité a indiqué que l'entente avait pris place dans un contexte où les producteurs ne disposaient pas de canaux alternatifs pour la distribution de leur billetterie.

L'Autorité a estimé que les pratiques en cause avaient eu un objet et des effets anticoncurrentiels tendant à entraîner une augmentation des prix publics de vente des billets de spectacles.

55. Règlement CE n° 2200/96, 28 octobre 1996, considérants 16 et 20.

Les entraves à l'accès au marché

L'accès à un groupement/sortie d'un groupement

Dans la décision **12-D-06** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des agrégats et des marchés aval à Saint-Pierre-et-Miquelon, l'Autorité a rappelé, s'agissant de la possibilité pour un GIE ayant un caractère « fermé » de réserver le statut de membres à certaines entreprises, qu'il ressort de la décision 01-D-70 du 24 octobre 2001 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la mélasse et du rhum à la Réunion « *qu'il est loisible à des entreprises de constituer entre elles des groupements et, le cas échéant, d'en limiter l'accès à leur gré, sous réserve de ne pas porter atteinte au fonctionnement de la libre concurrence ; que la "fermeture" d'un groupement, c'est-à-dire le fait d'en réserver l'adhésion à ses fondateurs ou à des entreprises acceptées par eux, n'est susceptible d'entraver le libre jeu de la concurrence que si la participation au groupement est la condition de l'accès au marché* ».

Cette analyse est confirmée par une jurisprudence constante, rappelée par la cour d'appel de Paris dans l'arrêt du 27 mai 2003, Chambre syndicale des entreprises de déménagements et garde-meubles de France, selon lequel les conditions d'adhésion à une association professionnelle peuvent porter atteinte à la libre concurrence si cette adhésion est une condition d'accès au marché ou si elle constitue un avantage concurrentiel et si ces conditions d'adhésion sont définies ou appliquées de façon non objective, non transparente ou discriminatoire.

L'Autorité a ainsi condamné le GIE « Exploitation des carrières » et ses membres pour avoir fixé des conditions d'adhésion et de fonctionnement du GIE limitant l'arrivée de nouveaux membres, et fermant ainsi l'accès de la carrière du « Fauteuil » aux tiers. L'Autorité a relevé que l'adhésion au GIE conditionnait l'accès à une part essentielle du marché des agrégats à Saint-Pierre-et-Miquelon.

En particulier, même si des ressources alternatives à la carrière du « Fauteuil » existaient sur l'archipel, leur rôle ne pesait que de façon très marginale sur la structure de l'offre d'agrégats. En outre, cette offre complémentaire était, dans une large mesure, le fait du GIE et de ses membres. Les éléments du dossier ainsi que les précisions apportées en séance par le représentant de la direction de l'équipement confortaient également l'idée que le recours aux importations du Canada n'était pas une véritable alternative pour les entreprises concurrentes.

Par ailleurs, les statuts du GIE ne contenaient aucune précision relative aux modalités d'admission d'un nouveau membre. L'absence de règlement intérieur amplifiait l'opacité de fonctionnement du GIE. Cette situation privait les entreprises concurrentes qui souhaitaient adhérer au GIE de précisions sur la consistance et la nature des obligations qui s'imposent aux membres. Compte tenu de la position de force du GIE et de ses membres sur le marché, l'absence de conditions d'adhésion objectives et transparentes au GIE était de nature à restreindre l'accès des entreprises concurrentes à la carrière du « Fauteuil ». Le caractère fermé du GIE contribuait, dans un contexte de marché lui-même déjà fermé, au verrouillage du marché amont, lequel tendait à restreindre la concurrence sur les marchés aval de

travaux publics. Dans ces conditions, il a été considéré comme contraire aux dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

Les accords de commercialisation en commun entre concurrents

Dans la décision **12-D-09**⁵⁶, l'Autorité a été amenée à examiner la validité au regard des règles de concurrence des accords de commercialisation en commun passés par des meuniers français.

Les lignes directrices n° 2011/C 11/01 de la Commission européenne du 14 janvier 2011 sur l'application de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale (JOUE C 11 du 14 janvier 2011, p. 1) (ci-après «les lignes directrices de la Commission européenne sur la coopération horizontale») définissent les accords de commercialisation en commun de la manière suivante :

« Les accords de commercialisation concernent la coopération entre concurrents pour la vente, la distribution ou la promotion de leurs produits de substitution. Les accords de ce type peuvent avoir une portée très différente, en fonction des éléments de la commercialisation sur lesquels porte la coopération. À l'une des extrémités du spectre couvert, on trouve les accords de vente groupée, qui peuvent conduire à une détermination en commun de tous les aspects commerciaux liés à la vente du produit, y compris le prix. À l'autre extrémité, on peut trouver des accords plus limités portant seulement sur un aspect particulier de la commercialisation, tel que la distribution, le service après-vente ou la publicité » (paragraphe 225).

Les accords de commercialisation en commun peuvent prendre la forme d'une entreprise commune ayant pour fonction d'assurer la vente, la distribution ou la promotion des biens ou services en question.

Une entreprise commune ou un accord de commercialisation entre concurrents ne constitue pas, en soi, une restriction de concurrence, mais peut être contraire aux articles 101, paragraphe 1, du TFUE et L. 420-1 du Code de commerce. À cet égard, il est important de vérifier que des entreprises concurrentes, en organisant une partie de leur activité sous forme d'une entreprise commune, ne mettent pas en réalité en place des mécanismes qui auraient le même objet ou les mêmes effets qu'une entente de fixation de prix, de répartition des clients et des marchés, ou encore de limitation de la production. En effet, une entreprise commune, sous couvert d'une mise en commun de moyens, peut tendre à restreindre la concurrence. C'est donc une analyse réaliste et économique qui prime, et non une approche qui s'en tiendrait aux apparences que peut revêtir la pratique.

Pour apprécier le caractère anticoncurrentiel ou non d'un accord de commercialisation entre concurrents, il convient de s'attacher, comme pour d'autres clauses, à la teneur de ses dispositions, aux objectifs qu'il vise ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère (voir, par analogie, CJCE, 6 octobre 2009, GlaxoSmithKline Services/Commission, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, Rec. p. I-9291, point 58; voir également CJCE, 8 novembre 1983,

56. Un recours a été formé contre cette décision.

IAZ International Belgium e. a./Commission, 96/82 à 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 et 110/82, Rec. p. 3369, point 25, et du 20 novembre 2008, Beef Industry Development Society et Barry Brothers, C-209/07, Rec. p. I-8637, points 16 et 21). Pour avoir un objet anticoncurrentiel, il suffit que la pratique en cause soit concrètement apte, en tenant compte du contexte juridique et économique dans lequel elle s'inscrit, à empêcher, à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence (CJCE, 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands, C-8/08, Rec. p. I-4529, point 31).

Les lignes directrices de la Commission européenne sur la coopération horizontale indiquent que, du fait de la réduction de l'autonomie commerciale des entreprises sur le marché qu'ils peuvent être de nature à engendrer, en particulier en aval de la chaîne de valeur, de tels accords peuvent restreindre la concurrence de diverses manières, notamment en jouant de façon négative sur le niveau des prix des produits ou des services concernés, en limitant la production ou en influant sur la répartition des clients ou des marchés entre les concurrents (voir points 230 à 232 des lignes directrices).

Ces mêmes lignes directrices indiquent encore :

« La fixation des prix est un des problèmes de concurrence les plus importants que pose un accord de commercialisation entre concurrents. Les accords se limitant à la vente groupée ont généralement pour objet la coordination de la politique des prix des fabricants ou des fournisseurs de services concurrents. De tels accords peuvent ne pas seulement éliminer toute concurrence par les prix entre les parties pour les produits de substitution, mais ils peuvent également limiter le volume total des produits qui seront fournis par les parties dans le cadre du système de répartition des commandes. Il est donc probable que de tels accords restreignent la concurrence par objet. Cette appréciation reste identique si l'accord est non exclusif (c'est-à-dire lorsque les parties sont libres de vendre individuellement en dehors de l'accord), si l'on peut conclure que l'accord entraînera une coordination générale des prix facturés par les parties.

Un autre risque spécifique en matière de concurrence posé par les accords de distribution entre parties opérant sur des marchés géographiques différents est qu'ils peuvent être un instrument de cloisonnement des marchés. Si les différentes parties ont recours à un accord de distribution réciproque de leurs produits pour éliminer une concurrence effective ou potentielle entre elles en répartissant délibérément des marchés ou des clients, l'accord aura probablement pour objet une restriction de la concurrence. Si l'accord n'est pas réciproque, le risque de cloisonnement du marché est moindre. Toutefois, il convient d'analyser si l'accord non réciproque ne constitue pas la base d'un engagement mutuel de ne pas pénétrer sur leurs marchés respectifs » (points 234 à 236 des lignes directrices).

C'est au regard de cette grille d'analyse que l'Autorité a examiné les pratiques constatées dans le cadre des structures de commercialisation France Farine et Bach Mühle.

L'Autorité a relevé que ces deux entreprises communes poursuivaient le même objectif de commercialisation en commun de farine en sachets, la première sur le segment *hard discount* et la seconde à destination de la grande distribution, et de nature à engendrer des conséquences anticoncurrentielles semblables sur le marché.

S'agissant de France Farine, l'Autorité a retenu que les modalités d'organisation et de fonctionnement de cette structure avaient conduit les entreprises en cause à lui donner la prérogative de négocier pour leur compte avec les clients de la grande distribution, de fixer en commun le prix de la farine en sachets qu'elle a pour fonction de commercialiser (farines à marque, farines sous marques de distributeurs et farines premiers prix), ainsi que d'organiser un système de répartition des clients de la grande distribution en fonction d'une clé de répartition fixe consistant en l'attribution des commandes de ces clients à l'usine d'ensachage du commettant le plus proche du lieu de livraison de la commande.

Au regard notamment des caractéristiques contractuelles qui régissent la gestion et le fonctionnement de l'entreprise commune France Farine, et de certaines modalités de fonctionnement de cette dernière, que ses associés ont eux-mêmes définies, l'Autorité a constaté que celle-ci avait pour objet d'empêcher, de fausser ou de restreindre la concurrence au sens des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du Code de commerce. Par son fonctionnement et son intervention sur le marché, France Farine permettait en effet aux meuniers qu'elle réunissait d'éliminer de façon artificielle toute concurrence entre eux en ce qui concerne le prix de la farine en sachets – fixé en commun – et la livraison des clients – effectuée suivant une règle prédéfinie ensemble.

S'agissant de Bach Mühle, l'Autorité a appliqué *mutatis mutandis* un raisonnement analogue.

Ainsi, eu égard à son fonctionnement et à son intervention sur le marché, Bach Mühle a été considérée comme un véhicule permettant la mise en œuvre d'une entente généralisée sur les prix de la farine en sachets et sur l'allocation des marchés entre les meuniers qui y participaient. L'Autorité a relevé que cette entreprise commune de commercialisation fonctionnait de telle manière que les meuniers avaient éliminé de façon artificielle toute concurrence entre eux. Ces pratiques ont concerné la vente de la majeure partie de la farine vendue en sachets aux enseignes du *hard discount* en France.

En particulier, les modalités d'organisation et de fonctionnement de Bach Mühle ont conduit les entreprises mises en cause à donner concomitamment à l'entreprise commune la prérogative de négocier pour leur compte avec les clients du *hard discount*, de fixer en commun le prix de la farine en sachets qu'elle a pour fonction de commercialiser à destination de ces derniers, ainsi que d'organiser un système de répartition des clients du *hard discount* en fonction d'une clé de répartition prédéfinie consistant en l'attribution des commandes de ces clients à l'usine d'ensachage du meunier commettant la plus proche du lieu de livraison de la commande.

Les pratiques d'exclusion

Dans la décision **12-D-27** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la billetterie de spectacles, l'Autorité a sanctionné trois distributeurs de billetterie pour s'être entendus entre janvier 2007 et décembre 2008 afin d'évincer du marché un nouvel entrant, la société Digitick.

Après avoir rappelé que l'article L. 420-1 du Code de commerce prohibe de façon explicite les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites entre les entreprises lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises, l'Autorité a constaté que la stratégie d'éviction de la société Digitick reposait sur plusieurs comportements mis en œuvre par les entreprises en cause, et non contestés par ces dernières (notamment le refus de payer une redevance à Digitick pour la lecture de leurs propres billets électroniques et le refus ou la menace de refus de mettre en vente des spectacles d'organisateur ayant négocié des partenariats ou des exclusivités avec Digitick).

L'Autorité a estimé que les sociétés en cause avaient mis en œuvre une entente anticoncurrentielle ayant eu pour objet et pour effet d'entraver le développement de Digitick sur le marché de la billetterie de spectacles.

Dans la décision **12-D-26** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production, de la commercialisation, de l'installation et de la maintenance des extincteurs, l'Autorité a sanctionné une association pour avoir mis en œuvre une entente anticoncurrentielle visant à exclure ou limiter l'accès de certains installateurs-mainteneurs au marché français de l'installation et de la maintenance d'extincteurs portatifs.

Elle a rappelé en premier lieu que si les pratiques mises en œuvre par une association professionnelle émanent d'une seule personne morale et revêtent un caractère d'unilatéralité, elles sont présumées constituer des concours de volontés entre leurs membres. Ainsi, l'Autorité a estimé que l'élaboration d'un référentiel de certification constituée, de la part de l'association mise en cause, une décision d'association d'entreprises qui atteste un accord de volontés entre les membres d'une telle organisation professionnelle.

Elle a ensuite rappelé que, au regard d'une pratique décisionnelle constante, une démarche collective de certification constitue une entente entre les entreprises qui adhèrent à cette démarche, et qu'une telle entente est anticoncurrentielle si les critères d'octroi d'un label ou d'une qualification dont la détention est indispensable pour exercer une activité, ne sont pas suffisamment objectifs et clairs et se prêtent à une application discriminatoire, permettant ainsi d'évincer des concurrents du marché concerné par le label ou une autre qualification, par des moyens autres que ceux fondés sur les mérites des entreprises. Or, en l'espèce, la certification de services élaborée par l'association concernée apparaissait comme indispensable pour pouvoir exercer sur le marché français de l'installation et de la maintenance des extincteurs portatifs. L'Autorité a ainsi pu constater que le référentiel de certification de services pour l'installation et la maintenance des extincteurs portatifs mis en œuvre par l'association concernée comportait une exigence non justifiée (la marque NF) allant au-delà de ce qui était nécessaire au regard du cadre normatif national et qui avait pour objet ou pour effet d'entraver l'accès au marché français de produits non marqués NF mais disposant d'extincteurs détenteurs d'un certificat de conformité aux normes européennes délivré par un organisme certificateur accrédité dans un État membre de l'Union

européenne et légalement commercialisé au sein de l'Union, en conformité avec le cadre réglementaire national.

Répartition du marché

Dans la décision **12-D-09**⁵⁷, l'Autorité a sanctionné des meuniers allemands et français pour avoir, pendant plusieurs années, convenu d'un arrangement visant à limiter l'exportation de farine en sachets de part et d'autre de la frontière franco-allemande, sur la base d'un quota d'exportation réciproque de 15 000 tonnes annuelles.

L'Autorité a établi que les meuniers allemands et français s'étaient rencontrés, de façon régulière, dans le cadre de réunions tenues entre le mois de mai 2002 et la fin de l'année 2004, afin de mettre en place cette entente. Ils avaient institué un pacte de non-agression mutuelle, dont l'objet même consistait à substituer au libre jeu de la concurrence un accord visant à limiter l'accès réciproque à leurs marchés nationaux respectifs et à maîtriser les exportations franco-allemandes de farine en sachets en les maintenant à un niveau déterminé par avance. De plus, de manière plus ponctuelle, ils avaient réparti certains clients présents sur le territoire français ou s'approvisionnant par le biais d'appels d'offres à l'échelon européen et avaient convenu de principes de lissage des prix de la farine en sachets importée en France, aux fins de s'assurer du respect du quota convenu.

Les éléments présents au dossier montraient que les principes de limitation des importations, ainsi que les répartitions de volumes et de clients convenues ponctuellement entre les meuniers allemands et français, avaient fait l'objet d'une surveillance quant à leur mise en œuvre, à tout le moins par les meuniers français.

Les ententes verticales

Les ententes verticales se rencontrent généralement à l'intérieur de réseaux de distribution, organisés par un fournisseur ou un franchiseur ou, plus généralement, dans le cadre des relations, quelles qu'en soient les formes juridiques, nouées entre des entreprises situées à des niveaux différents de la chaîne commerciale.

La méthode d'analyse des restrictions verticales

Le règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité CE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (auquel s'est désormais substitué le règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010), prévoyait une exemption d'application du paragraphe 1 de l'article 81 (article 101 TFUE) au bénéfice des accords de distribution, dits « accords verticaux », conclus entre des distributeurs et un fournisseur, lorsque, notamment, la part détenue par le fournisseur sur le marché pertinent sur lequel il vend ses biens et services ne dépassait pas 30 %, et ce sous réserve que ces accords ne comportent pas de restrictions caractérisées, à savoir, pour l'essentiel, celles qui obligerait chaque distributeur à respecter un prix de vente identique, à s'interdire

⁵⁷. Un recours a été formé contre cette décision.

de revendre à un autre distributeur du réseau ou à s'interdire de répondre passivement à des commandes de clients situés hors de sa zone d'exclusivité (article 4 du règlement).

L'article 5 de ce règlement ajoutait que n'étaient pas exemptables certaines obligations et, notamment, toute obligation directe ou indirecte de non-concurrence, dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans, étant précisé qu'une obligation de non-concurrence tacitement renouvelable au-delà d'une période de cinq ans doit être considérée comme ayant été imposée pour une durée indéterminée. L'article 1^{er}, a) définissait une obligation de non-concurrence comme « *toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec des biens ou des services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur d'acquiescer auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou services contractuels [...]* ».

Le règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées reprend en grande partie celui de 1999, sous réserve de trois modifications :

– En ce qui concerne le seuil d'exemption, qui prend en compte également les parts de marché de l'acheteur

Le nouveau règlement fait dépendre le bénéfice de l'exemption des parts de marché tant du fournisseur que de l'acheteur. Il suffit désormais que la part de marché de l'un des deux dépasse 30 % pour exclure le bénéfice de l'exemption par catégorie. Quant aux marchés à prendre en compte, l'article 3 précise qu'il s'agit de celui sur lequel le fournisseur vend les biens ou services contractuels, ainsi que celui sur lequel l'acheteur achète les biens ou services contractuels.

En outre, l'exemption dont bénéficiaient les accords verticaux entre concurrents dès lors que le chiffre d'affaires de l'acheteur ne dépassait pas 100 millions d'euros est abandonnée (voir règl. n° 2790/1999, art. 2, point 4, sous a).

Enfin, l'article 3, point 2, du nouveau règlement couvre les accords multipartites. Il vise en effet l'hypothèse où « *une entreprise achète les biens ou services contractuels à une entreprise partie à l'accord et vend les biens ou services contractuels à une autre entreprise partie à l'accord* ». Dans ce cas, « *la part de marché de la première entreprise doit respecter le seuil de part de marché [de 30 %] [...], en tant qu'acheteur et fournisseur, pour que l'exemption [...] s'applique* ».

– En ce qui concerne la cession de droits de propriété intellectuelle

Comme le précédent règlement, le nouveau texte couvre les dispositions contenues dans les accords verticaux concernant la cession à l'acheteur, ou l'utilisation par l'acheteur, de droits de propriété intellectuelle, lorsque ces dispositions ne constituent pas l'objet principal de l'accord et sont directement liées à l'utilisation, la vente ou la revente de biens ou de services (art. 2, point 3). La définition du droit de propriété intellectuelle est cependant étendue au savoir-faire (art. 1^{er}, point 1, sous f).

– En ce qui concerne le champ d’application du règlement

Alors que le règlement n° 2790/1999 s’appliquait à l’ensemble de la distribution, à l’exception du secteur de l’automobile, le nouveau règlement n° 330/2010 s’étend à la distribution des véhicules automobiles neufs, à l’issue d’une période de transition de trois ans.

Le règlement n° 330/2010 est entré en vigueur le 1^{er} juin 2010, mais il prévoit une période de transition de un an : « *L’interdiction énoncée à l’article 101, paragraphe 1, du Traité ne s’applique pas, pendant la période allant du 1^{er} juin 2010 au 31 mai 2011, aux accords qui, au 31 mai 2010, sont déjà en vigueur et ne remplissent pas les conditions d’exemption prévues par le présent règlement, mais satisfont à celles qui sont prévues par le règlement (CE) n° 2790/1999 (art. 9).* » Il expirera le 31 mai 2022.

L’Autorité a considéré que le règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999 constituait, dans le cadre de l’application du droit interne, un *guide d’analyse utile* (voir 00-D-82, 26 février 2001, relative aux glaces et crèmes glacées d’impulsion, confirmée en appel le 7 mai 2002).

La mise en œuvre de cette méthode d’analyse

Les principes/l’organisation du réseau de distribution et de la sélection des distributeurs

La validité de principe des accords verticaux, qu’il s’agisse de distribution sélective ou non, a été consacrée, de façon générale et pour l’ensemble des accords verticaux, par le règlement n° 2790/1999 puis par le règlement n° 330/2010 précités. Toutefois, la présence de certaines clauses dans les contrats ou certaines pratiques s’insérant dans ces relations verticales peuvent leur donner une dimension anticoncurrentielle.

L’interdiction de prix imposés

Dans la décision **12-D-10**⁵⁸ du 20 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l’alimentation pour chiens et chats, l’Autorité de la concurrence a sanctionné des pratiques de prix de revente imposés mises en œuvre par les sociétés Nestlé Purina Pet Care France (NPPF) et Royal Canin. L’Autorité a rappelé que les juridictions de l’Union comme les juridictions internes considèrent que de telles pratiques constituent des restrictions de concurrence par leur objet même⁵⁹. En l’espèce, l’Autorité a relevé que NPPF s’était entendue entre 2004 et 2008 avec ses distributeurs sur les prix de revente de ses produits destinés aux magasins spécialisés et aux éleveurs. De même, elle a constaté que Royal Canin s’était entendue pendant la même période avec ses grossistes-distributeurs sur les prix de revente de ses produits destinés aux magasins spécialisés appartenant à une enseigne.

58. Un recours a été formé contre cette décision.

59. TPICE, 13 janvier 2004, JCB/Commission, T-67/01, Rec., p. II-49 et CA Paris, 28 janvier 2009, Epsé Joué Club.

L'interdiction des ventes passives

Dans la décision **12-D-10**⁶⁰, l'Autorité de la concurrence a rappelé que, si les clauses visant à la concession, par un fournisseur, d'un territoire exclusif de vente à son distributeur ne sont pas anticoncurrentielles en elles-mêmes, les clauses visant à la restriction des ventes passives de ces mêmes distributeurs vers des territoires exclusifs peuvent revêtir le caractère de pratiques anticoncurrentielles par leur objet même⁶¹. Elle a par ailleurs souligné que les pratiques d'interdiction d'exporter ou de restriction des ventes passives ne sont pas susceptibles de bénéficier de l'exemption par catégorie, prévue par les règlements n° 2790/1999 et n° 330/2012 précités, s'agissant de restrictions caractérisées.

En l'espèce, l'Autorité a relevé que NPPF et Royal Canin s'étaient entendues avec leurs distributeurs respectifs pour interdire à ces derniers de satisfaire la demande de détaillants situés en dehors de la zone géographique qui leur avait été assignée. Hill's s'était quant à elle entendue avec ses grossistes pour interdire les ventes passives de ses produits aux vétérinaires situés en dehors du territoire français.

Les clauses d'exclusivité

Il résulte d'une jurisprudence constante des juridictions de l'Union et des juridictions internes que les clauses d'exclusivité figurant dans les relations contractuelles entre un producteur et ses distributeurs ne constituent pas, en principe, des pratiques anticoncurrentielles par leur objet même⁶².

Toutefois, de telles clauses peuvent restreindre la concurrence en raison de leurs effets actuels ou potentiels, notamment lorsque ceux-ci tendent à restreindre l'accès des concurrents au marché concerné. À cet égard, il convient d'apprécier non seulement l'effet de l'accord ou de la clause en cause sur le jeu de la concurrence, mais également de prendre en compte l'existence sur le marché d'autres contrats de même type afin de déterminer si cet accord ou cette clause contribue à un effet cumulatif de fermeture du marché résultant d'un ensemble de contrats similaires. Les exclusivités contribuant de manière significative à l'effet cumulatif de verrouillage du marché relèvent de l'interdiction posée par les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du Code de commerce⁶³.

En pratique, l'effet actuel ou potentiel d'éviction ou de verrouillage que peuvent engendrer les clauses d'exclusivité dépend donc de nombreux facteurs, parmi lesquels le champ et la portée de l'exclusivité, la part de la demande liée, la durée ou la combinaison dans le temps des contrats, les conditions de résiliation et de renouvellement, la position des opérateurs et les conditions de concurrence régnant sur le marché en cause, ou encore la position des clients ou des fournisseurs d'intrants⁶⁴.

60. Un recours a été formé contre cette décision.

61. TPICE, JCB/ Commission, précité et CA Paris, 4 mars 2008, José Alvarez.

62. Voir, par exemple, CJCE, 28 février 1991, Delimitis, C-234/89, Rec. p. I-935, point 13.

63. Voir, notamment, TPICE, 23 octobre 2003, Van den Bergh Foods/Commission, T-65/98, Rec. p. II-4653, point 83 et CA Paris, 7 mai 2002, Masterfoods.

64. Voir, notamment, lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales, 19 mai 2010, JO C 130, points 151 à 173.

Dans la décision **12-D-10**⁶⁵, l'Autorité de la concurrence a sanctionné trois types d'exclusivités accordées par les sociétés NPPF et Royal Canin à leurs distributeurs respectifs.

En premier lieu, l'Autorité a constaté que les exclusivités de clientèle mises en œuvre par ces sociétés avaient eu pour effet actuel ou potentiel de cloisonner les marchés concernés pour certaines catégories de produits. NPPF avait mis en place deux systèmes de distribution distincts et étanches de ses produits haut de gamme, destinés, d'une part, à la grande distribution et aux vétérinaires et, d'autre part, à la vente en gros aux éleveurs et aux magasins spécialisés. De même, Royal Canin avait mis en place deux systèmes de distribution distincts pour les produits destinés à la distribution spécialisée et aux éleveurs, d'une part, et aux centrales d'achat des vétérinaires, d'autre part.

En deuxième lieu, l'Autorité a constaté que NPPF et Royal Canin avaient mis en œuvre des stratégies de distribution monomarque pour leurs produits, destinées à leur garantir une exclusivité d'achat de la part de leurs distributeurs et qui s'appuyaient sur l'octroi de remises en contrepartie d'un approvisionnement exclusif auprès de ces producteurs.

En dernier lieu, l'Autorité a relevé que NPPF et Royal Canin avaient accordé des exclusivités territoriales à leurs distributeurs respectifs, qui ont pu contribuer au cloisonnement du marché de gros et affaiblir la concurrence intramarque, les détaillants ne pouvant faire jouer la concurrence entre des plates-formes de distribution situées dans un autre secteur que celui défini par le producteur.

L'Autorité n'a, en revanche, pas sanctionné les exclusivités accordées par Hill's à son distributeur Oxadis sur le segment des magasins spécialisés et des éleveurs. En effet, elle a considéré que ces accords bénéficiaient de l'exemption par catégorie prévue par l'article 2 du règlement n° 2790/1999 précité, dès lors, d'une part, qu'ils ne contenaient aucune stipulation susceptible d'être qualifiée de « *restriction caractérisée* » et, d'autre part, que les parts de marché détenues par la société sur les marchés des aliments secs pour chiens et chats étaient inférieures à 30%. L'Autorité a relevé qu'aucun élément ne permettait de considérer que les clauses d'exclusivité mises en place par Hill's aient eu des effets réels ou même potentiels suffisants pour pouvoir contribuer de façon significative à un éventuel effet cumulatif de verrouillage attribuable à des pratiques imputables aux autres opérateurs du secteur.

Les interdictions de revente sur Internet au sein d'un réseau de distribution sélective

Dans la décision **12-D-23**⁶⁶, l'Autorité a sanctionné la société Bang & Olufsen pour avoir mis en place une entente verticale dans le secteur de matériels hi-fi et home cinema ayant consisté à interdire à ses distributeurs agréés, membres de son réseau de distribution sélective, de vendre des produits sur Internet.

65. Un recours a été formé contre cette décision.

66. Un recours a été formé contre cette décision.

En premier lieu, l'Autorité a rappelé que la Cour de justice avait jugé dans l'affaire Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (CJUE, 13 octobre 2011, C-439/09, non encore publié au recueil) qu'une clause interdisant *de facto* aux distributeurs agréés, membres d'un réseau de distribution sélective, toute forme de vente par Internet « réduit considérablement la possibilité d'un distributeur agréé de vendre les produits contractuels aux clients situés en dehors de son territoire contractuel ou de sa zone d'activité. Elle est donc susceptible de restreindre la concurrence dans ce secteur » (point 39). La Cour de justice avait également précisé que « l'article 101, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'une clause contractuelle, dans le cadre d'un système de distribution sélective, exigeant que les ventes de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle soient effectuées dans un espace physique en présence obligatoire d'un pharmacien diplômé, ayant pour conséquence l'interdiction de l'utilisation d'Internet pour ces ventes, constitue une restriction par objet au sens de cette disposition si, à la suite d'un examen individuel et concret de la teneur et de l'objectif de cette clause contractuelle et du contexte juridique et économique dans lequel elle s'inscrit, il apparaît que, eu égard aux propriétés des produits en cause, cette clause n'est pas objectivement justifiée » (point 47).

L'Autorité a ensuite constaté que l'interdiction de la vente par correspondance stipulée dans le contrat liant Bang & Olufsen à ses distributeurs agréés s'étendait à la vente par Internet excluant ainsi *de facto* un canal de commercialisation qui aurait pu permettre aux distributeurs d'accéder à davantage de consommateurs et privant ces derniers du bénéfice d'un choix plus vaste, d'un accès aux produits plus aisé et de l'obtention de meilleurs prix. Elle a également constaté que les parties n'avançaient aucune justification objective à cet égard.

Enfin, l'Autorité a analysé la pratique sous l'angle d'une éventuelle exemption au regard du règlement n° 330/2010 précité. Elle a constaté que la pratique anti-concurrentielle en cause constituait une restriction caractérisée, au sens de l'article 4, sous c), du règlement n° 330/2010, ne pouvant bénéficier d'une exemption par catégorie.

Les exemptions (articles L. 420-4 du Code de commerce et 101, paragraphe 3, TFUE)

Les restrictions de concurrence peuvent être exemptées sur le fondement de l'article 101, paragraphe 3, TFUE et de l'article L. 420-4 du Code de commerce.

Les pratiques résultant d'un texte législatif ou réglementaire

Le I sous 1), de l'article L. 420-4 du Code de commerce précise que les pratiques qui « résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application » ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2. Selon une jurisprudence constante, ces dispositions ne trouvent à s'appliquer que pour autant que les pratiques constatées sont la conséquence directe et nécessaire de ces textes.

Les pratiques contribuant au progrès économique

Le 3^o de l'article 101 TFUE dispose : « *les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables : [...] à tout accord, décision d'associations d'entreprises ou pratique concertée qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans :*

- a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs ;*
- b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence ».*

Le I sous 2) de l'article L. 420-4 du Code de commerce précise, pour sa part, que ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques « *dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause* ».

Le progrès invoqué doit être effectivement démontré, à la fois dans sa nature et dans son *quantum*, par l'entreprise ou l'organisme qui l'invoque.

Il doit constituer un progrès objectif pour la collectivité dans son ensemble et non simplement permettre une amélioration conjoncturelle ou plus largement individuelle de la situation des entreprises concernées. Il doit, en outre, être établi que le progrès économique en question est la conséquence directe des pratiques en cause et qu'il n'aurait pu être obtenu par d'autres voies moins restrictives de concurrence. Enfin, doit également être rapportée la preuve que ce progrès est suffisamment important pour compenser, d'un point de vue qualitatif et quantitatif, les atteintes à la concurrence relevées.

Sur tous ces points, il résulte de la jurisprudence de l'Union européenne que la personne qui se prévaut des dispositions de l'article 101, paragraphe 3 du TFUE doit démontrer, au moyen d'arguments et d'éléments de preuve convaincants, que les conditions requises pour bénéficier d'une exemption sont réunies (voir CJCE, *GlaxoSmithKline/Commission*, précité, point 82, et CJCE, 11 juillet 1985, *Remia e. a./Commission*, 42/84, Rec. P. 2545, point 45).

L'exemption de structures communes de commercialisation

Dans la décision **12-D-09**⁶⁷, l'Autorité a sanctionné des meuniers français pour avoir mis en place des sociétés communes de commercialisation anticoncurrentielles.

L'exemption de la société commune France Farine

Les parties faisaient valoir que la structure de commercialisation France Farine avait engendré un progrès économique partagé au profit des consommateurs puisqu'elle aurait permis d'offrir sur l'ensemble du territoire national des produits à des prix attractifs, en répondant aux besoins de la grande distribution de façon

67. Un recours a été formé contre cette décision.

centralisée au plan national et d'optimiser la logistique et les coûts de transport entre ses différents actionnaires en assurant une couverture rationalisée et homogène du territoire national en ce qui concerne les capacités d'ensachage. Les parties alléguaient également que la marque « Francine » était, en tant que telle, un gain d'efficacité, dans la mesure où elle constituait un signal fort de qualité pour les consommateurs et un moteur pour l'innovation.

L'Autorité a cependant constaté que les gains d'efficacité invoqués en l'espèce par les parties n'étaient pas établis au regard des exigences probatoires issues de la jurisprudence de l'Union, hormis, dans une certaine mesure, celui relatif au développement de la marque « Francine ». Toutefois, en ce qui concerne ce dernier, les parties n'avaient pas rapporté la preuve que, dans le cadre de France Farine, d'une part, la fixation d'un prix unique par les associés et, d'autre part, la répartition systématique des clients à livrer conduisant à une limitation de la production, étaient nécessaires pour garantir le développement de la marque « Francine ».

L'exemption de la société commune Bach Mühle

Les parties faisaient en parallèle valoir que la structure de commercialisation Bach Mühle avait généré deux types de gains d'efficacité. D'une part, le groupement avait permis à ses commettants d'accéder au marché en répondant à la demande des enseignes du *hard discount* qui procèdent à des appels d'offres centralisés. D'autre part, des gains d'efficacité seraient avérés dans la mesure où une optimisation des coûts de transport et de logistique permettrait de proposer des prix plus bas.

L'Autorité a rappelé que les gains d'efficacité devaient être de nature objective et sensible. Il n'était pas démontré en l'espèce que la constitution d'un interlocuteur unique – dont il était allégué qu'elle serait souhaitée par les enseignes du *hard discount* – répondait à une réalité économique et constituait un gain d'efficacité objectif et sensible. S'agissant de l'optimisation des coûts de transport et de logistique, l'Autorité a relevé que Bach Mühle n'avait pas procédé, de quelque façon que ce soit, à la mutualisation des unités d'ensachage ni à aucune mesure de rationalisation dans la localisation de cette activité. Par ailleurs, aucun élément avancé par les entreprises n'indiquait que le libre jeu du marché n'aurait pas naturellement conduit à une affectation optimale des commandes aux différents meuniers.

L'Autorité en a conclu que les entreprises n'avaient pas apporté la preuve que les pratiques mises en œuvre par Bach Mühle engendraient des gains d'efficacité au regard des articles 101, paragraphe 3, du TFUE et L. 420-4 du Code de commerce et que ces derniers compensaient les restrictions de concurrence très significatives qui en résultaient.

Les demandes d'exemption individuelle formulées par les entreprises en cause ont donc été rejetées.

Dans la décision **12-D-08**⁶⁸, l'Autorité a sanctionné plusieurs producteurs d'endives pour avoir mis en œuvre une série de pratiques s'inscrivant dans un plan global de fixation des prix de vente *minima* des endives. Les producteurs mis en cause

68. Un recours a été formé contre cette décision.

invoquaient le bénéfice de l'exemption en faisant valoir que ces pratiques étaient justifiées par la nécessité de programmer la production et d'adapter celle-ci à la demande.

L'Autorité a rappelé qu'en matière agricole la notion de progrès économique s'articule principalement autour de deux objectifs complémentaires : la satisfaction des consommateurs et l'amélioration de la qualité des produits mis sur le marché, ainsi que les conditions de production. Elle a estimé que les arguments avancés par les producteurs d'endives ne permettaient ni d'apprécier l'existence d'un progrès économique concrètement défini, ni de le quantifier, ni, à plus forte raison, de vérifier le lien direct qui pourrait exister entre le progrès allégué et les pratiques en cause. En outre, l'Autorité a constaté que les parties ne démontraient pas le bénéfice que les acteurs situés en aval, particulièrement les consommateurs finals, avaient pu tirer des pratiques mises en œuvre.

L'Autorité a également rappelé qu'elle n'était pas hostile à d'éventuels accords fixant des prix minimaux à la production dans le secteur agricole en échange de l'apport d'une qualité particulière, si la concurrence entre filières de qualité reste suffisante et si la fixation des prix au niveau du consommateur reste libre (§ 583, voir aussi avis 08-A-07).

Ainsi, il a été considéré que les parties en cause n'avaient pas apporté la preuve que les conditions prévues au paragraphe 3 de l'article 101 du TFUE et à l'alinéa 2 de l'article L. 420-4 du Code de commerce étaient remplies.

Pratiques abusives

Aux termes de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) :

« Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables;*
- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs;*
- c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;*
- d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.»*

Aux termes de l'article L. 420-2 du Code de commerce :

« Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister

en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.»

Abus de position dominante

L'application de l'article L. 420-2, premier alinéa, du Code de commerce, relatif aux abus de position dominante, de même que celle de l'article 102 du TFUE, se décompose en trois étapes. Il convient, dans un premier temps, de délimiter le marché pertinent sur lequel l'entreprise ou le groupe d'entreprises en cause opère. Dans un deuxième temps, il incombe de déterminer la position que cette (ou ces) dernière(s) occupe(nt) sur ce marché, puis dans un troisième temps, si la position dominante est caractérisée, d'examiner les pratiques en cause en vue de déterminer si elles présentent un caractère abusif ou non.

L'Autorité peut toutefois écarter d'emblée le caractère anticoncurrentiel d'une pratique, lorsque, quelles que soient la définition du marché ou la position de l'opérateur en cause sur celui-ci, ces pratiques ne sont, en tout état de cause, pas susceptibles de constituer un abus (12-D-11, rappelant la décision 04-D-77).

L'appréciation de l'existence d'une position dominante

La jurisprudence, tant interne que de l'Union, définit la position dominante comme étant la situation dans laquelle une entreprise est, compte tenu de sa puissance de marché, susceptible de s'abstraire des conditions de concurrence existant sur ce marché et donc d'agir indépendamment du comportement et de la réaction de ses concurrents (12-D-24⁶⁹).

Une telle position peut résulter de différents facteurs, comme la détention d'un monopole légal ou de fait sur une activité, ou de parts de marché substantielles, ou encore de la faiblesse des concurrents, de la détention d'une avance technologique ou d'un savoir-faire spécifique. La dominance peut être individuelle ou collective. Ces points font l'objet d'une analyse au cas par cas, au vu d'un faisceau d'éléments.

L'appréciation de la position dominante individuelle

Situation caractérisant ou susceptible de caractériser une position dominante

Monopole de droit ou de fait

La détention d'un monopole, de droit ou de fait, suffit généralement pour établir la position dominante de son titulaire. Il en est de même lorsqu'une entreprise est en situation de quasi-monopole.

Ainsi, à l'occasion de la décision 12-D-25⁷⁰, l'Autorité de la concurrence a eu à connaître de pratiques de la SNCF se déroulant en partie à une période où l'opérateur historique détenait la totalité des parts de marché en raison d'un monopole légal.

69. Un recours a été formé contre cette décision.

70. Un recours a été formé contre cette décision.

L'examen du pouvoir de marché

De manière générale, l'examen des parts de marché constitue un premier paramètre dans l'appréciation de la dominance éventuelle d'une entreprise sur son marché. Une part de marché correspond à la part des ventes réalisée par chacun des opérateurs sur le marché en cause.

S'il est parfaitement possible de tenir compte d'autres éléments afin d'apprécier l'existence d'un pouvoir de marché, l'Autorité a souligné dans la décision **12-D-25**⁷¹ qu'un opérateur ne peut invoquer utilement l'existence de pertes qui résulteraient de la pression concurrentielle pour remettre en cause l'existence d'une position dominante alors même qu'il dispose de parts de marché importantes au point de caractériser le maintien d'une position dominante. À cet égard, l'Autorité a rappelé que de nombreuses raisons peuvent expliquer qu'une entreprise dominante enregistre des pertes (et notamment l'organisation commerciale ou sociale de l'entreprise, l'existence d'une pratique anticoncurrentielle).

Situation non constitutive d'une position dominante

L'Autorité a eu l'occasion de souligner qu'il ne lui appartient pas d'apprécier la légalité d'un acte administratif duquel découle un supposé abus de position dominante, un tel contrôle relevant de la compétence exclusive du juge administratif (**12-D-21**, voir *supra* la partie relative à la compétence).

L'appréciation de la position dominante collective

Pour démontrer l'existence d'une position dominante collective, il convient d'établir que les entreprises « *ont, ensemble, notamment en raison des facteurs de corrélation existant entre elles, le pouvoir d'adopter une même ligne d'action sur le marché et d'agir dans une mesure appréciable indépendamment des autres concurrents, de leur clientèle et, finalement, des consommateurs* » (Cour de justice de l'Union européenne, 31 mars 1998, Kali & Saltz; Tribunal de l'Union européenne, 25 mars 1999, Gencor).

Ainsi que l'a souligné l'Autorité de la concurrence dans la décision **12-D-13** du 15 mai 2012 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché du contrôle technique de véhicules lourds, la démonstration d'une position dominante collective suppose que soit mise en évidence l'adoption effective d'une ligne d'action commune sur le marché. Plusieurs entreprises présentes simultanément sur un même marché peuvent être considérées comme détenant conjointement une position dominante, s'il existe entre elles une interdépendance qui les conduit à adopter une stratégie explicitement ou implicitement coordonnée. En l'absence de liens structurels, la seule structure du marché peut permettre de mettre en évidence une position dominante collective, dès lors que les trois critères cumulatifs dégagés par la jurisprudence sont réunis, notamment la transparence du marché concerné, la possibilité d'une coordination tacite et durable, et enfin la non-contestabilité du marché. L'Autorité a estimé en l'espèce que la faiblesse des barrières à

71. Un recours a été formé contre cette décision.

l'entrée, illustrée par l'évolution du marché au cours des dernières années, ne permettait pas de conclure à l'existence d'une position dominante collective.

Qualification des pratiques imputables à une entreprise en position dominante

La simple détention par une ou plusieurs entreprises d'une position dominante sur un marché n'est pas en elle-même constitutive d'une infraction à l'article L. 420-2 du Code de commerce ou à l'article 102 TFUE. Une fois l'existence d'une position dominante établie, il convient encore de rechercher si l'entreprise exploite ou non cette dominance d'une manière abusive.

Pour qu'une pratique soit qualifiée d'abusives au titre de l'article L. 420-2 du Code de commerce et de l'article 102 TFUE, il est nécessaire de caractériser son objet ou ses effets anticoncurrentiels. À cet égard, il convient de souligner que, pour déterminer le caractère abusif d'une pratique, l'effet anticoncurrentiel de celle-ci sur le marché doit exister, mais il ne doit pas être nécessairement concret, étant suffisante la démonstration d'un effet anticoncurrentiel potentiel de nature à évincer les concurrents au moins aussi efficaces que l'entreprise en position dominante (**12-D-24**⁷² et **12-D-25**⁷³). Les entreprises en position dominante peuvent cependant, pour écarter la qualification d'abus, démontrer que les pratiques sont objectivement justifiées ou qu'elles sont source de gains d'efficacité bénéficiant aux consommateurs (intermédiaires ou finals).

Les pratiques ayant été qualifiées d'abusives

Les abus de position dominante regroupent les abus d'exclusion et les abus d'exploitation. L'Autorité de la concurrence a, cette année, été amenée à connaître à plusieurs reprises de dossiers concernant des pratiques d'exclusion.

Aux termes d'une jurisprudence constante, la notion d'exploitation abusive d'une position dominante est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure ou le fonctionnement d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet actuel ou potentiel de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition par les mérites, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence.

Si l'existence d'une position dominante n'implique en soi aucun reproche, cette situation impose, selon la jurisprudence constante, à l'entreprise concernée une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée.

Dans une décision **12-D-25** du 18 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises, l'Autorité de la concurrence a eu à connaître plusieurs pratiques relevant de l'abus d'éviction.

72. Un recours a été formé contre cette décision.

73. Un recours a été formé contre cette décision.

En premier lieu, la SNCF, qui, parallèlement à son activité principale, intervient comme gestionnaire d'infrastructure délégué pour le compte du régulateur sectoriel, a recueilli, à l'occasion des demandes d'attribution de sillons ou de visites de sites techniques par les nouvelles entreprises ferroviaires, des informations sensibles et confidentielles concernant la stratégie et les intentions commerciales de ses concurrents (notamment les clients démarchés, les appels d'offres concernés et les plans de transport envisagés par ses concurrents). La mise à disposition de ces informations à la «branche fret» de l'opérateur historique, qui les a utilisées dans son propre intérêt commercial, allant parfois jusqu'à adapter sa stratégie commerciale aux trafics spécifiquement visés par ses concurrents, a constitué un abus d'éviction.

En second lieu, l'Autorité a constaté un second abus d'éviction s'agissant des cours de marchandises, c'est-à-dire des terrains adaptés et reliés au réseau permettant de charger et décharger les marchandises entre le rail et la route. Ces infrastructures sont indispensables aux entreprises ferroviaires de fret, qui doivent pouvoir y accéder pour exercer leur activité. Pour de nombreux cours de marchandises, l'opérateur historique est à la fois utilisateur et gestionnaire de ces infrastructures, et en mesure de réguler l'accès des autres entreprises ferroviaires à ces infrastructures. Or, l'Autorité a constaté que, en dépit de ses obligations réglementaires et des interventions de RFF, la SNCF avait publié tardivement la liste de ces équipements et s'était abstenue d'en préciser, de façon transparente et suffisamment claire, les conditions d'utilisation et de tarification, obligeant les entreprises ferroviaires concurrentes à s'adresser à son guichet unique et les empêchant ainsi de démarcher utilement leurs clients en formulant des offres de façon crédible.

En troisième lieu, l'Autorité a estimé que la politique de surréservation des sillons – c'est-à-dire des capacités d'infrastructure requises pour faire circuler un train donné d'un point à un autre dans un créneau horaire précis – qui conditionne la capacité des concurrents de l'opérateur historique à offrir des services de transport ferroviaire sur le marché constituait un abus de position dominante, notamment au regard de l'importance du nombre de sillons concernés et de la restitution très tardive, voire de l'absence de restitution, des capacités inutilisées. Un certain nombre de concurrents ont en effet pu être dissuadés de concourir à certains appels d'offres ou se sont trouvés dans l'incapacité d'honorer des commandes d'ores et déjà reçues, voire contraints à recourir à des solutions alternatives qui ont dégradé la qualité du service offert aux chargeurs et augmenté leurs coûts.

Enfin, un dernier abus de position dominante a été constaté en relation avec la surréservation des wagons spécialisés pour le transport des gros tonnages, wagons dits «EX». En 2006, au moment de l'ouverture du secteur du fret ferroviaire à la concurrence, le seul loueur de ce type de wagons en France était la société SGW (appartenant au groupe SNCF), à laquelle tous les propriétaires ou détenteurs de wagons EX avaient confié la gestion locative de leur parc. Or, il a été établi que la SNCF se réservait l'exclusivité d'utilisation de l'intégralité du parc de wagons EX disponibles géré par SGW, alors même qu'elle n'utilisait en réalité que partiellement ce parc. Durant les deux premières années d'ouverture à la concurrence du

marché, les wagons EX constituaient pourtant une ressource indispensable à court terme pour permettre aux concurrents de la SNCF de pénétrer sur le marché et de s'y développer. Cette pénurie a permis à la SNCF de retenir certains clients qui envisageaient de passer à la concurrence.

Dans une décision **12-D-24**⁷⁴ du 13 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine, l'Autorité de la concurrence a sanctionné des opérateurs de téléphonie mobile pour avoir abusé de la position dominante qu'ils détenaient sur le marché de leur terminaison d'appel respective, à travers le recours à des offres d'abondance. Celles-ci permettaient à leurs abonnés respectifs d'appeler sans limitation les interlocuteurs clients du même réseau. Les pratiques ont pris la forme d'une différenciation tarifaire dépourvue de justification entre les appels « on net » (passés sur leur propre réseau) et les appels « off net » (à destination d'un réseau concurrent).

Ces offres étaient devenues le cœur de l'offre postpayée proposée aux particuliers par Orange et SFR, qui les diffusaient à leurs clients souhaitant souscrire ou renouveler leur forfait entre 2005 et 2008. Si toutes ces offres se traduisaient par une différenciation tarifaire entre les appels « on net » et les appels « off net », l'avantage de l'abondance (à savoir la possibilité de communication illimitée) était réservé aux seuls appels « on net ».

Ces offres ont non seulement eu un effet « tribu », mais aussi dégradé la fluidité du marché du fait de l'effet réseau.

S'agissant de l'effet « tribu », c'est-à-dire la propension des proches à se regrouper auprès d'un même opérateur, en incitant les consommateurs à changer d'opérateur pour rejoindre celui de leurs proches, il a eu un effet dommageable pour le secteur. Une fois les tribus constituées, ces offres ont retenu durablement les consommateurs auprès de leur opérateur en augmentant substantiellement les coûts de sortie encourus par les abonnés, comme par leurs proches, qui auraient pu souhaiter souscrire une nouvelle offre auprès d'un opérateur concurrent. Elles ont ainsi dégradé la fluidité du marché de détail, en rendant plus difficile la migration des clients vers un autre opérateur.

Ces offres ont également eu un effet de réseau, c'est-à-dire d'accroissement de l'attractivité des opérateurs disposant d'un grand nombre d'abonnés, ce qui a mécaniquement affecté l'attractivité des opérateurs de moindre envergure.

Orange et SFR n'ont pas été en mesure de démontrer que la différenciation tarifaire entre les appels « on net » et « off net » était objectivement justifiée, ni qu'elle serait indispensable à la réalisation de gains d'efficacité qui compenseraient les effets anticoncurrentiels.

Les pratiques n'ayant pas été qualifiées d'abusives

Dénigrement et concurrence déloyale

À l'occasion d'une décision **12-D-14** du 5 juin 2012 relative à des pratiques mises en œuvre par Microsoft Corporation et Microsoft France, l'Autorité a souligné que, sous certaines conditions, un acte de concurrence déloyale peut également

74. Un recours a été formé contre cette décision.

être constitutif d'un abus de position dominante. S'appuyant sur la jurisprudence de la cour d'appel de Paris, l'Autorité de la concurrence a rappelé qu'une action en justice, par une entreprise en position dominante, peut être qualifiée d'abus au sens de l'article L. 420-2 du Code de commerce, si cette action est manifestement dépourvue de tout fondement, ne peut pas être raisonnablement considérée comme visant à faire valoir les droits de l'entreprise concernée, et s'inscrit dans un plan visant à empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur le marché considéré. En l'espèce, l'Autorité de la concurrence a écarté l'existence d'un abus de position dominante, la cour d'appel de Paris ayant jugé non seulement que le comportement de l'entreprise dominante n'était pas un acte constitutif de concurrence déloyale, mais aussi que les plaignantes devaient être condamnées pour contrefaçon.

Pratiques discriminatoires

L'Autorité a estimé, dans une décision **12-D-18**⁷⁵ du 20 septembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des prestations d'interconnexion réciproques en matière de connectivité Internet, que la politique de facturation proposée par France Télécom au plaignant s'agissant des accords d'interconnexion ne pouvait pas être qualifiée de pratique discriminatoire puisqu'elle apparaît conforme aux politiques de facturations appliquées par la plupart des grands acteurs dans ce domaine.

Abus de dépendance économique

Aux termes de l'article L. 420-2 alinéa 2 : « Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou pratiques discriminatoires visées à l'article L. 442-6. »

L'application de cette disposition suppose d'établir, dans un premier temps, l'état de dépendance économique d'une entreprise à l'égard d'une autre et, dans un second temps, l'existence d'un abus commis par cette dernière.

L'Autorité a rappelé à plusieurs reprises (**12-D-07 et 12-D-16**) les critères permettant de caractériser l'existence d'une situation de dépendance économique. Il s'agit de :

- l'importance de la part du chiffre d'affaires réalisée par le fournisseur avec le distributeur ;
- l'importance du distributeur dans la commercialisation des produits concernés ;
- les facteurs ayant conduit à la concentration des ventes du fournisseur auprès du distributeur, en particulier si cette situation résulte d'un choix de stratégie commerciale ou au contraire d'une nécessité technique s'imposant au producteur ;

75. Un recours a été formé contre cette décision.

- l'existence de solutions équivalentes, de telle sorte que l'état de dépendance implique l'impossibilité pour une entreprise de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées. L'appréciation de solutions équivalentes nécessite l'examen du point de savoir si les facteurs de production sont spécialisés dans la fabrication de biens et services destinés aux distributeurs et ne peuvent être ni utilisés ni adaptés à la production d'autres biens et services, à un coût économiquement acceptable.

Dans une décision relative à des pratiques relevées dans le secteur des emballages en bois (**12-D-07**), l'Autorité a constaté, après avoir rappelé ces critères, l'existence de débouchés alternatifs à disposition des producteurs de cagettes de bois. Elle a donc conclu à l'absence de dépendance économique.

L'imputabilité

Il ressort d'une jurisprudence constante que lorsque l'existence d'une infraction est établie, il faut déterminer la personne physique ou morale qui était responsable de l'exploitation de l'entreprise en cause au moment où l'infraction a été commise afin qu'elle réponde de celle-ci (CJCE, 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands e. a.*, C-8/08, Rec. p. I-4529, points 49 et 50, et CA Paris, 29 mars 2012, *Lacroix Signalisation e. a.*, n° 2011/01228, p. 18).

L'infraction doit ainsi être imputée sans équivoque à une personne juridique qui sera susceptible de se voir infliger la sanction (CJCE, 10 septembre 2009, *Akzo Nobel e. a./Commission*, C-97/08 P, Rec. p. I-8237, point 57).

L'Autorité a rappelé ces principes dans la décision **12-D-25** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises, en imputant les pratiques à l'EPIC SNCF, et non à la division Fret SNCF, division dépourvue de la personnalité morale.

L'imputabilité du comportement de la filiale à la société mère

Il résulte de la jurisprudence que le comportement d'une filiale peut être imputé à la société mère notamment lorsque, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par la société mère, eu égard en particulier aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent ces deux entités juridiques. Il en est ainsi parce que, dans une telle situation, la société mère et sa filiale font partie d'une même unité économique et, partant, forment une seule entreprise. Ainsi, le fait qu'une société mère et sa filiale constituent une seule entreprise au sens de l'article 81 du Traité CE, devenu article 101 du TFUE, permet à la Commission européenne de retenir la responsabilité de la société mère, sans qu'il soit requis d'établir l'implication personnelle de cette dernière dans l'infraction⁷⁶.

76. CJCE, 10 septembre 2009, *Akzo Nobel e. a./Commission*, C-97/08 P, Rec. p. I-8237.

Dans le cas particulier où une société mère détient, directement ou indirectement par le biais d'une société interposée, la totalité ou la quasi-totalité du capital de sa filiale auteur d'un comportement infractionnel, la jurisprudence constante de l'Union européenne retient qu'il existe une présomption simple selon laquelle la société mère exerce une influence déterminante sur le comportement de sa filiale. Il incombe alors à la société mère de renverser la présomption en apportant des éléments de preuve susceptibles de démontrer que sa filiale détermine de façon autonome sa ligne d'action sur le marché. Si la présomption n'est pas renversée, la Commission européenne, ou l'autorité nationale de concurrence concernée, sera en mesure de tenir la société mère solidairement responsable pour le paiement de l'amende infligée à sa filiale⁷⁷.

Si les conditions d'application de ce régime de présomption réfragable ne sont pas réunies, le juge impose à la Commission européenne de vérifier que la société mère exerce effectivement une influence déterminante sur le comportement de sa filiale. Dans un tel cas, afin d'établir si une filiale détermine de façon autonome son comportement sur le marché, il convient de prendre en compte l'ensemble des éléments pertinents propres aux circonstances de l'espèce, relatifs aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent la filiale à la société mère⁷⁸.

À cet égard, il n'est pas exigé, pour imputer à une société mère les actes commis par sa filiale, de prouver que la société mère a été directement impliquée dans – ou a eu connaissance d'une quelconque manière – des comportements incriminés, car ce n'est pas une relation d'instigation relative à l'infraction entre la société mère et sa filiale mais le fait qu'elles constituent une seule entreprise au sens de l'article 101 TFUE, qui permet de retenir la responsabilité de la société mère d'un groupe de sociétés.

Ces principes s'imposent à l'Autorité de la concurrence lorsqu'elle fait application des articles 101 TFUE et 102 TFUE et des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce. En effet, la notion d'entreprise et les règles d'imputabilité relèvent des règles matérielles du droit de la concurrence de l'Union. L'interprétation qu'en donnent les juridictions de l'Union européenne s'impose donc à l'autorité nationale de concurrence lorsqu'elle applique ce droit, ainsi qu'aux juridictions qui la contrôlent.

Cette jurisprudence a été reprise par la cour d'appel de Paris (voir *infra* jurisprudence des juridictions de contrôle).

L'Autorité a eu l'occasion de faire application de ces principes dans la décision **12-D-09**⁷⁹ relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires. Elle a considéré qu'il y avait lieu d'imputer les comportements en cause aux sociétés auteurs des pratiques ainsi qu'à leurs sociétés mères, pour le comportement infractionnel de leurs filiales, étant précisé que les sociétés mères concernées

77. CJCE, Akzo Nobel e. a./Commission, précité, points 60 et 61, solution confirmée récemment par CJUE, General Química e. a./Commission, précité, points 39 et 40.

78. TPICE, 27 octobre 2010, Alliance One International Inc., T-24/05.

79. Un recours a été formé contre cette décision.

n'avaient pas contesté leur responsabilité ni, partant, fait valoir d'arguments visant à renverser la présomption d'imputabilité rappelée ci-dessus.

Dans la décision **12-D-10**⁸⁰, l'Autorité a également appliqué ces principes pour imputer les pratiques mises en œuvre par la société Hill's à sa société mère, Colgate, qui détenait 100 % de son capital. Pour contester la responsabilité de Colgate, les sociétés ont fait valoir que les contrats visés par les griefs avaient été négociés et conclus directement par Hill's sans intervention de sa société mère et que Hill's constituait une division opérationnelle séparée au sein du groupe Colgate Palmolive. L'Autorité a considéré que ces affirmations n'étaient pas de nature à renverser la présomption d'influence déterminante de la société mère sur sa filiale détenue à 100 % dès lors qu'elles ne permettaient pas, en l'absence de tout élément circonstancié, de considérer que Hill's déterminait sa politique commerciale de manière autonome. Elle a notamment relevé qu'il était indifférent que la société mère n'ait pas incité sa filiale à commettre l'infraction en cause et ne soit pas directement impliquée dans celle-ci.

Dans la décision **12-D-24**⁸¹ relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine, l'Autorité a également rappelé ces principes en considérant qu'il y avait lieu d'imputer les pratiques d'abus de différenciation tarifaire aux sociétés Orange France, en tant qu'auteur des pratiques, et France Télécom, en sa qualité de société mère.

Dans la décision **12-D-27** portant sur une entente dans le secteur de la billetterie de spectacles, l'Autorité a estimé que Réseau France Billet, devenue France Billet, dont la FNAC détenait 55 % du capital pendant la durée des pratiques, ne déterminait pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais appliquait pour l'essentiel les instructions qui lui étaient données par la FNAC. En se fondant sur différents éléments relatifs aux liens économiques, organisationnels et juridiques unissant la FNAC à sa filiale, notamment le fait que les deux sociétés avaient des dirigeants communs, que la FNAC était majoritaire au conseil d'administration de Réseau France Billet, et que les responsables régionaux chargés des relations de Réseau France Billet avec les organisateurs de spectacles étaient des salariés de la FNAC, l'Autorité en a déduit que la FNAC et Réseau France Billet constituaient une seule et même entité économique. Ainsi, la FNAC devait répondre des pratiques anticoncurrentielles en cause en tant que société mère de Réseau France Billet.

La modification de la structure, de la situation juridique, de la dénomination ou de l'activité de l'entreprise auteur des pratiques

Comme le rappelle l'Autorité dans sa pratique décisionnelle, les règles développées par la jurisprudence interne et de l'Union européenne en matière d'imputabilité

⁸⁰. Un recours a été formé contre cette décision.

⁸¹. Un recours a été formé contre cette décision.

des infractions en droit de la concurrence, en cas de restructurations d'entreprises, s'appuient sur le principe de la responsabilité personnelle, complété par le critère de la continuité économique.

Lorsqu'une personne morale enfreint les règles de la concurrence, il lui incombe, selon le principe de la responsabilité personnelle, de répondre de cette infraction⁸².

Une personne morale qui n'est pas l'auteur de l'infraction peut néanmoins être sanctionnée pour celle-ci dans certaines circonstances, sur le fondement du critère de la continuité économique. En effet, « *si aucune autre possibilité d'infliction de la sanction à une entité autre que celle ayant commis l'infraction n'était prévue, des entreprises pourraient échapper à des sanctions par le simple fait que leur identité ait été modifiée par suite de restructurations, de cessions ou d'autres changements juridiques ou organisationnels. L'objectif de réprimer les comportements contraires aux règles de la concurrence et d'en prévenir le renouvellement au moyen de sanctions dissuasives serait ainsi compromis* » (CJCE, 11 décembre 2007, ETI e. a., C-280/06, Rec. p. I-10893, point 41).

Dans la décision **12-D-09**⁸³, l'Autorité a rappelé que les entreprises destinataires de la notification des griefs devaient, conformément au Code de commerce, signaler sans délai au rapporteur chargé du dossier toute modification ultérieure de leur situation juridique susceptible de modifier les conditions dans lesquelles les griefs peuvent leur être imputés, sauf à être irrecevables à s'en prévaloir ultérieurement.

Il en est ainsi lorsque la personne ayant commis l'infraction a cessé d'exister juridiquement après la commission de l'infraction⁸⁴. Aux termes de la jurisprudence des cours nationales de contrôle : « *les sanctions prévues à l'article L. 464-2 du Code de commerce sont applicables aux entreprises auteurs des pratiques anticoncurrentielles prohibées [...], lorsque la personne qui exploitait l'entreprise a cessé d'exister juridiquement avant d'être appelée à en répondre, les pratiques sont imputées à la personne morale à laquelle l'entreprise a été juridiquement transmise, et, à défaut d'une telle transmission, à celle qui assure en fait sa continuité économique et fonctionnelle* » (voir CA Paris, 14 janvier 2009, Eurelec et Cass. com., 20 novembre 2001, n^{os} 99-16.776 et 99-18.253, société Bec Frères).

Il en est également ainsi lorsque la personne ayant commis l'infraction, bien que subsistant juridiquement, n'a plus d'existence économique après la commission de l'infraction (voir, en ce sens, CJCE, Aalborg Portland/Commission, précité, points 355 à 359, et ETI, précité, point 41 à 52.). La Cour de justice souligne : « *À ce dernier égard, il y a lieu de considérer qu'une sanction infligée à une entreprise qui continue à exister juridiquement, mais n'exerce plus d'activités économiques, risque d'être dépourvue d'effet dissuasif* » (arrêt ETI, précité, point 40).

82. CJCE, 8 juillet 1999, Commission/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Rec. p. I-4125, point 145, et CJCE, 16 novembre 2000, Cascades/Commission, C-279/98 P, Rec. p. I-9693, point 78.

83. Un recours a été formé contre cette décision.

84. CJCE, Commission/Anic Partecipazioni, précité, point 145.

L'application du principe de continuité juridique

Dans la décision **12-D-09**⁸⁵, l'Autorité a rappelé que tant que la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise qui a mis en œuvre des pratiques subsiste juridiquement, c'est elle qui doit en assumer la responsabilité, même si les éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction ont été cédés à une tierce personne et sans que son changement de dénomination sociale ait un quelconque effet⁸⁶.

Lorsque la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise juridiquement disparu, les pratiques doivent être imputées à la personne morale à laquelle l'entreprise a juridiquement été transmise, c'est-à-dire à la personne morale qui a reçu les droits et obligations de la personne auteur des pratiques. Il peut s'agir de la société qui a absorbé l'auteur des pratiques ou encore de la société résultant de la fusion entre l'auteur des pratiques et une autre entité.

Elle a ainsi sanctionné des sociétés qui, à la suite de plusieurs opérations de fusion, d'absorption et de transformation avaient juridiquement succédé aux sociétés auteurs des faits reprochés.

Dans cette même décision, l'Autorité a également considéré qu'en cas de dissolution par absorption de la personne morale, les pratiques qu'elle avait commises devaient être imputées à la société absorbante, notwithstanding la circonstance que les infractions étaient antérieures à l'acquisition de l'entreprise.

L'application du principe de continuité économique

Dans la décision **12-D-26**, l'Autorité a rappelé ces principes en indiquant que lorsque la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise qui a commis les pratiques a cessé d'exister juridiquement, il convient de localiser, dans un premier temps, l'ensemble des éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction pour identifier, dans un second temps, la personne morale qui est devenue responsable de l'exploitation de cet ensemble (TPICE, 17 décembre 1991, Enichem Anic/Commission, T-6/89, Rec. p. II-1623, point 237, et TPICE, 14 décembre 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich/Commission, T-259/02 à T-264/02 et T-271/02, Rec. p. II-5169, paragraphe 325). Ainsi, après avoir constaté que l'APSAD avait transféré ses activités de certification de service en matière d'installation et de maintenance d'extincteurs à l'association CNPP avant de disparaître juridiquement, l'Autorité a pu en déduire que l'association CNPP était le continueur économique de l'APSAD. La pratique en cause devait donc être imputée à cette association, en tant que continueur économique et fonctionnel de l'APSAD jusqu'au transfert desdites activités, et en tant qu'auteur de la pratique pour la période ultérieure.

⁸⁵. Un recours a été formé contre cette décision.

⁸⁶. Voir aussi décisions 01-D-14, 01-D-17 et 01-D-45.

L'imputabilité des pratiques à un organisme collectif

Dans la décision **12-D-06**, l'Autorité a considéré que les pratiques d'entente et d'abus de position dominante mises en œuvre dans le secteur des agrégats et des marchés aval à Saint-Pierre-et-Miquelon étaient imputables aux membres du GIE « Exploitation des carrières » mais également au GIE lui-même.

En effet, l'Autorité a tout d'abord rappelé la jurisprudence selon laquelle il est possible de retenir la responsabilité personnelle d'un organisme collectif, parallèlement à celle de ses membres, dès lors que cet organisme collectif adopte un comportement anticoncurrentiel distinct et autonome de celui de ses membres (CA Paris, 26 octobre 2004, Yann Penard, confirmant la décision 04-D-07 du 11 mars 2004 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la boulangerie dans le département de la Marne).

L'Autorité a relevé ensuite que le GIE « Exploitation des carrières » exerçait des activités de production et de commercialisation d'agrégats et d'enrobés qui constituent une activité économique au sens de l'article L. 410-1 du Code de commerce. L'analyse de son mode de fonctionnement montrait que ce GIE disposait, pour ces activités, de ses propres moyens en personnel et matériel, et qu'il était doté d'un certain degré d'autonomie par rapport à ses membres, laquelle s'exprimait notamment dans son pouvoir de négociation lors de la soumission aux appels d'offres organisés pour l'attribution de marchés publics auxquels il candidatait seul.

L'Autorité a également relevé que le GIE avait pris une part active dans la mise en œuvre des pratiques visées par l'ensemble des griefs et qu'il était donc responsable de la mise en œuvre de ces pratiques.

Enfin, l'Autorité a indiqué qu'il n'était pas contesté que les membres du GIE, à savoir les sociétés Allen-Mahé, Atelier Fer et Guibert Frères avaient chacune participé à la mise en œuvre de ces pratiques.

Les mesures adoptées

Les mesures conservatoires

En 2012, l'Autorité n'a pas prononcé de mesures conservatoires.

Les décisions d'engagements

L'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 a institué en droit français la procédure dite « d'engagements », aux termes de laquelle le Conseil, devenu l'Autorité, peut décider, en contrepartie d'engagements crédibles et vérifiables des entreprises, de clore la procédure sans statuer sur le caractère anticoncurrentiel des pratiques et sans prononcer de sanctions pécuniaires (article L. 464-2-I, § 1 du Code de commerce).

L'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 a permis, dans le cadre de la réforme du droit de la concurrence, d'amender cet article en remplaçant l'expression

« pratiques anticoncurrentielles », par celle de « préoccupations de concurrence ». Le nouvel article L. 464-2-I, paragraphe 1 du Code de commerce prévoit désormais que : « L'Autorité de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Elle peut aussi accepter les engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme aux préoccupations de concurrence. Elle peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions, soit en cas de non-respect des engagements qu'elle a acceptés. »

Cette disposition est complétée par l'article R. 464-2 du Code de commerce (nouvelle rédaction), qui prévoit que : « Lorsque l'Autorité de la concurrence envisage de faire application du I de l'article L. 464-2 relatif à l'acceptation d'engagements proposés par les entreprises, le rapporteur fait connaître aux entreprises ou organismes concernés son évaluation préliminaire des pratiques en cause. Cette évaluation peut être faite par courrier, par procès-verbal ou, lorsque l'Autorité est saisie d'une demande de mesures conservatoires, par la présentation d'un rapport oral en séance. Une copie de l'évaluation est adressée à l'auteur de la saisine et au commissaire du Gouvernement, sauf lorsqu'elle est présentée oralement lors d'une séance en présence des parties.

Le délai imparti aux entreprises ou organismes pour formaliser leurs engagements à l'issue de l'évaluation préliminaire est fixé, soit par le rapporteur dans le cas où l'évaluation a été faite par courrier ou par procès-verbal, soit par l'Autorité de la concurrence dans le cas où cette évaluation a été présentée oralement en séance. Ce délai ne peut, sauf accord des entreprises ou organismes concernés, être inférieur à un mois.

À réception des engagements proposés par les entreprises ou organismes concernés à l'issue du délai mentionné au deuxième alinéa, le rapporteur général communique leur contenu à l'auteur ou aux auteurs de la saisine ainsi qu'au commissaire du Gouvernement. Il publie également, par tout moyen, un résumé de l'affaire et des engagements pour permettre aux tiers intéressés de présenter leurs observations. Il fixe un délai, qui ne peut être inférieur à un mois à compter de la date de communication ou de publication du contenu des engagements, pour la production des observations des parties, du commissaire du Gouvernement et, le cas échéant, des tiers intéressés. Ces observations sont versées au dossier.

Les parties et le commissaire du Gouvernement sont convoqués à la séance par l'envoi d'une lettre du rapporteur général accompagnée de la proposition d'engagements trois semaines au moins avant le jour de la séance. Ils peuvent présenter des observations orales lors de la séance. »

En application de ces dispositions qui introduisent un système comparable à celui prévu en droit de l'Union par les articles 9 et 27, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003, le Conseil de la concurrence a progressivement développé sa pratique en matière d'engagements.

Le 3 avril 2008, au regard de sa pratique décisionnelle déjà très importante témoignant du succès grandissant de cette procédure, le Conseil a diffusé, sur son site Internet, un communiqué de procédure relatif aux engagements en matière de concurrence, document repris, moyennant quelques aménagements de fond, dans

un communiqué de procédure du 2 mars 2009⁸⁷, par l'Autorité de la concurrence. Ce communiqué est destiné à éclairer les entreprises sur les bénéfices qu'elles peuvent retirer de la mise en œuvre de cette procédure et sur ses modalités pratiques d'application.

En 2012, l'Autorité a rendu six nouvelles décisions d'acceptation d'engagements (12-D-04, 12-D-16, 12-D-17, 12-D-18⁸⁸, 12-D-22 et 12-D-29), confirmant la pratique décisionnelle du Conseil et de l'Autorité.

Engagements relatifs à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture d'informations météorologiques aux professionnels (12-D-04)

Saisie par la société Météo Consult, l'Autorité a examiné la conformité aux règles de concurrence des pratiques mises en œuvre par Météo France en matière de fourniture de services météorologiques aux entreprises. Météo Consult demandait également le prononcé de mesures conservatoires mais s'est désistée de cette demande par la suite.

Dans sa saisine, Météo Consult a indiqué avoir observé la mise en œuvre par Météo France d'une politique de prix agressive et précisément ciblée sur des clients pour lesquels les deux entreprises étaient en concurrence. Au terme de l'analyse des éléments comptables fournis par Météo France, l'instruction a estimé qu'un risque de subventions croisées entre les activités de service public de Météo France (en monopole) et ses activités commerciales (en concurrence) ne pouvait être écarté, compte tenu de l'absence d'un système fin de comptabilisation analytique des coûts et des revenus. En réponse aux préoccupations de concurrence exprimées par les services d'instruction de l'Autorité, Météo France a soumis, le 28 septembre 2011, des propositions d'engagements, puis de nouvelles versions de ces engagements, à la suite du « test de marché » et de la discussion devant le collège de l'Autorité.

Météo France a proposé de mettre en œuvre, dans leur version finale, les engagements suivants :

- faire évoluer sa comptabilité analytique et maintenir cette dernière dans un format permettant de séparer clairement missions de service public et activités commerciales, en identifiant, d'une part, précisément les coûts et les revenus relatifs à ses missions de service public et les coûts et revenus relatifs à son activité commerciale, en isolant, d'autre part, au sein des activités commerciales, celles rendues aux professionnels et aux particuliers ;
- faire auditer la comptabilité analytique par un auditeur indépendant ; lequel devra examiner la pertinence de l'ensemble des clés d'allocation retenues pour la comptabilité analytique, analyser les principales évolutions éventuellement apportées à la comptabilité analytique et, le cas échéant, en proposer la modification ;
- transmettre à l'Autorité le 30 juin de chaque année un état synthétique de ses coûts et de ses revenus analytiques ainsi qu'une attestation de conformité du

87. www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cpro_autorite_2mars2009_engagements_antitrust.pdf.

88. Cette décision fait l'objet d'un recours.

système de comptabilité analytique produite par l'auditeur par rapport aux engagements précédents ;

- mettre en place un processus de contrôle interne des modalités d'élaboration des offres de prestations, dûment documenté et incluant, avant transmission aux clients finaux, une revue de leurs coûts complets, une détermination de la marge envisagée, ainsi qu'une validation par une personne d'encadrement dûment habilitée à cet effet et appartenant à la direction commerciale régionale ou centrale de Météo France. La méthodologie adoptée pour la revue des coûts complets et la détermination de la marge envisagée sera harmonisée et cohérente avec la comptabilité analytique auditée. Météo France s'engage à formaliser ce processus de contrôle interne par la mise à jour de la documentation qualité rattachée à son activité commerciale.

L'Autorité a, par décision **12-D-04** du 23 janvier 2012, accepté et rendu obligatoires les engagements proposés par Météo France.

Engagements relatifs à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de distribution de la presse (12-D-16)

Par lettre du 10 juillet 2008, le Syndicat national des dépositaires de presse (SNDP) avait saisi le Conseil de la concurrence, dénonçant certaines clauses contractuelles liant Presstalis et des dépositaires de presse indépendants ainsi que des règles de fonctionnement susceptibles selon lui de constituer des abus de position dominante. Le SNDP dénonçait en particulier les conditions de la rémunération des dépositaires, les contraintes imposées à ces derniers désireux de nouer des relations directes avec les éditeurs, l'imposition d'une clause de révocation *ad nutum* dans le contrat de dépositaire, les conditions de la participation de Presstalis aux procédures d'agrément des cessions et rattachements des dépôts de presse, susceptibles de favoriser son développement sur le niveau 2.

Par décision 09-D-02, le Conseil de la concurrence avait rejeté la demande de mesures conservatoires, présentée par le SNDP, au motif qu'il n'était pas démontré que les pratiques alléguées étaient la cause directe et certaine d'une atteinte grave et immédiate à l'économie du secteur. En outre, aucun élément probant n'était apporté quant à une rémunération discriminatoire et inéquitable des dépositaires. Le Conseil avait, en revanche, demandé que, sur les autres points, l'instruction du dossier au fond soit poursuivie.

Au cours de l'instruction, il a été relevé que plusieurs dispositions des contrats régissant les relations entre Presstalis et les dépositaires de presse étaient susceptibles d'être constitutives d'abus de position dominante.

Ainsi, une clause du contrat de Presstalis avec les dépositaires de presse pouvait être comprise comme une interdiction de principe faite aux dépositaires signataires de nouer des relations directes avec un éditeur pour assurer la distribution d'un ou plusieurs titres sur leur zone de chalandise. Une telle clause est susceptible de restreindre la capacité concurrentielle des dépositaires indépendants vis-à-vis des messageries sur le marché de la distribution de la presse.

De la même façon, la clause de révocation *ad nutum* du contrat liant Presstalis et les dépositaires pouvait être interprétée comme une disposition permettant à Presstalis de révoquer un dépositaire après un préavis extrêmement court (48 heures), sans indemnité, et ce alors même qu'aucune faute n'aurait été commise par celui-ci. De telles conditions de révocation étaient de nature à permettre à Presstalis d'abuser de sa possible position dominante sur le marché de la distribution de la presse au numéro sur le marché connexe des cessions de dépôts, en menaçant de révocation les dépositaires qui chercheraient à construire un partenariat avec une autre entreprise que Presstalis.

Il a en outre été constaté que, dans le cadre des cessions de dépôts, agréées par le Conseil supérieur des messageries de presse (CSMP), ce dernier pouvait, par l'intermédiaire de sa commission du réseau, demander un éclairage ou un avis aux messageries. Au travers de cette procédure, il ne pouvait être exclu que Presstalis, messagerie susceptible d'être dominante sur le marché, cherche à favoriser ses propres projets au détriment de ceux des dépositaires indépendants. S'il appartient au CSMP de veiller au respect d'une procédure contradictoire, le format choisi par Presstalis pour donner au CSMP sa position sur un projet doit permettre à ce dernier de prendre sa décision en se fondant sur des critères objectifs et vérifiables. L'absence de trace écrite de la position de Presstalis était de nature à rendre le processus moins transparent et vérifiable, facilitant la possibilité pour Presstalis de présenter, le cas échéant, des positions non objectives.

Pour répondre à ces préoccupations de concurrence, Presstalis s'est engagée :

- à ne pas résilier de contrat avec les dépositaires de presse assurant directement la distribution de publications d'un éditeur dès lors que cette distribution directe ne compromet pas de manière substantielle la bonne exécution de la distribution objet du contrat avec le dépositaire concerné ;
- à ne pas, sauf en cas de faute grave, résilier le contrat d'un dépositaire sans respecter un préavis de trois mois, celui-ci pouvant exercer son droit à indemnisation ;
- à consigner par écrit les éléments qu'elle serait amenée à donner à la commission du réseau dans le cadre d'un projet impliquant les dépositaires de la distribution de la presse, lors de la procédure d'agrément des cessions ;
- à informer les dépositaires – qui ont conclu ou qui concluront avec elle un contrat – des engagements pris.

Considérant que ces engagements répondaient à ses préoccupations de concurrence, l'Autorité a accepté et rendu ces engagements obligatoires par décision **12-D-16** du 12 juillet 2012.

Engagements relatifs à des pratiques relevées dans le secteur des moyens de paiement scripturaux (prélèvement, titre interbancaire de paiement, télévirement, virement et lettre de change) (12-D-17)

Saisie par la Fédération des entreprises du commerce et de la distribution (FCD) et l'Association pour la défense des utilisateurs des moyens de paiement européens (ADUMPE), l'Autorité de la concurrence a examiné la conformité aux règles de concurrence des commissions interbancaires liées à l'utilisation des moyens

de paiement scripturaux autres que les cartes bancaires et les chèques – prélèvement, virement, TIP (titre interbancaire de paiement), télévirement et lettre de change relevé (LCR).

L'instruction menée a permis d'identifier des préoccupations de concurrence : les commissions interbancaires fixées par les principales banques étaient susceptibles d'être qualifiées de restrictions de concurrence, dans la mesure où les banques fixaient en commun, dans certains cas depuis la fin des années 1960, des montants uniformes de commissions interbancaires. Ces commissions, qui pesaient sur les coûts des banques, étaient susceptibles d'influencer – à la hausse – les tarifs des clients des banques.

Les engagements pris par les banques ont consisté en la suppression de la plupart des commissions au 1^{er} septembre 2013, après une division par deux de toutes les commissions dès le 1^{er} septembre 2012.

Ainsi, les principales commissions (prélèvement, télévirement, TIP et VOE) ont effectivement été réduites de 50% depuis le 1^{er} septembre 2012 avant d'être supprimées définitivement le 1^{er} septembre 2013.

	Aujourd'hui	1 ^{er} septembre 2012	1 ^{er} septembre 2013
Prélèvement	12,2 centimes €	6,1 centimes €	0 €
Télévirement	13,7 centimes €	6,8 centimes €	0 €
TIP	7,6 centimes €	3,8 centimes €	0 €
Virement d'origine étrangère (VOE)	1,829 €	0,915 €	0 €

Les commissions exceptionnelles sur rejets ont également été réduites de 50% depuis le 1^{er} septembre 2012, avant de faire l'objet d'une nouvelle évaluation sur la base d'une étude de coûts, faite à partir d'un cahier des charges validé par l'Autorité de la concurrence.

Premièrement, ces commissions rémunéreront désormais des prestations optionnelles, à la demande du créancier – mise à disposition ou transmission de l'information (entre banques) relative à l'existence et au motif du rejet – et ne seront donc plus automatiquement appliquées. Deuxièmement, les banques se sont engagées à redéfinir de façon précise les postes de coûts couverts par ces commissions, sous le contrôle de l'Autorité de la concurrence. L'Autorité appréciera également la conformité au cahier des charges de l'étude finale. En l'absence d'approbation de l'étude de coûts par l'Autorité, les commissions seraient suspendues dès le 1^{er} septembre 2013, jusqu'à la réalisation d'une étude conforme.

L'Autorité rend également obligatoire l'engagement de la FBF, qui inclut les adhérents de l'AFB, de diffuser auprès de ses adhérents – l'ensemble des banques actives en France – les engagements souscrits par les banques parties à la procédure.

Par décision **12-D-17** du 5 juillet 2012, l'Autorité de la concurrence a accepté et rendu obligatoires l'ensemble de ces engagements.

Engagements relatifs à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des prestations d'interconnexion réciproques en matière de connectivité Internet (12-D-18)

Saisie par l'opérateur de télécommunications américain Cogent qui reprochait, entre autres, à France Télécom de remettre en cause le système de « *peering* » (échange gratuit des flux entre deux réseaux) existant entre opérateurs de transit, en demandant à être rémunérée pour l'ouverture de capacités techniques supplémentaires d'accès aux abonnés d'Orange, l'Autorité a considéré que, compte tenu du caractère très asymétrique des échanges de trafic entre France Télécom et Cogent, cette demande de facturation ne constituait pas en l'état une pratique anticoncurrentielle, dans la mesure où une telle rémunération n'était pas une pratique inhabituelle dans le monde de l'Internet en cas de déséquilibre important des flux entrants et sortants entre deux réseaux et correspond à la politique générale de « *peering* » adoptée par France Télécom et connue de Cogent.

En revanche, l'Autorité a constaté l'existence d'une certaine opacité dans les relations entre le réseau domestique de France Télécom (Orange) et les activités d'opérateur de transit (Open Transit), pouvant conduire à d'éventuelles pratiques de ciseau tarifaire. France Télécom a accepté de prendre des engagements de nature à les prévenir et à en permettre le contrôle.

Ainsi, elle s'est engagée à :

- formaliser un protocole interne entre Orange et Open Transit décrivant les conditions techniques, opérationnelles et financières applicables à la fourniture de services de connectivité France ;
- mettre en place un suivi de la mise en œuvre de ce protocole interne.

Le protocole interne sera communiqué à l'Autorité de la concurrence dans les trois mois. Sa mise en œuvre sera suivie pendant deux ans par l'Autorité.

Par décision **12-D-18**⁸⁹ du 20 septembre 2012, l'Autorité de la concurrence a accepté et rendu obligatoires ces engagements.

Engagements relatifs à des pratiques mises en œuvre par la société PagesJaunes SA (12-D-22)

Une dizaine d'agences de publicité ont saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques mises en œuvre par PagesJaunes. Elles reprochaient notamment à cette dernière de leur refuser l'accès à des données statistiques utilisées pour conseiller les annonceurs. Elles mettaient également en avant des cas de dénigrement de la part de commerciaux de PagesJaunes, visant la qualité et le prix de leurs prestations, ainsi que de discrimination à leur encontre. Elles faisaient valoir en particulier que les agences de publicité devaient respecter plusieurs critères pour la parution de certaines annonces alors même que, dans certains cas, les forces de vente de PagesJaunes s'en affranchissaient.

89. Un recours a été formé contre cette décision.

Les services d'instruction ont relevé que certaines des pratiques dénoncées par les saisissantes étaient susceptibles de restreindre la concurrence sur le marché de la vente d'espaces publicitaires dans les annuaires.

En réponse, PagesJaunes a pris les engagements suivants :

- mettre à disposition des agences des statistiques de consultation des annonces identiques à celles dont disposent les commerciaux de PagesJaunes ;
- poursuivre la mise à disposition pour les agences du logiciel de calcul des tarifs d'insertion des annonces ;
- mettre en place un plan de communication externe visant à faire connaître aux annonceurs l'existence et le rôle des agences de publicité. Ce plan devra préciser qu'un achat d'espace effectué *via* une agence ou directement auprès de PagesJaunes n'entraîne aucune différence tarifaire ni de traitement ;
- mettre en place un programme de conformité comprenant, notamment, la formation des conseillers commerciaux et des télévendeurs aux règles du droit de la concurrence et la mise en place d'un système d'alerte. Ce système permettra, d'une part, de recueillir et de traiter les plaintes éventuelles des agences relatives aux comportements de sa force de vente et, d'autre part, de répondre à toute question des personnels PagesJaunes faisant part de préoccupations en matière de conformité aux règles de concurrence ;
- faire respecter les règles de parution spécifiques des annonces par ses services commerciaux en instituant un contrôle aléatoire des commandes sur les rubriques dites « à risques » (telles que notamment : dépannages urgents à domicile, chauffage, plomberie, dépannages en serrurerie) et en pérennisant le contrôle systématique préalable sur certaines commandes mis en place en 2010, permettant ainsi d'assurer un contrôle effectif sur plus de quatre mille de ces commandes par an.

Ces engagements ont été pris pour une durée d'au moins trois ans à compter de la notification de la décision et jusqu'au 31 mars 2016. Un rapport annuel sera adressé à l'Autorité.

Par décision du 22 novembre 2012, l'Autorité de la concurrence a accepté et rendu obligatoires ces engagements.

Engagements relatifs à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution d'assurances complémentaires à destination des joueurs de golf (12-D-29)

Le 13 avril 2012, la société Eurogolf Liber'Tee (ci-après, Eurogolf) a saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la Fédération française de golf (ci-après, FFGolf) dans le secteur de la distribution de produits d'assurance complémentaire aux joueurs de golf.

La société Eurogolf, intermédiaire en assurances, reprochait à la FFGolf d'entretenir auprès de ses adhérents une confusion entre la licence de golf elle-même et des produits d'assurance complémentaire qui en réalité sont facultatifs, notamment en utilisant l'expression « licence-assurance » dans ses supports de communication.

Les services d'instruction ont exprimé en octobre 2012 leurs préoccupations de concurrence à la FFGolf. Ils ont souligné la confusion qu'elle entretenait entre sa mission de service public (la délivrance de licences de golf, activité dont elle détient le monopole légal) et son activité économique (la commercialisation de différents produits d'assurance complémentaire, activité ouverte à la concurrence).

La FFGolf étant susceptible d'occuper une position dominante sur le marché des produits d'assurance proposés aux joueurs de golf, et compte tenu de ses liens avec les clubs de golf, l'inclusion d'assurances non obligatoires dans la licence fédérale était susceptible de caractériser une « vente liée » qualifiable d'abus de position dominante.

La communication mise en place par la FFGolf vis-à-vis des golfs sur le caractère obligatoire de la licence était également susceptible d'étendre les effets de cette possible vente liée abusive et d'entraver l'émergence de la concurrence. Enfin, le programme dit « Cap 500 000 » était de nature à contribuer à l'assèchement du marché de l'assurance.

En réponse, la FFGolf a pris des engagements relatifs à :

- la modification de sa pratique contractuelle ;
- la modification de la communication de la FFGolf pour la promotion de la licence ;
- la modification du site Extranet mis à la disposition des golfs par la FFGolf ;
- la modification du programme Cap 500 000.

Un cinquième engagement prévoit la mise en œuvre des engagements qui fera l'objet d'un rapport annuel adressé à l'Autorité pendant quatre ans.

Les décisions d'infraction

Les sanctions pécuniaires

L'application du maximum légal de sanction prévu par la loi NRE du 15 mai 2001

Les *maxima* de sanction, tels qu'ils résultent des dispositions de la loi du 15 mai 2001, sont plus élevés que ceux édictés dans le cadre de l'ancienne rédaction de l'article L. 464-2 du Code de commerce, lui-même issu de la codification de l'article 21 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Les dispositions transitoires de la loi du 15 mai 2001 ne prévoient l'applicabilité des nouveaux *maxima* qu'aux pratiques dont le Conseil de la concurrence a été saisi postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la loi. Ce libellé aurait pu conduire à considérer que les nouveaux *maxima* étaient applicables aux infractions commises antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi, dès lors que le Conseil aurait été saisi après. Toutefois, celui-ci a estimé, compte tenu du caractère quasi pénal des sanctions qu'il inflige, qu'il devait appliquer le principe général de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère énoncé, notamment, par les articles 6 et 7 de la CESDH, ainsi que par l'article 15-1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. En conséquence, le nouveau maximum des sanctions n'est appliqué qu'aux pratiques

commises après l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001 ou aux pratiques continues débutées avant l'entrée en vigueur et achevées après, et qui ont fait l'objet d'une notification de griefs postérieurement à cette date.

Durant l'année 2012, l'Autorité de la concurrence a appliqué les *maxima* issus de la loi NRE à des pratiques commises après l'entrée en vigueur de cette dernière, dans cinq décisions (12-D-02⁹⁰, 12-D-10⁹¹, 12-D-24⁹², 12-D-25⁹³, 12-D-27) et à des pratiques commencées avant l'entrée en vigueur de cette loi mais qui se sont poursuivies après cette date, c'est-à-dire après le 18 mai 2001, dans cinq autres décisions (12-D-06, 12-D-08⁹⁴, 12-D-09⁹⁵, 12-D-23⁹⁶, 12-D-26).

Le maximum légal de sanction de la procédure simplifiée, prévu à l'article L. 464-5 du Code de commerce qui le fixe à 750 000 euros, a été appliqué deux fois en 2012 (12-D-02 et 12-D-06). Dans sa décision 12-D-06, l'Autorité de la concurrence a appliqué le maximum légal le plus favorable aux parties mises en cause entre celui de 750 000 euros au titre de la procédure simplifiée et celui de 10 % de chiffre d'affaires mondial consolidé réduit de moitié conformément au III de l'article L. 464-2 du Code de commerce pour les parties qui avaient fait le choix de ne pas contester les griefs. Pour l'ensemble des parties en cause, l'Autorité de la concurrence a appliqué le second plafond, dès lors que celui-ci était inférieur à 750 000 euros.

La motivation des sanctions pécuniaires

Aux termes de l'article L. 464-2 du Code de commerce, l'Autorité de la concurrence « peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions soit en cas de non-respect des engagements qu'elle a acceptés. Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération des pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ».

L'Autorité de la concurrence a précisé sa pratique en publiant le 16 mai 2011 un communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires. Ce document explique, à des fins de transparence et sous réserve de l'examen concret des circonstances propres au cas d'espèce que l'Autorité de la concurrence effectue dans chaque affaire sur laquelle elle se prononce, les modalités concrètes selon lesquelles elle entend faire usage du pouvoir d'appréciation qui lui a été conféré par le législateur pour déterminer les sanctions qu'elle impose, à l'intérieur du cadre prévu par le I de l'article L. 464-2 du Code de commerce et sous le contrôle de la cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation.

90. Un recours a été formé contre cette décision.

91. Un recours a été formé contre cette décision.

92. Un recours a été formé contre cette décision.

93. Un recours a été formé contre cette décision.

94. Un recours a été formé contre cette décision.

95. Un recours a été formé contre cette décision.

96. Un recours a été formé contre cette décision

Cette méthode se décompose en trois étapes successives. La première étape consiste à déterminer un montant de base reflétant la gravité des faits et l'importance du dommage causé à l'économie. Il se traduit par le choix d'un taux, compris entre 0 et 30% de la valeur des ventes réalisées par chacune des entreprises sanctionnées avec les produits ou services en relation avec l'infraction, qui sert généralement d'assiette à la sanction. La durée de participation de chacun des contrevenants à l'infraction est ensuite prise en considération. La deuxième étape consiste à adapter ce montant de base, à la hausse ou à la baisse, en considération de la situation individuelle de chaque entreprise. À cet effet, l'Autorité de la concurrence prend en compte le comportement de l'intéressée dans l'infraction, sous la forme de circonstances atténuantes ou aggravantes, et la situation personnelle de chacune d'entre elles. Le fait que certaines des parties sanctionnées se trouvent en situation de réitération – qui constitue un critère à part entière de détermination de la sanction – est également pris en considération lors de cette individualisation de la sanction. La troisième et dernière étape consiste à comparer la sanction ainsi obtenue pour chacune des parties en cause au maximum légal applicable et à la ramener à ce montant si elle le dépasse. En tant que de besoin, l'Autorité tient ensuite compte des réductions à accorder aux entreprises au titre des procédures de clémence ou de non-contestation des griefs, d'une part, et/ou en raison d'éventuelles difficultés contributives invoquées par les parties, d'autre part.

L'Autorité de la concurrence a mis en œuvre à huit reprises cette méthode en l'adaptant le cas échéant sur certains aspects compte tenu des spécificités propres à certaines affaires et à certaines des parties mises en cause (**12-D-02**⁹⁷, **12-D-06**, **12-D-08**⁹⁸, **12-D-09**⁹⁹, **12-D-10**¹⁰⁰, **12-D-24**¹⁰¹, **12-D-25**¹⁰², **12-D-27**). Dans deux autres affaires, elle n'a pas appliqué en tout ou partie cette méthode (**12-D-23**¹⁰³, **12-D-26**).

Dans sa décision **12-D-23**, l'Autorité de la concurrence a en particulier imposé une sanction forfaitaire à l'entreprise Bang & Olufsen pour avoir interdit à ses distributeurs de vendre les produits de sa marque sur Internet, dans la mesure où la méthode décrite dans le communiqué du 16 mai 2011 n'apparaissait pas adaptée en raison de la conjonction de deux circonstances très particulières. L'Autorité a ainsi précisé que : « *En premier lieu, les services d'instruction ont fait le choix de traiter en priorité l'affaire ayant donné lieu à la décision 08-D-25 précitée, retenue comme dossier pilote en matière de pratiques faisant obstacle à la possibilité, pour des distributeurs agréés membres d'un réseau de distribution sélective, d'effectuer des ventes en ligne. En second lieu, ils ont ensuite été conduits à suspendre formellement l'instruction du dossier à la suite de la question préjudicielle posée à la Cour de justice par la cour d'appel de Paris dans cette même affaire. Ces circonstances ne justifient toutefois pas,*

97. Un recours a été formé contre cette décision.

98. Un recours a été formé contre cette décision.

99. Un recours a été formé contre cette décision.

100. Un recours a été formé contre cette décision.

101. Un recours a été formé contre cette décision.

102. Un recours a été formé contre cette décision.

103. Un recours a été formé contre cette décision.

contrairement à ce qu'allèguent les mises en cause, de réduire la sanction à un montant symbolique. Il convient de rappeler que les parties ne pouvaient pas légitimement ignorer les lignes directrices de la Commission européenne du 13 octobre 2000 sur les restrictions verticales précitées lorsqu'elles ont mis en place les pratiques, et qu'elles ont maintenu celles-ci en toute connaissance de cause postérieurement à la décision 08-D-25 du Conseil de la concurrence précitée, et ce jusqu'au jour de la présente décision.»

La détermination du montant de base

L'assiette de la sanction

Dans le communiqué du 16 mai 2011 précité, l'Autorité de la concurrence s'est engagée à prendre, en principe, comme assiette de la sanction la valeur des ventes de produits ou de services en relation avec l'infraction réalisées par chacune des entreprises à laquelle elle impose une sanction.

La valeur des ventes inclut l'ensemble des catégories de produits ou de services en relation avec les pratiques sanctionnées effectuées par chacune des parties en cause, durant son dernier exercice comptable complet de participation auxdites pratiques. L'Autorité de la concurrence considère, en s'appuyant sur une jurisprudence établie ainsi que sur une pratique courante des autorités de concurrence, que la valeur des ventes peut utilement servir d'assiette à la sanction, dès lors que *« ce paramètre constitue une référence appropriée et objective permettant de proportionner au cas par cas l'assiette de la sanction à la réalité économique de l'infraction en cause, et plus précisément à son ampleur ainsi qu'au poids relatif sur le secteur concerné de chacune des entreprises qui y a participé »* (12-D-25¹⁰⁴).

Durant l'année 2012, l'Autorité de la concurrence a pris pour assiette de la sanction imposée à chaque partie en cause la valeur de leurs ventes en relation avec les pratiques mises en œuvre à six reprises (12-D-02¹⁰⁵, 12-D-06, 12-D-08¹⁰⁶, 12-D-09¹⁰⁷, 12-D-10¹⁰⁸, 12-D-24¹⁰⁹, 12-D-25, 12-D-27). À titre d'exemple, dans sa décision 12-D-02, qui concernait une action concertée sur les prix des prestations d'ingénierie de loisir, de culture et de tourisme, l'assiette de la sanction de chacune des entreprises condamnées a été leurs ventes individuelles de prestations d'ingénierie de loisir, de culture et de tourisme réalisées en France.

La valeur des ventes prise en compte est généralement celle réalisée par chacune des parties mises en cause pendant son dernier exercice comptable complet de participation aux pratiques. Ce n'est que dans l'hypothèse où ce chiffre n'apparaît manifestement pas représentatif des ventes effectuées durant l'ensemble de la durée de l'infraction, c'est-à-dire qu'il connaît une variation très conséquente au cours du temps, que l'Autorité de la concurrence peut écarter ce chiffre pour lui substituer une valeur des ventes plus représentative, par exemple celle réalisée pendant un autre

104. Un recours a été formé contre cette décision.

105. Un recours a été formé contre cette décision.

106. Un recours a été formé contre cette décision.

107. Un recours a été formé contre cette décision.

108. Un recours a été formé contre cette décision.

109. Un recours a été formé contre cette décision.

exercice comptable complet ou une moyenne d'exercices comptables (12-D-02¹¹⁰, 12-D-08¹¹¹, 12-D-24¹¹²). Dans sa décision 12-D-02, l'Autorité de la concurrence a précisé que « *les données chiffrées à la disposition de l'Autorité révèlent que [le dernier exercice comptable complet] ne peut manifestement pas être tenu pour représentatif en ce qui concerne [quatre entreprises], eu égard aux variations annuelles très significatives qu'a connues le chiffre d'affaires réalisé par ces quatre sociétés de très petite taille. Dans ce contexte, l'Autorité estime qu'il convient en l'espèce de retenir, pour ces sociétés, une moyenne des exercices comptables complets couverts par l'infraction* ». De plus, l'Autorité a estimé que la durée particulièrement longue de certaines pratiques (en l'espèce une durée supérieure à cinquante ans) pouvait conduire à considérer que le dernier exercice comptable complet n'était manifestement pas représentatif (12-D-09¹¹³; voir section ci-dessous sur la prise en compte de la durée).

Durant l'année 2012, l'Autorité de la concurrence a également eu l'occasion de se prononcer sur l'assiette de la sanction à utiliser en cas d'abus d'éviction ou d'exclusion interdit par les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du Code de commerce (12-D-24, 12-D-25¹¹⁴). Dans ces deux cas, compte tenu des effets anticoncurrentiels intervenus sur les marchés en cause, la valeur de ventes pertinente correspondait aux ventes de services sur ces marchés. Dans sa décision 12-D-25 dont le destinataire était l'EPIC SNCF, l'Autorité de la concurrence a donc retenu « *comme assiette la valeur des ventes de services offerts aux chargeurs par train massif réalisées en France par l'EPIC SNCF* », à l'exclusion de tout autre chiffre d'affaires réalisé en rapport avec ses autres activités de transport ferroviaire.

Les ventes prises en compte sont en principe celles réalisées en France par les parties mises en cause. Néanmoins, compte tenu de la nature particulière de certaines infractions, comme les ententes ayant pour objet de limiter les importations d'un produit donné vers le territoire français, les ventes réalisées en France par les producteurs étrangers qui participent à l'entente ne peuvent être tenues pour représentatives. Ainsi, dans la décision 12-D-09, qui portait notamment sur un cartel de limitation des importations de part et d'autre de la frontière franco-allemande, les producteurs allemands et français se réservant leur territoire national respectif, la valeur de ventes était constituée des ventes de farine en sachets réalisées en France et en Allemagne par chacune des entreprises. L'Autorité de la concurrence a précisé que : « *compte tenu de la nature même de cette infraction, les ventes à prendre en considération ne sauraient être limitées aux seules ventes effectuées en France. En effet, les pratiques en cause ont eu pour objet de limiter les importations de farine en sachets de la France vers l'Allemagne et inversement. Le cartel, en ce qu'il comprenait une répartition des marchés, a donc visé à conduire les meuniers allemands à s'abstenir d'effectuer des livraisons de farine en sachets en France au-delà d'un quota de livraison convenu. De même, la limitation des expéditions de farine des meuniers*

110. Un recours a été formé contre cette décision.

111. Un recours a été formé contre cette décision.

112. Un recours a été formé contre cette décision.

113. Un recours a été formé contre cette décision.

114. Un recours a été formé contre cette décision.

français vers l'Allemagne a pu avoir un impact sur les ventes réalisées par les meuniers allemands, tel étant aussi leur objectif. Dans ces conditions, les ventes réalisées par les meuniers français et allemands en France ne peuvent clairement pas être considérées comme reflétant de façon appropriée l'ampleur économique de l'infraction ou le poids relatif des entreprises impliquées dans cette dernière».

L'Autorité a estimé dans certains cas que la valeur des ventes n'était pas une donnée pertinente. Cela a en particulier été le cas pour des entreprises ne percevant que des commissions à l'occasion de transactions commerciales effectuées pour des producteurs de biens. L'assiette de la sanction pour ces entreprises a été constituée desdites commissions (**12-D-06**, **12-D-09**¹¹⁵, **12-D-27**). Dans sa décision **12-D-27**, l'Autorité de la concurrence a souligné qu'*« en l'occurrence, les entreprises en cause sont actives non en tant que producteurs, mais en tant que structures de commercialisation. Les ventes qu'elles effectuent étant réalisées pour le compte de tiers, elles ne se rémunèrent effectivement qu'en prélevant des commissions proportionnelles au montant de ces ventes, le restant de leur chiffre d'affaires étant reversé aux producteurs de spectacle. [...] [D] ans une hypothèse comparable, les commissions prélevées reflètent de façon appropriée l'ampleur économique de l'infraction et peuvent à ce titre servir d'assiette pour déterminer la sanction des entreprises en cause ».*

Enfin, dans sa décision **12-D-08**¹¹⁶, l'Autorité de la concurrence a considéré que la valeur des ventes des organisations de producteurs d'endives devait être écartée, dès lors que les ventes d'endives qu'elles réalisaient sur la période de commission de l'infraction ne reflétaient pas l'ampleur de l'infraction sur le marché, car elle était augmentée de façon artificielle par des subventions publiques venant soutenir cette activité. En substitution, l'Autorité de la concurrence a pris comme assiette de la sanction le chiffre d'affaires total réalisé en France par chaque partie. Afin de préserver la proportionnalité de la sanction, l'Autorité de la concurrence a précisé que *« les appréciations de l'Autorité relatives à la gravité des faits et à l'importance du dommage causé à l'économie trouveront une traduction chiffrée dans le choix d'une proportion de ce chiffre d'affaires, comme le permet le communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires (point 39). Cette proportion sera nécessairement significativement inférieure à celle qui aurait été retenue si l'Autorité avait utilisé comme assiette la valeur des ventes d'endives des intéressés ».*

La gravité des faits

L'Autorité de la concurrence apprécie la gravité des faits de façon objective et concrète au vu de l'ensemble des éléments pertinents du cas d'espèce. Elle l'apprécie globalement, sans préjudice des éléments propres au comportement et à la situation individuelle de chaque partie en cause, qui font l'objet d'une prise en compte ultérieure, dans le cadre de l'individualisation de la sanction.

Ainsi qu'elle l'a précisé dans le communiqué du 16 mai 2011 précité, l'Autorité de la concurrence tient compte notamment, en s'appuyant sur la jurisprudence

¹¹⁵. Un recours a été formé contre cette décision.

¹¹⁶. Un recours a été formé contre cette décision.

constante, des éléments suivants pour apprécier la gravité des faits : la nature des pratiques sanctionnées, la nature des activités, des secteurs ou des marchés en cause, ainsi que les caractéristiques objectives des pratiques et leurs modalités de fonctionnement.

– *La nature des pratiques en cause*

- Les ententes de prix, de répartition des marchés et des clients ou de limitation de la production

Les ententes entre concurrents portant sur les prix, la répartition des marchés ou des clients, ou de limitation de la production sont considérées par la jurisprudence tant interne que de l'Union comme figurant parmi les infractions les plus graves aux règles de concurrence. Conformément à cette jurisprudence et à sa pratique décisionnelle, l'Autorité de la concurrence a, dans sa décision **12-D-09**¹¹⁷, rappelé que ce type d'infraction « *visé, par sa nature même, à manipuler des paramètres essentiels de la concurrence dans le secteur visé. Une telle pratique est qualifiée de cartel ou d'entente "injustifiable" par l'OCDE dans sa recommandation n° C(98) 35/Final du 25 mars 1998 concernant une action efficace contre les ententes injustifiables. Elle constitue l'une des infractions les plus graves aux règles de concurrence, dans la mesure où elle ne peut tendre qu'à confisquer, au profit des auteurs de l'infraction, le bénéfice que les consommateurs – en l'espèce les ménages acheteurs de farine pour leur usage quotidien – sont en droit d'attendre d'un fonctionnement concurrentiel de l'économie* ». L'Autorité de la concurrence considère donc que ces infractions, de par leur nature même, sont d'une gravité indéniable (**12-D-02**¹¹⁸, **12-D-06**, **12-D-08**¹¹⁹, **12-D-09**, **12-D-27**).

Dans chaque cas d'espèce, différents paramètres concrets peuvent influencer sur la gravité de ces infractions. Lorsqu'ils la renforcent, ils conduisent l'Autorité de la concurrence à qualifier l'entente horizontale concernée de particulièrement grave ou d'« *extrêmement grave* » (**12-D-09**).

C'est en particulier le cas dès lors qu'une entente entre concurrents a pour objet de manipuler non pas un seul paramètre de concurrence (prix, marchés ou production), mais plusieurs (**12-D-06**, **12-D-09**). Compte tenu de la nature des infractions sanctionnées dans sa décision **12-D-06** et de leur forte complémentarité, l'Autorité de la concurrence a ainsi relevé que « *le fait que [les cinq infractions sanctionnées], qui sont distinctes dans la mesure où elles affectent des paramètres de concurrence eux-mêmes distincts, se cumulent et couvrent l'intégralité de la chaîne de valeur sur les différents marchés en cause en accroît la gravité intrinsèque* ».

De même, une entente horizontale est d'autant plus grave qu'elle a revêtu un caractère secret, élément la rendant particulièrement difficile à détecter et en traduisant, dans une certaine mesure, le caractère délibéré (**12-D-09**). *A contrario*, l'Autorité de la concurrence a souligné dans sa décision **12-D-08** que la fixation en commun d'un prix de revente entre organisations de producteurs d'endives

117. Un recours a été formé contre cette décision.

118. Un recours a été formé contre cette décision.

119. Un recours a été formé contre cette décision.

revêtait un caractère de moindre gravité qu'une entente secrète (voir également **12-D-02**¹²⁰).

- Les restrictions verticales

Ainsi que cela a été récemment rappelé par la cour d'appel de Paris, la nature des restrictions verticales est, comme pour les ententes entre concurrents, un élément que l'Autorité de la concurrence doit prendre en compte en tout premier lieu pour apprécier la gravité de telles infractions.

L'Autorité de la concurrence a ainsi rappelé durant l'année 2012 que, en raison de sa nature intrinsèque, l'infraction qui consiste à s'entendre avec ses distributeurs pour fixer le prix de revente de certains produits, si elle n'est pas regardée avec autant de sévérité que les ententes horizontales, figure parmi les plus graves des pratiques anticoncurrentielles (**12-D-10**¹²¹). En revanche, d'autres types de restrictions verticales sanctionnées en 2012 (interdiction de pratiquer des ventes passives, exclusivités d'approvisionnement, de clientèle ou territoriales) ne sauraient revêtir un tel degré de gravité, même si elles ont incontestablement « *un caractère certain de gravité, en particulier parce qu'elles tendent à compartimenter les marchés* » (**12-D-10, 12-D-23**¹²²).

De plus, l'Autorité de la concurrence a ajouté que le fait de mettre en œuvre une restriction verticale au moyen de documents de nature contractuelle qui servaient de base à la relation commerciale avec les distributeurs est de nature à en renforcer la gravité (**12-D-10, 12-D-23**). Ainsi, elle a souligné que « *le caractère contractuel de la pratique a ainsi permis à Hill's de généraliser l'entente, en s'assurant de son application à l'ensemble des grossistes sur le segment de marché en cause, et de sceller l'acquiescement des distributeurs dans un document contraignant* » (**12-D-10**).

- Les pratiques d'éviction des concurrents

Dans sa décision **12-D-25**¹²³, l'Autorité de la concurrence a eu l'occasion de rappeler que les abus de position dominante qui tendent à évincer des concurrents revêtent, par leur nature même, un degré certain de gravité, voire sont particulièrement graves pour certains d'entre eux, notamment « *en ce qu'ils tendent à élever les barrières à l'entrée et à empêcher les concurrents de se développer sur le marché en dépit de leurs mérites propres* ». Il en est de même pour le comportement de plusieurs entreprises concurrentes visant, sous la forme d'une entente, à s'entendre pour exclure un de leurs concurrents du marché en cause, la gravité des faits étant de plus accentuée par le fait que les entreprises qui ont mis en œuvre une telle pratique sont les trois principaux acteurs du secteur (**12-D-27**).

En revanche, l'Autorité de la concurrence a opéré une distinction dans son appréciation de la gravité des faits entre les pratiques qui tendent mécaniquement à évincer des concurrents, (comme des pratiques consistant en des compressions de marges) et d'autres pratiques d'éviction dont les effets ne sont pas d'empêcher

120. Un recours a été formé contre cette décision.

121. Un recours a été formé contre cette décision.

122. Un recours a été formé contre cette décision.

123. Un recours a été formé contre cette décision.

de façon systématique les concurrents d'exercer leur activité de façon rentable, ces dernières étant considérées *a priori* comme moins graves. Ainsi, dans sa décision **12-D-24**¹²⁴, l'Autorité de la concurrence a souligné que : « *les pratiques de différenciation tarifaire n'ont pas nécessairement pour effet d'empêcher les concurrentes des entreprises en cause de proposer leurs services de manière rentable. Tout en revêtant un caractère de gravité certain, elles se distinguent donc de pratiques d'exclusion emportant un effet mécanique et automatique d'exclusion des concurrents, qui sont traditionnellement qualifiées par les autorités de concurrence et par les juridictions européenne et nationale de graves, voire très graves lorsqu'elles sont mises en œuvre par une entreprise en situation de quasi-monopole* ».

– *Les autres éléments d'appréciation de la gravité des faits*

Ainsi que cela a été indiqué *supra*, la gravité des faits fait l'objet d'une appréciation concrète sur la base d'éléments objectifs. Elle ne saurait donc se limiter à apprécier la seule nature des infractions sanctionnées et peut aussi tenir compte de multiples éléments, en fonction des circonstances de chaque cas d'espèce.

Parmi ces éléments, la situation du secteur dans lequel les pratiques sanctionnées sont intervenues est importante. En particulier, le fait que les pratiques portent sur un secteur qui a été récemment ouvert à la concurrence est de nature à renforcer de manière substantielle la gravité des faits, en particulier s'ils consistent en un abus de position dominante. Dans sa décision **12-D-25**¹²⁵, l'Autorité de la concurrence a ainsi relevé que les pratiques « *ont été mises en œuvre par l'opérateur historique de transport ferroviaire en France, élément qui, dans le contexte de l'ouverture à la concurrence du secteur du fret, lui conférerait une responsabilité particulière de ne pas entraver l'entrée et le développement d'opérateurs concurrents sur ce marché* ». Il en est de même si les pratiques en cause sont susceptibles d'orienter de façon artificielle un secteur naissant en empêchant notamment, de façon intentionnelle, le développement d'une nouvelle technologie comme les solutions innovantes permettant la dématérialisation d'un secteur d'activité (**12-D-27**). C'est également le cas si les pratiques portent sur des biens de consommation courante dont la clientèle est captive (**12-D-09**¹²⁶) ou, conformément à la pratique décisionnelle constante, si elles visent *in fine* à verrouiller l'attribution de marchés publics (**12-D-06**).

Le cumul de différentes pratiques et leur combinaison est également un élément qui tend à accroître la gravité des faits (**12-D-06**, **12-D-09**, **12-D-10**¹²⁷, **12-D-25**).

Enfin, les caractéristiques concrètes des infractions en cause sont également pertinentes pour apprécier la gravité des faits. Ainsi, dans sa décision **12-D-25**, l'Autorité de la concurrence a relevé que le fait que certaines des pratiques en cause n'étaient pas généralisées ou systématiques, ou encore le fait que l'ensemble des pratiques en cause ne s'inscrivaient pas dans le cadre d'une stratégie globale d'éviction, étaient des éléments de nature à tempérer leur gravité au cas d'espèce. En

124. Un recours a été formé contre cette décision.

125. Un recours a été formé contre cette décision.

126. Un recours a été formé contre cette décision.

127. Un recours a été formé contre cette décision.

revanche, peuvent renforcer la gravité des faits l'existence de mécanismes de surveillance visant à contrôler le bon fonctionnement d'une entente, l'existence de mécanismes de représailles, ou encore le fait qu'une entente est institutionnalisée et organisée autour d'un syndicat professionnel (12-D-09¹²⁸).

L'importance du dommage causé à l'économie

Conformément à la jurisprudence constante, l'Autorité de la concurrence apprécie l'importance du dommage causé à l'économie de façon globale pour les pratiques sanctionnées, c'est-à-dire au regard de l'action cumulée de tous les participants à l'infraction, sans qu'il soit besoin d'identifier la part imputable à chacun d'entre eux pris séparément. En revanche, lorsqu'elle examine dans une seule et même décision des pratiques distinctes, mises en œuvre par des opérateurs différents, elle apprécie, en principe, de manière séparée, l'importance du dommage causé par chacune de ces pratiques (12-D-10¹²⁹, 12-D-24¹³⁰).

Si l'existence du dommage causé à l'économie ne peut se présumer, l'Autorité de la concurrence n'est pas pour autant tenue de le chiffrer précisément. Elle doit conformément à la jurisprudence procéder à une appréciation de son existence et de son importance, en se fondant sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier et en recherchant les différents aspects de la perturbation générale du fonctionnement normal de l'économie engendrée par les pratiques sanctionnées.

Afin d'apprécier l'incidence économique des pratiques sanctionnées, l'Autorité de la concurrence tient notamment compte, en s'appuyant sur la jurisprudence, de l'ampleur des pratiques, de leur durée (qui fait généralement l'objet d'une prise en compte autonome sous la forme d'un coefficient multiplicateur ; voir section sur la durée des pratiques *infra*), des caractéristiques économiques pertinentes du secteur ou du marché concerné, ainsi que des conséquences conjoncturelles ou structurelles des pratiques et de leur incidence plus générale sur l'économie. Pour apprécier ces deux derniers éléments, elle peut prendre en considération les effets tant avérés que potentiels des pratiques en cause (12-D-24, 12-D-25¹³¹, 12-D-27).

– L'ampleur des pratiques

En premier lieu, l'Autorité de la concurrence apprécie, dans chaque cas d'espèce, l'ampleur des pratiques en cause. En effet, plus des pratiques ont de l'ampleur, plus elles sont susceptibles, toutes choses égales par ailleurs, de produire un effet durable et profond sur le secteur en cause.

Cette ampleur s'apprécie, entre autres, au regard de la couverture géographique des pratiques ou de la part de marché cumulée des participants sur le secteur ou le marché concerné. Ainsi, plus la couverture géographique est vaste (en particulier si elle atteint une ampleur nationale) et plus la part de marché cumulée

128. Un recours a été formé contre cette décision.

129. Un recours a été formé contre cette décision.

130. Un recours a été formé contre cette décision.

131. Un recours a été formé contre cette décision.

des participants est élevée, plus le dommage causé à l'économie est certain et son importance susceptible d'être élevée (12-D-09¹³², 12-D-25¹³³, 12-D-27), à moins que d'autres éléments ne viennent la tempérer (12-D-08¹³⁴, 12-D-23¹³⁵).

L'Autorité de la concurrence a ainsi relevé que l'importance du dommage causé à l'économie pouvait être tempérée par différents facteurs, comme la petite taille des participants à une entente (12-D-02¹³⁶), la portée géographique limitée à un territoire insulaire sans portée sur l'économie française en général (12-D-06), le fait que les pratiques portent sur des biens culturels et non de consommation courante (12-D-27), ou encore sur des aspects très ciblés des éléments de coûts des concurrents de l'entreprise en cause (12-D-25).

– *Les caractéristiques objectives du secteur concerné*

En deuxième lieu, l'Autorité de la concurrence prend en compte les caractéristiques objectives des secteurs ou marchés sur lesquels portent les pratiques, dans la mesure où celles-ci peuvent avoir une influence sur leur incidence économique (12-D-09). Ces caractéristiques peuvent contribuer à renforcer l'incidence négative des pratiques et l'importance du dommage causé à l'économie, ou au contraire à réduire cette dernière.

Au titre de ces éléments, l'existence de barrières à l'entrée sur le marché, qu'elles soient réglementaires (12-D-06, 12-D-09), financières ou techniques et technologiques (12-D-27), ainsi que le fait qu'elles concernent simultanément plusieurs de ces trois éléments (12-D-25), est de nature à augmenter l'importance du dommage causé à l'économie en accentuant la rigidité du marché ou du secteur en cause (12-D-24¹³⁷). Ainsi, dans sa décision 12-D-25, l'Autorité de la concurrence a relevé que : « toute élévation artificielle des barrières à l'entrée par l'opérateur historique, notamment du fait de pratiques d'éviction, est donc susceptible de ralentir la pénétration des nouveaux opérateurs existants, mais aussi de contribuer à décourager des entrants potentiels. [...] Ce retard et ce découragement des concurrents potentiels engendrent un dommage certain, quand bien même ils ne seraient pas aisément quantifiables précisément du fait du comportement mis en œuvre par l'opérateur historique ». Une conclusion similaire a pu être tirée concernant le marché de la téléphonie mobile, pour lequel un effet de verrouillage de la clientèle, entraînant une élévation des barrières à la sortie, peut augmenter l'importance du dommage causé à l'économie (12-D-24).

En fonction des données à sa disposition, l'Autorité de la concurrence est également conduite à prendre en compte la sensibilité de la demande au prix, ou élasticité-prix, qui caractérise les produits ou services en relation avec les pratiques sanctionnées (12-D-06, 12-D-08, 12-D-09, 12-D-27). Dans sa décision 12-D-27, l'Autorité de la concurrence a en particulier relevé l'influence de ce paramètre sur

132. Un recours a été formé contre cette décision.

133. Un recours a été formé contre cette décision.

134. Un recours a été formé contre cette décision.

135. Un recours a été formé contre cette décision.

136. Un recours a été formé contre cette décision.

137. Un recours a été formé contre cette décision.

l'importance du dommage causé à l'économie par une entente en expliquant que *« la demande des consommateurs pour les billets de spectacle est plutôt inélastique. En effet, la plupart des spectateurs sont relativement peu sensibles au prix et prêts à acheter des billets à un tarif élevé pour assister au concert de leur artiste ou de leur groupe préféré. Dès lors, les producteurs de spectacles, dans la mesure où les pratiques sont de nature à augmenter les commissions facturées aux distributeurs, ont pu répercuter tout ou partie de cette hausse dans les prix de vente de billets »*. S'agissant de la nature des produits, l'Autorité de la concurrence a également pris en compte le fait que les pratiques portaient sur *« un bien de consommation courante indispensable aux ménages français et sans substitut proche, pour lequel l'élasticité-prix de la demande est faible »* comme la farine (12-D-09¹³⁸).

Le contre-pouvoir à l'achat et la puissance compensatrice des clients sur un secteur déterminé sont également des éléments susceptibles d'être pris en considération. C'est en particulier le cas lorsque l'offre est particulièrement atomisée, comme pour certains produits agricoles, face à une demande constituée d'acheteurs puissants, comme la grande distribution. Dans sa décision 12-D-08¹³⁹, l'Autorité de la concurrence a ainsi relevé que *« l'existence d'un contre-pouvoir des acheteurs qui leur permet d'exercer une pression à la baisse sur les prix à la production a certainement été de nature à limiter l'effet recherché par la fixation d'un prix minimum au stade de la vente aux consommateurs finals »*.

– Les conséquences conjoncturelles et structurelles des pratiques

L'Autorité de la concurrence examine enfin les conséquences conjoncturelles et structurelles des pratiques, ainsi que, le cas échéant, leur impact plus large sur l'économie en général. Elle les apprécie de façon concrète, que leurs conséquences soient réelles ou potentielles sur les secteurs ou marchés en cause (12-D-25¹⁴⁰).

Ces conséquences dépendent premièrement de la nature des pratiques sanctionnées ; elles peuvent revêtir des formes très variées. L'Autorité de la concurrence a considéré que des conséquences dommageables pour l'économie étaient caractérisées, entre autres, par le fait que les pratiques engendrent des augmentations de prix ou le maintien d'un prix à un niveau artificiellement élevé pour les produits ou services en cause (12-D-06, 12-D-08, 12-D-09, 12-D-10¹⁴¹, 12-D-27), que la pratique prive les clients d'un canal de distribution pertinent comme Internet (12-D-23¹⁴²) ou retarde le développement d'une technologie (12-D-27), ainsi que le fait que des pratiques entravent l'accès au marché en cause et retardent le développement des concurrents (12-D-25, 12-D-27), notamment en verrouillant la clientèle et en augmentant les coûts d'acquisition de cette dernière pour les concurrents (12-D-24¹⁴³). Le fait que les pratiques aient effectivement été mises en œuvre ou non, y compris de façon partielle, est également un élément pris en

138. Un recours a été formé contre cette décision.

139. Un recours a été formé contre cette décision.

140. Un recours a été formé contre cette décision.

141. Un recours a été formé contre cette décision.

142. Un recours a été formé contre cette décision.

143. Un recours a été formé contre cette décision.

compte pour apprécier ces conséquences (12-D-02¹⁴⁴, 12-D-09¹⁴⁵, 12-D-10¹⁴⁶). L'importance du dommage causé à l'économie est par ailleurs renforcée si les pratiques ont eu un impact direct sur les consommateurs ou les utilisateurs finaux (12-D-09, 12-D-25¹⁴⁷, 12-D-27).

Afin d'apprécier ces conséquences, l'Autorité peut également déterminer, bien qu'elle n'ait pas l'obligation de chiffrer de façon précise le dommage causé à l'économie, des estimations indicatives du surprix causé par les pratiques sanctionnées (12-D-06, 12-D-09), ou d'autres estimations chiffrées permettant de mettre en lumière ces conséquences. À cet égard, elle a rappelé dans sa décision 12-D-09 que : « l'Autorité peut s'appuyer sur des estimations relatives aux conséquences directes de l'infraction, lorsqu'elles sont observables, notamment en ce qui concerne le surprix qu'elle a pu engendrer (voir, en ce sens, arrêt de la cour d'appel de Paris du 26 janvier 2010, Adecco France). Ces estimations, sont, comme toute estimation, affectées par un coefficient d'incertitude ; elles peuvent néanmoins être prises en considération si elles sont fondées sur une méthode scientifiquement reconnue, qui tient compte de l'influence éventuelle d'autres facteurs explicatifs de l'estimation fournie (voir, en ce sens, arrêt de la Cour de cassation du 12 juillet 2011, Lafarge) ».

Enfin, l'Autorité de la concurrence a rappelé, en particulier à propos des pratiques d'éviction de concurrents, que « le fait que les nouveaux opérateurs aient pu développer leur activité malgré les pratiques d'éviction mises en œuvre ne démontre pas nécessairement l'absence d'effet de telles pratiques. Il atteste certes qu'une éviction totale n'a pas eu lieu, mais ne remet pas en cause le fait que les concurrents aussi efficaces ont, en raison des pratiques, été empêchés de se développer plus rapidement » (12-D-25). À ce titre, l'absence d'éviction effective des concurrents du fait des pratiques peut néanmoins être susceptible de tempérer l'importance du dommage causé à l'économie (12-D-24¹⁴⁸, 12-D-25).

La proportion de la valeur des ventes retenue

En considération de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie relevées dans chaque affaire, l'Autorité de la concurrence a retenu, pour donner une traduction chiffrée à l'appréciation de ces deux critères prévus par le I de l'article L. 464-2 du Code de commerce, des proportions de la valeur des ventes comprises entre 4% (12-D-10) et 19% dans les cas d'infractions aux règles de concurrence les plus graves (12-D-09).

Dans deux décisions où une sanction unique a été imposée au titre de plusieurs infractions, elle a distingué la situation particulière de certaines entreprises qui n'avaient pas participé à l'ensemble des infractions. Ainsi, dans sa décision 12-D-06, elle a appliqué pour une entreprise une proportion de 13% au lieu de 16% pour l'ensemble des autres participants aux pratiques, pour refléter le fait que cette

144. Un recours a été formé contre cette décision.

145. Un recours a été formé contre cette décision.

146. Un recours a été formé contre cette décision.

147. Un recours a été formé contre cette décision.

148. Un recours a été formé contre cette décision

entreprise n'avait participé qu'à une seule infraction sur les cinq établies. Elle a fait de même dans la décision **12-D-09**¹⁴⁹ en appliquant un taux de 16 % au lieu de 17 % pour deux entreprises dont la responsabilité n'avait été établie que pour une infraction parmi celles constatées.

La prise en compte de la durée

La durée de l'infraction est, comme le rappelle la jurisprudence, un facteur qu'il convient de prendre en compte dans le cadre de l'appréciation tant de la gravité des faits que de l'importance du dommage causé à l'économie. En effet, plus une infraction est longue, plus l'atteinte qu'elle porte au jeu de la concurrence et la perturbation qu'elle entraîne pour le fonctionnement du secteur ou du marché en cause, et plus généralement pour l'économie, peuvent être substantielles et persistantes.

Dans le cas d'infractions qui se sont prolongées plus d'une année, l'Autorité de la concurrence s'est engagée à prendre en compte leur durée selon les modalités suivantes : la proportion retenue, pour donner une traduction chiffrée à la gravité des faits et à l'importance du dommage causé à l'économie, est appliquée une fois, au titre de la première année complète de participation individuelle aux pratiques de chaque partie en cause, à la valeur de ses ventes pendant l'exercice comptable de référence, puis à la moitié de cette valeur, au titre de chacune des années complètes de participation suivantes. Au-delà de cette dernière année complète, la période restante est prise en compte au mois près, dans la mesure où les éléments du dossier le permettent.

Dans chaque cas d'espèce, cette méthode se traduit par un coefficient multiplicateur, défini proportionnellement à la durée individuelle de participation de chacune des parties aux pratiques et appliqué à la proportion de la valeur des ventes effectuées par chacune d'entre elles pendant l'exercice comptable retenu comme référence.

Durant l'année 2012, l'Autorité de la concurrence a apprécié la durée des infractions selon les modalités pratiques décrites ci-dessus à six reprises (**12-D-02**¹⁵⁰, **12-D-06**, **12-D-09**, **12-D-10**¹⁵¹, **12-D-24**¹⁵², **12-D-27**), alors que dans trois autres affaires elle l'a prise en compte de façon globale, sans application d'un coefficient multiplicateur par année, dès lors qu'elle ne mettait pas en œuvre le communiqué du 16 mai 2011 (**12-D-23**¹⁵³, **12-D-26**), ou que l'assiette de la sanction était constituée du chiffre d'affaires total réalisé en France par chacune des parties (**12-D-08**¹⁵⁴). De plus, pour une entreprise dont la participation à une infraction était inférieure à un an, l'Autorité de la concurrence a appliqué un coefficient multiplicateur correspondant au nombre de mois d'infraction (**12-D-09**).

Enfin, durant l'année 2012, l'Autorité de la concurrence a adapté sa méthode de détermination des sanctions pour prendre en compte les spécificités propres à

149. Un recours a été formé contre cette décision.

150. Un recours a été formé contre cette décision.

151. Un recours a été formé contre cette décision.

152. Un recours a été formé contre cette décision.

153. Un recours a été formé contre cette décision.

154. Un recours a été formé contre cette décision.

deux cas particuliers : le cas d'une infraction particulièrement longue, d'une part, et celui, d'autre part, où plusieurs infractions de durée très différente donnaient lieu à une sanction unique.

Dans sa décision **12-D-09**¹⁵⁵, la durée de participation des entreprises à une infraction était d'une longueur exceptionnelle (comprise entre quarante-six et trente-deux ans). Dans ces conditions, l'Autorité de la concurrence a considéré que, le dernier exercice comptable complet de participation à l'infraction n'étant manifestement pas représentatif, il était nécessaire de prendre en compte cette durée d'une façon adaptée par rapport à celle décrite dans le communiqué du 16 mai 2011. Afin de déterminer, notamment, un coefficient multiplicateur adapté aux circonstances du cas d'espèce, elle a tenu compte des différentes phases du cycle de l'entente. Elle a découpé la durée de la pratique en trois phases successives, appliquant à chacune d'entre elles un coefficient multiplicateur différent de 0,1, 0,3 et enfin 0,5.

Dans la décision **12-D-25**¹⁵⁶, la durée des infractions, qui visaient toutes un même objectif (obtenir un effet d'éviction sur le marché du transport ferroviaire de marchandises par train massif), était variable, alors que l'Autorité estimait pertinent d'imposer une sanction globale compte tenu de leur objectif commun. Afin de prendre en compte cette situation, l'Autorité de la concurrence a appliqué un coefficient multiplicateur de durée de 1,75 prenant en compte la période de concomitance des quatre infractions sanctionnées (un an et trois mois) et, de manière forfaitaire, du fait que certaines d'entre elles avaient duré plus longtemps.

L'individualisation des sanctions

À la suite de la détermination du montant de base de la sanction, qui est d'ores et déjà individualisé en raison de la prise en compte de la valeur des ventes de chaque partie, l'Autorité de la concurrence ajuste ce montant pour tenir compte de circonstances atténuantes ou aggravantes, d'une part, et de tout autre élément d'individualisation pertinent tenant à la situation individuelle de chaque partie, comme sa puissance économique ou son appartenance à un groupe, d'autre part.

Enfin, elle peut adapter le montant obtenu pour prendre en compte une situation de réitération ainsi que le prévoit le I de l'article L. 464-2 du Code de commerce.

Les circonstances atténuantes

Conformément à la jurisprudence, l'Autorité de la concurrence a tout d'abord rappelé que le fait qu'une entreprise ait adopté un rôle passif ou de « suiveur » au sein d'une entente n'est pas un élément pertinent pour justifier en lui-même une réduction de la sanction encourue (**12-D-27**).

En revanche, peut être pris en compte pour accorder une réduction de sanction le fait, pour une entreprise, d'avoir adopté un comportement de « franc-tireur » au sein d'une entente ; à cette fin, il faut, selon la jurisprudence, que l'entreprise

155. Un recours a été formé contre cette décision.

156. Un recours a été formé contre cette décision.

apporte la preuve qu'elle a durablement adopté un comportement concurrentiel, pour une part substantielle des produits ou services en cause, au point d'avoir perturbé le fonctionnement même de la ou des pratiques en cause.

Dans sa décision **12-D-09**¹⁵⁷, l'Autorité a considéré que tel était le cas pour une des entreprises allemandes sanctionnées dès lors que, « *pendant sa période de participation au cartel, elle a adopté un comportement visant à perturber le bon fonctionnement des pratiques, au point d'entraîner des menaces et des tentatives de représailles de la part des autres entreprises en cause. Cette attitude est suffisamment marquée et durable pour justifier que [l'entreprise en cause] soit considérée comme un franc-tireur et bénéficie à ce titre d'une circonstance atténuante. La réduction de sanction qui lui sera accordée de ce fait aura exclusivement vocation à refléter le comportement et la situation de l'intéressée pendant sa période de participation au cartel [...]* ». L'entreprise en cause avait notamment rapporté la preuve qu'elle avait procédé à des investissements substantiels pour conquérir des clients français réservés aux producteurs français dans le cadre du fonctionnement du cartel en cause, que le quota général d'importation de farine en sachets allemande en France, décidé de façon commune par les membres du cartel, avait été dépassé en grande partie du fait de son comportement, et enfin qu'elle avait été l'objet de pressions et de mesures de représailles de la part des autres membres de l'entente. Un tel comportement a conduit l'Autorité de la concurrence à réduire la sanction de cette entreprise de 10 %.

De même, dans sa décision **12-D-08**¹⁵⁸, l'Autorité de la concurrence a considéré qu'une organisation de producteurs d'endives avait « *joué un rôle particulier dans la mise en œuvre de l'entente. Elle a en effet apporté la preuve que pendant la période au cours de laquelle elle a adhéré à l'entente, sa participation a été substantiellement réduite notamment parce qu'elle s'est effectivement opposée à la mise en œuvre de certaines pratiques en refusant leur application et en adoptant un comportement concurrentiel sur le marché* ». Le comportement concurrentiel de cette entreprise s'était notamment concrétisé par son opposition, de manière ferme et claire, à plusieurs décisions prises au sein de l'entente ainsi que par le fait qu'elle avait refusé de s'acquiescer, pendant plusieurs années, des cotisations syndicales dues à l'organisme qui organisait l'entente, ou encore qu'elle avait suscité des demandes de représailles de la part d'autres participants à l'entente. L'Autorité de la concurrence a considéré que cette situation particulière justifiait une réduction de sanction de 25 %.

Enfin, l'Autorité de la concurrence a rappelé que le fait de mettre en œuvre un programme de conformité aux règles de concurrence ou d'en proposer un en dehors de la procédure de non-contestation des griefs prévue au III de l'article L. 464-2 du Code de commerce est sans incidence sur le montant individuel de la sanction (**12-D-27**).

157. Un recours a été formé contre cette décision.

158. Un recours a été formé contre cette décision.

Les circonstances aggravantes

Les circonstances aggravantes en considération desquelles l'Autorité peut augmenter le montant de base de la sanction pécuniaire, pour une entreprise ou un organisme, peuvent, eu égard à la jurisprudence, notamment tenir au fait que l'intéressé a joué un rôle de meneur ou d'incitateur, ou a joué un rôle particulier dans la conception ou dans la mise en œuvre de l'infraction.

Dans sa décision **12-D-09**¹⁵⁹, l'Autorité de la concurrence a précisé à cet égard que : « *Différents éléments de fait peuvent permettre de caractériser un tel rôle. L'intéressé peut par exemple s'être chargé d'élaborer ou de suggérer la conduite à tenir par les membres de l'entente, ou encore en avoir assuré l'organisation logistique. En revanche, il n'est pas nécessaire que l'intéressé ait exercé effectivement des pressions ou dicté leur conduite aux autres membres de l'entente. L'important est que, quelle que soit la forme qu'a prise le comportement de l'intéressé, celui-ci ait joué un rôle d'instigateur ou de chef de file.* »

Dans cette décision, une telle circonstance aggravante a été caractérisée en raison du rôle particulier qu'avaient joué les entreprises communes, France Farine et Bach Mühle, dans l'entente franco-allemande de limitation des importations de farine en sachets. France Farine avait joué un rôle central dans l'initiation de l'entente, notamment par le biais de son président, mais aussi dans l'organisation pratique de l'entente, en particulier en servant de relais de transmission entre meuniers français et allemands. Il en était de même pour Bach Mühle, selon des modalités pratiques différentes. En effet, cette dernière avait joué un rôle clé dans le déroulement des réunions de l'entente, notamment *via* son président qui assurait la traduction entre meuniers français et allemands. Elle avait également tenu un rôle particulièrement actif dans la surveillance du bon fonctionnement de l'entente, notamment en détectant de nombreuses déviations par rapport aux principes convenus. Pour tenir compte de ces différents comportements, la sanction de chacune des deux entreprises a été augmentée de 10%.

Les autres éléments propres à la situation individuelle de chaque entreprise

Au titre du principe d'individualisation de la sanction prévu par le I de l'article L. 464-2 du Code de commerce, l'appréciation de la situation individuelle peut conduire à prendre en considération l'envergure de l'entreprise en cause. De fait, la circonstance qu'une partie ait, au-delà des seuls produits ou services en relation avec les pratiques en cause qui servent généralement d'assiette pour la sanction, un périmètre d'activités significatif, ou dispose d'une puissance financière importante, peut justifier que la sanction qui lui est infligée, en considération des pratiques anticoncurrentielles données, soit plus élevée que si tel n'était pas le cas, afin d'assurer le caractère à la fois dissuasif et proportionné de la sanction pécuniaire (**12-D-24**¹⁶⁰, **12-D-25**¹⁶¹).

159. Un recours a été formé contre cette décision.

160. Un recours a été formé contre cette décision.

161. Un recours a été formé contre cette décision.

Il peut y avoir également lieu de tenir compte du fait que cette entreprise appartient à un groupe qui dispose lui-même d'une taille ou de ressources globales importantes, notamment au regard de celles des autres participants à la pratique (12-D-25¹⁶²).

Afin d'apprécier la puissance économique des participants à une infraction, l'Autorité de la concurrence prend notamment en compte le chiffre d'affaires mondial consolidé de l'entreprise en cause ou celui du groupe auquel elle appartient, qui est de nature à donner une indication de sa taille et de ses ressources globales, d'une part, et du degré de diversification de l'entreprise ou du groupe en cause notamment quand il est comparé à la valeur des ventes retenue comme assiette de sanction (12-D-24¹⁶³, 12-D-25, 12-D-27). Elle peut également prendre en compte les disparités de taille, de ressources et de puissance économique qui existent entre les différents participants à une entente (12-D-02¹⁶⁴).

Durant l'année 2012, afin de garantir le caractère à la fois proportionné et dissuasif des sanctions, l'Autorité de la concurrence a augmenté la sanction de neuf entreprises, au titre de leur puissance économique considérable, ou de celle du groupe auquel elles appartenaient (12-D-02, 12-D-10¹⁶⁵, 12-D-24, 12-D-25, 12-D-27). Elle a également pris en compte cet élément pour déterminer la sanction imposée dans la décision 12-D-23¹⁶⁶.

La prise en compte d'un tel élément a conduit l'Autorité de la concurrence à augmenter la sanction de 10% (12-D-24) à 50% (12-D-02, 12-D-27, 12-D-10) selon les cas.

Les situations particulières

Dans la décision 12-D-02, l'Autorité de la concurrence a également pris en compte, au titre des principes d'individualisation et de proportionnalité, la situation particulière de plusieurs entreprises. Elles étaient des micro-entreprises au sens de la réglementation applicable pour les besoins de l'analyse statistique et économique nationale, d'une part, et des entreprises dites « monoproduits », d'autre part, c'est-à-dire dont plus de 90% du chiffre d'affaires global était composé de produits ou services en relation avec l'infraction et constituait donc l'assiette de leur sanction. En considération de la combinaison de ces deux éléments, la sanction respective de cinq des entreprises en cause a été réduite à hauteur de 70%.

Dans la décision 12-D-24, l'Autorité de la concurrence a également pris en compte le contexte très particulier dans lequel se sont inscrits les abus de position dominante sanctionnés. Ce contexte était caractérisé par un changement de situation économique portant sur les possibilités de facturation de l'élément de coût (la terminaison d'appels entre lignes de téléphonie mobile), qui a permis de mettre en œuvre les pratiques établies. En effet, au moment même de l'initiation des pratiques en cause, la facturation des charges de terminaison d'appel, dont les

162. Un recours a été formé contre cette décision.

163. Un recours a été formé contre cette décision.

164. Un recours a été formé contre cette décision.

165. Un recours a été formé contre cette décision.

166. Un recours a été formé contre cette décision.

principes de tarification sont encadrés par les textes européens, venait de changer de modèle économique, passant d'un régime de gratuité à celui d'une facturation entre concurrents. Ainsi que l'a relevé l'Autorité de la concurrence : « *le niveau des charges de terminaison d'appel excédait sensiblement le coût de production interne de cette prestation. Dans ce contexte, le passage à une facturation des prestations de terminaison d'appel entre les opérateurs de téléphonie mobile était susceptible de se traduire par l'apparition d'un intérêt financier pour l'opérateur à privilégier les appels on net au détriment des appels off net* ». Un tel intérêt financier à pratiquer de la différenciation tarifaire, pratique reprochée en l'espèce aux entreprises sanctionnées, avait par ailleurs été facilité par la position prise par le régulateur. De plus, au moment de la mise en œuvre des pratiques, cet intérêt financier était d'autant plus marqué que la réglementation interne fixant les tarifs de la terminaison d'appel n'était pas initialement orientée vers les coûts de production de ces prestations, une transition progressive étant prévue pour atteindre un tel niveau au terme de plusieurs années. Eu égard à cet environnement exceptionnel, l'Autorité de la concurrence a réduit de 50% l'ensemble des sanctions imposées.

La réitération des pratiques

La notion de réitération, en droit de la concurrence, connaît un régime juridique *sui generis* qui doit être distingué des notions voisines du droit pénal.

La réitération, qui est visée de façon autonome par le I de l'article L. 464-2 du Code de commerce, constitue une circonstance aggravante que l'Autorité peut prendre en compte en augmentant le montant de la sanction de manière à lui permettre d'apporter une réponse proportionnée, en termes de répression et de dissuasion, à la propension de l'entreprise ou de l'organisme concerné de s'affranchir des règles de concurrence.

L'Autorité de la concurrence peut retenir une situation de réitération à l'encontre d'une partie, et en conséquence augmenter le montant de sa sanction, lorsque quatre conditions sont réunies :

- une précédente infraction aux règles de concurrence doit avoir été constatée avant la fin de la commission des nouvelles pratiques ;
- ces dernières doivent être identiques ou similaires, par leur objet ou leur effet, à celles ayant donné lieu au précédent constat d'infraction ;
- ce dernier doit être devenu définitif à la date à laquelle l'Autorité statue sur les nouvelles pratiques ;
- le délai écoulé entre le précédent constat d'infraction et le début des nouvelles pratiques doit être pris en compte pour appeler une réponse proportionnée à la propension de l'entreprise à s'affranchir des règles de concurrence.

Au cours de l'année 2012, l'Autorité de la concurrence a considéré que ces quatre éléments avaient été remplis à cinq reprises (**12-D-08**¹⁶⁷, **12-D-10**¹⁶⁸, **12-D-24**¹⁶⁹,

167. Un recours a été formé contre cette décision.

168. Un recours a été formé contre cette décision.

169. Un recours a été formé contre cette décision.

12-D-25¹⁷⁰, **12-D-26**). Elle a en conséquence augmenté le montant de la sanction des cinq parties en cause de 10 % (**12-D-25**), de 20 % (**12-D-26**), de 25 % (**12-D-08**¹⁷¹, **12-D-10**¹⁷²) et de 50 % (**12-D-24**¹⁷³) au vu des circonstances de chacun des dossiers en cause. Dans le dernier cas, elle a appliqué un taux de 50 % après avoir constaté que pouvaient être retenus pour caractériser une situation de réitération six précédents constats d'infraction qui étaient devenus définitifs. En revanche, l'Autorité de la concurrence a appliqué un taux d'augmentation relativement bas (10 %) à l'encontre de l'EPIC SNCF dans la décision **12-D-25** dès lors qu'un seul précédent d'infraction permettait de caractériser une situation de réitération.

S'agissant de la nature du précédent constat d'infraction (premier élément de qualification), l'Autorité de la concurrence a eu l'occasion, dans cette même décision, de préciser qu'il peut être caractérisé par une décision prise au terme de la procédure de non-contestation des griefs. En effet, « *le fait qu'une entreprise n'ait pas contesté les griefs n'emporte aucune conséquence sur la nature du constat d'infraction effectué par l'Autorité, dès lors que ce dernier, aux termes mêmes du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce, est bien "une pratique prohibée par le présent titre". Par ailleurs, le fait que l'entreprise à laquelle les griefs ont été notifiés ne les conteste pas suffit, conformément à la jurisprudence (voir l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 26 janvier 2010, Adecco France e. a., n° 2009/03532, p. 10, confirmé par l'arrêt de la Cour de cassation du 29 mars 2011, Manpower France e. a., n° 10-12.913), à fonder un constat d'infraction dans tous ses aspects (constatation des faits, qualification juridique de ces faits au regard du droit interne et de l'Union, et responsabilité de l'entreprise en cause)* ».

Dans les cinq situations au vu desquelles des entreprises se trouvaient dans une situation de réitération, les pratiques en cause avaient commencé avant que certaines des précédentes infractions aient fait l'objet d'un constat d'infraction. Cette circonstance ne prive pas l'Autorité de la concurrence de la possibilité de retenir la réitération, lorsque ces pratiques se sont poursuivies de manière continue après ce premier constat d'infraction, ce qui était le cas dans chacun des cas d'espèce (**12-D-08**, **12-D-25**).

Enfin, ainsi que l'Autorité de la concurrence s'y est engagée dans le communiqué du 16 mai 2011, elle n'entend pas opposer la réitération lorsque le délai écoulé depuis le précédent constat d'infraction est supérieur à quinze ans. Dans la décision **12-D-24**, l'Autorité a insisté sur la façon de computer ce délai : « *le délai écoulé entre le précédent constat d'infraction et le début de la nouvelle pratique est pris en compte pour apporter une réponse proportionnée à la propension de l'entreprise ou de l'organisme concerné à s'affranchir des règles de concurrence. [...] Le délai à prendre en compte n'est pas, ainsi que le prétendent les mises en cause, le délai écoulé entre le précédent constat d'infraction et la date de la décision de l'Autorité, mais le délai écoulé entre*

170. Un recours a été formé contre cette décision.

171. Un recours a été formé contre cette décision.

172. Un recours a été formé contre cette décision.

173. Un recours a été formé contre cette décision.

le premier constat et la date de commission des nouvelles pratiques, quand il n'y a que deux pratiques anticoncurrentielles à prendre en considération».

Les demandes relatives à la capacité contributive des parties

Après la vérification du maximum légal applicable et, le cas échéant, l'application des réductions au titre des procédures de clémence et de non-contestation des griefs (voir section suivante *infra*), l'Autorité de la concurrence s'est engagée à apprécier les difficultés financières particulières de nature à diminuer la capacité contributive dont les parties invoquent l'existence. Il appartient aux parties de justifier l'existence de telles difficultés en s'appuyant sur des preuves fiables, complètes et objectives attestant leur réalité et leurs conséquences concrètes sur leur capacité contributive. Dans l'hypothèse où la partie qui les allègue appartient à un groupe, c'est au regard des ressources financières dont ce groupe dispose que de telles difficultés seront appréciées, conformément à la jurisprudence (12-D-25¹⁷⁴).

Durant l'année 2012, l'Autorité de la concurrence a examiné vingt demandes d'entreprises ou d'organismes alléguant de difficultés financières particulières de nature à obérer leur capacité contributive, dans le cadre de quatre décisions (12-D-02¹⁷⁵, 12-D-06, 12-D-09¹⁷⁶, 12-D-25). Compte tenu des éléments apportés pour prouver de telles difficultés financières, l'Autorité de la concurrence a réduit la sanction de dix entreprises (12-D-02, 12-D-06, 12-D-09) dans des proportions comprises entre 15 % et 88 %. Pour le restant, les demandes ont été rejetées, dès lors que les éléments financiers et comptables communiqués par les parties ne constituaient pas des preuves fiables et complètes permettant d'apprécier les difficultés alléguées ou que de telles difficultés, après analyse *in concreto* des données fournies, n'étaient pas avérées.

La clémence et la non-contestation des griefs

Dans le cadre des ajustements finaux de la sanction, c'est-à-dire une fois la vérification du respect du maximum légal effectuée, l'Autorité de la concurrence prend en compte, s'il y a lieu, l'exonération partielle ou totale accordée au titre de la clémence régie par le IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce et la réduction accordée au titre de la non-contestation des griefs prévue par le III du même article. Ces réductions sont appliquées à ce stade ultime dans le but de garantir en tout état de cause le bénéfice effectif de ces réductions.

La clémence

Une décision ayant donné lieu à la mise en œuvre de la procédure de clémence a été rendue en 2012. Il s'agit de la décision 12-D-09 du 13 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires. Dans cette affaire, une demande de clémence avait été présentée devant le Conseil de la concurrence par les sociétés du groupe Whil. Werhahn.

174. Un recours a été formé contre cette décision.

175. Un recours a été formé contre cette décision.

176. Un recours a été formé contre cette décision.

Par un avis de clémence du 27 mai 2008, le Conseil de la concurrence leur avait accordé le bénéfice conditionnel d'une exonération totale de sanction, dès lors que ces sociétés avaient été les premières à révéler l'existence d'une entente franco-allemande sur la limitation d'importation de farine en sachets entre les deux États membres ainsi que ses modalités concrètes de fonctionnement. Cette demande de clémence avait permis au Conseil de la concurrence de mener ensuite des opérations de visite et de saisie. Dès lors que le groupe Whil. Werhahn avait rempli les conditions énoncées dans l'avis de clémence mentionné ci-dessus, l'Autorité de la concurrence lui a accordé une exonération totale de sanction. Les sociétés du groupe Whil. Werhahn qui avaient participé à cette infraction ont ainsi échappé à une sanction globale de l'ordre de 17 millions d'euros.

La non-contestation des griefs

Le III de l'article L. 464-2 du Code de commerce permet au rapporteur général de proposer à l'Autorité de la concurrence de tenir compte, dans le cadre de la détermination de la sanction, du fait qu'une entreprise ou un organisme choisit de ne pas contester les griefs qui lui ont été notifiés. Le rapporteur général peut, par ailleurs, lui proposer de tenir compte du fait que l'intéressé s'engage en outre à modifier son comportement pour l'avenir.

Dans son communiqué de procédure sur la non-contestation des griefs du 10 février 2012, l'Autorité de la concurrence a précisé l'approche qu'elle suit en pratique lorsqu'elle met en œuvre la procédure de non-contestation des griefs. Ce document synthétise également les lignes directrices de sa pratique décisionnelle relative à cette procédure.

La renonciation à contester les griefs, qui a principalement pour effet d'alléger et d'accélérer le travail d'instruction (en particulier en dispensant les services d'instruction de la rédaction d'un rapport lorsqu'elle est le fait de l'ensemble des parties mises en cause) ne peut conduire à accorder aux intéressés qu'une réduction de sanction relativement limitée. Dans le communiqué de procédure précité, l'Autorité de la concurrence a précisé que la seule renonciation à contester les griefs permet à la partie en cause de bénéficier d'une réduction de sa sanction de 10%.

Ce sont, le cas échéant, la nature et la qualité des engagements présentés qui peuvent permettre d'accorder une réduction de sanction plus importante (**12-D-10**¹⁷⁷, **12-D-27**). Ainsi que le communiqué de procédure précité le précise, la prise de tels engagements peut justifier une réduction supplémentaire de sanction comprise entre 5% et 15%, en fonction notamment de la nature des pratiques en cause, de celle des engagements proposés et de l'objectif qu'ils poursuivent. Lorsqu'elle accepte de tels engagements, et après s'être assurée de leur caractère crédible, substantiel et vérifiable, l'Autorité de la concurrence les rend obligatoires dans la décision qu'elle adopte au terme de la procédure. Elle peut naturellement être conduite à s'assurer ultérieurement de leur mise en œuvre effective (**12-D-09**¹⁷⁸).

177. Un recours a été formé contre cette décision.

178. Un recours a été formé contre cette décision.

En 2012, l'Autorité de la concurrence a rendu quatre décisions mettant en œuvre la procédure de non-contestation des griefs. Deux d'entre elles portent sur des affaires dans lesquelles au moins une partie mise en cause n'a pas contesté les griefs qui lui avaient été notifiés (**12-D-09**¹⁷⁹, **12-D-10**¹⁸⁰), alors que, dans les deux autres décisions, l'ensemble des parties n'a pas contesté les griefs, dispensant ainsi l'Autorité de la concurrence de la rédaction du rapport prévu par l'article L. 463-2 du Code de commerce (**12-D-06**, **12-D-27**).

Dans sa décision **12-D-06**, l'Autorité de la concurrence a accordé une réduction de sanction de 20 % à l'ensemble des parties en cause, en considération du fait que ces dernières n'avaient pas contesté les griefs, d'une part. Elles avaient proposé, d'autre part, des engagements particulièrement structurants pour modifier les conditions d'approvisionnement en produits de carrière sur l'archipel de Saint-Pierre-et-Miquelon et d'attribution des marchés publics qui en découlaient.

Dans les trois autres décisions, l'Autorité de la concurrence a également rendu obligatoires des engagements sous la forme de programme de conformité aux règles de concurrence, et a réduit la sanction des entreprises en cause à ce titre (**12-D-09**, **12-D-10**, **12-D-27**).

La pratique de l'Autorité de la concurrence à cet égard a été synthétisée dans un document-cadre sur les programmes de conformité aux règles de concurrence publié le 10 février 2012. Ce document-cadre souligne en particulier que, s'il n'existe pas de programmes de conformité types, ceux-ci gagnent au contraire à être conçus en fonction d'une analyse concrète des caractéristiques propres à l'entreprise ou à l'organisme qui les met en place. Certains éléments n'en conditionnent pas moins leur efficacité, en aidant l'organisme ou l'entreprise concerné à prévenir les risques d'infraction aux règles de concurrence, d'une part, et à tirer les conséquences des cas d'infractions qui n'auront pu être évités, d'autre part. C'est au regard de ces éléments, qui sont susceptibles de revêtir des formes et des modalités variables au cas par cas, que doit être apprécié le caractère substantiel, crédible et vérifiable des propositions d'engagements de mise en place ou d'amélioration d'un programme de conformité qui sont présentées à l'Autorité dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs (**12-D-10**, **12-D-27**). Ainsi que le précise également ce document-cadre, la réduction de sanction à ce titre peut aller jusqu'à 10 %.

Dans sa décision **12-D-09**, l'Autorité de la concurrence a considéré que, cumulé à la renonciation à contester les griefs, le contenu du programme de conformité aux règles de concurrence proposé par le groupe Grain Millers justifiait une réduction de sa sanction de 20 %. En effet, l'ensemble des mesures proposées (engagement de conformité des dirigeants renouvelés annuellement, dispositif de formation et de sensibilisation, mécanisme d'alerte, mise en œuvre du programme sous le contrôle d'une personne dédiée, mise en place de sanctions proportionnées pour les manquements aux règles de concurrence) étaient « *de nature à permettre à ce*

179. Un recours a été formé contre cette décision.

180. Un recours a été formé contre cette décision.

groupe de prévenir des manquements ultérieurs aux règles de concurrence ainsi que, le cas échéant, de tirer les conséquences d'éventuels manquements découverts en son sein». Dans les mêmes conditions, elle a accordé une réfaction de sanction de 20 % à l'entreprise Royal Canin, en prenant également en compte le fait que le programme proposé ne se limitait pas au seul secteur d'activité en relation avec les pratiques sanctionnées, mais couvrait l'intégralité des activités du groupe Mars auquel cette entreprise appartenait (12-D-10¹⁸¹). En revanche, elle a accordé une réduction de sanction légèrement inférieure, de 18 %, à Nestlé (12-D-10), en considération du fait que « *le programme de conformité proposé ne prévoit [...] aucune mesure substantielle de responsabilisation de ses cadres ou de ses agents, d'une part, et de suivi en cas de méconnaissance du programme, à l'exception de celles liées à son dispositif d'alerte professionnelle, d'autre part* ».

Dans sa décision 12-D-27, la société Ticketnet a bénéficié d'une réduction de sa sanction de 20 % au titre de ses engagements de mise en place d'un programme de conformité aux règles de concurrence et du découplage de ses activités commerciales dont l'imbrication avait conduit, pour partie, à faciliter l'une des deux infractions retenues à son encontre. Pour leur part, les sociétés FNAC et France Billet ont vu leur sanction respective réduite de 10 % en considération de leur renonciation à contester les griefs.

Les injonctions

Les injonctions de s'abstenir de certaines pratiques

L'Autorité de la concurrence a prononcé en 2012 une injonction de ne pas faire.

Dans sa décision 12-D-24¹⁸² du 13 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine, outre le prononcé d'injonctions de faire, l'Autorité a enjoint aux sociétés Orange France et SFR de s'abstenir à l'avenir de mettre en œuvre des pratiques ayant un objet ou un effet équivalent.

Les injonctions de prendre certaines mesures

En 2012, l'Autorité de la concurrence a prononcé à quatre reprises une injonction de faire, dans le cadre de sa décision 12-D-08¹⁸³ du 6 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives, de sa décision 12-D-23¹⁸⁴ du 12 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Bang & Olufsen dans le secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinema, de sa décision 12-D-24 du 13 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine

181. Un recours a été formé contre cette décision.

182. Un recours a été formé contre cette décision.

183. Un recours a été formé contre cette décision.

184. Un recours a été formé contre cette décision.

et de sa décision **12-D-25**¹⁸⁵ du 18 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises.

Dans l'affaire **12-D-08**¹⁸⁶, elle a enjoint à l'Association des producteurs d'endives de France (APEF) ou tout autre organisme responsable du système d'échanges d'informations dénommé Infocl@r, auquel les producteurs d'endives déclarent les volumes et les prix de vente de leur production, de modifier le système afin qu'il se limite :

- à enregistrer des données passées, anonymes et suffisamment agrégées pour exclure toute identification des opérateurs ;
- à diffuser des informations en matière de coûts ou de prix sous forme de mercuriales ou d'indices statistiques.

Dans l'affaire **12-D-23**¹⁸⁷, elle a enjoint à la société Bang & Olufsen France de procéder, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la décision, à la modification de ses contrats de distribution sélective existants ou à la diffusion d'une circulaire générale, afin de stipuler, en termes clairs, que les distributeurs agréés membres de son réseau de distribution sélective ont la possibilité de recourir à la vente par Internet.

Dans l'affaire **12-D-24**¹⁸⁸, elle a enjoint aux sociétés Orange France et SFR :

- de prendre toutes mesures utiles pour mettre fin aux infractions constatées dans la décision et de s'abstenir à l'avenir de mettre en œuvre des pratiques ayant un objet ou un effet équivalent ;
- de porter à la connaissance des abonnés aux offres « on net » visées par la décision qu'ils disposent de la faculté de résilier leur abonnement sans indemnité et à tout moment, eu égard au constat d'infraction au droit de la concurrence effectué par l'Autorité de la concurrence ;
- de soumettre pour approbation à l'Autorité de la concurrence le contenu de cette communication, puis de rendre compte de l'exécution des mesures imposées.

Dans l'affaire **12-D-25**, elle a enjoint à la SNCF :

- premièrement, de mettre en place, dans un délai de dix-huit mois à compter de la notification de la décision, une comptabilité analytique séparée pour son activité de fret ferroviaire par train massif et pour son activité de fret ferroviaire par wagon isolé ; cette comptabilité doit permettre d'identifier et de rendre compte, de façon transparente, de l'imputation, à chacune de ces deux activités, de leurs coûts communs ; cette identification et cette imputation devront être effectuées en fonction de clés de répartition pertinentes et justifiées pour chaque catégorie de coûts ; les principes de comptabilité analytique seront soumis à l'Autorité de la concurrence lors d'une séance contradictoire qui sera organisée au plus tard dans un délai d'un an à compter de la notification de la présente décision, et à laquelle l'ARAF pourra être invitée en tant que témoin en application de

185. Un recours a été formé contre cette décision.

186. Un recours a été formé contre cette décision

187. Un recours a été formé contre cette décision

188. Un recours a été formé contre cette décision.

- l'article L. 463-7 du Code de commerce; la SNCF transmettra, trois mois au moins avant la séance, un rapport décrivant les principes de comptabilité analytique qu'elle envisage de retenir;
- deuxièmement, d'établir, dans un délai de dix-huit mois à compter de la notification de la décision, un rapport d'étape identifiant le montant des coûts qui pourraient être évités à horizon de trois ans dans l'hypothèse d'un abandon de l'activité de train massif, et justifiant les conclusions relatives aux différentes catégories de coûts évitables par des éléments précis s'appuyant sur des données d'exploitation effective actualisées; ce rapport permettra de vérifier les progrès réalisés en vue de garantir la mise en œuvre de l'injonction;
 - troisièmement, de garantir, dans un délai de trois ans à compter de la notification de la présente décision, que les prix des services de train massif qu'elle offre aux chargeurs couvrent les coûts moyens évitables à horizon de trois ans relatifs à l'activité de fret ferroviaire par train massif; un rapport attestant la couverture de ces coûts évitables, répondant aux mêmes exigences que le rapport d'étape, sera remis à l'Autorité à cette échéance.

L'examen du respect des injonctions

En 2012, l'Autorité a eu à connaître d'une affaire de non-respect d'injonction.

Dans sa décision **12-D-05** du 24 janvier 2012 relative au respect par la société SRR de l'injonction prononcée par la décision 09-MC-02 du 16 septembre 2009, tenant compte, notamment, de la gravité de la pratique, l'Autorité de la concurrence a prononcé une sanction de 2 millions d'euros à l'encontre de SRR (filiale réunionnaise et mahoraise de l'opérateur SFR) pour ne pas avoir entièrement respecté l'injonction qu'elle avait prononcée à son encontre en septembre 2009. Conformément à la jurisprudence constante, l'Autorité de la concurrence a considéré que le non-respect d'injonctions était un manquement d'une gravité exceptionnelle.

Pour mémoire, l'Autorité qui avait été saisie par Orange (Orange Réunion, Orange Mayotte) et Outremer Télécom, deux des trois principaux opérateurs de téléphonie mobile à La Réunion et à Mayotte, avait constaté en septembre 2009 que SRR, le leader du marché, avait mis en place une différenciation tarifaire susceptible d'être abusive entre les appels « on net » (passés par ses clients sur son réseau) et les appels « off net » (à destination d'un autre réseau). Cette tarification avait pour conséquence de rendre attractives les communications passées au sein de son réseau et de donner aux autres opérateurs l'image d'opérateurs « chers à appeler ». Elle a donc eu tendance à favoriser mécaniquement le réseau de SRR, le plus important en nombre de clients, en générant un « effet club » artificiel, les consommateurs privilégiant l'opérateur qui offre la possibilité d'appeler et d'être appelé par le plus grand nombre à moindres coûts.

Constatant que le marché du mobile dans la zone Réunion-Mayotte était à l'époque à une période charnière (déploiement des réseaux 3G, arrivée des smartphones, approche des fêtes de fin d'année traditionnellement propices aux ventes de téléphones), l'Autorité de la concurrence avait prononcé une mesure d'urgence afin de mettre fin à cette situation de nature à favoriser SRR, et demandé que l'opérateur

mette un terme à cette différence de tarifs (pour les SMS et les appels) qui n'était pas justifiée par les différences de coûts supportées par l'opérateur. L'injonction, applicable à compter du 1^{er} décembre 2009 à La Réunion et du 1^{er} février 2010 à Mayotte, concernait les offres prépayées et comptes bloqués et les forfaits Maxxi et Intégral de l'opérateur.

Malgré la décision de l'Autorité, SRR a maintenu durant l'année 2010 à La Réunion une différence entre le prix des appels « on net » et celui des appels « off net » qui excédait les écarts de coûts.

Après s'être saisie d'office, l'Autorité a constaté que l'injonction qu'elle avait prononcée avait été respectée pour les SMS, mais pas pour les appels vocaux. Pour quatre offres commercialisées à La Réunion (deux offres prépayées et deux forfaits bloqués) SRR a maintenu, tout au long de l'année 2010, un écart de tarifs de 3 centimes d'euro par minute entre le prix des appels passés sur son réseau et le prix des appels émis vers les réseaux de ses concurrents, écart qui excédait les différences de coûts que l'opérateur supportait pour ces deux types d'appels.

Les autres mesures

La publication des décisions

La publication des décisions de l'Autorité constitue une sanction à l'égard des entreprises, mais, surtout, participe à la mission de prévention et de défense de l'ordre public économique confiée à celle-ci. En effet, la publicité donnée à une décision de sanction permet d'alerter les acteurs du marché ainsi que les consommateurs et les collectivités publiques sur le caractère anticoncurrentiel de certaines pratiques et les invite à exercer leur vigilance. C'est la raison pour laquelle l'Autorité enjoint que ces publications soient faites dans des organes de presse susceptibles de toucher le maximum de personnes intéressées.

L'Autorité, à la suite du Conseil, a été amenée à constater certaines irrégularités dans l'exécution de ses injonctions de publication. C'est pourquoi elle a introduit, dans sa pratique décisionnelle, des directives sur le format à respecter dans le cadre de ces publications (taille et couleur des caractères, etc.). Il est aussi précisé, de manière systématique, que les résumés des décisions de l'Autorité peuvent, le cas échéant, être suivis de la mention selon laquelle la décision a fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris. Les entreprises se voyant imposer une injonction par l'Autorité doivent enfin transmettre à son bureau de la procédure une copie de ces publications, dès leur parution, afin de permettre le contrôle de l'exécution des injonctions.

L'injonction de publication

En 2012, l'Autorité a prononcé des injonctions de publication à cinq reprises.

Dans la décision **12-D-02**¹⁸⁹, le syndicat professionnel Géfil, comme dix cabinets de conseil du secteur de l'ingénierie des loisirs, de la culture et du tourisme,

¹⁸⁹. Un recours a été formé contre cette décision.

sanctionnés pour avoir arrêté et diffusé des consignes de prix auprès de la profession, s'est vu enjoindre, afin d'informer les acteurs du secteur de l'ingénierie LCT, en premier lieu les donneurs d'ordres publics et privés, de publier dans le journal *La Gazette des communes, des départements et des régions*, ainsi que dans le numéro du *Géfilon*, à ses frais, un résumé de cette décision.

Dans la décision **12-D-08**¹⁹⁰ du 6 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production et la commercialisation des endives, une dizaine d'organisations de producteurs et sept organisations représentatives, sanctionnées pour une entente consistant en un plan global de fixation des prix de vente minima des endives, se sont vu enjoindre de publier, à frais partagés et au prorata des sanctions prononcées, dans les éditions du journal *La Voix du Nord* et de la revue agricole *Le Syndicat agricole*, édition Nord-Pas-de-Calais, un résumé de la décision.

Dans la décision **12-D-09**¹⁹¹ du 13 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires, des sociétés de meunerie françaises et allemandes – sanctionnées, d'une part, pour une entente entre meuniers allemands et français visant à limiter les importations de farine entre la France et l'Allemagne et, d'autre part, pour deux ententes entre meuniers français visant à fixer le prix, à limiter la production et à répartir la clientèle de la farine en sachets vendue à la grande et moyenne distribution et aux enseignes du *hard discount* en France – se sont vu enjoindre de publier, à frais partagés et au prorata des sanctions dans les éditions des journaux *Le Figaro* et *LSA* un résumé de la décision.

Dans la décision **12-D-24**¹⁹² du 13 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine, les sociétés Orange France, France Télécom et SFR, sanctionnées pour avoir commercialisé des forfaits ayant créé une différenciation tarifaire abusive entre les appels « on net » et « off net » freinant la concurrence, se sont vu enjoindre de faire publier, à leurs frais, au prorata des sanctions prononcées, dans les éditions papier d'*Aujourd'hui en France* et du *Parisien* un résumé de la décision.

Dans la décision **12-D-25**¹⁹³ du 18 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises, l'EPIC SNCF s'est vu enjoindre de faire publier à ses frais dans les journaux *Les Échos* et *La Vie du rail* un résumé de la décision.

La motivation de la publication

Informers les professionnels du secteur

Dans les décisions **12-D-02**¹⁹⁴, **12-D-08**, **12-D-09**, l'Autorité a estimé qu'il était nécessaire d'informer l'ensemble des professionnels concernés afin de les inciter

190. Un recours a été formé contre cette décision.

191. Un recours a été formé contre cette décision.

192. Un recours a été formé contre cette décision.

193. Un recours a été formé contre cette décision.

194. Un recours a été formé contre cette décision.

à la vigilance. Dans sa décision **12-D-25**¹⁹⁵, elle a considéré qu'il fallait attirer la vigilance des acteurs économiques présents sur le secteur du transport ferroviaire de marchandises et en particulier des chargeurs.

Informers les consommateurs

L'Autorité a rappelé que la publication vise également à attirer la vigilance des consommateurs (**12-D-08**¹⁹⁶, **12-D-09**¹⁹⁷, **12-D-24**¹⁹⁸).

Les astreintes

En 2012, l'Autorité n'a pas fait application des dispositions lui permettant de prononcer des astreintes.

La transmission à des juridictions ou au ministre de l'Économie

Aucune application en 2012.

Le contrôle des concentrations

La procédure en contrôle des concentrations

Dans l'affaire relative à la demande d'annulation de la décision **12-DCC-100**, le Conseil d'État a précisé que les décisions de l'Autorité de la concurrence relatives aux opérations de concentration, lesquelles ne sont donc pas des sanctions, n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 6 de la CEDH.

Par ailleurs, l'Autorité a rappelé le principe selon lequel les opérations ne doivent pas être réalisées avant leur notification et a sanctionné financièrement l'entreprise Colruyt pour ne pas avoir notifié une opération de concentration préalablement à sa réalisation.

La réalisation d'une opération sans notification

Les articles L. 430-3 et L. 430-4 du Code de commerce ont fixé le principe d'un contrôle préalable et préventif des opérations de concentration au-delà d'un certain seuil de chiffre d'affaires. L'article L. 430-3 prévoit que l'opération doit être notifiée à l'Autorité avant sa réalisation et l'article L. 430-4 que sa réalisation effective ne peut intervenir avant l'autorisation de l'Autorité. Le non-respect de ces dispositions est sanctionné en application du I de l'article L. 430-8 du Code de commerce. En 2012, l'Autorité a pour la première fois fait l'application de ces dispositions en

¹⁹⁵. Un recours a été formé contre cette décision.

¹⁹⁶. Un recours a été formé contre cette décision.

¹⁹⁷. Un recours a été formé contre cette décision.

¹⁹⁸. Un recours a été formé contre cette décision.

sanctionnant une entreprise de droit belge, Éts Fr. Colruyt, active dans le secteur de la distribution en gros et au détail de produits de grande consommation¹⁹⁹.

Colruyt avait omis en effet de notifier trois opérations de concentration soumises au contrôle des autorités de concurrence françaises et réalisées respectivement en 2003, 2004 et 2009. Colruyt a finalement notifié ces opérations, qui ont été toutes trois autorisées en juin 2011.

Compte tenu du caractère relativement ancien des deux premières acquisitions, l'Autorité a d'abord expliqué que la prescription quinquennale prévue par le I de l'article L. 462-7 du Code de commerce est applicable aux faits relevant du I de l'article L. 430-8 de ce code.

En ce qui concerne le point de départ des cinq ans, l'Autorité a considéré qu'un défaut de notification ne constituait pas une infraction continue mais une infraction instantanée, qui se définit comme une infraction dont l'acte matériel s'accomplit en un trait de temps, et plus exactement comme une infraction permanente, qui certes s'exécute en un trait de temps mais dont les effets se prolongent dans la durée, sans nouvelle intervention de l'auteur des faits. Pour de telles infractions, le point de départ de la prescription se situe au jour de la commission des faits, même si leurs effets se prolongent après cette date.

En ce qui concerne Colruyt, les faits relatifs aux deux premières opérations avaient été commis en mars 2003 et juin 2004 et bénéficiaient donc du régime de la prescription quinquennale. En revanche, les faits relatifs à la troisième opération de 2009 n'en bénéficiaient pas et pouvaient donc être poursuivis.

L'Autorité a ensuite constaté que le défaut de notification d'une opération de concentration doit être imputé à la (ou aux) personne(s) physique(s) ou morale(s) sur laquelle (lesquelles) pesait l'obligation de notification, c'est-à-dire à celle(s) acquérant de façon ultime le contrôle de la cible, et non à la seule personne juridiquement signataire de l'accord d'acquisition, dans la mesure où cette (ou ces) personne(s) dispose(nt), « *directement ou indirectement* », de la « *possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité* » conformément aux termes de l'article L. 430-1. En l'espèce, l'entreprise acquérant de façon ultime le contrôle de la cible était la société de droit belge Éts Fr. Colruyt, tête du groupe et non la société Colruyt France, quand bien même celle-ci avait fait l'acquisition des actifs en cause et notifié l'opération en juin 2011.

L'Autorité a également relevé que le caractère concentratif de l'opération en cause et la soumission au contrôle national des concentrations étaient au cas d'espèce tout à fait évidents et prévisibles, *a fortiori* pour une entreprise de taille significative comme Colruyt qui disposait des moyens de recourir aux services d'un conseil juridique adéquat.

Enfin, l'Autorité a précisé que le non-respect de l'obligation prévue à l'article L. 430-3 du Code de commerce constitue, par nature, une infraction grave

¹⁹⁹. Décision 12-D-12 du 11 mai 2012 relative à la situation du groupe Colruyt au regard du I de l'article L. 430-8 du Code de commerce.

à l'ordre public économique dans la mesure où ce manquement prive l'Autorité de la concurrence de toute possibilité de contrôler, comme le prévoit le Code de commerce, un projet de concentration préalablement à sa réalisation, et ce quels que puissent être les effets possibles de l'opération projetée sur la concurrence. La caractérisation du manquement sanctionné par le I de l'article L. 430-8 du Code de commerce ne nécessite donc pas la démonstration d'une atteinte à la concurrence qui pourrait être provoquée par la concentration non notifiée. Si cette infraction est, dès lors, grave par nature, l'appréciation de l'Autorité tient néanmoins compte des circonstances concrètes propres au cas d'espèce, qu'elles soient aggravantes ou atténuantes, et notamment du caractère plus ou moins évident de la contrôlabilité de l'opération, de la taille de l'entreprise et des moyens, notamment juridiques, dont celle-ci pouvait disposer, ou de l'éventuelle volonté délibérée de ses responsables de contourner l'obligation légale de notification, en particulier lorsque l'opération était susceptible de porter une atteinte substantielle à la concurrence.

L'Autorité a en conséquence infligé à la société Éts Fr. Colruyt une sanction financière de 392 000 euros en application des dispositions de l'article L. 430-8 du Code de commerce.

Notion de concentration

Le champ d'application du contrôle des concentrations est précisé aux articles L. 430-1 et L. 430-2 du Code de commerce. L'article L. 430-1 définit la notion de concentration. L'article L. 430-2 fixe les seuils de chiffre d'affaires pour lesquels le contrôle national des concentrations est applicable. L'Autorité tient compte des principes dégagés par la Commission européenne pour la mise en œuvre de la notion de concentration afin de garantir une cohérence entre le contrôle communautaire et le contrôle national.

Ce sont souvent les modalités de gouvernance des entreprises définies par les statuts et d'éventuels pactes d'actionnaires qui permettent d'identifier la nature du contrôle sur une entreprise. Toutefois, d'autres éléments, telles des relations commerciales, financières ou contractuelles, ajoutés aux prérogatives conférées aux différents actionnaires peuvent établir un contrôle de fait. Le contrôle peut être exercé sur une entreprise de façon exclusive par une seule entreprise ou conjointement par deux entreprises ou plus.

L'ensemble de ces critères est apprécié par l'Autorité selon la technique du faisceau d'indices, même si chacun de ces indices pris isolément ne suffirait pas à lui seul à conférer une influence déterminante.

En 2012, l'Autorité a consolidé sa pratique décisionnelle en ce qui concerne la contrôlabilité des concentrations, s'agissant en particulier des opérations immobilières, des opérations impliquant exclusivement des entreprises étrangères, du pouvoir de bloquer les décisions stratégiques sans être en mesure de les imposer (contrôle « négatif ») et de la capacité de la tête d'un réseau commercial à exercer une influence déterminante sur les membres du réseau.

Contrôlabilité des opérations immobilières

Fin 2011 et en 2012, l'Autorité a autorisé dans trois décisions la prise de contrôle conjointe par des banques ou des établissements financiers de bâtiments ou d'immeubles destinés à la location de bureaux²⁰⁰.

Dans ces trois affaires, les entreprises acquéreuses ont constitué des sociétés civiles immobilières (SCI) destinées à gérer les immeubles concernés en louant les surfaces des immeubles à des entreprises ou, le cas échéant, à des commerces, c'est-à-dire à des tiers. Les entreprises acquéreuses détenaient, dans les trois cas, la moitié du capital et des droits de vote dans les SCI et disposaient conjointement du pouvoir de bloquer les décisions stratégiques des SCI. Un chiffre d'affaires pouvait être attaché à ces SCI sur le marché de la gestion locative d'immeubles de bureaux dans la mesure où elles avaient prévu de louer les surfaces acquises à des tiers. Ces opérations constituaient donc des concentrations au sens de l'article L. 430-1 du Code de commerce. Une telle analyse est en ligne avec la pratique décisionnelle de la Commission européenne²⁰¹. La distinction entre ces opérations et la création d'entreprises communes gérant des biens immobiliers utilisés pour héberger les activités des maisons mères est exposée au point 96 de la communication consolidée²⁰².

Compétence territoriale

Le contrôle des concentrations national s'applique à toutes les entreprises, quelles que soient leur nationalité ou leur localisation, qu'elles possèdent ou non des actifs ou une structure en France, et que l'opération soit réalisée ou non en dehors du territoire national et ce dès lors qu'elles réalisent un chiffre d'affaires en France et dépassent les seuils de contrôlabilité²⁰³. C'est ce principe que l'Autorité a réaffirmé dans la décision **12-DCC-83**²⁰⁴.

Dans cette affaire, trois coopératives laitières allemandes (Humana, Nordmilch, et Bad Bibra), qui avaient déjà mis en commun l'ensemble de leurs activités de transformation et de commercialisation de produits laitiers par l'intermédiaire d'une filiale commune DMK, souhaitaient désormais fusionner l'ensemble de leurs autres activités.

L'opération n'avait aucun impact en France dans la mesure où la principale activité restant à fusionner était la collecte de lait en Allemagne, marché de dimension au plus nationale. Toutefois, deux des entreprises concernées (Humana et

²⁰⁰. Décision 11-DCC-193 du 22 décembre 2011 relative à la prise de contrôle conjoint par la Caisse des dépôts et consignations et CNP Assurances de l'immeuble à usage de bureaux « Le Farman », décision 12-DCC-141 du 4 octobre 2012 relative à la prise de contrôle conjoint par les sociétés Prédica et CNP Assurances de l'immeuble « Livry-Bouvard » et décision 12-DCC-156 du 12 novembre 2012 relative à la prise de contrôle conjointe d'une société civile immobilière pour l'acquisition d'un immeuble à usage de bureaux par CNP Assurances et Sogecap.

²⁰¹. Voir notamment la décision n° COMP/M.6621 CNP Assurances/BNP Paribas/Immeuble Val-de-Marne du 25 juillet 2012.

²⁰². Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.

²⁰³. Lignes directrices sur le contrôle des concentrations, § 93.

²⁰⁴. Décision 12-DCC-83 du 13 juin 2012 relative à la fusion entre Nordmilch eG, Humana Milchunion eG et Molkereigenossenschaft Bad Bibra eG.

Nordmilch) vendaient des produits laitiers sur le marché français par l'intermédiaire de DMK, et réalisaient ainsi en France un chiffre d'affaires de plus de 50 millions d'euros chacune. L'Autorité de la concurrence a donc contrôlé et autorisé cette fusion au titre du contrôle national des concentrations.

Contrôle exclusif négatif

Une entreprise dispose d'un contrôle exclusif lorsqu'elle peut exercer, seule, une influence déterminante sur l'activité d'une autre entreprise. Deux situations peuvent cependant être distinguées. Le cas le plus courant est celui où l'entreprise détient seule le pouvoir d'adopter les décisions stratégiques de l'entreprise concernée. Mais il arrive aussi que l'entreprise acquéreuse soit le seul actionnaire en mesure de bloquer les décisions stratégiques de l'autre entreprise, sans être toutefois en mesure d'imposer, à elle seule, ces décisions (on parle alors de contrôle exclusif « négatif »)²⁰⁵.

La décision **12-DCC-98**²⁰⁶ fournit un exemple de ce contrôle exclusif négatif. L Capital, société de gestion d'un fonds commun de placement à risque contrôlée par LVMH, a fait l'acquisition d'une participation minoritaire dans une société New Lux Co gérant à la fois la société TWLC (active dans le secteur en gros d'accessoires de mode de moyenne gamme) et le groupe Swiss Time (actif dans la production et la vente en gros de montres et de bijoux). Avant l'opération, TWLC était contrôlée conjointement par L Capital et une autre société d'investissement (Financière Molière) et le groupe Swiss Watch par des personnes physiques.

En dépit du caractère minoritaire de cette participation, l'Autorité a considéré que L Capital détenait un contrôle exclusif négatif sur New Lux Co puisque L Capital était le seul actionnaire, en application des dispositions du pacte de New Lux, à disposer d'un droit de veto pour la prise de décisions stratégiques.

Capacité de la tête d'un réseau commercial à exercer une influence déterminante sur les membres du réseau

Dans la décision **12-DCC-125** du 27 août 2012 relative à la prise de contrôle conjoint de vingt-huit magasins de commerce de détail à dominante alimentaire par l'Union des coopérateurs d'Alsace et l'Association des centres distributeurs E. Leclerc (ci-dessous l'ACDLec), l'Autorité s'est prononcée sur le contrôle exercé par l'ACDLec sur les sociétés exploitant les hypermarchés sous enseigne Leclerc. Dans le cadre de l'opération notifiée, les actifs cibles, constitués de vingt-huit magasins détenus par l'Union des coopérateurs d'Alsace, étaient acquis par la société Val Expansion, une société par actions simplifiée dont le capital était détenu par cinquante sociétés d'exploitation ayant pour activité l'exploitation de

205. Lignes directrices sur le contrôle des concentrations, § 28.

206. Décision 12-DCC-98 du 20 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Financière TWLC, Swiss Fashion Time, PT Switzerland, PE Time Design, Swiss Watch Group FZCO, Fortune Concept Limited et PT Far East Limited par la société L Capital Management SAS.

magasins sous enseigne Leclerc en Alsace et en Moselle. L'Autorité a considéré que, dans la mesure où une large majorité de ces cinquante sociétés d'exploitation faisait l'objet d'un contrôle conjoint par l'ACDLec, cette association assurait de fait le contrôle exclusif de Val Expansion.

Le contrôle conjoint par l'ACDLec de ces sociétés reposait, comme l'expose la décision, sur la combinaison :

- d'une part, du contrat d'enseigne Leclerc, conclu entre l'ACDLec et les adhérents pris en qualité de personnes physiques, attributaires du panonceau E. Leclerc et dirigeant les magasins. Ce contrat définit les règles d'adhésion à l'enseigne, en vérifiant le respect, par les adhérents, de ses statuts et de ses décisions, et en fixant les axes majeurs de la stratégie de l'enseigne ;
- d'autre part, des statuts-types, qu'en application des dispositions de la charte des adhérents Leclerc, tout nouvel adhérent au mouvement Leclerc (et donc à l'ACDLec) doit depuis 2002 faire adopter à la société d'exploitation du magasin qu'il dirige et dont le modèle a été validé par l'ACDLec.

Ces statuts prévoyaient que ces sociétés comptent parmi leurs associés les membres d'un conseil de parrainage, soit un nombre variable de dirigeants d'autres centres distributeurs Leclerc disposant de faibles participations au capital de la société. Ce conseil de parrainage disposait notamment d'un pouvoir de nomination et de révocation du président de la société, qui était généralement le fondateur et actionnaire principal. Or la perte du droit d'usage de l'enseigne constituait un « *juste motif de révocation* » du président par le conseil de parrainage et l'ACDLec pouvait retirer ce droit d'usage de l'enseigne E. Leclerc en application de stipulations du contrat d'enseigne qui lui laissaient une très large marge d'appréciation. L'ACDLec avait donc un rôle déterminant dans la nomination et la révocation des dirigeants des sociétés d'exploitation dotées des statuts-types de SAS E. Leclerc.

Les statuts-types prévoyaient également qu'un associé pouvait être exclu par un vote à la majorité des trois quarts du nombre d'associés, notamment en cas de perte du droit d'usage de l'enseigne. En cas d'exclusion, l'associé exclu était tenu de céder ses actions aux autres associés. Par conséquent, dans les sociétés d'exploitation de magasins Leclerc où un actionnaire dirigeant (voire celui-ci et les membres de sa famille) représentait moins d'un quart des associés, l'ACDLec était en mesure de faire exclure le dirigeant/actionnaire majoritaire et de le contraindre à céder ses actions.

Par ailleurs, les dispositions du contrat relatives à la communication des documents de référence des sociétés et à l'encadrement des marges permettent à l'ACDLec de contrôler la politique commerciale des magasins.

Enfin, différentes dispositions statutaires ou stipulations contractuelles rendaient très difficiles à la fois le changement d'enseigne du magasin et la cession des actions de la société à une personne étrangère au mouvement Leclerc. L'adhésion des centres E. Leclerc, au niveau national, au Groupement d'achat des centres E. Leclerc (le « Galec ») – société anonyme coopérative à directoire et conseil de surveillance qui assure le référencement des fournisseurs – et, au niveau régional,

à une centrale régionale d'approvisionnement (en l'espèce, ScapAlsace, société coopérative à capital variable détenu par cinquante-huit actionnaires) participait à l'absence d'autonomie de ces sociétés d'exploitation.

L'ensemble de ces critères a été apprécié par l'Autorité selon la technique du faisceau d'indices même si chacun de ces indices pris isolément ne suffirait pas à lui seul à conférer une influence déterminante. En particulier, ce ne sont pas les seules dispositions du contrat d'enseigne qui ont été prises en compte.

Cette organisation très spécifique a amené l'Autorité à considérer que, même si l'ACDLec ne détenait aucune participation au capital, elle n'en exerçait pas moins une influence déterminante sur ces sociétés, conjointement avec l'actionnaire majoritaire, dans la mesure où celui-ci était appelé à collaborer et à s'entendre avec l'ACDLec sur la stratégie de son entreprise.

Les seuils de contrôle

Les lignes directrices de l'Autorité rappellent que *« le règlement (CE) n° 139/2004 définit les seuils de chiffre d'affaires fixant la limite des compétences respectives de la Commission européenne et des autorités de concurrence des États membres en matière de contrôle des concentrations. Cependant, le règlement prévoit à l'article 4, paragraphes 4 et 5, à l'article 9 et à l'article 22 des mécanismes de renvoi permettant que, dans certains cas particuliers, des opérations de dimension nationale soient examinées par la Commission et, inversement, que des opérations de dimension communautaire soient examinées par les autorités nationales de concurrence des États membres »*.

En 2012, deux demandes de renvoi en prénotification d'une opération de concentration ont été présentées à la demande des parties notifiantes à la Commission européenne conformément à l'article 4(4) du règlement (CE) :

- La première demande de renvoi concernait la prise de contrôle exclusif du groupe Keolis par SNCF Participations (« SNCF-P »), filiale de la SNCF. La Commission européenne a renvoyé cette opération à l'Autorité le 23 juillet 2012 (décision **12-DCC-12** du 5 septembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Keolis par la société SNCF Participations).
- La seconde demande concernait la prise de contrôle exclusif de Guyenne et Gascogne par le groupe Carrefour. La Commission européenne a décidé de renvoyer le dossier à l'Autorité (décision du 16 mars), considérant qu'elle était la mieux placée pour étudier l'opération (décision **12-DCC-63** du 9 mai 2012).

Par ailleurs, l'Autorité s'est jointe le 20 juin 2012 à la demande d'examen, adressée à la Commission le 29 mai 2012 par l'autorité portugaise de la concurrence conformément à l'article 22, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, de l'opération de concentration par laquelle la société London Stock Exchange Group plc entendait acquérir le contrôle exclusif de la société LCH. Clearnet Limited. L'opération était également notifiable en Espagne et relevait également de la compétence de l'Office of Fair Trading britannique. La Comisión

nacional de la competencia s'est jointe à la demande de renvoi et l'Office of Fair Trading a fait savoir qu'il ne souhaitait pas se joindre à cette demande.

La Commission a noté, dans une décision du 4 juillet 2012, qu'elle peut décider d'examiner la concentration conformément à l'article 22, paragraphe 3, du règlement sur les concentrations, si elle estime que celle-ci i) affecte le commerce entre États membres et ii) menace d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du (ou des) État(s) membre(s) qui formule(nt) la demande. Si ces deux conditions légales sont réunies, la Commission dispose de pouvoirs discrétionnaires pour déterminer si elle doit ou non accepter la demande de renvoi, en appréciant s'il est opportun qu'elle examine cette demande. Elle a notamment relevé que, dans cette affaire, la partie notifiante avait elle-même fait une demande de renvoi en application de l'article 4(5) du règlement susmentionné, mais que cette demande avait été rejetée par l'OFT, et a rappelé qu'elle considérait que, dès lors qu'un État membre n'est pas favorable à la demande présentée en application de l'article 4(5), la dynamique fondamentale du mécanisme de renvoi n'est plus la même et qu'accepter un renvoi partiel à la suite d'une demande présentée par un autre État membre compromettrait les principes fondamentaux du mécanisme de renvoi et entraînerait une insécurité juridique accrue pour la partie notifiante. Elle a ajouté que, même si la Commission était l'autorité la mieux à même, en théorie, d'examiner l'opération en question, les conséquences en termes de charges administratives pour la partie notifiante constituaient l'élément le plus important et que, concrètement, un examen de l'opération à l'échelon national était plus approprié.

Analyse concurrentielle

Les effets horizontaux

Une atteinte à la concurrence, au sens de l'article L. 430-6 du Code de commerce, peut être constatée, en premier lieu, lorsque l'opération confère un pouvoir de marché à l'entreprise acquéreuse ou à la nouvelle entité issue de la fusion, ou renforce un pouvoir de marché qu'elle détenait déjà. Lorsque les entreprises parties à l'opération sont des concurrents actuels sur un ou plusieurs marchés pertinents, cet effet peut aller jusqu'à créer ou renforcer au profit de cette entreprise une position dominante simple, c'est-à-dire le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs.

L'opération Patriarche/Castel Frères SAS

Dans une décision **12-DCC-92**²⁰⁷, l'Autorité de la concurrence a examiné les effets horizontaux relatifs à l'acquisition de six sociétés du groupe Patriarche par la société Castel Frères SAS sur les marchés amont des vins tranquilles et effervescents.

²⁰⁷. Décision 12-DCC-92 du 2 juillet 2012 relative à l'acquisition de six sociétés du groupe Patriarche par la société Castel Frères SAS.

L'analyse du marché des vins de consommation courante a nécessité, en raison de parts de marché conséquentes (supérieures à 30 %), le recours à une analyse multicritère combinant des considérations d'ordre quantitatif et d'ordre qualitatif.

La partie notifiante s'est appuyée sur les résultats d'un test dit «UPP» («*upward pricing pressure*») pour affirmer l'absence d'incitation de la nouvelle entité à augmenter ses prix à l'issue de l'opération. L'Autorité a noté que le panel retenu pour calculer cet indice UPP était cependant imparfaitement représentatif de la situation concurrentielle et conduisait donc à sous-estimer l'incitation de la nouvelle entité à augmenter ses prix. De même, elle a identifié une erreur dans le calcul des intervalles de confiance tendant à minimiser l'impact de l'opération. Elle a cependant relevé que de telles études quantitatives pouvaient compléter les éléments qualitatifs du dossier et fournissaient un éclairage pertinent pour l'analyse sous réserve de précautions méthodologiques.

En l'espèce, l'Autorité a donc examiné la pression concurrentielle actuelle et potentielle à la suite de l'opération ainsi que le contre-pouvoir exercé par la demande. S'agissant des vins sans indication géographique (SIG) sous MDF, il existait peu d'alternatives aux parties et l'entrée de nouveaux acteurs apparaissait peu probable en raison du manque d'attractivité de ce segment, de la notoriété des marques de l'entité nouvelle et de l'accès difficile à la matière première. En revanche, l'Autorité a estimé que la substituabilité entre vins SIG et vins avec indication géographique protégée (IGP) était suffisante pour que la concurrence de marques notoires et les capacités de production excédentaires sur le segment des vins IGP sous MDF rendent peu rentable une stratégie de hausse des prix de la nouvelle entité. L'entrée de nouveaux concurrents sur le marché des vins IGP est considérée, quant à elle, comme envisageable bien que peu probable. De plus, l'Autorité a précisé que les fournisseurs de MDD pour les vins IGP et SIG devaient également être considérés comme des concurrents actuels de la nouvelle entité. En ce qui concerne le contre-pouvoir de la GMS, il a été jugé faible sur le segment des vins SIG ; toutefois, il est ressorti du test de marché que le développement des MDD notamment pour les vins IGP constituait une réponse crédible pour les GMS en cas d'augmentation des prix pratiqués par la nouvelle entité.

Au vu de ces éléments, le risque d'effets horizontaux anticoncurrentiels sur les marchés amont des vins tranquilles et effervescents a donc pu être écarté.

L'opération SNC Schlecker/Système U Centrale régionale sud

Dans une décision **12-DCC-112**²⁰⁸ concernant la vente d'articles de droguerie, l'Autorité de la concurrence a examiné la prise de contrôle exclusif de la société SNC Schlecker par la société Système U Centrale régionale sud.

L'opération ne comportait aucun chevauchement d'activités dans la mesure où, contrairement aux magasins membres du groupement coopératif Système U, les magasins Schlecker n'étaient pas à dominante alimentaire. Cependant, dans la

²⁰⁸. Décision 12-DCC-112 du 3 août 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de la société SNC Schlecker par la société Système U Centrale régionale sud.

mesure où Système U avait pour projet, à l'issue de l'opération, de transformer les magasins Schleckers en magasins à dominante alimentaire sous une des enseignes du groupe Système U, une analyse plus précise de certaines zones de chalandise a été faite à titre conservateur. Néanmoins, sur chacune des huit zones concernées, elle a constaté la présence de supermarchés ou hypermarchés qui continueraient à exercer une pression concurrentielle significative sur Système U à l'issue de l'opération.

Au vu de ces éléments, le risque d'effets horizontaux anticoncurrentiels sur les marchés de la distribution de détail de produits alimentaires a donc pu être écarté.

L'opération LVL Médical/Air liquide Santé international

Dans une décision **12-DCC-123**²⁰⁹ consistant en la prise de contrôle exclusif des activités françaises du groupe LVL Médical par la société Air liquide Santé international, l'Autorité de la concurrence a analysé les effets horizontaux sur les marchés de la fourniture de prestations de services de santé à domicile et de l'approvisionnement en matériel médical.

S'agissant du marché des prestations de services de santé à domicile, l'Autorité a insisté sur les particularités de ce secteur en forte croissance, qui se caractérise par l'existence d'un prix limite de vente légalement fixé et sur le rôle des médecins prescripteurs.

À l'issue de l'opération, l'Autorité a constaté que la nouvelle entité serait le leader du marché français global de la fourniture de prestations de services de santé à domicile et disposerait de parts de marché importantes sur le segment des prestations respiratoires et des prestations non respiratoires. Le concurrent le plus significatif en termes de parts de marché était l'Association nationale pour les traitements à domicile, organisme qui réunit des associations à but non lucratif qui exercent essentiellement leurs activités auprès de patients adressés par des praticiens hospitaliers. L'Autorité a estimé que ces associations constituaient des concurrents réels de la nouvelle entité dans la mesure où leur modèle économique est proche de celui du secteur privé et où une part importante de l'activité de la nouvelle entité concernerait des patients qui bénéficient de prestations hospitalières. À ces associations s'ajoutaient un certain nombre d'entreprises privées aux parts de marchés modérées qui permettaient un maillage complet du territoire national par les concurrents de la nouvelle entité. De plus, l'Autorité a insisté sur la faiblesse des barrières au changement de prestataire qui garantit le maintien d'une qualité de service satisfaisante par la nouvelle entité. Enfin, elle a considéré que les barrières à l'entrée ou à l'expansion étaient faibles et qu'il était envisageable que des compagnies d'assurances ou des mutuelles soient incitées à créer leurs propres structures de prestations de services de santé à domicile dans les années à venir.

Sur les marchés amont de l'approvisionnement en matériel médical, l'Autorité a examiné si le renforcement du pouvoir de négociation d'Air liquide lui

²⁰⁹. Décision 12-DCC-123 du 27 août 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des activités françaises du groupe LVL Médical par la société Air liquide Santé international.

permettrait d'obtenir des conditions d'achat favorables lui conférant ainsi un avantage concurrentiel de nature à fragiliser la position de ses concurrents sur le marché aval. L'Autorité s'est, de même, interrogée sur la possibilité, du fait de la puissance d'achat renforcée d'Air liquide, de se faire accorder des exclusivités sur la fourniture de matériel médical innovant. Elle a constaté que les fournisseurs de la nouvelle entité réalisaient un chiffre d'affaires important avec d'autres prestataires et que ce chiffre d'affaires pourrait même augmenter en cas de nouvelles entrées sur le marché. Elle a également insisté sur l'importance du pouvoir de négociation des principaux fournisseurs de matériel médical dont la taille est mondiale. Enfin, elle a écarté toute incitation des fournisseurs de matériel médical à consentir des exclusivités, dans la mesure où la fixation réglementaire des tarifs des prestations de santé à domicile rend impossible une augmentation des tarifs d'Air liquide et n'aurait donc pour les fournisseurs que le seul effet de se priver d'une partie de leur débouchés.

Au vu de ces éléments, le risque d'effets horizontaux anticoncurrentiels sur les marchés de la fourniture de prestations de services de santé à domicile et de l'approvisionnement en matériel médical a donc pu être écarté.

L'opération Cristal Union/Vermandoise

Au cours de l'analyse de la prise de contrôle exclusif du groupe Vermandoise par le groupe Cristal Union²¹⁰, l'Autorité de la concurrence a constaté que les activités des parties se chevauchaient dans quatre secteurs : le sucre, la mélasse, les coproduits destinés à l'alimentation animale et les alcools (alcool traditionnel et bioéthanol).

Le marché du sucre a, en particulier, donné lieu à une analyse plus détaillée de l'Autorité, du fait notamment d'un contexte économique et juridique spécifique. En effet, le règlement « OCM unique » de 2007 a permis la mise en place en Europe d'un régime de maîtrise de la production par l'instauration d'un système de quotas nationaux et d'outils de stabilisation de prix. Cette réforme a abouti à la création de barrières à l'entrée significatives ainsi qu'à un maintien de la production en dessous de la demande. La France connaît néanmoins une situation particulière d'excédent de production, de même que les pays qui lui sont limitrophes au nord et à l'est.

Quatre acteurs significatifs sont actifs sur le marché français avant l'opération (Tereos, Saint-Louis, Cristal Union et le groupe Vermandoise), les trois premiers captant 80 % du quota national. En termes de parts de marché, l'Autorité a relevé un renforcement sensible du niveau de concentration du marché post-opération, la nouvelle entité totalisant 33,7 % des quotas de production et entre 40 et 50 % de parts de marché. Par ailleurs, bien que la demande soit également relativement concentrée, l'Autorité a constaté que, s'agissant du sucre industriel,

²¹⁰. Décision 12-DCC-06 du 20 janvier 2012 relative à l'acquisition du groupe Vermandoise par la société coopérative Cristal Union.

les clients n'étaient pas en mesure d'exercer un contre-pouvoir significatif, étant donné la très faible substituabilité du produit dans les applications agroalimentaires. En ce qui concerne les effets unilatéraux, l'Autorité a néanmoins conclu, d'une part, que l'opération n'entraînait pas de renforcement du pouvoir de marché de la nouvelle entité, étant donné la pression concurrentielle exercée par les producteurs français alternatifs et par les producteurs étrangers et, d'autre part, qu'en dépit de ses prix plus bas le groupe Vermandoise ne jouait pas un rôle de « *maverick* » sur le marché. En effet, l'Autorité a constaté que l'écart des prix pratiqués par les deux parties à l'opération n'était dû qu'à une différence de clientèle et à une divergence dans les anticipations de prix. En ce qui concerne les effets coordonnés, l'Autorité a jugé l'opération insusceptible de porter atteinte à la concurrence par ce biais, notamment du fait de l'absence d'une transparence suffisante sur le marché. Au final, l'opération a donc été autorisée sans engagements.

L'opération Alma/Saint-Amand

L'Autorité de la concurrence a évalué les effets de l'opération consistant en la prise de contrôle exclusif de Holding Saint-Amand par la société Alma sur le marché de l'eau en bouteille²¹¹.

Au vu des parts de marché significatives détenues par la nouvelle entité après opération, de l'ordre de [50-60] % en volume et [20-30] % en valeur pour le marché global des eaux plates et gazeuses, l'Autorité a examiné en détail les potentiels effets horizontaux de la prise de contrôle, à la fois unilatéraux et coordonnés. Elle a constaté qu'une hausse des prix de tout ou partie des produits commercialisés par la nouvelle entité était peu probable compte tenu de la présence de deux concurrents majeurs (Nestlé et Danone) et de la puissance d'achat de la grande distribution. Quant aux effets coordonnés, l'asymétrie des positions et des intérêts des fournisseurs du secteur a conduit l'Autorité à conclure à l'impossibilité d'assurer la discipline d'une coordination. Elle a donc autorisé l'opération sans conditions.

L'opération Eurotunnel/SeaFrance

L'opération notifiée consistait en l'acquisition par la société Groupe Eurotunnel du contrôle exclusif d'actifs de la société SeaFrance²¹², à savoir trois navires et certains actifs corporels et incorporels nécessaires à l'exploitation de ces navires. L'Autorité de la concurrence a constaté que les activités des parties à l'opération se chevauchaient sur les marchés des services de transport de fret et de transport de passagers entre l'Europe continentale et le Royaume-Uni, exclusivement dans la zone transmanche de courte distance (pas de Calais). Par ailleurs, l'opération renforçait significativement la position de la société Eurotunnel, la part de marché de la nouvelle entité atteignant [50-60] % pour le transport de passagers et [40-50] % pour le fret.

211. Décision 12-DCC-84 du 21 juin 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de Holding Saint-Amand par la société Alma.

212. Décision 12-DCC-154 du 7 novembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs de la société SeaFrance par la société Groupe Eurotunnel.

Dans le but d'apprécier les effets unilatéraux potentiels, l'Autorité a évalué, d'une part, le degré de substituabilité entre les services offerts par les actifs SeaFrance et ceux proposés par Eurotunnel et, d'autre part, le taux d'utilisation des capacités des différents opérateurs de ferry.

En ce qui concerne la substituabilité entre ces différents services, le choc exogène qu'a constitué l'incendie du tunnel sous la Manche en septembre 2008 a permis à l'Autorité de constater que SeaFrance n'était pas le plus proche substitut du Tunnel. Quant aux taux d'utilisation des opérateurs maritimes, ils se sont révélés en moyenne relativement faibles, de l'ordre de 50 % à 75 %, permettant de préjuger de leur capacité à absorber une demande accrue en cas de hausse des prix pratiqués par la nouvelle entité. L'existence de « pics de demande », durant lesquels les taux d'utilisation des opérateurs sont supérieurs, a été prise en compte par l'Autorité, qui a écarté tout risque de hausse des prix d'Eurotunnel ciblée sur ces périodes, du fait, d'une part, de la variabilité de ces pics de demande d'un opérateur à l'autre et, d'autre part, de l'annualisation des contrats de fret. Au final, l'Autorité a donc conclu à l'absence d'atteinte à la concurrence par le biais d'effets unilatéraux.

Les opérations de concentration menées par des coopératives agricoles

En 2012, l'Autorité a rendu dix décisions concernant des coopératives agricoles²¹³, dont une sous condition d'engagements²¹⁴.

Si les coopératives agricoles sont concernées par le contrôle des concentrations au même titre que les autres entreprises, leur forme « hybride » ou « semi-intégrée » nécessite sur certains points de prendre en compte leur particularité. Ainsi, sur les marchés amont de la collecte ou de la distribution de produits d'agrofourniture, il s'agit d'évaluer l'existence d'alternatives crédibles actuelles ou potentielles pour les agriculteurs qui ne seraient plus satisfaits de leurs relations avec leur coopérative à l'issue de l'opération, au regard notamment des règles qui régissent les relations entre les adhérents et leur coopérative.

Par exemple, dans la décision 12-DCC-49 relative à la fusion entre les coopératives Charente Coop et Charentes Alliance, l'Autorité a constaté que le rapprochement de ces deux entités aboutirait à la création d'un ensemble disposant de [50-60] % de parts de marché sur les marchés de la collecte de céréales, protéagineux et oléagineux en Charente. Elle a ensuite relevé que les agriculteurs implantés dans certaines zones locales ne disposaient que de faibles alternatives pour écouler leur production. Afin d'identifier l'existence d'une concurrence

²¹³. Voir les décisions 12-DCC-02, 12-DCC-06, 12-DCC-13, 12-DCC-19, 12-DCC-42, 12-DCC-49, 12-DCC-75, 12-DCC-103, 12-DCC-104 et 12-DCC-178.

²¹⁴. Décision 12-DCC-42 du 26 mars 2012 relative à la fusion entre les coopératives Champagne Céréales et la coopérative Nouricia.

potentielle sur ces zones, l'Autorité a examiné en détail les barrières à l'entrée pour des concurrents sur les marchés de la collecte, en tenant compte de la nature des relations entre les coopératives et leurs adhérents, notamment celles définies statutairement. L'Autorité a ainsi souligné que les agriculteurs étaient généralement engagés pour une durée de cinq ans à vendre l'intégralité ou une partie significative de leur récolte à leur coopérative, ce qui était de nature à rendre difficile l'accès à ces marchés pour les concurrents. En l'espèce, elle a indiqué que les projets de statuts prévoyaient une obligation plus souple de livraison d'une quantité déterminée de produits. Toutefois, en l'absence de projet de règlement intérieur définissant précisément les règles de fonctionnement de la nouvelle entité, elle n'a pas pu exclure l'existence de barrières à l'entrée de nature statutaire sur ce marché. Elle a cependant considéré que les concurrents avaient la possibilité de développer de simples plates-formes de collecte sur le département, et que la concurrence potentielle de ces différentes entreprises suffirait à limiter le pouvoir de marché exercé par la nouvelle entité. Elle a enfin rappelé que les incitations à l'exploitation de la puissance d'achat d'une coopérative à l'égard de ses adhérents étaient plus faibles dans la mesure où la coopérative est détenue par ceux-ci. Par ailleurs, l'Autorité de la concurrence examine de manière particulièrement attentive l'ensemble des liens capitalistiques et contractuels entretenus par les coopératives notifiantes avec des tiers de nature à affecter le jeu de la concurrence sur les marchés. Cela concerne en particulier les entreprises communes créées par plusieurs coopératives – y compris lorsqu'elles ne sont pas de plein exercice – et, de manière générale, les accords d'achats ou ventes en commun pour le compte des coopératives, dans la mesure où de telles sociétés ou de tels accords peuvent modifier la pression concurrentielle exercée par les coopératives fondatrices les unes sur les autres sur un ou plusieurs marchés concernés par l'opération.

Par exemple, dans la décision 12-DCC-42, l'Autorité a constaté que les coopératives Champagne Céréales et Nouricia détiendraient à l'issue de l'opération des parts de marché importantes sur différents marchés départementaux de la distribution de produits d'agrofourniture. Elle a également relevé l'existence d'une seule coopérative concurrente en Haute-Marne, EMC2. Elle a toutefois estimé que l'existence de deux structures communes aux coopératives Champagne Céréales, Nouricia, Cohésis et EMC2 – ayant pour objet d'organiser en commun l'approvisionnement en amont des coopératives en produits d'agrofourniture auprès des fournisseurs de semences, d'engrais et de produits phytosanitaires mais également d'harmoniser l'activité de vente au détail des produits d'agrofourniture aux agriculteurs – était de nature à affaiblir la pression concurrentielle exercée par le seul opérateur alternatif, EMC2, sur la nouvelle entité. L'Autorité a donc considéré que l'opération soulevait des risques sérieux d'atteinte à la concurrence et a autorisé l'opération sous réserve d'engagements consistant essentiellement en la sortie d'EMC2 du capital des structures communes.

Analyse concurrentielle de l'opération Canal+/TPS dans la décision de l'Autorité 12-DCC-100 du 23 juillet 2012

À l'issue du nouvel examen de l'opération relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus (ci-après « GCP »), l'Autorité a constaté que la concentration avait entraîné des atteintes à la concurrence sur les marchés de l'acquisition de droits cinématographiques et sportifs ainsi que sur les marchés de l'édition et de la commercialisation de chaînes thématiques et de services de télévision payante non linéaire, aussi bien en métropole que dans les départements et régions d'outre-mer. L'Autorité a également constaté que la concentration avait entraîné des atteintes à la concurrence sur les marchés aval de distribution de services de télévision payante linéaire.

Acquisition de droits cinématographiques et édition/commercialisation de chaînes de cinéma

L'Autorité a constaté que la concentration, en éliminant la concurrence de TPS pour l'achat de films et séries américains et de films français récents, a entraîné la disparition de la quasi-totalité de la pression concurrentielle s'exerçant sur GCP. L'importance de la base d'abonnés de GCP, renforcée grâce à l'opération, a créé une barrière à l'entrée telle que la dynamique concurrentielle générée par l'entrée du groupe Orange ne s'est pas maintenue en raison des difficultés rencontrées par cette entreprise pour rentabiliser ses acquisitions. L'Autorité a également observé que, compte tenu d'un partenariat conférant désormais à GCP le contrôle conjoint d'Orange-Cinéma-Séries et de la baisse concomitante des investissements d'Orange, ce dernier n'exerçait plus de pression concurrentielle sur le marché des acquisitions de droits. L'Autorité a donc conclu que l'opération avait durablement consolidé la détention, par GCP, d'un quasi-monopsonne sur les marchés d'achat de droits cinématographiques américains et français pour une diffusion en télévision payante.

Selon l'analyse de l'Autorité, cette position extrêmement forte à l'amont a permis à GCP d'alimenter ses chaînes en contenus, à la fois premium (films américains et français de première exclusivité) et thématiques (2^e fenêtre de télévision payante). L'Autorité a ainsi constaté que du quasi-monopsonne de GCP sur les marchés de l'achat de droits découlaient, à l'issue de l'opération, son monopole dans l'édition et la commercialisation de chaînes premium ainsi que sa position dominante dans celle des chaînes cinéma. Depuis l'opération de 2006, cette situation concurrentielle n'a que très peu évolué notamment en raison de la dégradation des chaînes que GCP s'était engagé à mettre à disposition des distributeurs tiers, qui n'a pas rendu possible le développement d'une offre de bouquets attractifs concurrents des offres Canal+ et CanalSat.

Acquisition de droits sportifs et édition/commercialisation de chaînes de sport

L'Autorité a observé que GCP a conservé, depuis l'acquisition de TPS, une position prépondérante sur un grand nombre de marchés d'acquisition de droits sportifs, en particulier footballistiques. Depuis 2006, GCP n'a jamais représenté moins

de 70% du marché de l'achat des droits de la Ligue 1 en valeur. Le marché a été marqué, depuis l'opération, par l'entrée et la sortie d'Orange, qui n'a pas été en mesure de rentabiliser les droits dont le groupe s'était porté acquéreur, ainsi que par l'arrivée d'Al Jazeera en 2012, qui a réussi à obtenir 25% du marché de la Ligue 1 en valeur. De la même manière, l'Autorité a constaté que, sur le marché des droits de diffusion des championnats étrangers attractifs (championnats anglais, allemand, espagnol et italien), après avoir conservé une position extrêmement élevée, GCP a dû faire face à la concurrence d'Al Jazeera qui dispose d'une part de marché en valeur comprise entre 40% et 50%.

Les marchés des droits sportifs étant caractérisés par des investissements très élevés dans les acquisitions des droits les plus attractifs, l'enquête menée par l'Autorité a montré que l'émergence d'une concurrence pérenne sur le marché dépendait de la capacité des nouveaux opérateurs à rentabiliser leur acquisition dans la durée, notamment en trouvant des débouchés adéquats pour la distribution de leurs chaînes. Or l'acquisition de TPS a conféré à GCP la première base d'abonnés du marché, faisant de CanalSat un distributeur incontournable pour toute chaîne, en particulier celles exploitant des droits sportifs. Cette position donnait à GCP non seulement la capacité de rentabiliser ses propres acquisitions, mais également la capacité d'exercer un puissant levier d'éviction vis-à-vis de ses concurrents.

Distribution de chaînes thématiques

L'acquisition de TPS a permis à CanalSat d'augmenter significativement sa base d'abonnés et d'accroître fortement son offre de chaînes. Avec la première base d'abonnés du marché, CanalSat offre aux chaînes indépendantes de GCP une exposition qu'aucun autre opérateur n'est en mesure de leur offrir. L'Autorité a ainsi considéré que CanalSat constituait un distributeur incontournable pour les chaînes indépendantes qui se trouvent dès lors en situation de dépendance économique vis-à-vis de ce distributeur. Cette situation a permis à GCP de freiner le développement des bouquets proposés par des fournisseurs d'accès à Internet (« FAI »), en se réservant la distribution exclusive des chaînes les plus attractives. Les opérateurs Internet étaient ainsi cantonnés pour l'essentiel à un rôle de transporteur et de vendeur du bouquet dont GCP conservait la distribution.

L'Autorité a donc conclu que l'intégration par GCP de son principal concurrent dans la distribution de chaînes thématiques avait considérablement renforcé la puissance d'achat de la nouvelle entité, en plaçant les chaînes dans une relation de dépendance vis-à-vis de CanalSat. Cette dépendance est d'autant plus forte du fait de la mise en œuvre de pratiques qui ont significativement dissuadé le développement de la concurrence par les distributeurs tiers, et notamment des FAI, à la suite de l'opération. La concentration a donc durablement consolidé le pouvoir de marché détenu par GCP dans la distribution de chaînes par le biais d'effets horizontaux.

Ces effets étaient d'autant plus significatifs qu'ils se doublaient d'atteintes concurrentielles de nature verticale. En effet, l'Autorité a constaté que le renforcement des activités d'éditeur et de distributeur de GCP à l'issue de l'opération avait entraîné un double effet de verrouillage. Le premier de ces effets consistait en un verrouillage des intrants nécessaires à l'activité des distributeurs tiers. Cette stratégie de verrouillage s'appuyait sur l'étendue des exclusivités de distribution

détenues par GCP qui restreignait l'offre de chaînes attractives disponibles pour ses concurrents. Le second effet consistait en un verrouillage de l'accès à la clientèle pour les éditeurs indépendants de chaînes. En effet, étant donné l'importante base d'abonnés qu'il contrôle, GCP avait la possibilité d'amoindrir la capacité concurrentielle des chaînes en compétition avec les siennes par le biais des conditions de leur distribution (et notamment les conditions de référencement, en pack ou en option au sein de CanalSat, et les conditions de rémunération des chaînes).

Marchés de télévision payante non linéaires

L'Autorité a constaté qu'en conférant à GCP une position de quasi-monopsonne pour l'acquisition de droits de films américains et français pour une diffusion en télévision payante linéaire, la concentration avait mis GCP en mesure de freiner le développement d'offres concurrentes de vidéo à la demande à l'acte et par abonnement en procédant à des acquisitions de droits exclusifs et/ou groupés de films et de séries avec des droits en télévision payante linéaire auprès des studios et producteurs. En d'autres termes, GCP était capable, à l'issue de l'opération, d'exercer un effet de levier à partir de sa position sur les marchés des droits de diffusion payante linéaire pour priver ses concurrents des droits de diffusion non linéaire.

L'Autorité a également observé que GCP détenait les droits de diffusion non linéaire d'un très grand nombre de films français de catalogue *via* sa filiale StudioCanal. Or, pour des raisons réglementaires, ce type de films est essentiel à l'élaboration d'une offre de vidéo à la demande et de vidéo à la demande par abonnement en France. L'Autorité a ainsi conclu que la nouvelle entité était capable de limiter le développement d'offres de services de vidéo non linéaire concurrentes aux siennes, en verrouillant l'accès à une part significative des droits de films de catalogue.

Marchés aval de distribution de services de télévision payante linéaire

L'Autorité a constaté que le nombre d'abonnements aux offres de GCP est resté remarquablement stable depuis l'acquisition de TPS. Dans le même temps, les prix ont augmenté de 25 % pour l'offre « les chaînes Canal+ » et de 9 à 14 % pour les différentes formules de CanalSat entre 2007 et 2011.

L'Autorité a ainsi conclu que l'opération a produit des effets horizontaux significatifs sur le marché aval des services de télévision payante. Elle a par ailleurs observé que ces effets étaient intimement liés aux effets horizontaux et verticaux de l'opération concernant les marchés de l'édition et de la commercialisation de chaînes ainsi que la distribution de chaînes thématiques, dans la mesure où les effets de l'opération entravaient le développement de la concurrence à l'aval.

Marchés des départements et régions d'outre-mer (« DROM »)

L'Autorité a constaté que GCP détenait des parts de marché particulièrement élevées dans les DROM. Elle a observé que la dominance de la nouvelle entité dans les départements et régions d'outre-mer était renforcée par le manque de chaînes à la disposition des distributeurs concurrents de GCP, tant premium que thématiques. L'Autorité a en effet relevé que le nombre des chaînes distribuées en exclusivité par CanalSat était plus étendu outre-mer qu'il ne l'était en métropole, ce qui réduisait encore la capacité des concurrents à composer des bouquets attractifs.

Les concentrations verticales

Une concentration verticale peut restreindre la concurrence en rendant plus difficile l'accès aux marchés sur lesquels la nouvelle entité sera active, voire en évinçant potentiellement les concurrents ou en les pénalisant par une augmentation de leurs coûts. Cette stratégie de verrouillage peut concerner les marchés amont lorsque la branche aval de l'entreprise intégrée refuse d'acheter les produits des fabricants actifs en amont et réduit ainsi leurs débouchés commerciaux. Ce verrouillage peut également viser les marchés aval, lorsque l'entreprise intégrée refuse de vendre un intrant à ses concurrents en aval.

Décision 12-DCC-154 du 7 novembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs de la société SeaFrance par la société Groupe Eurotunnel

À l'occasion du rachat par le Groupe Eurotunnel (ci-après « Eurotunnel ») de trois navires de la société SeaFrance et d'autres éléments d'actifs nécessaires à l'exploitation de ces derniers, l'Autorité de la concurrence a eu l'occasion d'évaluer la probabilité de la mise en œuvre par Eurotunnel d'une stratégie de verrouillage restreignant l'accès de ses concurrents aux infrastructures du port de Calais.

Le Groupe Eurotunnel est présent sur les marchés du transport transmanche courte distance de passagers et de fret entre l'Europe continentale et le Royaume-Uni, puisqu'il exploite un service de navettes empruntant le tunnel sous la Manche (« le Shuttle »), substituable aux services de transport transmanche courte distance, par navires, de passagers et de fret. Par ailleurs, Eurotunnel est présent dans le secteur de la gestion déléguée d'infrastructures portuaires *via* sa filiale Europorte. Au jour de la notification de l'opération, Eurotunnel avait effectué les démarches nécessaires pour pouvoir éventuellement être retenu comme concessionnaire de la gestion des ports de Calais et de Boulogne, au terme d'un appel d'offres lancé par le conseil régional de la région Nord-Pas-de-Calais.

L'Autorité de la concurrence a constaté que, par l'opération notifiée, relative à l'achat par Eurotunnel de trois navires utilisés pour le transport de passagers et de fret sur la liaison transmanche de courte distance au départ de Calais, Eurotunnel renforçait son intégration verticale.

L'Autorité de la concurrence a pris en considération différents éléments établissant de manière étroitement liée, en premier lieu, la capacité d'Eurotunnel à mettre en œuvre une stratégie de verrouillage, en deuxième lieu, l'existence d'incitations suffisantes à la mise en œuvre de cette stratégie et, en dernier lieu, l'existence d'effets significatifs de cette stratégie sur les marchés en cause. Ainsi, l'Autorité de la concurrence a en particulier relevé que, bien qu'Eurotunnel n'eût pas encore déposé formellement de dossier de candidature pour la concession de la gestion du port de Calais, l'hypothèse selon laquelle Eurotunnel obtiendrait cette concession, étayée notamment par l'existence de démarches effectuées par Eurotunnel en ce sens, devait être prise en compte dans l'instruction du dossier de notification. Par ailleurs, l'Autorité a constaté que le port de Calais était essentiel pour

l'activité de P & O et DFDS/LD Lines, les deux concurrents de SeaFrance sur les marchés de transport de passagers et de fret sur la liaison transmanche courte distance. Enfin, l'Autorité de la concurrence a considéré que, du fait de l'étendue des missions incombant au concessionnaire gérant les ports de Boulogne-sur-Mer et Calais, et du fait de l'accès dudit concessionnaire à des informations stratégiques concernant les opérateurs de ferries, Eurotunnel pourrait, s'il était retenu comme concessionnaire du port de Calais, influencer significativement sur la capacité concurrentielle de ses concurrents en leur imposant des conditions d'accès discriminatoires.

Par conséquent, à l'issue de l'opération, Eurotunnel s'est engagé, dans l'hypothèse où il serait retenu comme concessionnaire du port de Calais, à proposer à l'ensemble des utilisateurs d'infrastructures portuaires des conditions d'accès transparentes et non discriminatoires (voir *infra*, les autorisations sous réserve de la mise en œuvre d'engagements).

Décision 12-DCC-123 du 27 août 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des activités françaises du groupe LVL Médical par la société Air liquide Santé international

L'opération contrôlée consistait en l'acquisition du contrôle du groupe LVL Médical, présent sur les marchés de la fourniture de prestations de services de santé à domicile, par le groupe Air Liquide, présent également sur ces marchés, mais également, en tant qu'offreur, sur les marchés amont de la fourniture d'oxygène médical et de la fourniture de matériel médical (en particulier de matériel d'oxygénothérapie, de matériel de ventilation assistée et de matériel de traitement du syndrome de l'apnée du sommeil).

Dans sa décision **12-DCC-123**, l'Autorité de la concurrence a eu l'occasion d'évaluer dans quelle mesure l'opération était susceptible de porter atteinte à la concurrence par le biais d'effets verticaux liés à la fourniture d'oxygène, voire à la fourniture de matériel médical.

L'Autorité de la concurrence a écarté tout risque d'effets verticaux liés à la fourniture d'oxygène médical, par une limitation de l'accès des prestataires de services de santé à domicile (ci-après « PSSD ») à l'intrant que constitue l'oxygène médical, ou par une forclusion de l'accès des producteurs d'oxygène médical à la clientèle des PSSD. Elle a en effet tout d'abord constaté qu'Air liquide ne disposerait pas de la capacité de mettre en œuvre une stratégie de verrouillage par les intrants dans la mesure où il n'était que le deuxième fournisseur sur le marché de la fourniture d'oxygène aux PSSD, et qu'il réalisait l'essentiel de ses ventes d'oxygène médical avec des entreprises du groupe Air liquide. De plus, ses principaux concurrents – dont Linde qui détenait une part de marché supérieure à 50 % sur le marché de la fourniture d'oxygène aux PSSD – étaient en mesure d'augmenter substantiellement et rapidement leur production. L'Autorité a ensuite considéré que les parties n'étaient pas non plus en mesure de mettre en œuvre une stratégie de verrouillage de l'accès des fournisseurs d'oxygène médical à la clientèle des

PSSD, du fait du faible pourcentage représenté par LVL Médical dans le total des approvisionnements des PSSD en oxygène médical.

S'agissant des effets verticaux liés à la fourniture de matériel médical, l'Autorité de la concurrence a considéré que l'opération n'était pas de nature à restreindre ni l'accès des PSSD au matériel médical respiratoire, ni l'accès des producteurs de ces différents types de matériel à la clientèle des PSSD. L'Autorité a en effet pris en considération la faible part de marché du groupe Air liquide sur les marchés français de fourniture de matériel médical où il est présent (en particulier sur les marchés de la fourniture de matériel de ventilation assistée et de la fourniture de matériel de traitement de l'apnée du sommeil), ainsi que la présence sur ces marchés de nombreux concurrents internationaux de grande taille.

Les concentrations conglomerates

L'Autorité apprécie le risque d'atteinte à la concurrence par le biais d'effets conglomerates à l'issue de l'opération. Ces effets sont susceptibles de prendre place lorsque la présence simultanée d'une entreprise sur des marchés présentant des liens de connexité autres que verticaux lui permet de s'appuyer sur la position qu'elle occupe sur l'un de ces marchés pour évincer ou affaiblir la position de ses concurrents sur l'autre marché.

Décision 12-DCC-154 du 7 novembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs de la société SeaFrance par la société Groupe Eurotunnel

Lors du rachat par le Groupe Eurotunnel (ci-après « Eurotunnel ») de trois navires de la société SeaFrance et d'autres éléments d'actifs nécessaires à l'exploitation de ces derniers, exploités par My Ferry Link (ci-après « MFL ») à l'issue de l'opération, l'Autorité de la concurrence a eu l'occasion d'évaluer, outre les effets verticaux induits par cette opération (voir *supra* la partie relative aux concentrations verticales), dans quelle mesure l'opération serait susceptible de porter atteinte à la concurrence par le biais d'effets conglomerates.

Pour ce faire, l'Autorité de la concurrence s'est attachée à examiner si Eurotunnel serait en mesure, à l'issue de l'opération, de mettre en œuvre une stratégie de verrouillage en utilisant sa forte position sur le marché du transport de passagers et de fret sur la liaison transmanche courte distance. Cette stratégie de verrouillage pouvait notamment être envisagée si Eurotunnel était en mesure d'utiliser comme levier sa forte position sur les marchés concernés, renforcée par l'opération du fait de l'extension de ses activités de transporteur ferroviaire aux activités de transport maritime. La mise en œuvre de ce levier pouvait prendre la forme d'offres groupant les deux modes de transport (ferry et train), de façon à favoriser le recours aux services de My Ferry Link, plutôt qu'à ceux des transporteurs maritimes concurrents.

L'Autorité de la concurrence a d'emblée écarté l'existence de risques d'atteinte à la concurrence par le biais d'effets conglomerates sur le marché du transport de passagers parce qu'il n'existe pas de demande émanant des passagers individuels

concernant l'achat d'un billet aller-retour combinant transport maritime sur un trajet et transport ferroviaire pour l'autre trajet, et que les tours opérateurs éventuellement intéressés par des achats groupant les deux types de transport ne représentent qu'une proportion marginale du chiffre d'affaires passagers d'Eurotunnel.

En revanche, s'agissant du marché du transport de fret, l'Autorité a constaté qu'il existait une demande émanant de clients intéressés par l'achat groupé de traversées ferroviaires et de traversées maritimes, que les services offerts par la navette ferroviaire étaient considérés par de nombreux clients comme difficilement contournables (temps de trajets plus courts et fréquences plus importantes notamment).

L'Autorité a en outre constaté qu'il existait une incitation pour Eurotunnel à mettre en œuvre une telle stratégie de verrouillage. En effet, les offres groupant transport ferroviaire et transport maritime de fret par Eurotunnel à ses clients, incluant des avantages tarifaires ou non tarifaires, seraient plus rentables qu'une baisse uniforme de ses tarifs, car leur coût serait en partie compensé par l'augmentation des ventes de services par MFL.

Enfin, l'Autorité de la concurrence a considéré que des offres liant ou groupant les services de la navette ferroviaire et ceux de transport maritime du groupe Eurotunnel étaient susceptibles de porter atteinte de manière significative à la concurrence, dans la mesure où les opérateurs concurrents (P&O et DFDS/LD Lines) ne seraient pas en mesure de répliquer ces offres groupant train et ferry et devraient, pour compenser l'avantage tarifaire résultant de ces offres groupées pour les transporteurs, consentir des baisses de tarifs nettement plus élevées. De plus, des barrières à l'entrée conséquentes ont été identifiées (nécessité pour un opérateur d'offrir un nombre minimal de traversées, niveaux des coûts, surcapacités globales existant sur la route Calais-Douvres) et le renforcement de la position d'Eurotunnel sur le marché du transport de fret sur la liaison transmanche courte distance a été considérée comme un facteur pouvant entraîner une réduction de la capacité ou de la motivation des concurrents existants ou potentiels.

Décision 12-DCC-20 relative à la prise de contrôle d'Enerest par Électricité de Strasbourg

L'opération contrôlée consistait en l'acquisition par Électricité de Strasbourg (ci-après « ES »), fournisseur historique d'électricité dans la région de Strasbourg, seul habilité à fournir de l'électricité à des tarifs réglementés dans sa zone de desserte, d'Enerest, fournisseur historique de gaz dans la région de Strasbourg, seul habilité à fournir du gaz à des tarifs réglementés dans sa zone de desserte.

Ainsi, l'opération permettait à ES de disposer des monopoles légaux de la fourniture d'électricité et de gaz aux tarifs réglementés tout en disposant de la capacité de distribuer de l'électricité et du gaz en offre de marché dans la zone de chevauchement des activités des parties, c'est-à-dire dans l'agglomération de Strasbourg. L'opération aurait ainsi permis à ES d'être le seul opérateur à pouvoir proposer des offres comportant à la fois de l'électricité et du gaz (« offres duales »), combinant des tarifs réglementés pour les deux types d'énergie, ou un tarif réglementé pour

l'une des énergies et un prix libre, aux conditions de marché, pour l'autre énergie. L'Autorité de la concurrence a examiné dans quelle mesure cet avantage créait un risque d'atteinte à la concurrence par le biais d'effets congloméraux.

L'Autorité de la concurrence a considéré que cet avantage fournissait à ES la capacité d'évincer ses concurrents, et l'incitait à le faire. En effet, les offres duales étaient susceptibles d'intéresser une frange importante des clients des marchés concernés par l'opération (plus d'un tiers d'entre eux consomment du gaz et de l'électricité). Elles constituent un levier de développement très significatif pour les fournisseurs de gaz et d'électricité sur le segment des clients résidentiels et des petits professionnels. Par ailleurs, l'Autorité a relevé qu'ES serait en mesure, à l'issue de l'opération, de commercialiser des offres duales non répliquables par ses concurrents (offres duales incluant la fourniture de gaz et d'électricité au tarif réglementé pour au moins l'une des deux énergies). Or, cet avantage, combiné à la faible mobilité des consommateurs, à la force de l'image de marque des opérateurs historiques, à l'attachement des clients aux tarifs réglementés et à la valeur accordée aux offres duales a été considéré comme permettant à ES de réduire l'incitation de ses clients à changer de fournisseur. En outre, l'Autorité a relevé que la capacité et les incitations d'ES à mettre en œuvre une telle stratégie d'éviction seraient accrues du fait qu'à l'issue de l'opération, ES aurait eu accès à des informations détaillées sur les niveaux et les modes de consommation de la quasi-totalité des clients de la zone de chevauchement des dessertes historiques d'ES et Enerest.

S'agissant des effets sur la concurrence de cette stratégie d'éviction, l'Autorité de la concurrence a rappelé que le fait de lier dans une offre unique la fourniture d'une énergie au tarif réglementé à la fourniture d'une autre énergie, au tarif de marché ou à un tarif réglementé, constituait une barrière à l'entrée sur le marché. Celle-ci a été jugée d'autant plus significative que la fourniture d'offres duales constitue le principal levier d'entrée sur les marchés de l'électricité pour des fournisseurs de gaz.

Au vu des risques d'atteinte à la concurrence par le biais des effets congloméraux précités, l'opération n'a pu être autorisée que sous réserve d'engagements pris par les parties, consistant pour ES à ne pas proposer d'offre duale portant sur la fourniture de deux énergies, dont l'une au moins au tarif réglementé, et à constituer une base de données qui sera accessible aux fournisseurs alternatifs d'électricité et de gaz, contenant les informations qui permettent l'élaboration d'offres commerciales adaptées aux besoins spécifiques des clients.

Décision 12-DCC-101 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédia par Vivendi et Groupe Canal Plus

Dans le cadre du contrôle de l'opération relative à l'acquisition par Groupe Canal Plus (ci-après «GCP»), principal acteur de la télévision payante en France, des chaînes Direct 8 et Direct Star, chaînes gratuites, l'Autorité de la concurrence a considéré que des effets congloméraux étaient susceptibles de porter atteinte à la concurrence. Elle a en effet constaté qu'à l'issue de l'opération, GCP, principal acheteur de droits cinématographiques en première et en deuxième fenêtre de

diffusion en télévision payante sur le territoire français, aurait la capacité, et serait incité à mettre en œuvre une stratégie de verrouillage avec effet de levier à l'encontre des concurrents de Direct 8 et de Direct Star, cette stratégie étant susceptible de porter atteinte de manière significative à la concurrence sur le marché des achats de droits de films et de séries en vue d'une diffusion sur des chaînes gratuites.

La capacité de GCP à mettre en œuvre un effet de levier sur les marchés d'achat de droits de diffusion de films et de séries américaines, d'une part, et de films français, d'autre part

S'agissant tout d'abord des productions américaines, les droits les plus attractifs pour la télévision gratuite sont les films et les séries. Une large majorité de ces droits est commercialisée par un nombre restreint de studios (dits « majors ») par l'intermédiaire d'accords-cadres et pluriannuels (ou « *output deals* ») qui garantissent à l'acheteur le premier choix, voire l'exclusivité de la production d'un studio. Compte tenu du fait que GCP constitue, de loin, le principal acheteur de droits de diffusion de films et de séries américaines en première et deuxième fenêtre de diffusion sur la télévision payante, l'Autorité de la concurrence a considéré qu'il disposait de la capacité, notamment par le biais de contrats-cadres qui pourraient prévoir des ventes couplées (télévision payante et télévision en clair), de préempter les droits de diffusion les plus attractifs pour une diffusion en clair sur Direct 8 et Direct Star. GCP disposerait donc de la capacité d'utiliser sa position sur le marché de l'acquisition de droits pour la télévision payante pour l'utiliser comme levier sur les marchés de l'acquisition de droits de diffusion de films et de séries américains sur la télévision gratuite.

L'Autorité de la concurrence a considéré qu'un effet de levier pouvait également être mis en œuvre entre les marchés de préachat de droits de diffusion de films français pour la télévision payante, d'une part, et les marchés de préachat de droits de diffusion pour la télévision gratuite, d'autre part. En effet GCP, tenu à des obligations légales d'investissement, constitue quasiment le seul acheteur de droits de diffusion de films français pour les deux premières fenêtres de diffusion sur la télévision payante et fait face à de nombreux producteurs très atomisés, dont il couvre une grande part des besoins de financement. GCP se trouve donc en mesure d'imposer auxdits producteurs l'achat groupé des fenêtres de diffusion payante et gratuite de films français.

Les incitations à mettre en œuvre de tels effets de levier

L'Autorité de la concurrence a relevé que, d'après les déclarations mêmes des dirigeants de GCP, et du fait de l'absence d'alternative crédible à GCP pour la diffusion de contenu en télévision payante, la mise en œuvre de tels effets de levier constituait l'objet même de l'opération. GCP a confirmé qu'elle souhaitait, par la signature de gros contrats-cadres relatifs aux films et séries américains, et par des achats couplés ou liés conclus avec des producteurs de films français, exploiter les mêmes contenus, tant sur des fenêtres de diffusion payante que sur des fenêtres de diffusion en clair.

L'impact concurrentiel de tels effets de levier

L'équilibre financier des chaînes gratuites dépend de leur capacité à générer de l'audience au moyen de contenus attractifs. Pour assurer leur financement, les chaînes gratuites doivent en effet réaliser de l'audience, donc attirer le plus de spectateurs possible, ce qui conditionne leur capacité à commercialiser des espaces publicitaires. Le prix des spots publicitaires est d'autant plus élevé que les programmes au cours desquels ils sont diffusés génèrent de l'audience, et il est même croissant à la marge en fonction de l'audience desdits programmes.

Or les programmes qui étaient susceptibles de faire l'objet d'un effet de levier de la part de GCP à l'issue de l'opération (films et séries américains, et films français) constituent des programmes incontournables pour les chaînes en clair généralistes, qui réalisent leurs meilleures audiences et assurent leur rentabilité en diffusant ces derniers. De plus les films ou les séries réellement attractifs sont rares.

Au vu de ces éléments, l'Autorité de la concurrence a considéré que la préemption par GCP de la diffusion pour la télévision gratuite de films et séries américains, ou de films français, restreindrait de manière significative la capacité des autres chaînes gratuites à animer la concurrence, sans que les gains d'efficacité attendus de l'opération permettent d'en compenser les effets.

Afin de remédier à ces effets congloméraux, les parties se sont engagées à ne signer d'« *output deals* » cumulant l'achat de droits gratuits et payants de diffusion télévisuelle qu'avec un seul studio américain sur les six majors auxquels GCP achète aujourd'hui des droits. Pour les films français inédits, les parties se sont engagées à ne pas acquérir au cours d'une même année calendaire les droits de diffusion relatifs à une diffusion sur la télévision payante et gratuite d'un même film pour plus de vingt œuvres cinématographiques et à consacrer la majorité de leurs investissements aux films de moyen budget, sans pouvoir préempter les droits d'un nombre important de films à gros budget.

L'exception de l'entreprise défaillante

La jurisprudence prévoit que, dans certains cas exceptionnels de reprise par une entreprise de l'un de ses concurrents, appelé à disparaître en raison de difficultés financières, l'Autorité de la concurrence peut autoriser l'opération malgré l'atteinte à la concurrence qu'elle engendre (« exception d'entreprise défaillante »). Plus précisément, trois conditions cumulatives doivent être remplies pour pouvoir justifier du recours à cette exception²¹⁵ : en premier lieu, les difficultés entraîneraient la disparition de la société en l'absence de reprise ; en deuxième lieu, il n'existe pas d'offre de reprise moins dommageable pour la concurrence, portant sur la totalité ou une partie substantielle de l'entreprise ; et en troisième lieu, la disparition de la société en difficulté ne serait pas moins dommageable pour les consommateurs que la reprise projetée.

²¹⁵. Voir CE, 6 février 2004, Société Royal Philips Electronic & autres.

Dans la décision **12-DCC-154** du 7 novembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs de la société SeaFrance par la société Groupe Eurotunnel, l'opération s'inscrivait dans un contexte particulier : SeaFrance avait cessé toute activité en novembre 2011 et l'acquéreur ne s'engageait à reprendre qu'une partie seulement des actifs antérieurement exploités par SeaFrance. Une dérogation à l'effet suspensif avait été accordée à Eurotunnel pour la réalisation de l'opération, et le jugement du 11 juin 2012 du tribunal de commerce de Paris avait désigné Eurotunnel comme le reprenneur des actifs SeaFrance. Cependant, l'Autorité a estimé que la deuxième condition n'était pas remplie, dans la mesure où une offre de reprise alternative portant sur une partie substantielle de l'entreprise avait été présentée par la société DFDS au tribunal de commerce chargé de statuer sur la liquidation judiciaire avec poursuite d'activités de SeaFrance.

Les mesures correctives

Lorsqu'une opération de concentration est de nature à créer des effets anticoncurrentiels qui ne peuvent être compensés par un apport suffisant au progrès économique et que l'argument de l'entreprise défaillante ne peut être retenu, l'Autorité ne peut autoriser l'opération que si elle est accompagnée de mesures correctives permettant de remédier aux atteintes à la concurrence identifiées²¹⁶.

Ces mesures peuvent soit être proposées par les parties en application de l'article L. 430-5, II du Code de commerce en phase I ou de l'article L. 430-7, II dudit Code en phase II, soit être imposées par l'Autorité en application de l'article L. 430-7, III du Code précité.

Les mesures proposées par les parties doivent permettre, une fois mises en œuvre, de mettre un terme aux problèmes concurrentiels recensés. À ce titre, l'Autorité vérifie, tout en veillant à la neutralité et à la proportionnalité des mesures correctives, que les engagements remédient effectivement aux problèmes concurrentiels identifiés, et que leur mise en œuvre sera rapide et certaine. Elle s'assure également qu'il sera possible de contrôler le respect de ces mesures.

En 2012, l'Autorité a autorisé dix opérations sous réserve de la mise en œuvre d'engagements déposés par les parties²¹⁷ et une opération sous réserve du respect d'injonctions imposées par l'Autorité²¹⁸. Les mesures correctives prévues sont

216. Voir § 521 et suivants des lignes directrices.

217. Décision 12-DCC-20 du 7 février 2012 relative à la prise de contrôle exclusif d'Enerest par Électricité de Strasbourg; décision 12-DCC-41 du 23 mars 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Brossette par la société Point P; décision 12-DCC-42 relative à la fusion entre la coopérative Champagne Céréales et la coopérative Nourcia; décision 12-DCC-48 du 6 avril 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Sofides par la société ITM Entreprises; décision 12-DCC-59 du 4 mai 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Socolam, Somacom et René Lancry (actifs du Groupe Lancry) par la société Socohold (Groupe Parfait); décision 12-DCC-57 du 4 mai 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Tilguet, Ludivan et Vanlube par la société ITM Alimentaire Nord; décision 12-DCC-58 du 4 mai 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Financière RSV par la société ITM Alimentaire Nord; décision 12-DCC-101 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermedia par Vivendi et Groupe Canal Plus; décision 12-DCC-129 du 5 septembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Keolis par la société SNCF Participations; décision 12-DCC-154 du 7 novembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs de la société SeaFrance par la société Groupe Eurotunnel.

218. Décision 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus.

pour la plupart destinées à agir sur la structure des marchés concernés. Des engagements ou injonctions visant à contraindre le comportement futur des entreprises concernées complètent ces engagements structurels, ou sont prévus à titre principal lorsque aucune mesure structurelle ne s'avère proportionnée aux risques d'atteinte à la concurrence identifiés.

Les autorisations sous réserve de la mise en œuvre d'engagements

Électricité de Strasbourg/Enerest

Dans la décision **12-DCC-20** relative à la prise de contrôle exclusif d'Enerest par Électricité de Strasbourg, l'Autorité a constaté qu'à l'issue de l'opération Électricité de Strasbourg détiendrait simultanément les monopoles légaux de la fourniture de l'électricité et du gaz aux tarifs réglementés dans ses zones de desserte lui permettant de proposer des offres comportant à la fois de l'électricité et du gaz (« offres duales »), combinant deux tarifs réglementés (pour les deux énergies) ou un tarif réglementé pour l'une des énergies et un prix libre, aux conditions du marché, pour l'autre. L'Autorité a estimé que l'opération soulevait un risque d'entrave à la concurrence dans la mesure où, d'une part, de telles offres ne sont pas répliquables par les fournisseurs alternatifs (qui par définition ne sont pas en mesure de proposer d'offre au tarif réglementé) et, d'autre part, certaines de ces offres, notamment les offres duales aux conditions du marché libre, constituent un axe de développement stratégique pour les fournisseurs alternatifs. De plus, l'opération aurait permis à Électricité de Strasbourg d'exploiter les informations sur la consommation de ses clients, dont elle dispose en tant que fournisseur historique, pour leur proposer des offres adaptées que ses concurrents n'auraient pu répliquer qu'en engageant des coûts supplémentaires significatifs d'approche commerciale.

Afin de remédier aux risques d'atteinte à la concurrence identifiés, Électricité de Strasbourg s'est engagé à ne pas mettre en œuvre d'offres portant sur deux énergies (électricité et gaz) et comportant au moins une composante au tarif réglementé. Électricité de Strasbourg s'est également engagé à constituer une base de données, qui sera accessible aux fournisseurs alternatifs d'électricité et de gaz, contenant les informations permettant l'élaboration d'offres commerciales adaptées aux besoins spécifiques des clients.

Point P/Brossette

Dans la décision **12-DCC-41** relative à la prise de contrôle exclusif de la société Brossette par la société Point P, l'Autorité a estimé que l'opération risquait de renforcer significativement la présence du groupe Point P sur les marchés du négoce spécialisé en produits de sanitaire, chauffage et climatisation sur plusieurs zones de chalandise situées dans les régions Bretagne, Pays de la Loire, Aquitaine, Centre, Basse-Normandie et dans l'ouest de la région parisienne. En effet, sur ces zones, la nouvelle entité aurait détenu de fortes parts de marché, sans que les concurrents présents soient en mesure d'y exercer une pression concurrentielle suffisante.

Afin de remédier aux risques d'atteinte à la concurrence identifiés, le groupe Point P s'est engagé à céder 22 points de vente situés dans les villes de Prix-lès-Mézières (Ardennes), Touques (Calvados), Saint-Amand-Montrond (Cher), Vierzon (Cher), Taden (Côtes-d'Armor), Carsac (Dordogne), Vernon (Eure), Saint-Gaudens (Haute-Garonne), Gaillan-en-Médoc (Gironde), Libourne (Gironde), Saint-Malo (Ille-et-Vilaine), Mont-de-Marsan (Landes), Romorantin-Lanthenay (Loir-et-Cher), Sainte-Marie (Loire-Atlantique), Saumur (Maine-et-Loire), Flers (Orne), Houilles (Yvelines), Coignières (Yvelines), Versailles (Yvelines), Saint-Germain-en-Laye (Yvelines), Les Sables-d'Olonne (Vendée) et Poitiers (Vienne).

Champagne Céréales/Nouricia

Dans la décision **12-DCC-42** relative à la fusion entre la coopérative Champagne Céréales et la coopérative Nouricia, l'Autorité a estimé que l'opération conduisait à renforcer significativement la position de Champagne Céréales sur les marchés de la distribution de produits d'agrofourriture pour cultures sur la moitié nord du département de la Haute-Marne, le seul concurrent subsistant sur cette zone, le groupe coopératif EMC2, étant par ailleurs en relation, sur ces mêmes marchés, avec Champagne Céréales au sein d'une union de coopératives, Sévéal Union.

Les parties ayant fait valoir que EMC2 avait manifesté le projet de quitter Sévéal Union, elles se sont engagées à ne pas s'opposer à ce départ.

ITM Entreprises/Sofides

Dans la décision **12-DCC-48** relative à la prise de contrôle exclusif par la société ITM Entreprises de la société Sofides, exploitant vingt points de vente à dominante alimentaire sous enseigne Carrefour, Carrefour Market, Champion ou ED dans le sud-ouest de la France, l'Autorité a constaté que, dans les zones de chalandise de Céret (66), Mauléon (64), Vic-Fezensac (32), Creysse (24) et Fleurance (32), l'opération conférerait au groupe Intermarché des parts de marché très importantes et réduisait trop fortement le nombre d'enseignes présentes, engendrant un risque d'augmentation des prix des produits de grande consommation, risque renforcé par l'existence d'obstacles importants à l'ouverture de nouvelles surfaces de vente.

Afin de remédier aux risques d'atteinte à la concurrence identifiés, le groupe Intermarché s'est engagé à céder cinq points de vente, dont deux hypermarchés aux enseignes Carrefour Market à Fleurance et Intermarché à Bergerac et trois supermarchés aux enseignes Carrefour Market à Mauléon et Céret et Champion à Vic-Fezensac.

Socohold (Groupe Parfait)/Actifs du Groupe Lancy

Dans la décision **12-DCC-59** relative à la prise de contrôle exclusif par la société Socohold (Groupe Parfait) des sociétés Socolam, Somacom et René Lancy (actifs du Groupe Lancy), détenant notamment deux hypermarchés, exploités sous enseigne Leclerc, au Lamentin (Martinique), l'Autorité a estimé que l'opération risquait de renforcer de façon significative la position du groupe Parfait sur le

segment de marché des hypermarchés sur la zone de chalandise incluant Fort-de-France, Le Lamentin, Schoelcher, Ducos et Le Robert. Le groupe Parfait aurait détenu en effet de fortes parts de marché avec quatre hypermarchés sur neuf, les deux concurrents restants détenant respectivement trois et deux hypermarchés. L'Autorité a considéré que cette situation risquait d'engendrer une diminution de la diversité de l'offre et une baisse de la pression concurrentielle sur les prix.

Afin de remédier aux problèmes de concurrence soulevés, le groupe Parfait s'est engagé à réduire le format d'un des hypermarchés pour en modifier le positionnement concurrentiel et l'adapter à une demande de proximité.

ITM Alimentaire Nord/Tilguit, Ludivan, Vanlube et Financière RSV

Dans les décisions **12-DCC-57** et **12-DCC-58** relatives à l'acquisition par le groupe Intermarché de plusieurs sociétés indépendantes exploitant des hypermarchés sous enseigne Intermarché à Beauvais et dans les environs, l'Autorité a constaté que l'enseigne Intermarché détenait des parts de marché élevées sur la zone de Beauvais et n'était confrontée à la concurrence que de deux autres enseignes s'agissant du point de vente de Goincourt, et de trois enseignes s'agissant des points de vente de Beauvais nord et Beauvais sud. L'Autorité a estimé qu'en dépit de l'absence de changement d'enseigne les hypermarchés concernés étant déjà liés au groupe Intermarché par un contrat d'enseigne, l'opération faisait disparaître toute perspective de mobilité inter-réseau de ces magasins indépendants et figeait une situation concurrentielle peu satisfaisante.

Afin de remédier aux problèmes de concurrence soulevés, le groupe Intermarché s'est engagé à céder à une enseigne concurrente l'hypermarché de Beauvais nord ou, à défaut, celui de Beauvais sud.

Groupe Canal Plus/Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédia

Dans la décision **12-DCC-101** relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédia par Vivendi et Groupe Canal Plus («GCP»), l'Autorité a estimé, après un examen approfondi en application de l'article L. 430-6 du Code de commerce, que l'opération était susceptible de porter atteinte à la concurrence, notamment en matière d'acquisitions de droits.

L'Autorité a identifié un risque de préemption des droits de diffusion en clair des films et séries inédits américains et français les plus attractifs. L'Autorité a constaté que GCP était le principal acheteur de droits cinématographiques pour une diffusion en 1^{re} et 2^e fenêtre de télévision payante sur le territoire français et qu'il pourrait s'appuyer sur cette position afin de préempter les droits de diffusion les plus attractifs pour une diffusion sur Direct 8 ou Direct Star, entraînant une dégradation de l'offre globale au détriment, *in fine*, du téléspectateur.

Afin de remédier aux risques d'atteinte à la concurrence identifiés, les parties se sont engagées, s'agissant des productions américaines, à ne pas conclure simultanément

un contrat-cadre portant sur les droits payants et un contrat-cadre portant sur les droits gratuits avec plus d'un seul studio américain sur les six majors (Universal, Paramount, Warner, Sony, Fox, Disney), auxquels GCP achète aujourd'hui des droits. S'agissant des films français inédits, elles se sont de même engagées à limiter leurs achats de droits de diffusion payante et en clair d'un même film à hauteur de vingt œuvres cinématographiques et à consacrer la majorité de leurs investissements aux films de moyen budget (films « du milieu »), sans pouvoir préempter les droits d'un nombre important de films à gros budget (au maximum deux films d'un devis de plus de 15 millions d'euros, trois d'un devis compris entre 10 et 15 millions d'euros et cinq films d'un devis compris entre 7 et 10 millions d'euros).

Les parties se sont également engagées à négocier par le biais d'équipes spécifiques les droits de diffusion en clair des films français et américains et des séries américaines récents, de manière séparée et autonome des activités de télévision payante de GCP. Ces équipes relèveront d'une société distincte pour l'acquisition de droits de diffusion pour la télévision gratuite. GCP ne pratiquera aucune forme de couplage, de subordination, d'avantage ou de contrepartie entre les acquisitions de droits de diffusion en clair et les acquisitions de droits de diffusion en télévision payante.

L'Autorité a également identifié un risque de verrouillage de l'accès des chaînes gratuites, particulièrement des nouvelles chaînes de la TNT, aux films de catalogue français de Studio Canal. L'Autorité a constaté que GCP, par l'intermédiaire de sa filiale StudioCanal, détenait le premier portefeuille de droits et qu'il avait donc la capacité de priver les chaînes gratuites de l'accès à une part importante des droits qui sont essentiels pour elles. L'Autorité a estimé que l'opération pourrait inciter GCP à mettre en place une stratégie de verrouillage afin de protéger ses propres chaînes gratuites de la concurrence.

Afin de remédier aux risques d'atteinte à la concurrence identifiés, les parties se sont engagées à limiter les acquisitions réalisées par Direct 8 et Direct Star auprès de StudioCanal au niveau constaté avant l'opération, à limiter à six mois la durée des cessions de droits, ainsi qu'à ne pas accorder à ces chaînes des conditions préférentielles par rapport aux chaînes gratuites concurrentes.

Enfin, l'Autorité a identifié un risque de préemption des droits de diffusion des manifestations sportives d'importance majeure au bénéfice de Direct 8 et Direct Star dans la mesure où ceux-ci sont acquis avec les droits de diffusion pour la télévision payante et revendus aux télévisions gratuites. L'Autorité a constaté que GCP pouvait acquérir, ou détenait déjà, des droits de diffusion de compétitions sportives d'importance majeure, qu'il devait, en vertu des textes, céder à des chaînes gratuites afin de leur permettre de les diffuser à l'ensemble du public. L'Autorité a estimé que l'opération permettait à GCP de réserver à ses propres chaînes en clair la diffusion des droits d'importance majeure qu'il détient.

Afin de remédier aux risques d'atteinte à la concurrence identifiés, les parties se sont engagées à céder, pour une diffusion en clair, les droits de diffusion d'événements sportifs majeurs qu'elles auraient acquis.

L'ensemble de ces engagements est pris par les parties pour une durée de cinq ans.

SNCF Participations/Keolis

Dans la décision **12-DCC-129**, l'Autorité a analysé les conséquences découlant du passage d'un contrôle conjoint de la société SNCF Participations sur Keolis à un contrôle exclusif. L'Autorité a considéré que les engagements pris dans la décision 10-DCC-02 relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Keolis et Effia par les sociétés SNCF Participations et Caisse de dépôt et placement du Québec en 2010 restaient d'actualité à l'occasion de la prise de contrôle exclusif de Keolis par la SNCF en 2012²¹⁹. En effet, l'Autorité a estimé que les différents marchés concernés n'ont pas connu de changements structurels majeurs et que les positions des parties et de leurs principaux concurrents n'ont pas sensiblement évolué.

La SNCF a donc réitéré les engagements souscrits en 2010 et s'est engagée à poursuivre leur mise en œuvre dans toutes leurs dispositions et aux mêmes conditions.

Eurotunnel/SeaFrance

Dans la décision **12-DCC-154**, l'Autorité a analysé les conséquences de l'acquisition par la société Groupe Eurotunnel d'actifs de la société SeaFrance. Ces actifs, constitués notamment de trois navires (le *Nord-Pas-de-Calais*, le *Berlioz* et le *Rodin*), ont permis à Eurotunnel de lancer une activité de transport transmanche par ferry, sur la ligne Calais-Douvres, sous le nom de My Ferry Link (« MFL »).

L'Autorité a constaté que, pour le transport de fret au départ de Calais et Dunkerque et à destination de Douvres, le Shuttle d'Eurotunnel était, avant l'opération, en concurrence avec les liaisons par ferry assurées par P&O, SeaFrance et DFDS/LD Lines. À la suite de l'opération, il ne resterait que trois opérateurs dont Eurotunnel qui serait le leader. L'Autorité a estimé qu'Eurotunnel serait en mesure d'utiliser sa forte position sur le marché, tout en s'appuyant sur les bateaux acquis, afin de proposer des offres groupant les deux modes de transport (ferry et train), de façon à favoriser le recours aux services de MFL plutôt qu'à ceux d'un autre transporteur maritime. Eurotunnel étant le seul à pouvoir proposer ce type d'offres (ferry et train), l'Autorité a considéré que cet avantage pourrait décourager ses concurrents existants ou potentiels et aboutir, *in fine*, à une réduction de fréquences (impliquant une réduction du choix offert aux clients), voire à la fermeture de certaines routes (en particulier celles récemment ouvertes).

Afin de remédier aux risques d'atteinte à la concurrence identifiés, Eurotunnel s'est engagé, pour une durée de cinq ans, à ne pas accorder, sur ses tarifs de transport ferroviaire transmanche de fret, de remise subordonnée à la condition que le client ait aussi recours à l'offre de transport maritime. Il ne devra notamment pas tenir compte, dans le cadre de la négociation tarifaire ferroviaire annuelle, des volumes de fret transportés par MFL. Eurotunnel s'est également engagé, de

²¹⁹. Voir décision 10-DCC-02 du 12 janvier 2010 relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Keolis et Effia par les sociétés SNCF Participations et Caisse de dépôt et placement du Québec.

manière plus générale, à ne pas traiter de façon discriminatoire, de quelque façon que ce soit, les clients qui n'utiliseraient pas MFL pour leur transport maritime transmanche de fret. Pour assurer l'effectivité de ces engagements, les prix proposés aux clients fret devront être négociés par des équipes commerciales différentes, selon les deux modes de transport, et feront l'objet de contrats distincts.

Par ailleurs, dans la mesure où Eurotunnel n'a pas contesté avoir l'intention de poser sa candidature pour reprendre la gestion du port de Calais, l'opération pouvait conduire à ce qu'il favorise ses activités de ferry aux dépens de celles de ses concurrents au travers de la gestion de l'infrastructure portuaire. Eurotunnel s'est donc engagé, dans l'hypothèse où il serait retenu comme concessionnaire du port de Calais au terme de l'appel d'offres à venir, à proposer à l'ensemble des utilisateurs d'infrastructures portuaires de Calais, en particulier aux opérateurs de ferries, des conditions d'accès transparentes et non discriminatoires. Eurotunnel s'est également engagé à ce qu'un service dédié, indépendant des services d'Eurotunnel chargés de la commercialisation de transport maritime et ferroviaire, se voit confier les activités de gestion des services portuaires de Calais et que ce service dédié ne communique pas les informations relatives aux usagers de l'infrastructure portuaire aux services d'Eurotunnel chargés de la commercialisation des activités de transport maritime et ferroviaire.

Les autorisations soumises à des mesures correctives imposées par l'Autorité de la concurrence

Vivendi Universal et Canal Plus/TPS et CanalSatellite

Dans la décision **12-DCC-100** relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus, l'Autorité a analysé les effets de l'opération renotifiée par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus (« les Parties ») suite au retrait de l'autorisation de l'opération par l'Autorité, intervenu le 20 septembre 2011²²⁰. L'Autorité a estimé, après un examen approfondi en application de l'article L. 430-6 du Code de commerce, qu'à la suite de l'opération de 2006 – dont les effets n'ont pu être prévenus en raison de l'inexécution de certains des engagements auxquels était subordonnée la décision autorisant l'opération – la concurrence a été significativement affaiblie sur plusieurs marchés de la télévision payante : acquisition des droits cinéma, édition de chaînes, commercialisation de chaînes thématiques et distribution de services. En particulier, la dégradation de la qualité des chaînes dégroupées, le non-respect des engagements relatifs aux conditions de reprise des chaînes indépendantes et la conclusion avec ces chaînes indépendantes d'exclusivités de distribution au profit de CanalSat ont eu pour effet conjugué d'empêcher l'émergence d'une concurrence sur les marchés aval. GCP représente toujours, plus de cinq ans après la concentration, [90-100%]

²²⁰. Voir la décision de l'Autorité de la concurrence 11-D-12 du 20 septembre 2011 relative au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus.

de la valeur du marché, ce qui traduit l'instauration, du fait de l'opération, d'un monopole durable au bénéfice de GCP.

Afin de rétablir une concurrence suffisante sur les différents marchés de la télévision payante en France, et compte tenu de l'insuffisance des engagements proposés par GCP, l'Autorité a décidé de procéder par voie d'injonctions, conformément aux dispositions de l'article L. 430-7, III du Code de commerce.

Les objectifs poursuivis par l'Autorité par ces injonctions étaient de trois ordres : favoriser la diversité des acteurs du secteur de la télévision payante, afin que puisse émerger une offre certes moins riche que celle de GCP, mais également moins onéreuse, et, par conséquent, plus accessible pour les consommateurs ; préserver l'avenir concurrentiel des nouveaux espaces en évitant la préemption par GCP des nouvelles formes de consommation des contenus que représentent la vidéo à la demande à l'acte ou par abonnement ; et ne pas remettre en cause le système du financement du cinéma français, qui s'est structuré autour d'un acteur verticalement intégré (éditeur/distributeur) et d'une chaîne premium qui est le principal contributeur au financement de la création française.

Les injonctions concernaient donc les droits cinématographiques, la distribution des chaînes thématiques et la vidéo à la demande (« V&D »).

Concernant les droits cinématographiques : les comportements d'achat de GCP en matière de droits cinématographiques seront encadrés, notamment par la limitation des contrats-cadres à trois ans, la signature de contrats différents pour chaque type de droits (1^{re} fenêtre, 2^e fenêtre, séries, etc.) et l'interdiction de signer des contrats-cadres pour les films français. De plus, afin de permettre au bouquet Orange Cinéma Séries d'exercer une réelle pression concurrentielle, indépendamment de GCP, ce dernier devra céder sa participation dans Orange Cinéma Séries. À défaut, GCP devra adopter des mesures dont l'objectif est de limiter son influence sur Orange Cinéma Séries.

Concernant la distribution des chaînes thématiques : GCP devra garantir des règles du jeu claires pour l'accès des chaînes indépendantes à une distribution sur CanalSat (reprise d'une proportion minimale de chaînes indépendantes, reprise de toute chaîne détenant des droits premium et élaboration d'offres de référence). GCP devra également permettre aux distributeurs alternatifs, notamment les fournisseurs d'accès à Internet (« FAI »), de concurrencer de manière effective les exclusivités de distribution sur CanalSat. Enfin, GCP devra mettre à disposition (dégrouper) des distributeurs tiers toutes les chaînes cinéma qu'il édite pour son bouquet CanalSat (chaînes Ciné +).

Concernant la vidéo à la demande et vidéo à la demande par abonnement (« V&DA ») : GCP devra signer des contrats distincts pour les achats de droits V&D et V&DA, sur une base non exclusive, sans les coupler avec les achats de droits pour une diffusion linéaire en télévision payante. GCP devra également céder des droits V&D et V&DA de Studios Canal à tout opérateur intéressé. Enfin, GCP ne pourra imposer d'exclusivité de distribution au profit de l'offre V&D ou V&DA de GCP sur les plates-formes des FAI.

Ces injonctions sont imposées pour une période de cinq ans. Au terme de cette période, l'Autorité mènera une nouvelle analyse concurrentielle afin d'examiner la pertinence d'un maintien de ces injonctions. En cas d'évolution significative des conditions de marché, les parties disposent de la possibilité de demander une adaptation de ces mesures.

Activité consultative

L'Autorité de la concurrence dispose, depuis sa création et comme le Conseil de la concurrence avant elle, d'une large faculté d'intervention et de prise de position à titre consultatif. Cette compétence consultative est susceptible, selon le Code de commerce, de s'étendre à « toute question concernant la concurrence ».

D'un point de vue matériel, l'Autorité peut ainsi rendre des avis :

- sur des projets de textes législatifs ou réglementaires, en application, notamment, des articles L. 410-2, L. 462-1 et L. 462-2 du Code de commerce ;
- sur des questions générales de concurrence, en application des articles L. 462-1 et L. 462-4 du Code de commerce ;
- sur le fonctionnement concurrentiel de certains secteurs régulés, notamment ceux des communications électroniques, des postes et de l'énergie, à la demande des autorités de régulation sectorielle et en application des dispositions propres aux secteurs concernés ;
- sur des affaires individuelles de pratiques anticoncurrentielles à la demande des juridictions, en application de l'article L. 462-3 du Code de commerce.

En laissant de côté cette dernière hypothèse, les modes de saisine de l'Autorité sont de trois ordres. Elle peut en premier lieu être saisie dans l'intérêt général par le gouvernement et par les commissions parlementaires compétentes en matière de concurrence. Elle peut en deuxième lieu l'être par des collectivités territoriales, des organisations professionnelles ou syndicales, des organisations de consommateurs agréées, des chambres d'agriculture, des chambres de métiers ou encore des chambres de commerce et d'industrie en ce qui concerne les intérêts dont elles ont la charge.

En troisième et dernier lieu, l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence a conféré à l'Autorité le pouvoir de rendre des avis de sa propre initiative (article L. 462-4 du Code de commerce). L'institution peut, en vertu de cette disposition, se saisir de toute question de concurrence lui paraissant mériter un examen de sa part. L'avis qu'elle rend à ce titre est public. Il peut être accompagné de recommandations adressées au ministre chargé de l'Économie ou au ministre chargé du secteur concerné et visant à l'adoption de mesures nécessaires, du point de vue de l'Autorité, à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés ou à la résolution des interrogations soulevées par son analyse concurrentielle. L'avis peut aussi, en tant que de besoin, contenir diverses préconisations faites aux acteurs économiques.

La portée de la compétence consultative reconnue à l'Autorité par le législateur a été précisée, au cours de l'année écoulée, par le Conseil d'État, saisi de recours pour excès de pouvoir présentés contre l'avis 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et aux modalités d'acquisition du foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire, d'une part, et l'avis 12-A-01 du 11 janvier 2012 relatif à la situation concurrentielle du secteur de la distribution alimentaire à Paris, d'autre part.

Dans deux arrêts de principe rendus le 11 octobre 2012 (n° 357193, Société Casino Guichard Perrachon, et n° 346378 et 346444, Société ITM Entreprises et Association des centres distributeurs Édouard Leclerc et autres), le Conseil d'État a relevé qu'il est loisible à l'Autorité, lorsqu'elle exerce la faculté d'émettre un avis que lui reconnaît le Code de commerce, de « *faire toute préconisation relative à la question de concurrence qui est l'objet de son analyse, qu'elle s'adresse au législateur, aux ministres intéressés ou aux opérateurs économiques* ». Il a également jugé « *que les prises de position et recommandations qu'elle formule à cette occasion ne constituent pas des décisions faisant grief* », mais qu'« *il en irait toutefois différemment si elles revêtaient le caractère de dispositions générales et impératives ou de prescriptions individuelles dont l'Autorité pourrait ultérieurement censurer la méconnaissance* ».

Dans l'une et l'autre des deux affaires qui lui étaient soumises, le Conseil d'État a constaté que les avis décrivaient le secteur économique visé et les opérateurs présents sur celui-ci, avant de proposer un cadre d'examen de la situation concurrentielle de ces secteurs et d'en analyser le fonctionnement, en s'attachant à étudier tant la structure du marché que la position et le comportement des acteurs. Le Conseil d'État a cependant relevé qu'une telle analyse « *ne comport[ait] pas, en elle-même, d'appréciations susceptibles d'emporter des effets de droit* ». Il a également constaté que le diagnostic concurrentiel effectué par l'Autorité dans ces deux avis débouchait sur des recommandations susceptibles, pour les unes, d'être mises en œuvre par les acteurs intéressés s'ils le souhaitaient et s'adressant, pour d'autres, au législateur ou à la personne ayant saisi l'Autorité. En d'autres termes, les avis ne débouchaient pas sur des dispositions générales impératives ou sur des prescriptions visant individuellement telle ou telle personne. Le Conseil d'État a donc conclu que ces avis ne pouvaient pas être considérés comme des décisions susceptibles de faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir, autrement dit qu'ils ne constituaient pas des actes faisant grief.

Le Conseil d'État a pris le soin de rappeler que, dans l'hypothèse où l'analyse figurant dans un avis était ultérieurement reprise par l'Autorité ou par une autre autorité dans le cadre d'une procédure aboutissant à une décision faisant grief, elle pourrait à cette occasion faire l'objet d'un débat contentieux. S'agissant de l'Autorité de la concurrence, il faut en effet rappeler que les décisions prises au titre du contrôle des concentrations aussi bien que du contrôle des pratiques anticoncurrentielles sont prises au terme d'une procédure garantissant le respect des droits des parties et prévoyant, notamment, la tenue d'un débat contradictoire plein et entier. De plus, elles peuvent, une fois rendues, être soumises au juge (judiciaire ou administratif selon les cas) par les parties auxquelles elles font grief.

Les développements qui suivent présenteront quelques-uns des principaux avis rendus par l'Autorité de la concurrence, de sa propre initiative ou à la demande d'acteurs habilités à la saisir, au cours de l'année écoulée. Ils seront évoqués en fonction des différents secteurs concernés.

Avis relatif au fonctionnement concurrentiel du secteur de la distribution alimentaire à Paris (12-A-01 du 11 janvier 2012)

Le 8 février 2011, la Ville de Paris a demandé, sur le fondement du second alinéa de l'article L. 462-1 du Code de commerce, l'avis de l'Autorité sur la situation concurrentielle du secteur de la distribution alimentaire à Paris. Elle a notamment exprimé, dans sa demande, la crainte que « *la forte concentration autour de trois groupes risqu[e] de peser sur la diversité de l'offre proposée aux consommateurs et de pousser les prix à la hausse* ».

Cette demande a conduit l'Autorité à effectuer un examen approfondi du fonctionnement concurrentiel de ce secteur. Le degré de concentration mis en évidence par cet examen l'a également amenée à formuler certaines recommandations.

Le degré élevé de concentration du marché de la distribution à dominante alimentaire à Paris

Pour pouvoir rendre un avis utile à la Ville de Paris, l'Autorité a effectué un examen approfondi du marché de la distribution à dominante alimentaire à Paris, en examinant ses caractéristiques ainsi que la position des différents acteurs qui y opèrent.

À cette fin, elle s'est d'abord penchée sur les spécificités de la demande et de l'offre de ce secteur. Du côté de la demande, elle a constaté l'existence d'un niveau de revenu élevé des consommateurs parisiens ainsi que la taille relativement réduite des ménages par rapport à la moyenne nationale. Le comportement des consommateurs parisiens est aussi déterminé par la faible superficie des logements et par le fait qu'ils ne disposent souvent pas de véhicules. Elle a également constaté l'existence d'un degré de fidélité moins marqué des consommateurs parisiens à une marque, une enseigne ou un magasin par comparaison avec celui qui caractérise l'ensemble des consommateurs franciliens. Du côté de l'offre, le commerce généraliste parisien est marqué par un nombre important de magasins de plus petite taille que la moyenne nationale, d'une part, et par l'augmentation du nombre de magasins de la grande distribution, d'autre part.

S'attachant ensuite à définir le marché en cause, l'Autorité a constaté que les magasins à dominante alimentaire étaient caractérisés par des surfaces très variables. Son analyse a ensuite fait ressortir que les épiceries libre-service (moins de 120 m²) n'étaient pas en mesure de concurrencer les supérettes (de 120 à 399 m²), les supermarchés (de 400 à 2 500 m²) et les hypermarchés (plus de 2 500 m²). Il existe en revanche une certaine concurrence entre les supérettes et les supermarchés.

L'Autorité a conclu à l'existence d'un marché de produits incluant les supérettes, les supermarchés, les magasins de maxidiscounte ainsi que les magasins populaires et les hypermarchés pour la partie alimentaire de leur assortiment. Elle a en revanche exclu de ce marché les commerces traditionnels ou spécialisés et les marchés, qui ne sont pas en mesure d'exercer une pression concurrentielle notable sur ces magasins, ainsi que la vente alimentaire en ligne, qui ne représente encore qu'une part très faible des dépenses des ménages.

Examinant ensuite la délimitation géographique du marché, l'Autorité a relevé que la concurrence s'exerçait à l'intérieur de zones de chalandise d'un rayon compris entre 300 et 500 m. Tout en notant qu'il existait aussi une certaine possibilité de concurrence entre les commerces implantés à Paris *intra-muros* et les hypermarchés de la proche périphérie, elle a constaté que cette pression concurrentielle restait limitée aux arrondissements périphériques et ne bénéficiait donc pas de façon significative aux quartiers plus centraux de la ville.

Dans un troisième temps, l'Autorité a procédé à l'analyse de la situation concurrentielle du marché, au vu de la position et du comportement des acteurs qui y opèrent.

Les deux principaux acteurs de ce marché sont les groupes Casino et Carrefour. Ils n'ont toutefois pas la même position. Le groupe Casino détenait, au moment où l'avis a été rendu et en tenant compte de sa participation au capital de Monoprix, une part du marché global de 61,7% en part de « plancher » (surfaces de vente) et comprise entre 50 et 70% en termes de chiffre d'affaires. Son principal concurrent, le groupe Carrefour, détenait quant à lui une part de marché comprise entre 10 et 20%. Le leader détient donc une position au moins trois fois plus importante que celle de son suiveur immédiat.

Si l'on considère non plus le marché dans son ensemble mais les différentes zones de chalandise, le positionnement des différents opérateurs est également différent. Le groupe Casino détient plus de 50% des magasins dans plus de la moitié des quartiers de Paris et une part en chiffre d'affaires supérieure à 50% dans 69 quartiers sur 80. Cette part s'élève même à 80% dans 10 quartiers sur 80. Le groupe Carrefour détient de son côté moins de 30% du marché dans 67 quartiers sur 80.

Poursuivant son analyse concurrentielle par l'examen du comportement des acteurs en présence, l'Autorité a relevé que les magasins Franprix – enseigne du groupe Casino – pratiquaient des prix élevés pour les produits de marque nationale et des prix plutôt compétitifs pour les produits de marque de distributeur comparés à ceux de certaines enseignes concurrentes. Son analyse des effets de la concurrence sur les prix et les résultats nets des magasins Franprix l'a aussi conduite à constater que l'implantation de magasins concurrents provoquait une réduction de leurs résultats nets. Toutefois, il est apparu que ces implantations concurrentes n'entraînaient pas une perte de clientèle telle qu'elle conduise les magasins Franprix à réagir en diminuant de manière significative leurs prix, alors que le niveau de marge réalisé par les centrales d'achat du groupe Casino et ces magasins les autoriserait à le faire.

L'Autorité s'est enfin attachée à effectuer une analyse prospective de la situation concurrentielle du marché, en examinant les possibilités de nouvelles entrées sur celui-ci et les perspectives plus générales de développement du secteur. Elle a cependant relevé l'existence de plusieurs barrières à l'entrée de nature administrative, d'une part, et économique, d'autre part, susceptibles de limiter l'entrée de nouveaux concurrents. Ces barrières résultent en particulier du contrôle des implantations de surfaces commerciales de plus de 1 000 m² par les commissions départementales d'aménagement commercial. Le coût de l'investissement au mètre carré pour l'implantation d'un point de vente et la concurrence avec les opérateurs d'autres secteurs d'activité pour acquérir le foncier commercial disponible constituent cependant aussi des barrières à l'entrée. Enfin, l'Autorité a constaté que la forte progression du nombre de magasins intervenue au cours des dernières années – en particulier sur les petits formats – n'avait pas substantiellement modifié la structure du marché, caractérisé par le maintien de la position prépondérante du groupe Casino.

Les recommandations permettant l'amélioration de la concurrence dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris

Eu égard aux constats qu'a fait ressortir son analyse concurrentielle, l'Autorité de la concurrence a formulé dans son avis plusieurs recommandations qui permettraient, si elles étaient mises en œuvre, de fluidifier le marché du commerce à dominante alimentaire à Paris et d'en stimuler le développement concurrentiel.

En premier lieu, l'Autorité a rappelé qu'elle estimait nécessaire que les pouvoirs publics suppriment la procédure d'autorisation administrative d'implantation pour les magasins de plus de 1 000 m². Cette réforme permettrait en effet de dynamiser le jeu concurrentiel, les magasins de plus de 1 000 m² bénéficiant d'une zone d'attraction de la clientèle plus étendue que celle des magasins d'une superficie inférieure et les prix proposés par ces formats pouvant être inférieurs à ceux des magasins d'une taille moindre. Cette réforme permettrait aussi à des concurrents qui ne se sont pas développés sur les formats de proximité de s'implanter sur ce format à Paris.

En deuxième lieu, l'Autorité a recommandé à la Ville de Paris de prévoir, lors de la définition des zones d'aménagement commercial, des allotissements autorisant l'installation de grandes surfaces à dominante alimentaire afin de diversifier les enseignes présentes.

En troisième lieu, l'Autorité, reprenant les recommandations émises dans son avis 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire, a conseillé d'assouplir les conditions contractuelles d'affiliation entre les gestionnaires de magasins et les groupes de distribution. Un tel assouplissement, qui pourrait prendre la forme d'une réduction de la durée des contrats ou d'une suppression des clauses de non-concurrence postcontractuelles, permettrait en particulier aux magasins franchisés indépendants sous enseigne

Franprix de mettre en concurrence, à échéance plus régulière qu'actuellement, les différents groupes de distribution. Compte tenu des niveaux des marges réalisées par certains magasins franchisés, comparables à celles constatées pour d'autres magasins de groupements indépendants, une telle mise en concurrence pourrait aboutir soit à une diminution des prix d'achat auprès des centrales du groupe Casino au profit des magasins du réseau, soit à un changement d'enseigne. De surcroît, la mobilité de ces magasins permettrait à de nouvelles enseignes d'entrer plus facilement sur le marché, puisqu'il ne leur sera plus nécessaire de financer l'acquisition et l'adaptation de locaux commerciaux.

Ces recommandations relatives à l'abaissement des barrières à l'entrée et à la stimulation de la mobilité entre enseignes sont cependant apparues insuffisantes, à elles seules, pour contribuer à un meilleur fonctionnement concurrentiel du marché, compte tenu de sa structure même. C'est la raison pour laquelle l'Autorité a recommandé, en quatrième et dernier lieu, un renforcement des instruments juridiques permettant d'assurer la régulation concurrentielle du marché.

L'Autorité a rappelé, à cet égard, que la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 lui avait donné la possibilité d'imposer des injonctions structurelles dans le secteur du commerce de détail (article L. 752-26 du Code de commerce), tout en subordonnant la mise en œuvre de ce dispositif à des conditions telles qu'il est apparu, en pratique, extrêmement difficile voire impossible à mobiliser. Elle a donc invité le législateur à réformer le dispositif existant, en s'inspirant des solutions retenues dans d'autres pays européens, comme le Royaume-Uni et, plus récemment, la Grèce. Dans ces pays, des dispositions législatives permettent à l'Autorité de concurrence, lorsque la situation de la concurrence le rend nécessaire et au terme d'un débat contradictoire approfondi, d'enjoindre à des entreprises de revendre des actifs à des concurrents, ce qui permet de rétablir rapidement les conditions d'un marché plus ouvert et concurrentiel au bénéfice des consommateurs.

Une telle recommandation a d'ores et déjà conduit le législateur à améliorer le dispositif en vigueur dans les collectivités d'outre-mer. La loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 (dite « loi Lurel ») a en effet permis à l'Autorité de signaler à des entreprises occupant une position dominante, dans certaines conditions, l'existence de préoccupations de concurrence du fait de prix ou de marges élevées, afin de leur permettre de proposer des engagements mettant fin à ces préoccupations. À défaut, l'Autorité peut, par décision motivée prise après un débat contradictoire, leur enjoindre de modifier leurs contrats ou leurs comportements et, si cela n'est pas suffisant pour rétablir une concurrence effective, de céder des actifs.

Avis relatif au cadre d'intervention des collectivités territoriales en matière de déploiement des réseaux à très haut débit (12-A-02 du 17 janvier 2012)

Le 8 septembre 2011, la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire du Sénat a sollicité, sur le fondement de

l'article L. 461-5 du Code de commerce, l'avis de l'Autorité sur les questions de concurrence que soulève l'intervention des collectivités territoriales dans le déploiement de la fibre optique.

Cet avis s'inscrit dans le contexte de la mise en œuvre du programme national très haut débit (« PNTHD »), lancé en 2009 et sur lequel l'Autorité avait déjà été conduite à rendre un premier avis (avis 10-A-07). Ce programme a pour objectif la couverture du territoire national à l'horizon 2025. Dans le cadre de ce programme, quatre zones territoriales ont été distinguées en fonction de la capacité des opérateurs à y installer un réseau très haut débit. La première, caractérisée par une densité permettant l'initiative privée, n'est pas visée par le PNTHD. La deuxième, nommée « volet A », est qualifiée de zone rentable pouvant faire l'objet d'un label assorti d'un soutien non subventionnel de l'État aux opérateurs. La troisième, nommée « volet B », s'entend comme une zone *a priori* non rentable où les collectivités peuvent recevoir un soutien subventionnel de l'État. La quatrième, nommée « volet C », s'étend sur tout le reste du territoire et peut faire l'objet d'un soutien de l'État afin d'assurer une couverture systématique.

La Commission européenne a encouragé le développement du très haut débit dans le cadre de la stratégie dite « Europe 2020 », par l'adoption en 2009 de lignes directrices communautaires pour l'application des règles relatives aux aides d'État dans le cadre du déploiement rapide des réseaux de communication à haut débit. Dans ces lignes directrices, la Commission européenne souligne la possibilité pour un État membre de l'Union européenne de promouvoir le développement du très haut débit en recourant au besoin à un service d'intérêt économique général (« SIEG »), dans des conditions précises. En particulier, l'insuffisance du marché, entendue comme l'impossibilité pour des investisseurs privés d'être en mesure d'assurer, dans un avenir proche, dans la zone concernée, une couverture adéquate pour l'ensemble des citoyens ou des utilisateurs, risquant ainsi de priver d'accès à ces réseaux une partie importante de la population, doit être constatée. Par ailleurs, le réseau réalisé doit être rendu disponible pour l'ensemble des opérateurs intéressés.

Afin d'éclairer le Sénat sur les modalités de déploiement du PNTHD, l'Autorité a examiné, dans son avis, le rôle que les collectivités territoriales pouvaient jouer dans la mise en place de projets dits « intégrés » de réseaux très haut débit (projets couvrant à la fois des zones rentables et non rentables pour des opérateurs privés) et les risques concurrentiels que le déploiement de réseaux de très haut débit pouvait poser.

L'examen du cadre juridique européen qu'a effectué l'Autorité à cet effet a montré qu'une intervention des collectivités territoriales était envisageable dans le cadre d'un SIEG, à condition de tenir compte de plusieurs exigences. En premier lieu, si le réseau est déployé *via* une infrastructure qui n'appartient pas aux autorités publiques, l'appel d'offres destiné à sélectionner l'entreprise chargée de fournir ce service doit imposer aux candidats de définir les zones rentables et non rentables, d'estimer les recettes attendues et de demander le montant de la compensation qu'ils estiment nécessaire. En deuxième lieu, la compensation éventuelle ne doit

couvrir que les coûts de déploiement de l'infrastructure déployée dans les zones non rentables. En troisième lieu, il est nécessaire de mettre en place des mécanismes de contrôle et de récupération afin d'éviter que le fournisseur du SIEG obtienne un avantage qui serait indu en conservant, à l'expiration de la délégation, la propriété du réseau financé à l'aide de ressources publiques.

L'Autorité a également mis en exergue les risques significatifs de distorsion de concurrence susceptibles de découler du déploiement des réseaux très haut débit, en particulier lors des appels d'offres lancés par les collectivités territoriales pour l'établissement et l'exploitation des réseaux. Les opérateurs répondant à ces appels d'offres sont soit des opérateurs verticalement intégrés – qui vont bâtir le réseau mais exercent par ailleurs une activité de fournisseur d'accès à Internet –, soit des opérateurs *pure players* – actifs uniquement au premier stade. Les acteurs du premier type disposent d'avantages commerciaux et techniques importants sur ceux du second, dans la mesure où ils peuvent s'engager à être clients du réseau public s'ils remportent l'appel d'offres et où ils peuvent poser, en tant que clients, des exigences qu'eux seuls seront en mesure de satisfaire lorsqu'ils répondront à l'appel d'offres.

Afin de pallier ces risques, l'Autorité a fait plusieurs recommandations : en particulier, il devrait être exigé des opérateurs verticalement intégrés qui souhaiteraient répondre à un appel d'offres qu'ils informent en amont la collectivité territoriale concernée des conditions objectives dans lesquelles ils seraient susceptibles d'utiliser le réseau public en tant que fournisseurs d'accès.

Avis relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique (12-A-20 du 18 septembre 2012)

Sur le fondement de l'article L. 462-4 du Code de commerce, l'Autorité de la concurrence a pris l'initiative de lancer en 2012 une enquête sectorielle destinée à lui permettre d'examiner le fonctionnement concurrentiel du commerce en ligne.

Ce mode de commercialisation occupe une place croissante dans les achats des Français, qui ont été 30 millions à y recourir en 2011 pour un montant total de 37 milliards d'euros. Pour autant, la place de la vente en ligne s'avère moins importante en France que dans d'autres grands pays européens (Allemagne ou Royaume-Uni notamment). L'Autorité, qui a déjà été conduite à rendre à plusieurs reprises des décisions structurantes à ce sujet, dans le cadre de son activité de contrôle des pratiques anticoncurrentielles, a donc souhaité, avec cette enquête sectorielle, appréhender la vente en ligne de manière plus globale, afin d'en évaluer la dynamique concurrentielle et de pouvoir faire en tant que de besoin des recommandations aux acteurs économiques.

L'Autorité a ciblé, dans son enquête, trois secteurs d'intérêt majeur pour les consommateurs : ceux des produits électrodomestiques, des parfums et cosmétiques de luxe, et des produits parapharmaceutiques. Elle a cherché, d'une part, à évaluer l'intensité de la pression concurrentielle que le commerce en ligne exerce

sur la distribution traditionnelle et, d'autre part, à identifier les différents facteurs de nature à entraver cette pression concurrentielle.

Le commerce électronique, facteur d'animation de la concurrence

L'Autorité a constaté que les prix en ligne sont inférieurs à ceux hors ligne dans deux des trois secteurs ciblés par l'enquête. Cette différence est particulièrement marquée pour les produits électrodomestiques, avec des écarts de prix pouvant atteindre 13 % pour les produits de grande consommation. Elle existe aussi pour les produits de parapharmacie, avec des écarts compris entre 8 et 10 %. En revanche, dans le cas des parfums et cosmétiques de luxe, les conditions tarifaires en ligne et hors ligne sont nettement plus proches. Ces écarts demeurent, même s'ils sont réduits, lorsque les frais de livraison liés à la vente de produits en ligne sont pris en compte.

En dehors de ces différences de prix, l'enquête a confirmé la réalité de la pression concurrentielle qu'exerce la vente en ligne sous la forme d'un élargissement des gammes de produits proposées aux consommateurs.

Elle a aussi montré que les fabricants avaient recours, de manière croissante, à la distribution sélective pour diffuser leurs produits auprès des consommateurs. Les distributeurs sont donc de plus en plus amenés à devoir respecter un certain nombre d'exigences pour être autorisés à vendre ces produits. Dans de nombreux cas, ces conditions, en particulier tarifaires, sont identiques ou très proches lorsque les produits sont vendus en ligne de celles applicables en cas de vente dans les points de vente physiques du réseau.

À côté de ces réseaux, l'Autorité a relevé l'apparition de nouveaux acteurs, qui sont essentiellement de trois types : les places de marché, les comparateurs de prix et les distributeurs opérant exclusivement en ligne ou *pure players*.

Rémunérées à la commission, les places de marché jouent le rôle d'intermédiaires, en offrant à des vendeurs la possibilité de proposer tout ou partie de leur catalogue aux acheteurs. Le développement de ces places de marché est susceptible de renforcer la concurrence qu'exerce le commerce en ligne sur la distribution traditionnelle, d'une part, en réduisant les barrières à l'entrée dans le secteur de la vente en ligne et, d'autre part, en favorisant l'extension des références proposées à la vente. Ce phénomène peut toutefois induire des risques. Les modalités de fonctionnement des places de marché peuvent par exemple fausser le jeu de la concurrence lorsque l'opérateur, qui exploite la place de marché et décide du référencement des distributeurs, est en même temps concurrent de ces derniers.

Par ailleurs, la comparaison des prix, déjà plus aisée sur Internet que dans la distribution traditionnelle, est encore facilitée par la montée en puissance de sites comparateurs de prix. Cet essor peut toutefois lui aussi induire certains risques pour les consommateurs, tels que le manque de loyauté de l'information délivrée ou les modalités de classement et de référencement des commerçants en ligne.

Enfin, un nombre significatif de distributeurs optent pour un modèle économique de *pure player* consistant à n'être présent que sur Internet, ce qui permet de réaliser certaines économies de coûts par rapport à la distribution physique et donc de proposer des prix plus avantageux aux clients. Le développement des *pure players* est particulièrement marqué dans le secteur des produits électrodomestiques.

Les limites au développement du commerce électronique

L'enquête sectorielle a conduit l'Autorité à constater, d'une part, que certains fabricants ont choisi de différencier leurs canaux de distribution, en proposant aux distributeurs des gammes et des produits distincts ainsi que des barèmes tarifaires distincts. D'autre part, le recours aux réseaux de distribution sélective, s'il peut être légitime, doit veiller à ce que les critères d'agrément ne freinent pas de façon injustifiée la vente en ligne et le déploiement des nouveaux acteurs de la distribution.

La différenciation des conditions tarifaires et de livraison

Certains fabricants différencient leurs canaux de distribution en proposant des gammes de produits et des conditions d'approvisionnement ou tarifaires différenciées selon que la vente s'effectue en ligne ou dans des points de vente physiques. S'agissant des gammes de produits, cette différenciation peut essentiellement revêtir deux formes : définition de références spécifiques pour chaque canal de distribution ou définition de références spécifiques pour un distributeur déterminé. Concernant les conditions d'approvisionnement, la différenciation entre opérateurs peut concerner, par exemple, la date ou les modalités de lancement de nouveaux produits sur le marché, ou encore la gestion des stocks en cas de pénurie de produits.

D'un point de vue tarifaire, une différenciation peut être opérée par les fournisseurs soit entre les *pure players* et les opérateurs traditionnels, soit entre les deux canaux de distribution d'un opérateur *click & mortar*. Dans la première hypothèse, il apparaît que, en règle générale, les opérateurs *click & mortar* bénéficient de conditions tarifaires plus avantageuses que celles accordées aux *pure players*. L'Autorité a constaté que l'origine de ces écarts tarifaires pouvait parfois être justifiée, notamment par le pouvoir de négociation plus important dont peuvent disposer certains distributeurs *click & mortar*. Dans la seconde hypothèse, l'octroi de certains avantages tarifaires, exprimés en pourcentage de chiffre d'affaires, peut, dans certains cas, engendrer une différenciation tarifaire pratiquée à l'égard des distributeurs *click & mortar* en fonction du canal de revente auquel les produits sont destinés.

Ces différents phénomènes ne sont pas illégitimes en eux-mêmes. Les fabricants sont libres de choisir leurs partenaires commerciaux, de définir les conditions auxquelles ils veulent soumettre la distribution de leurs produits et d'en adapter les modalités aux différents canaux de vente susceptibles d'être utilisés. Il est cependant nécessaire qu'ils veillent à respecter les exigences du droit de la concurrence, qu'il s'agisse de la prohibition des ententes anticoncurrentielles ou de l'interdiction des abus de position dominante.

La vente en ligne au sein des réseaux de distribution sélective

Le secteur des parfums et des cosmétiques de luxe, d'une part, et celui des produits parapharmaceutiques, d'autre part, reposent historiquement sur un modèle de distribution sélective. À l'inverse, les opérateurs du secteur des produits électrodomestiques ne recouraient traditionnellement que de manière marginale à ce mode de distribution, qui se développe depuis quelques années pour tout ou partie de la gamme de certains fabricants.

Les fabricants recourant à la distribution sélective soumettent les distributeurs souhaitant vendre leurs produits sur Internet à un certain nombre d'exigences ayant notamment trait à la détention d'un ou plusieurs points de vente physiques agréés et à d'autres conditions liées, par exemple, à la présentation de leur site Internet ou à leurs prestations d'après-vente.

La jurisprudence et la pratique décisionnelle ont précisé à de nombreuses reprises les lignes directrices qui structurent l'examen de la compatibilité de ces exigences avec les règles de concurrence. Un fabricant étant libre d'organiser le mode de distribution de ses produits, il peut opter pour un réseau de distribution sélective et organiser dans ce cadre la vente en ligne de ses produits aussi bien que leur vente physique. Il doit toutefois veiller à respecter les exigences du droit de la concurrence.

Il ne saurait en particulier interdire la vente par Internet aux distributeurs agréés membres de son réseau de distribution sélective, une telle interdiction constituant une restriction de la concurrence par son objet même, en l'absence de justification objective, et ne pouvant pas bénéficier de l'exemption par catégorie prévue par le règlement européen relatif aux restrictions verticales (CJUE, 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, C-439/09; CA Paris, 31 janvier 2013, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, n° 2008/23812, décision 08-D-25, 29 octobre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques).

Les fabricants ont en revanche la faculté d'exiger de leurs distributeurs l'exploitation d'un ou de plusieurs points de vente physiques. Une telle faculté n'est pas pour autant générale et absolue, l'exigence d'exploitation de points de vente physiques ne devant notamment pas imposer une contrainte disproportionnée sur l'activité des distributeurs concernés.

Il est également possible pour un fabricant d'exiger le respect de standards de qualité pour les sites Internet. Cependant, ces standards ne doivent pas, là non plus, aboutir à imposer à l'activité de vente en ligne des conditions qui ne seraient pas équivalentes à celles applicables à la vente physique, pas justifiées par les spécificités du commerce en ligne ou pas proportionnées.

L'avis rendu au terme de l'enquête sectorielle vient donc rappeler que le commerce en ligne, qui peut être la source de gains d'efficacité importants pour les fabricants et de bénéfices considérables pour les consommateurs, doit pouvoir continuer à se développer sans être inhibé par des exigences qui ne seraient pas justifiées ou proportionnées au regard des règles de concurrence. L'Autorité, qui dispose déjà

d'une expérience et d'une pratique décisionnelle très riches en ce domaine, continuera donc à suivre ce secteur avec attention.

Avis relatif aux secteurs de la réparation et de l'entretien de véhicules et de la fabrication et de la distribution de pièces de rechange (12-A-21 du 8 octobre 2012)

Sur le fondement de l'article L. 462-4 du Code de commerce, l'Autorité de la concurrence a pris l'initiative de rendre un avis sur le fonctionnement concurrentiel des marchés de l'entretien-réparation automobile et de la fabrication et de la distribution de pièces de rechange.

Le secteur de l'après-vente automobile revêt en effet un intérêt majeur pour les consommateurs. Il réalise un chiffre d'affaires de 30 milliards d'euros hors taxes par an en France. Il représente également 37% des dépenses des ménages français associées à l'automobile, qui pèsent elles-mêmes 12% de leur budget. Or, le prix des pièces détachées et des prestations de réparation et d'entretien s'est sensiblement accru au cours des vingt dernières années.

En outre, le fonctionnement concurrentiel de ce secteur est très spécifique, notamment en comparaison de celui de la vente de véhicules. Sur le marché dit « secondaire » de l'après-vente, c'est-à-dire une fois le véhicule acheté, les constructeurs ne sont plus en concurrence directe. Au moment de l'achat de son véhicule, le consommateur ne dispose généralement pas de l'information nécessaire pour prendre en compte les coûts de réparation et d'entretien de chaque véhicule. Ainsi, la principale pression concurrentielle à laquelle sont soumis les constructeurs et les réparateurs de leurs réseaux (« canal constructeur ») provient des acteurs du « canal indépendant » : équipementiers, distributeurs et grossistes indépendants, réparateurs indépendants, intermédiaires spécialisés notamment.

Cependant, plusieurs facteurs sont *a priori* susceptibles de limiter la concurrence entre ces deux canaux. Tout d'abord, les équipementiers – qui fabriquent environ 80% des pièces de première monte assemblées par les constructeurs – peuvent être réticents ou éprouver des difficultés à concurrencer les constructeurs pour approvisionner les acteurs indépendants en pièces de rechange, alors que ces constructeurs sont leurs principaux clients. En outre, pour chaque référence de pièces, la taille du marché est souvent relativement restreinte, si bien que le nombre de fournisseurs susceptibles de se concurrencer est limité, et se résume parfois au constructeur et à l'équipementier qui le fournit (appelé « équipementier d'origine »), voire au constructeur uniquement. Par ailleurs, du fait de leur qualité d'assembleur, les constructeurs sont les seuls à détenir de façon complète et actualisée l'ensemble des « informations techniques » sur les véhicules. Or, la part accrue de l'électronique embarquée complexifie de plus en plus les véhicules, et rend d'autant plus stratégique l'accès aux informations techniques liées à la réparation et à l'entretien des véhicules. Enfin, à l'aval, les particuliers sont peu à même de comparer les prix des réparations, notamment lorsqu'il ne s'agit pas de prestations standard.

Les réparateurs, et par voie de conséquence leurs fournisseurs à l'amont, n'ont alors qu'une incitation limitée à baisser leurs prix en vue d'augmenter leurs volumes de vente. Certains segments font cependant exception, comme la réparation-collision, où la demande est orientée par les assureurs, ou le marché des flottes de véhicules.

Pour renforcer la concurrence entre le canal constructeur et le canal indépendant sur le secteur de l'après-vente automobile, la Commission européenne a fait adopter des règlements spécifiques pour que les réparateurs indépendants soient à même de concurrencer efficacement les réseaux agréés, notamment au travers d'un accès suffisant aux pièces de rechange et à l'information technique nécessaire aux opérations d'entretien et de réparation. Aujourd'hui, les réseaux agréés détiennent des parts de marché importantes en France, comprises entre 45 et 55 %, que ce soit sur le secteur de l'entretien-réparation ou de la fabrication et de la distribution de pièces de rechange. En particulier, sur la réparation de véhicules récents notamment, les réseaux agréés de constructeurs détiennent une part de marché bien supérieure à leurs parts de marché sur les véhicules plus anciens (environ 80 % en valeur sur les véhicules de moins de deux ans, environ 70 % sur les véhicules de 3-4 ans).

Afin de disposer de l'information la plus complète possible avant de rendre son avis sur ce sujet particulièrement complexe, l'Autorité a procédé, de manière exceptionnelle, dans le cadre de son enquête sectorielle, à la publication d'un document de consultation publique qui lui a permis de recueillir les observations de l'ensemble des acteurs intéressés. Les observations recueillies dans ce cadre ont permis à l'Autorité de compléter le travail d'instruction et d'analyse effectué au préalable, et d'enrichir le diagnostic de l'institution avant la publication de son avis. Celui-ci a mis en exergue cinq possibles obstacles au bon fonctionnement concurrentiel du secteur, constat qui a amené l'Autorité à émettre plusieurs recommandations.

La protection des pièces visibles au titre du droit des dessins et modèles et du droit d'auteur

En France, les pièces visibles présentes sur les véhicules (pièces de carrosserie, vitrages, feux, rétroviseurs, etc.) peuvent être protégées au titre du droit des dessins et modèles ou du droit d'auteur. Ces droits de propriété intellectuelle, appliqués aux pièces de rechange, empêchent que soient fabriquées et/ou commercialisées sur le territoire français des pièces concurrentes de celles vendues par le constructeur. Ils confèrent donc au constructeur un monopole de droit effectivement appliqué sur environ 70 % du marché des pièces visibles (un duopole existant de fait entre les constructeurs et leurs équipementiers d'origine pour les 30 % restants), sur un marché estimé, en 2010, entre 1,8 et 2,6 milliards d'euros hors taxes.

Onze pays de l'Union européenne ainsi que le Parlement européen ont choisi de limiter la protection au titre du droit des dessins et modèles et du droit d'auteur aux pièces visibles de première monte, et d'en exclure ainsi les pièces visibles de rechange destinées à redonner leur apparence initiale aux véhicules, qui pourraient alors être fabriquées et commercialisées librement par les équipementiers.

L'Autorité de la concurrence a pesé les avantages et les inconvénients de cette orientation (appelée « clause de réparation »). Différentes études convergentes, dont une de la Commission européenne, suggèrent que la suppression de la protection des pièces visibles de rechange serait à même de conduire à une baisse des prix moyens des pièces visibles d'environ 6 à 15 %. D'une part, des offres alternatives à moindre prix émergeraient, d'autre part, les prix des pièces commercialisées par les constructeurs baisseraient du fait de la concurrence des pièces alternatives. Les prix des pièces non visibles et non protégées vendues dans le cadre des opérations de carrosserie pourraient également diminuer, le carrossier étant plus à même de faire jouer la concurrence entre le constructeur et les distributeurs indépendants pour l'ensemble des pièces nécessaires à une opération de réparation-collision. Les gains pourraient donc concerner un marché plus vaste, estimé à 3,3 milliards d'euros hors taxes. Une ouverture à la concurrence du marché des pièces de rechange visibles permettrait également de faire fonctionner de manière plus efficace le secteur de l'après-vente automobile en réduisant le cloisonnement entre le canal constructeur et le canal indépendant. De plus, elle offrirait la possibilité aux équipementiers implantés en France de fabriquer des pièces de rechange visibles, pour le marché français mais aussi à destination des marchés étrangers, notamment européens, déjà libéralisés. Enfin, une telle réforme permettrait d'accroître la concurrence dans la distribution de pièces dans les DOM, où il n'existe actuellement qu'un seul distributeur agréé de pièces de rechange par marque et par DOM.

Parallèlement, les analyses conduites dans le cadre du présent avis montrent que la mise en place d'une clause de réparation ne devrait affecter ni l'investissement dans le design, ni la qualité, ni la disponibilité ni la sécurité des pièces. Les craintes émises par les constructeurs français quant aux risques pour leur compétitivité et pour l'emploi apparaissent de plus nettement surestimées. Il doit en effet être noté que 60 à 70 % des pièces visibles de rechange sont déjà fabriquées par des équipementiers pour le compte des constructeurs. Les pertes de parts de marché devraient se faire principalement au profit de ces équipementiers avec un effet neutre sur l'emploi, puisque ces équipementiers continuent à fabriquer les pièces, mais ont en outre la possibilité de les commercialiser directement. Enfin, les pertes limitées d'emplois dans le canal constructeur doivent être mises en regard avec les créations d'emplois liées à la fabrication de pièces visibles par les équipementiers implantés en France, tant pour l'exportation que pour le marché domestique. De façon générale, le modèle économique actuel des constructeurs, qui repose principalement sur les marges réalisées sur le marché de l'après-vente ne paraît pas souhaitable, la fiabilité croissante des véhicules et la diminution de leurs kilométrages conduisant à terme à une réduction du volume d'activité sur ce secteur.

L'Autorité a recommandé l'adoption d'une clause de réparation dans le droit français. Elle est cependant consciente des difficultés aujourd'hui rencontrées par les constructeurs français, qui ont besoin de temps pour faire évoluer leur modèle économique. Par ailleurs, les équipementiers implantés en France doivent également

se préparer à l'ouverture à la concurrence du marché des pièces visibles afin de pouvoir en tirer le meilleur parti.

Une période de transition préalable à une ouverture complète à la concurrence du marché des pièces visibles paraît donc nécessaire. Après avoir comparé ses différentes modalités possibles, l'Autorité recommande une ouverture progressive du marché en fonction du type de pièces, dont le principe serait inscrit dans la loi et l'échéancier prévu par décret. Le marché pourrait, par exemple, être ouvert la première année aux pièces d'optique et de vitrage (soit 30 % du marché environ), la deuxième année aux rétroviseurs et aux pare-chocs (soit, environ, un deuxième tiers du marché), puis, deux à trois ans après cette deuxième étape, à l'ensemble des pièces visibles, y compris les pièces de tôlerie. Cette ouverture progressive par type de pièces permettrait à l'ensemble des équipementiers, quelle que soit leur relation avec le constructeur sur le marché de la fabrication des véhicules, de fabriquer les pièces visibles pour le marché de la rechange : en augmentant le nombre d'opérateurs susceptibles d'entrer sur le marché, elle amplifierait ainsi les gains de pouvoir d'achat qui peuvent être attendus de la réforme. Parallèlement, en étant inscrite dans la loi, cette réforme progressive et maîtrisée créerait une échéance mobilisatrice, incitant les entreprises à procéder aux investissements et aux recrutements nécessaires tout en leur laissant le temps suffisant pour exploiter les différentes opportunités associées à cette ouverture du marché.

Les freins à la commercialisation de pièces par les équipementiers

La concurrence dans le secteur de la fabrication et de la distribution de pièces de rechange dépend notamment du nombre d'offeurs de pièces de rechange à l'amont : plus ils sont nombreux, plus le prix de la pièce est susceptible de diminuer, et plus le prix des réparations sera compétitif. Le constructeur, même s'il ne fabrique lui-même que 20% des pièces, commercialise sous sa marque l'ensemble des pièces de rechange destinées à ses véhicules. Son principal concurrent potentiel est l'équipementier (ou parfois les équipementiers) qui fabrique(nt) les pièces détachées pour le compte du constructeur. Selon le niveau de la demande, d'autres équipementiers peuvent également choisir de fabriquer la référence de pièce, mais ils doivent pour cela fabriquer un outillage spécifique à la référence de pièce, ce qui constitue une des principales barrières à l'entrée sur le marché et un élément de coût non négligeable. En pratique, comme une même référence de pièce n'est généralement utilisable que pour un seul modèle de véhicule, il est fréquent que la demande pour une référence de pièce soit limitée, voire très limitée, notamment pour des pièces de véhicules récents. L'équipementier représente alors le seul concurrent potentiel du constructeur.

Il est important que les équipementiers d'origine, les plus à même d'entrer sur le marché de l'après-vente, puissent librement commercialiser les pièces de rechange qu'ils fabriquent pour leur propre compte. C'est la raison pour laquelle la Commission européenne considère comme une restriction caractérisée « *la restriction convenue entre un fournisseur de pièces de rechange [...] et un constructeur automobile, qui limite*

la faculté du fournisseur de vendre ces produits à des distributeurs agréés ou indépendants, à des réparateurs agréés ou indépendants ou à des utilisateurs finals».

Certaines clauses contractuelles figurant dans les contrats liant les constructeurs et les équipementiers pourraient cependant limiter ou retarder la présence de l'équipementier d'origine sur l'après-vente. Il n'est par ailleurs pas certain que ces contrats puissent systématiquement s'analyser comme des accords de sous-traitance faisant échapper leurs clauses au droit de la concurrence (communication Comm. CE, 18 décembre 1978 concernant l'appréciation des contrats de sous-traitance, JOCE, 3 janvier 1979 n° C001). Les différentes clauses susceptibles de limiter la présence de l'équipementier sur le secteur de l'après-vente nécessitent une analyse au cas par cas, en particulier lorsque le constructeur a obligé l'équipementier à lui transférer ses droits de propriété sur l'outillage ou encore si la contribution du constructeur à la conception et à la fabrication des pièces ou au financement des investissements est limitée ou injustifiée au regard de la restriction considérée. L'enjeu de cette analyse est d'autant plus important que cet équipementier est fréquemment le seul fournisseur à même de concurrencer le constructeur.

Par ailleurs, dans certains cas, le constructeur interdit à l'équipementier d'origine de faire figurer le logo du constructeur sur les pièces qu'il commercialise – ce qui apparaît légitime. Mais à cette interdiction s'ajoute celle de supprimer ce logo, en application du « *délit de suppression de marque* » figurant dans le Code de la propriété intellectuelle (art. L. 713-2). Ces deux contraintes parfois inconciliables peuvent alors conduire l'équipementier d'origine à devoir fabriquer un autre outillage s'il souhaite commercialiser des pièces de rechange, ce qui peut dissuader l'équipementier de commercialiser des pièces de rechange pour son propre compte. De plus, dans le contexte de la relation entre un équipementier d'origine et son client constructeur, cet article n'apparaît pas nécessaire pour protéger les marques dès lors que l'article L. 217-2 du Code de la consommation permet déjà de punir la suppression de la marque, à condition que celle-ci soit frauduleuse, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Il a donc été recommandé d'amender l'article L. 713-2 du Code de la propriété intellectuelle afin d'éviter qu'il n'aboutisse à limiter les possibilités, pour les équipementiers, de commercialiser des pièces de rechange pour leur propre compte.

Les limites à l'accès des opérateurs indépendants aux informations techniques

Les constructeurs automobiles sont les seuls à détenir de manière complète et actualisée les « *informations techniques* » sur les véhicules, alors que celles-ci sont de plus en plus indispensables à la réparation et à l'entretien de véhicules et à l'identification des références de pièces qui doivent être remplacées. L'accès aux informations techniques par les opérateurs indépendants est encadré par des règlements techniques européens et par le règlement d'exemption spécifique au secteur automobile de la Commission européenne (Règl. UE, n° 461/2010, JOUE, 28 mai 2012,

n° L 129). En particulier, les constructeurs doivent mettre à disposition les informations techniques sur des sites Internet dédiés (appelés « sites EURO5 »).

Dans la pratique, ces sites ne sont quasiment jamais consultés par les réparateurs indépendants. Selon ces derniers, cela tiendrait à l'absence de certaines informations, au prix d'accès à ces sites et à leur absence de standardisation. Pour diagnostiquer les pannes ou mettre à niveau les systèmes électroniques des véhicules, les réparateurs indépendants privilégient donc des solutions multimarques, fabriquées par des « intermédiaires spécialisés » (éditeurs d'informations techniques ou fabricants d'outils de diagnostic).

Cependant, ces « intermédiaires spécialisés » indiquent également rencontrer des obstacles pour acquérir une information qu'ils jugent satisfaisante au regard du prix proposé par le constructeur. En pratique, les éditeurs d'informations techniques s'adressent effectivement aux constructeurs en dépit des obstacles dont ils font état. Les fabricants d'outils de diagnostic, quant à eux, préfèrent généralement acquérir l'information par eux-mêmes, en provoquant des pannes artificielles sur les véhicules (opération dite de « *reverse engineering* »). Ce processus est cependant long et coûteux et ne permet pas toujours d'obtenir les informations complètes et à jour.

Sans préjuger de l'analyse qu'elle conduirait dans un cadre contentieux, l'Autorité a relevé que les restrictions éventuelles à l'accès à l'information technique mises en œuvre par les constructeurs peuvent être de nature à limiter la pression concurrentielle exercée par les réparateurs indépendants sur les réparateurs agréés. Tel pourrait être le cas si les difficultés d'accès portent sur des informations dont les constructeurs sont les seuls détenteurs, ou si les difficultés d'accès se cumulaient en désavantageant les réparateurs indépendants par rapport aux réparateurs agréés. Ces obstacles peuvent notamment se matérialiser durant les premières années de commercialisation d'un modèle de véhicule. Le droit de la concurrence n'a pas vocation à traiter des refus ou des difficultés d'accès ponctuels, mais il peut les aborder dès lors que les obstacles sont significatifs et conduisent à entraver la concurrence à l'aval. Néanmoins, l'application des règlements techniques pourrait dans certains cas s'avérer plus adaptée pour remédier à certaines des difficultés éventuellement rencontrées par les opérateurs indépendants : le standard de preuve est alors moins contraignant puisque l'obligation d'accès est inscrite dans les règlements techniques. L'efficacité de ces règlements techniques est cependant conditionnée à la mise en place d'un dispositif de contrôle et de sanction suffisamment dissuasif et crédible, qui n'existe pas à l'heure actuelle. En outre, pour s'assurer de la pleine efficacité de ces dispositions et de leur application, il apparaît nécessaire que, à l'instar du travail de normalisation actuellement mené sur le format des données techniques communiquées par les constructeurs à travers leurs sites Internet EURO5, les opérateurs concernés (constructeurs et réparateurs indépendants, mais aussi intermédiaires spécialisés) s'accordent sur les modalités concrètes de transfert et le contenu des données transmises, les autorités compétentes en matière de réception venant ensuite sanctionner les éventuels manquements aux règlements techniques.

Contrats de garantie et d'extension de garantie

Dans un contexte d'allongement des périodes de garantie, il est important de veiller à ce que les réparateurs agréés, par le biais de clauses contractuelles ayant trait à la garantie du véhicule, ne freinent pas la concurrence des réparateurs indépendants pour l'entretien-réparation des véhicules sous garantie. Cette attention est d'autant plus nécessaire que les consommateurs semblent déjà réticents à utiliser les services d'un réparateur indépendant pour effectuer des réparations non prises en charge par la garantie.

Le cadre réglementaire est lui-même très strict à cet égard. Les clauses contractuelles obligeant les automobilistes à faire entretenir ou réparer leur voiture exclusivement au sein du réseau agréé du constructeur durant la période de garantie pourraient faire entrer les accords entre les constructeurs et leur réseau agréé dans le champ de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE et il n'apparaît pas évident que les critères d'exemption de l'article 101, paragraphe 3, puissent alors être satisfaits sous réserve de l'examen à effectuer au cas par cas. Cette disposition vaut également pour les extensions de garantie émises au moment de la vente du véhicule ou peu de temps après. Dans ce contexte, certaines clauses incluses dans les contrats pourraient être de nature à limiter la capacité des consommateurs à s'adresser à des réparateurs indépendants pour les travaux d'entretien et de réparation hors garantie. Il s'agit par exemple des clauses faisant porter sur le consommateur la charge de prouver que la défectuosité n'est pas liée aux réparations ou aux entretiens qu'il a fait effectuer par des réparateurs indépendants, des clauses qui font perdre le bénéfice de la garantie sans qu'il soit nécessaire d'établir un lien de causalité clair entre la défectuosité constatée et les travaux réalisés par un réparateur indépendant, ou, compte tenu de leur formulation ou de l'environnement dans lequel elles sont insérées, les recommandations au consommateur de faire effectuer l'entretien et les réparations hors garantie au sein du réseau agréé.

L'utilisation de prix de vente conseillés par l'ensemble des opérateurs de la filière de l'après-vente automobile

Dans le secteur de l'après-vente automobile, les constructeurs et les équipementiers diffusent des prix de vente conseillés au détail, qui servent également de base à la tarification des pièces vendues aux distributeurs, puis aux réparateurs. Concrètement, les pièces de rechange sont donc vendues aux distributeurs au prix de vente conseillé moins une remise et les distributeurs revendent eux-mêmes ces pièces aux réparateurs au prix de vente conseillé moins une remise. Si les remises peuvent différer d'un distributeur à l'autre et d'un réparateur à l'autre, en revanche, les prix conseillés paraissent, de manière générale, être répercutés très fortement par les différents distributeurs lorsqu'ils revendent les pièces aux réparateurs, dans un contexte où l'incitation du réparateur vendant finalement la pièce à proposer un prix inférieur au prix conseillé est limitée par la diversité des références et la faible élasticité de la demande aux prix. Il est donc possible que les prix conseillés soient généralement suivis à l'aval par les réparateurs agréés

et indépendants. En outre, il est apparu que les équipementiers et les constructeurs s'échangent entre eux les prix de détail conseillés pour certaines pièces. Ce faisant, les équipementiers seraient informés régulièrement des prix conseillés par les constructeurs, mais aussi, le cas échéant, des prix conseillés par certains de leurs concurrents équipementiers.

Dans un contexte où les catalogues de pièces contiennent des centaines de milliers de références et où un grand nombre de pièces sont vendues très rarement, la diffusion générale de prix conseillés, notamment lorsqu'il s'agit de prix maximaux, peut permettre des gains d'efficacité, en évitant une double marginalisation ou en facilitant le positionnement tarifaire des réparateurs. Néanmoins, elle présente aussi le risque d'altérer la concurrence en prix en fournissant un point focal sur lequel peut converger l'ensemble des acteurs distribuant les pièces d'un équipementier ou d'un constructeur. L'échange de ces prix conseillés entre constructeurs et équipementiers peut également favoriser un alignement des prix entre équipementiers et constructeurs, puis entre l'ensemble des réparateurs agréés et des réparateurs indépendants.

Les lignes directrices accompagnant le règlement n° 330/2010 sur les restrictions verticales précisent que les prix conseillés sont exemptés par catégorie lorsque les parts de marché d'aucun des partenaires à la transaction n'excèdent 30%. En revanche, si les parts de marché d'un des opérateurs excèdent 30% ou si les opérateurs utilisant ce système de prix conseillés détiennent une part de marché supérieure à 50%, de telles pratiques peuvent être qualifiées d'anticoncurrentielles si leur effet anticoncurrentiel est suffisamment étayé. En outre, dès lors que ce prix conseillé peut constituer un élément important du prix de cession des pièces, que les informations échangées sont suffisamment actualisées, précises et régulières et que le marché est dans une situation d'oligopole propice à une collusion tacite, l'échange de prix conseillés entre équipementiers et constructeurs est également susceptible de porter atteinte à la concurrence. En définitive, il n'est pas exclu que l'interaction entre les deux mécanismes de prix conseillés et d'échanges d'informations puisse avoir dans certaines situations des effets négatifs sur la concurrence qui dépassent les gains d'efficacité pouvant résulter d'un tel système.

Avis rendus dans le secteur de la santé

L'Autorité a rendu en particulier, en 2012, deux avis concernant l'approvisionnement en médicaments à usage humain et le commerce en ligne de médicaments.

Avis relatif à l'approvisionnement en médicaments à usage humain (12-A-18 du 20 juillet 2012)

Le 5 avril 2012, le ministre du Travail, de l'Emploi et de la Santé a saisi pour avis l'Autorité d'un projet de décret relatif à l'approvisionnement en médicaments à usage humain. Le circuit de distribution français des médicaments étant régulièrement touché par des dysfonctionnements entraînant des pénuries, notamment

en médicaments d'intérêt thérapeutique majeur, ce texte visait à prévenir et à gérer au mieux de telles situations.

Dans son avis, centré sur les interrogations concurrentielles découlant du projet qui lui avait été soumis et sur les moyens d'y remédier, l'Autorité a constaté que le plan de gestion des pénuries prévu par le texte pour les médicaments d'intérêt thérapeutique majeur, et justifié par des objectifs de santé publique et de sécurité des approvisionnements, ne posait en lui-même pas de difficultés.

Toutefois, elle a relevé que le projet de décret comportait des dispositions de nature à limiter l'exportation parallèle de médicaments par les distributeurs en gros de médicaments ainsi que par les grossistes-répartiteurs (intermédiaires tenus par des obligations de service public, mais qui peuvent par ailleurs aussi avoir une activité d'exportation).

Or, le bon fonctionnement concurrentiel du secteur et les règles de concurrence prévues par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) impliquent que les dispositions nationales, qui tendent à empêcher ou à restreindre l'exportation parallèle de médicaments, soient justifiées et proportionnées à l'objectif d'intérêt général (en l'occurrence de santé publique et de sécurité des approvisionnements) qu'elles poursuivent. Certaines des mesures proposées par le texte soulevant des questions au regard de cette exigence, l'Autorité a recommandé que le texte soit modifié sur plusieurs points, afin de garantir qu'il ne conduise pas à des restrictions de la concurrence qui seraient injustifiées ou disproportionnées. L'Autorité a en particulier préconisé de limiter les restrictions à l'exportation parallèle aux seuls médicaments d'intérêt thérapeutique majeur, d'assouplir les modalités d'établissement de la liste des médicaments interdits d'exportation en raison d'une situation de rupture d'approvisionnement et de faire prendre en charge la centralisation de l'information relative aux pénuries par les pouvoirs publics et non par les laboratoires pharmaceutiques eux-mêmes.

Avis relatif au commerce en ligne de médicaments (12-A-23 du 13 décembre 2012)

Saisie par le gouvernement sur le fondement de l'article L. 464-2 du Code de commerce à la fin de l'année 2012, l'Autorité de la concurrence a rendu, dans un délai très bref, l'avis 12-A-23 relatif aux projets d'ordonnance et de décret transposant en droit interne la directive 2011/62/UE du 8 juin 2011 modifiant la directive 2001/83/CE instituant un Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, en ce qui concerne la prévention de l'introduction dans la chaîne d'approvisionnement légale de médicaments falsifiés.

L'article 85 *quarter* de la directive 2011/62/UE impose aux États membres de permettre la vente à distance au public de médicaments au moyen de services électroniques, tout en permettant l'interdiction de la vente à distance pour les médicaments soumis à prescription. C'est sur cette question que s'est centré l'avis rendu par l'Autorité. Celle-ci est importante pour les consommateurs : le segment des médicaments en vente libre, ou de l'automédication, représente aujourd'hui

un poids non négligeable au sein du secteur du médicament (estimé à plus de 2 milliards d'euros et à une progression de 4,7% en 2012).

Dans son avis, l'Autorité a constaté que les projets de textes qui lui étaient soumis envisageaient de soumettre la création d'un site de commerce en ligne par un pharmacien à un simple régime de déclaration préalable. Ce choix est apparu opportun dans la mesure où il ne porte pas atteinte à la concurrence entre officines, tout en permettant un contrôle des sites de vente en ligne par les autorités de santé et ordinales compétentes. Tout système de contrôle plus contraignant pour la création de sites de vente en ligne de médicaments aurait dû être précisément justifié par des considérations de santé publique et de sécurité sanitaire, alors même que celles-ci semblent déjà être prises en compte par l'obligation faite au gestionnaire du site Internet de disposer au préalable d'une autorisation de vente dans une officine « en dur ».

L'Autorité s'est interrogée en particulier sur les dispositions des projets de textes concernant, d'abord, l'obligation faite aux opérateurs vendant en ligne des médicaments de le faire à partir d'une officine régulièrement autorisée en France, ensuite, la limitation du champ de la vente en ligne aux seuls médicaments dits « de médication officinale » et, enfin, l'obligation de pratiquer le commerce électronique dans le respect du Code de déontologie et des bonnes pratiques.

Sur l'obligation d'opérer à partir d'une officine autorisée en France

La directive 2011/62/UE permet la vente en ligne de médicaments par toute personne physique ou morale habilitée à vendre des médicaments au public dans l'État membre dans lequel elle est installée. Le droit de l'Union européenne s'oppose donc à une réglementation réservant la vente en ligne de médicaments en France aux seules officines installées en France.

Or, l'Autorité a constaté que la rédaction des deux textes qui lui avaient été soumis pour avis ne permettait pas de déterminer avec un degré suffisant de certitude dans quelle mesure et à quelles conditions des opérateurs légalement établis dans d'autres États membres étaient autorisés à développer une activité de vente en ligne de médicaments dirigée vers le territoire français.

Elle a donc proposé que les deux projets soient complétés par des dispositions spécifiques évoquant le cas des opérateurs de sites Internet de vente de médicaments en ligne légalement établis dans d'autres États membres de l'Union européenne et indiquant à quelles conditions ils peuvent vendre des produits à des patients résidant sur le territoire français.

Sur la limitation du champ de la vente en ligne aux seuls médicaments dits « de médication officinale »

En droit interne, les médicaments doivent être stockés derrière le comptoir et délivrés par le pharmacien aux clients. Par exception, les pharmaciens peuvent rendre directement accessibles certains médicaments dits « de médication officinale » (médicaments que le pharmacien est autorisé à présenter en accès direct au

public, c'est-à-dire avant le comptoir de l'officine). La liste de ces médicaments en accès direct est établie par le directeur général de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM). L'inscription sur cette liste d'une spécialité se fait uniquement sur demande du titulaire de l'autorisation de mise sur le marché ou de la personne ayant effectué l'enregistrement. De plus, pour être inscrit, un médicament donné doit respecter plusieurs conditions relatives à la santé publique.

Sur cette question, l'Autorité a constaté que le projet d'ordonnance, s'il était interprété à la lettre, interdirait aux pharmaciens de vendre sur Internet tous les produits qui ne sont pas des médicaments de médecine officinale et ne sont pas soumis à prescription (laits pour bébés, produits de parapharmacie, etc.). Or, une telle restriction apparaît excessive et injustifiée.

L'Autorité a donc suggéré de modifier la rédaction du projet d'ordonnance en revenant à la distinction établie par la directive 2011/62/UE entre les médicaments soumis à prescription et ceux qui ne le sont pas.

Par ailleurs, elle a relevé qu'un médicament ne peut être inscrit sur la liste des médicaments en accès direct publiée par l'ANSM que si le titulaire de l'autorisation de mise sur le marché ou de l'enregistrement en fait la demande. Ainsi, ce sont les laboratoires fournisseurs qui décident si leurs spécialités peuvent être délivrées en accès direct par les pharmaciens. Dès lors, les producteurs de médicaments peuvent très facilement empêcher le commerce de leurs produits en ligne en ne demandant pas l'inscription de ces derniers.

L'Autorité a proposé la modification du projet d'ordonnance sur ce point, afin de permettre aux pharmaciens de commercialiser sur Internet l'ensemble des médicaments non soumis à prescription, tout en laissant la possibilité aux autorités sanitaires d'interdire au cas par cas, et pour des raisons objectives de santé publique, la vente en ligne de certains médicaments précisément désignés.

Sur l'obligation de pratiquer le commerce électronique dans le respect du Code de déontologie et des bonnes pratiques

Examinant enfin l'obligation faite aux pharmaciens de pratiquer le commerce électronique dans le respect de leur Code de déontologie et des bonnes pratiques du secteur, l'Autorité a relevé que ces dernières ne lui avaient pas été présentées dans la saisine.

Étant donné la richesse des règles de déontologie qui s'imposent déjà aux pharmaciens d'officine, elle s'est interrogée sur ce que pourrait être la valeur ajoutée apportée par de bonnes pratiques. Elle a aussi noté que ces bonnes pratiques, dont le non-respect peut entraîner des amendes pénales pouvant atteindre 30 000 euros, pourraient, en fonction de leur rédaction, influencer fortement l'exercice de la concurrence par les sites de vente en ligne de médicaments.

L'Autorité a donc souligné que les bonnes pratiques ne devront pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la stricte transposition à la vente en ligne des principes déjà présents dans le Code de déontologie des pharmaciens. Ces règles

ne devront pas non plus avoir pour effet de limiter les possibilités de concurrence par les prix entre les différents sites de vente en ligne de médicaments.

En conclusion de son analyse, l'Autorité a invité les pouvoirs publics à modifier le projet d'ordonnance afin de clarifier l'objectif recherché par ce texte, d'une part, et à la resaisir si les règles issues des bonnes pratiques devaient avoir pour effet d'uniformiser les conditions de vente des sites de vente en ligne de médicaments, d'autre part.